

PELIGROSIDAD Y PERSONA

CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES FRENTE AL AGRESOR SEXUAL

Diego Ignacio Seitún

TESI DOCTORAL UPF / 2017

DIRECTORS DE LA TESI

Dr. Ramon Ragués i Vallès - Dr. Juan Pablo Montiel Fernández

DEPARTAMENT DRET

A María

El Gobierno conoce plenamente sus responsabilidades, y espera que aquellos a quienes se dirige este mensaje asuman también, como ciudadanos conscientes que sin duda son, las responsabilidades que les corresponden, pensando en que el aislamiento en que ahora se encuentran representará, por encima de cualquier otra consideración personal, un acto de solidaridad para con el resto de la comunidad nacional.

José Saramago, *Ensayo sobre la ceguera*.

RESUMEN.

En los últimos años se observa una tendencia creciente a recurrir a criterios de peligrosidad para hacer frente a personas condenadas por delitos graves y de quienes se presume que volverán a delinquir, una vez que recuperen su libertad. Con este trabajo pretendo contestar si puede verse legitimado y bajo qué parámetros, un sistema de consecuencias jurídicas distintas y complementarias a la tradicional pena de prisión, fundado en la necesidad emergente de controlar o incapacitar a estas personas. Para ello, me he propuesto hacer una descripción de este tipo de reacciones asegurativas, limitándolas al caso de los delincuentes sexuales y, luego, avanzar con una propuesta de análisis de legitimidad anclada, principalmente, en la dogmática de la proporcionalidad. Asimismo pretendo contestar si, aun en estos casos, es posible recurrir a la prevención especial negativa de un modo exclusivo o será necesario complementarla con herramientas dirigidas a la resocialización.

ABSTRACT.

In the last years, an increasing tendency of resorting to dangerousness criteria is observed regarding persons condemned for serious crimes and in the case when it is presumed that they will commit said crimes again once they are free. With this paper I intend to answer if a criminal system of legal consequences different and supplementary to the traditional punishment of imprisonment, founded on the emerging need of controlling or incapacitating these persons, may be legitimated and under which parameters. To that effect, I focused on a description of this kind of measures of correction and prevention, limiting same to the case of sex offenders and, then, advance with a proposal of analysis of legitimacy based, basically, in the principle of proportionality. Likewise, I intend to answer if, even in these cases, it is possible to resort to the negative special prevention exclusively or if it is necessary to supplement same with tools oriented to the resocialization.

ÍNDICE

ABREVIATURAS EMPLEADAS

INTRODUCCIÓN.....	17
-------------------	----

PRIMERA PARTE

SOBRE EL DERECHO PENAL DE LA PELIGROSIDAD

CAPÍTULO PRIMERO: LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS FRENTE A LA PELIGROSIDAD

I.1. Consideraciones generales.....	25
I.2. La reacción estatal frente a delincuentes peligrosos.....	29
I.2.A. Planteamiento, ¿hasta dónde se extiende la intervención del Derecho penal ante sujetos imputables peligrosos? Libertad versus seguridad.....	29
I.2.B. Sistemas de doble vía o de vía única - Evolución y ¿crisis?.....	33
I.2.C. Naturaleza jurídica de la reacción.....	39
I.2.C.a. Las razones de la distinción y el fraude de etiquetas.....	39
I.2.C.b. Factores o pautas de distinción.....	43
I.3. Recapitulación.....	46

CAPÍTULO SEGUNDO: LA PELIGROSIDAD CRIMINAL COMO FUNDAMENTO DE LA INCAPACITACIÓN

II.1. Noción de peligrosidad y su recepción en ambas vías del Derecho penal.....	49
II.2. La justificación de la imposición de consecuencias jurídicas basadas en la peligrosidad de la persona.....	54
II.2.A. Justificación ético-social.....	54
II.2.B. El interés preponderante y el deber de protección del Estado.....	56
II.2.C. El esquema normativo.....	58
II.3. El uso de métodos y de presunciones para predecir la peligrosidad.....	60
II.3.A. Distintas clases de predicción.....	60
II.3.B. El uso de los métodos de predicción frente a las presunciones legales de peligrosidad.....	68

II.4. La pretendida justificación del recurso a los métodos de predicción de peligrosidad, a pesar de su ineficacia. Respuesta desde una determinada concepción de la persona.....	71
II.4.A. La ineficacia de los métodos de predicción y la analogía del “hombre bomba”. ..	71
II.4.B. El rechazo a los métodos de predicción: el argumento de la autonomía de la persona y la presunción de inofensividad. La concepción de la persona humana como directiva político-criminal o de legitimidad.	75
II.5. Recapitulación.	79

CAPÍTULO TERCERO: LA INCAPACITACIÓN COMO FIN DE LA SANCIÓN PENAL. ACERCAMIENTO HISTÓRICO Y SU CONTEXTUALIZACIÓN COMO POLÍTICA CRIMINAL DE GESTIÓN DE RIESGOS

III.1. Consideraciones generales.	83
III.2. Los primeros desarrollos de la teoría. De la Ilustración a la Escuela Sociológica Alemana.	88
III.3. El renacimiento de la prevención especial negativa. El declive del Estado de bienestar y la predisposición académica en la tradición angloamericana.	91
III.3.A. El desarrollo académico de la incapacitación colectiva o general.....	95
III.3.B. La propuesta de incapacitación selectiva.....	97
III.3.C. La variante intermedia o incapacitación gradual (categorial) y el impacto posterior de la incapacitación en la individualización de la pena.....	100
III.4. El renacimiento de la teoría en la tradición del Derecho europeo-continental. La política criminal de seguridad ciudadana y de emergencia.	101
III.5. Recapitulación.....	107

SEGUNDA PARTE

SOBRE LAS DISTINTAS FORMAS DE REACCIÓN FRENTE A LA DELINCUENCIA SEXUAL

CAPÍTULO CUARTO: LA RECLUSIÓN DE SEGURIDAD POSTERIOR AL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

IV.1. Modelo civil: El caso estadounidense	113
IV.1.A. La primera generación de leyes. Antecedentes y jurisprudencia temprana.....	113
IV.1.B. La moderna sanción de las leyes para depredadores sexuales violentos.	116
IV.1.C. Terminología empleada.	119
IV.1.D. Objetivo del internamiento indeterminado.....	121

IV.1.E. Requisitos para la imposición de la internación.	123
IV.1.E.a. Comisión de un delito.....	123
IV.1.E.b. Específica condición del sujeto: anormalidad mental o trastorno de la personalidad.....	123
IV.1.E.c. Requisito volitivo.	126
IV.2. Modelo Penal.	128
IV.2.A. Alemania.	129
IV.2.B. Reino Unido.	133
IV.2.C. Francia.....	135
IV.2.D. España.	137
IV.3. Recapitulación.....	141

CAPÍTULO QUINTO: LOS REGISTROS DE DELINCUENTES SEXUALES

V.1. El modelo estadounidense de acceso público a los datos de los registros de delincentes sexuales.	145
V.1.A. Historia y sanción de las leyes estadounidenses de registro de delincentes sexuales y notificación a la comunidad.....	145
V.1.A.a. Antecedentes. La primera ley de Washington.....	145
V.1.A.b. La ley de New Jersey -“ <i>Megan’s law</i> ”-.....	147
V.1.A.c. El sistema federal y su evolución: “ <i>The Jacob Wetterling Act</i> ”, “ <i>The Pam Lychner Act</i> ” y “ <i>The Adam Walsh Act</i> ”.....	148
V.1.B. Objetivos del sistema de registro de delincentes sexuales.....	153
V.1.C. Requisitos - modalidades.....	154
V.1.C.a. Registro de delincentes sexuales.	154
V.1.C.b. Notificación a la comunidad.....	156
V.2. Modelo de registro de delincentes sexuales sin acceso público.	159
V.2.A. España.....	159
V.2.B. Reino Unido.....	165
V.2.C. Francia.	167
V.2.D. Argentina.	169
V.3. Recapitulación.....	171

CAPÍTULO SEXTO: LA CASTRACIÓN QUÍMICA

VI.1. Antecedentes (i): la esterilización coactiva.....	173
---	-----

VI.2. Antecedentes (ii): La castración quirúrgica.	177
VI.2.A. Primera etapa: hasta el año 1997.	177
VI.2.B. Segunda etapa: La moderna sanción de leyes de castración quirúrgica.	181
VI.3. La castración química.	183
VI.3.A. Modelo de condición para recuperar la libertad.	186
VI.3.A.a. Modalidades-Requisitos.	187
VI.3.A.b. Reglamentaciones.	188
VI.3.B. Modelos voluntarios.	190
VI.3.B.a. España.	190
VI.3.B.b. Francia.	193
VI.3.B.c. Argentina.	193
VI.4. Recapitulación.	194

CAPÍTULO SÉPTIMO: LIBERTAD VIGILADA Y PREVENCIÓN SITUACIONAL DE CONDENADOS EN LIBERTAD

VII.1. Restricciones residenciales: prohibición de vivir, trabajar o frecuentar determinados lugares.	197
VII.1.A. El modelo estadounidense.	197
VII.1.B. Otros modelos.	203
VII.1.B.a. España.	204
VII.1.B.b. Francia.	211
VII.1.B.c. Reino Unido.	214
VII.2. Restricciones informáticas y vigilancia electrónica.	215
VII.2.A. El modelo estadounidense.	215
VII.2.A.a. Restricción al uso de ordenadores e inspección y monitorización de los mismos.	216
VII.2.B. Otro modelo: España.	221
VII.3. Vigilancia electrónica y satelital.	224
VII.3.A. El modelo estadounidense.	224
VII.3.A.a. Modalidades.	224
VII.3.A.b. Reglamentaciones.	226
VII.3.B. Otros modelos.	227
VII.3.B.a. España.	228
VII.3.B.b. Francia.	229
VII.4. Recapitulación.	230

TERCERA PARTE
SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DE LA DELINCUENCIA SEXUAL. ANÁLISIS
PERSONAL Y PROPUESTAS

CAPÍTULO OCTAVO: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS REACCIONES FRENTE AL AGRESOR
SEXUAL

VIII.1. Consideraciones generales.....	237
VIII.2. La naturaleza jurídica de internar o recluir a una persona por razones de seguridad, ante la comisión de un delito.....	239
VIII.2.A. Acercamiento a la solución desde la problemática de la aplicación retroactiva de la norma.....	240
VIII.2.A.a. La discusión en el modelo civil (caso 1). El fallo “Kansas v. Hendricks”de la Suprema Corte de Estados Unidos.....	243
VIII.2.A.b. El modelo penal.....	246
VIII.2.B. Las dificultades en la ejecución, ¿influyen en la naturaleza jurídica? La pretendida inconstitucionalidad del internamiento por la forma en que es ejecutado	249
VIII.2.C. Toma de posición respecto a la naturaleza del internamiento o reclusión de seguridad.....	254
VIII.3. La naturaleza jurídica de las notificaciones a la comunidad y los registros de delinquentes sexuales.....	256
VIII.A. Problemas en la aplicación retroactiva del sistema de registro de agresores sexuales.....	257
VIII.3.A.a. La jurisprudencia de Estados Unidos: el registro incluye a condenados con anterioridad a la sanción de la norma: “ <i>Smith v. Doe</i> ”.....	258
VIII.3.A.b. La jurisprudencia europea.....	261
VIII.3.B. Toma de posición sobre la naturaleza jurídica.....	264
VIII.4. La naturaleza jurídica de la llamada castración química.....	265
VIII.4.A. Toma de posición: la castración química es un tratamiento médico.....	266
VIII.4.B. Derecho a rechazar el tratamiento impuesto.....	269
VIII.4.C. La posibilidad de imponer el tratamiento de supresión hormonal como una medida de seguridad de libertad vigilada.....	273
VIII.5. La naturaleza jurídica del control judicial posterior a la liberación definitiva del penado.....	275
VIII.5.A. Naturaleza jurídica de la libertad vigilada española.....	275

VIII.5.B. Naturaleza de las restricciones domiciliarias.....	277
VIII.5.C. Naturaleza de la restricción del uso de Internet.....	279
VIII.6. Recapitulación.....	281

CAPÍTULO NOVENO: ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD

IX.1. Consideraciones generales.....	287
IX.2. Análisis de legitimidad desde el principio de proporcionalidad.....	290
IX.2.A. Juicio de idoneidad- presupuestos.....	291
IX.2.A.a. Determinación de la finalidad perseguida.....	294
IX.2.A.b. Verificación de la homogeneidad del grupo destinatario de la medida.	297
IX.2.A.c. El tratamiento de las personas internadas o en reclusión de seguridad y su eficacia.....	302
IX.2.A.d. La eficacia de los registros de agresores sexuales.....	308
IX.2.A.e. La eficacia de la castración química.....	310
IX.2.A.f. La eficacia de las restricciones domiciliarias.....	312
IX.2.A.g. La eficacia de las restricciones informáticas.....	315
IX.2.A.h. La eficacia de los sistemas de vigilancia electrónica.....	317
IX.2.A.i. Balance sobre la idoneidad de las reacciones frente al agresor sexual..	319
IX.2.B. Juicio de necesidad.....	321
IX.2.B.a. La medida menos restrictiva como un derecho y sus implicancias en materia de tratamiento terapéutico.....	322
IX.2.B.b. La cuestión de la supuesta mayor reincidencia de los delincuentes sexuales, como factor de evaluación de necesidad.....	326
IX.2.B.c. Los pronósticos de peligrosidad y su eficacia.....	332
IX.2.B.d. La necesidad del internamiento o reclusión de seguridad.....	335
IX.2.B.e. La necesidad de los registros de agresores sexuales - La presunción de peligrosidad obligatoria.....	338
IX.2.B.f. La necesidad de las restricciones situacionales - presunción de peligrosidad por el delito cometido.....	343
IX.2.B.g. Los costes económicos.....	345
IX.2.B.h. Balance sobre la necesidad de las reacciones frente al agresor sexual..	352
IX.2.C. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.....	355
IX.2.C.a. La medición de los costes y los beneficios para su ponderación.....	356
IX.2.C.b. Algunas propuestas de medición de la intensidad de los objetos a ponderar. La inalterabilidad del contenido esencial.....	358

IX.2.C.c. Los derechos afectados por la reclusión de seguridad. Remisión a los principios que regulan la legitimidad de los internamientos forzosos.	363
IX.2.C.d. Los derechos afectados por algunas modalidades de registro de delincuentes sexuales.	365
IX.2.C.e. Los derechos afectados por la castración química	373
IX.2.C.e.1.1. Primera Vertiente. Autonomía e integridad de pensamiento.	374
IX.2.C.e.1.2. Segunda Vertiente. Autonomía e integridad corporal.	375
IX.2.C.e.1.2.1. Derecho a la procreación y a la intimidad sexual.	376
IX.2.C.e.1.2.2. Prohibición de tratos degradantes o castigos crueles.	378
IX.2.C.f. Los derechos afectados por las restricciones situacionales.	381
IX.2.C.g. Balance sobre el juicio de proporcionalidad en sentido estricto de las reacciones frente al agresor sexual.	389

Conclusiones

Jurisprudencia citada

Bibliografía

Abreviaturas empleadas

§:	sección/parágrafo
AA.VV.	Autores varios
art./arts.:	artículo/artículos
BOCG:	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BVerfG:	Tribunal Constitucional Federal Alemán
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
Coord/Coords:	Coordinador/Coordinadores
CPA:	Código Penal Argentino
CE:	Constitución Española
CPE:	Código Penal Español
CSJN:	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Dir./Dir.:	Director/Directores
DOGC:	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DSM-IV:	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 4th. edition
EHRR:	European Human Rights Reports
Et al:	“ <i>et alii</i> ”
Ex rel:	“ <i>ex relatione</i> ”
LECr:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO:	Ley Orgánica
LOGP:	Ley Orgánica General Penitenciaria
NCJ:	Siglas de identificación de los documentos elaborados por el NCJRS -National Criminal Justice Reference Service.
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
Núm.:	número
p./pp.:	página/páginas
Passim:	En diversos lugares
RP:	Reglamento Penitenciario
RTC:	Repertorio del Tribunal Constitucional
SCOTUS:	Supreme Court of the United States
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Trad.:	traducción
U.S.C:	United States Code
vol.:	volumen

Introducción

Este trabajo nace, principalmente, de reflexionar cómo frente a ciertos delitos o a determinados delincuentes la sociedad no está dispuesta a asumir el riesgo de reincidencia. En estos casos, se observa que todo el eventual riesgo de reiteración delictiva pretende trasladarse al sujeto considerado peligroso, a quien -cuando no se reacciona informalmente frente a él- se lo somete a consecuencias jurídicas asegurativas, buscando su exclusión, su incapacitación, su control permanente¹.

La sociedad actual, frente a ciertos sujetos imputables considerados peligrosos, suele relativizar un principio que ha sabido darse por descontado. Me refiero a la extinción de la responsabilidad penal por el cumplimiento de la pena impuesta. En efecto, hoy en día se llega a cuestionar que algunas personas tengan derecho a recuperar su plena libertad, ante la predicción de que cometerán nuevos delitos, por lo que aparece la exigencia de alguna fórmula de aseguramiento cognitivo adicional².

Bajo esta lógica, en la política criminal contemporánea resulta cada vez más común escuchar hablar del Derecho de la peligrosidad o del Derecho de medidas de seguridad, frente a personas condenadas por delitos graves y de quienes se presume que volverán a delinquir una vez que recuperen su libertad. Mediante estas variantes pretenden extremarse los recursos para mantener a estos sujetos neutralizados. Se observa así un Derecho penal que al momento de imponer sanciones se conduce -de forma creciente- sobre la base de predicciones de reincidencia, propias de la lógica de las medidas de seguridad.

La pregunta que pretendo contestar en el presente trabajo de investigación es si puede verse legitimado y bajo qué parámetros, un sistema de consecuencias jurídicas distintas y complementarias a la tradicional pena de prisión, fundadas en la necesidad emergente de controlar o -directamente- inocuizar a personas condenadas por ciertos delitos de especial gravedad y de quienes se aventura un pronóstico de reincidencia.

¹ SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pp. 105-10.

² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, p. 108; y EL MISMO, *InDret*, 2007, p. 1.

Para ello, me he propuesto hacer una descripción de este tipo de reacciones asegurativas, a partir de su implementación en ciertos sistemas y, luego, avanzar con una propuesta de análisis de legitimidad anclado, principalmente, en la dogmática de la proporcionalidad. El Derecho penal de la peligrosidad ofrece diversas opciones para transitar el camino propuesto. Entre éstas, se puede hablar de delincuencia violenta, reincidente, de terrorismo, de violencia de género o de delincuentes sexuales, entre otros casos, sobre los que la sociedad proyecta una demanda de reacción inocuizadora. Para lograr el objetivo propuesto, he decidido limitar el análisis al caso de los delincuentes sexuales, ya que considero que se trata del ejemplo más contundente en el que la sociedad ha decidido trasladar el riesgo de reincidencia al condenado, exigiendo la maximización de la seguridad, aun a costa de resignar ciertas garantías tradicionales.

No pierdo de vista que se trata de un universo bajo de delitos si se lo compara con la totalidad de personas condenadas. En tal sentido, las estadísticas españolas indican que, en el año 2015, las personas condenadas por delitos sexuales representaron un 0,87% del total de condenados, mientras que en 2011, el porcentaje había sido del 0,82% y en 2007 del 1,05%³. Ello, sin perjuicio de que el porcentaje de condenados, por delitos sexuales, privados de su libertad sea mayor, principalmente por tratarse de penas que, por lo general, son de larga duración. Sin embargo, considero que el bajo porcentaje de destinatarios al que podría ser aplicada esta propuesta no es suficiente para restarle interés al objetivo. Por un lado, parto de la premisa de que este tipo de delitos genera una mayor carga emotiva y especial alarma social, sobre todo en los casos en los que la víctima es menor de edad. Pero, además, el interés del tema pasa por tratarse de un segmento de delitos o delincuentes, respecto de los cuales se debaten las bases y la esencia misma de la dogmática de las consecuencias jurídicas en el Derecho penal. De ahí que considere que la escasa aplicación de las

³ Los datos fueron recogidos del Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es>), comparando la totalidad de las condenas recaídas en un año, contra las condenas recaídas, exclusivamente, por delitos contra la libertad e integridad sexuales. Ya lo había notado, con datos hasta 2011, GONZÁLEZ COLLANTES, en ORTS BERENGUER (dir.), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 537. Asimismo, la tendencia del porcentaje cercana al 1%, para este tipo de delitos, había sido puesta de manifiesto respecto a los años 2000 a 2005 por ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2007, p. 3.

reacciones -en términos comparativos con la totalidad de los delitos cometidos- no atenúa la enorme entidad que el tema posee.

El trabajo será estructurado en tres partes. La primera se divide a su vez en otros tantos bloques, comenzando por observar cómo el sistema español de consecuencias jurídicas del Derecho penal se encuentra ya totalmente consolidado como un sistema de doble vía, en el cual se prevén tanto reacciones fundadas en la culpabilidad del sujeto (penas), como así también otras que tienden a neutralizar las posibilidades de reincidencia del mismo (medidas de seguridad). Sin embargo, a pesar de la consolidación del dualismo aparece una nueva dificultad que pasa por definir la naturaleza jurídica de algunas de estas sanciones -que no siempre es clara- y, junto a ello, su capacidad de reclamar la vigencia de las garantías constitucionales en su aplicación (Capítulo I).

Seguidamente, me ocuparé de analizar la denostada noción de peligrosidad (Capítulo II). Ella resulta una de las bases fundadoras de la política criminal contemporánea tan demandante de la seguridad. En virtud de ello, habré de describirla como una realidad en la práctica de los aplicadores del Derecho penal. Mal que nos pese, la peligrosidad trata de una herramienta utilizada por la Justicia penal. En efecto, desde la detención de una persona, al momento de resolver sobre su encarcelamiento preventivo o su excarcelación bajo fianza, ya se realizan evaluaciones predictivas de su peligrosidad, las que continúan en la imposición de la pena y se extienden durante su ejecución al momento de evaluar la posibilidad de concesión de beneficios penitenciarios. En todo momento del proceso, los Jueces y los gabinetes penitenciarios evalúan a la persona en función de su peligrosidad y probabilidad de reincidencia.

A partir de esta realidad tendré que preguntarme, luego, si es posible fundamentar una consecuencia jurídica para sujetos imputables en la peligrosidad que ellos manifiestan (o que se predice que manifiestan). En definitiva, se trata de poder contestar si hay casos que ameritan apartarse del principio de culpabilidad para justificar la imposición de sanciones, su gravedad, o bien para resolver -acaso- la ejecución de una pena en concreto. Finalmente, será interesante poder explicar de qué modo se pretende anticipar la posibilidad de reincidencia de una persona. Así

resultará de interés el recurso de la descripción de los principales métodos desarrollados para predecir la peligrosidad.

Esta clase de consecuencias jurídicas fundadas en la peligrosidad de las personas condenadas se adscribe a la teoría de la incapacitación como fin de la sanción. En efecto, es ésta la teoría que advierte que las consecuencias jurídicas tienen por objeto asegurar que una persona peligrosa no cometerá delitos por un tiempo determinado. La cuestión es si esta finalidad asegurativa tiene límites, si está sujeta a garantías que impiden que recaiga sobre el sujeto toda la asunción del riesgo o si, en cambio, hay casos en los que la sociedad no está dispuesta a reasumir el riesgo de nuevos delitos. Para llegar a estas respuestas, será necesario esbozar un acercamiento histórico de esta teoría que no podrá dejar de lado sus inicios pero que, principalmente, se detendrá en los desarrollos -o mejor dicho retornos⁴- de los últimos cuarenta años (Capítulo III).

Junto con el abordaje histórico de la incapacitación, en el último capítulo de esta primera parte, me ocuparé de plantear una descripción de la realidad político-criminal afín al Derecho penal de la peligrosidad. Para ello, intentaré describir ciertas características comunes de la política criminal contemporánea que serán de influencia en la legislación penal actual.

Las leyes estadounidenses de internamiento civil de los delincuentes sexuales - posterior a su condena-, la custodia de seguridad alemana, la llamada castración química, los registros públicos de delincuentes o las restricciones domiciliarias o laborales son algunos de los ejemplos con que está reaccionando el Estado frente a los agresores sexuales. De ahí que, en la segunda parte, dedicaré cuatro capítulos a realizar una descripción de este tipo de consecuencias jurídicas, a partir del estudio de algunos sistemas comparados (Capítulos IV, V, VI y VII). Sólo entendiendo sus características y su aplicación, podré pretender luego la elaboración de una propuesta relativa a la valoración constitucional de las reacciones frente al agresor sexual.

En el interés por reflexionar sobre esta realidad, habré de revisar ejemplos, discusiones académicas, intentos de legitimación y críticas. Sin dudas considero que,

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, p. 94.

más allá de la baja representatividad cuantitativa que pueden llegar a tener estos delitos, me encuentro frente a una parte importante de la política criminal contemporánea y ante cierta delincuencia que produce especial temor en la sociedad. Desde ya que el objetivo del presente trabajo no trata de justificar estas reacciones, sino de estudiarlas del modo más acabado posible y de producir un aporte al debate sobre los límites de su imposición⁵. Éstos son el resultado y el aporte que pretendo obtener por medio de mi trabajo.

Como podrá verse, el Derecho comparado ofrece numerosos ejemplos de reacciones basadas en la peligrosidad. El núcleo problemático de todo ello es siempre el mismo: el factor predictivo y la evidente incompatibilidad con el contenido esencial de ciertos derechos fundamentales afectados.

En la tercera y última parte, luego de tomar posición y definir la naturaleza jurídica de cada una de estas medidas (Capítulo VIII), habré de proponer un esquema de análisis basado en el principio de proporcionalidad. Para ello, me ocuparé de identificar cuáles son los principales problemas asociados al Derecho penal de la peligrosidad y vincularlos, luego, a cada uno de los sub-principios que integran la dogmática de la proporcionalidad. De este modo, ofreceré una propuesta de análisis de los diversos problemas de legitimidad y asumiré una posición al respecto (Capítulo IX).

Finalizaré la tesis con un resumen de las conclusiones que habré de asumir a lo largo de cada una de las tres grandes partes del trabajo.

En cuanto a las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales, se prestará especial atención al sistema jurídico estadounidense por considerar que refleja un avanzado compendio de medidas frente a la delincuencia grave o violenta, con una gran capacidad de rendimiento en la discusión político-criminal. En virtud de ello se recurrirá, en mayor medida, a fuentes angloamericanas al momento de examinar la validez de muchos de los institutos que serán analizados. Todo ello será contrastado

⁵ Siguiendo lo dicho por SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2007, p.2 (quien a su vez citaba a Hassemer en este pensamiento), “tras dos siglos de trabajo sobre el Derecho penal de la culpabilidad, ahora es el turno del Derecho penal de la seguridad. Que sea también una “ultima ratio” y que respete los derechos y libertades del afectado depende, en buena medida, del trabajo académico”.

con los sistemas propios del modelo europeo continental y, por supuesto, con sus diversas fuentes. En este caso se partirá, fundamentalmente, de los aportes de la doctrina española. También se han analizado diversos trabajos provenientes de Alemania, Italia, Francia y, por supuesto, de mi país, la Argentina. No faltarán referencias jurisprudenciales de estos sistemas y tampoco de Tribunales Internacionales.

Para facilitar el desarrollo del trabajo y, especialmente, del contraste entre los distintos sistemas evaluados, se ha optado por trabajar los capítulos descriptivos (IV, V, VI y VII) en base a modelos. Por ello, al analizar los distintos institutos y luego valorar su legitimidad se encontrarán referencias al modelo civil y penal (para el internamiento o reclusión de seguridad); de acceso público o confidencial (para los registros de delincuentes sexuales); de condición para recuperar la libertad o de tratamiento voluntario (para la castración química); y, finalmente, un modelo genérico estadounidense de libertad vigilada o de consecuencia accesoria (para los casos de restricciones domiciliarias, informáticas o de vigilancia electrónica).

El análisis que efectúo del Derecho comparado tiene sus riesgos, no sólo por la extensión de un bloque netamente descriptivo, sino además por su sometimiento a eventuales reformas que pueden darse constantemente y que, de hecho, se han dado a lo largo de los años que me ha demandado este trabajo. Sin embargo, estimo que este bloque estático cumple un rol secundario en este trabajo de investigación, ya que es utilizado como medio para el descubrimiento de problemas de legitimidad y su análisis. En definitiva, se recurre al Derecho positivo para poner de relieve las condiciones mínimas bajo las cuales podrían ser legitimadas las reacciones jurídicas frente al agresor sexual. Si se mantiene el enfoque en esta finalidad, entiendo que la dinámica que puede tener el Derecho penal de cada país no empañará el aporte que se ha intentado ofrecer.

PRIMERA PARTE

SOBRE EL DERECHO PENAL DE LA PELIGROSIDAD

1. En la primera parte de este trabajo se destacará que frente a cierto tipo de delitos o de imputados, la pena proporcionada, en tanto consecuencia tradicional del Derecho penal, podría resultar insuficiente con relación a una alegada necesidad de mayor control de sujetos peligrosos. De este manera, se presentan casos en los cuales se supone habilitada la imposición de reacciones estatales que trasciendan la culpabilidad, en el marco de un Derecho penal que es concebido no sólo como un medio de represión, sino también como un medio de prevención y lucha⁶ contra la delincuencia.

2. Se observa así que aquella limitación conceptual de la pena -la culpabilidad- ha significado históricamente el nacimiento de una segunda vía del Derecho penal, compuesta por reacciones penales fundadas en la peligrosidad del autor del delito denominadas *medidas de seguridad*. Será necesario analizar, además, las diversas justificaciones encontradas para legitimar esta segunda vía. Finalmente, se formulará un rescate de la teoría de la prevención especial negativa, como fundamentación que subyace a este dualismo para sujetos imputables peligrosos, analizando sus antecedentes y su renacimiento en el contexto político-criminal contemporáneo.

⁶ En la expresión “lucha contra la delincuencia” me refiero, exclusiva y ascépticamente, a la función preventiva del Derecho penal y su misión de reducir la delincuencia, aunque sin excluir ni tratar como enemigos a los autores de delitos; cfr. DUFF, *Sobre el castigo. Por una Justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, pp. 25-26.

I

Las consecuencias jurídicas frente a la peligrosidad

I.1. Consideraciones generales.

1. El Derecho penal es una de las herramientas que tiene el Estado que debe ser empleada como medio de protección de la sociedad y de la convivencia humana, siendo ésta su misión, su finalidad esencial, para la cual cuenta con un abanico de consecuencias jurídicas a su servicio que despliegan una finalidad preventiva⁷ de evitación de lesión de bienes jurídicos penalmente relevantes⁸.

2. La consecuencia tradicional del Derecho penal para personas imputables es la pena privativa de libertad que, como es sabido, se encuentra restringida por los límites que le impone el principio de culpabilidad. Esta limitación conceptual de la pena la torna ineficaz para cierto sector de la delincuencia⁹ y es la circunstancia que supone el surgimiento de una segunda vía del Derecho penal, compuesta por medidas de seguridad, o bien, por reacciones penales fundadas en la peligrosidad expresada por el autor del delito¹⁰. En función de ello, recurriendo a medidas de seguridad, la potestad punitiva podría reaccionar frente al delito trascendiendo los límites que se le

⁷ Luego podrá discutirse si esa finalidad preventiva es exclusiva o puede convivir con otras. Sobre el carácter exclusivamente preventivo del Derecho penal véase TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, p. 23, quien sostiene: “el derecho a castigar del Estado se transforma en derecho a prevenir”. También ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., t. I. pp. 95-103, en donde desarrolla su teoría unificadora preventiva. En contra, BACIGALUPO, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, 2000, p. 8, quien sostiene que la pena no necesariamente debe tener fines exclusivamente preventivos, dado que en definitiva se trata de reprimir el hecho punible y evitar, en lo posible, su repetición.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 321 y nota 70. Véase también JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, pp. 2-9. Es importante tener en cuenta esta finalidad en todo momento ya que como ilustran ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho penal*, p. 95, “toda la construcción estará condicionada por esa previa decisión acerca de la función que tendrá el edificio”.

⁹ JORGE BARREIRO, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, p. 582.

¹⁰ JAÉN VALLEJO, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2006, p. 421.

imponen a la pena y posibilitando un mayor control o inocuización de los condenados.

3. Me interesa comenzar analizando la potestad estatal sancionatoria con relación a ciertos delitos que ocasionan una especial conmoción y en los cuales se advierte que sus autores no suelen responder al arquetipo racional de destinatarios de la norma penal, que pueden verse disuadidos ante la tipificación de una conducta o ante el incremento en la gravedad de su sanción. Por el contrario, se trataría de casos en los que la prevención general se muestra sumamente limitada y en donde la seguridad se busca mediante instrumentos de prevención especial negativa¹¹, es decir, de neutralización de oportunidades de reincidencia.

4. De aquí que, en este espectro de delitos de especial conmoción y frente a la posibilidad de reincidencia del autor, la pena pueda ser considerada insuficiente, o bien, ilegítima ante una necesidad de mayor control de sujetos que son vistos como peligrosos. Dentro de este grupo de delitos, este trabajo se detendrá en la delincuencia sexual violenta que aparece como uno de los aspectos distintivos de una corriente de política criminal contemporánea que ha recibido, entre otros, el nombre de “defensismo”¹². Justamente, frente a este tipo de delitos aparece el recurso a consecuencias jurídicas que superan la tradicional dicotomía entre pena de prisión o medida de seguridad de internamiento y proponen una alternativa en la que ambas reacciones se complementen.

5. Asimismo, ante estos crímenes existe una demanda social de protección que llega a exigir, en algunos casos, que los condenados no recuperen su libertad luego de cumplida la pena de prisión. Frente a ello, la respuesta estatal propone la posibilidad de que éstos continúen internados o reclusos por razones de seguridad. En otros casos, se observan reacciones tales como, por ejemplo, impedirles el acceso a

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, en *Tiempos de Derecho penal*, pp. 20-21. Con relación al comportamiento racional de los destinatarios de la norma penal, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, en especial, pp. 49-67. Asimismo, resulta interesante la propuesta realizada por PRESCOTT, *Connecticut Law Review*, 2016, pp. 1035-1078, analizando el comportamiento racional de delinquentes sexuales, respecto de las reacciones impuestas una vez que recuperan su libertad.

¹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., pp. 55-56.

beneficios penitenciarios o directamente exigirles la imposición de un tratamiento - médico o psicológico-, para recuperar la libertad¹³.

6. El abanico de reacciones no se detiene allí, ya que una vez que el sujeto condenado recupera su libertad, se pretende que el Estado se asegure de tenerlo controlado, surgiendo un fenómeno novedoso que ha sido denominado “incapacitación post encarcelamiento” (“*post incarceration incapacitation*”)¹⁴. Este seguimiento puede ser efectuado de diversas maneras. En algunos sistemas, por ejemplo, se llega a colocarles una pulsera o brazaletes con tecnología de localización satelital (GPS), que permite saber en todo momento dónde se encuentra el ex convicto. Asimismo, se establece la obligación del sujeto de informar sus datos -y toda modificación de ellos- a un Registro creado a dicho efecto, que en algunos casos es público y permite que los vecinos de una comunidad tomen conocimiento de qué personas con antecedentes por delitos sexuales residen en su barrio. Incluso algunas legislaciones prevén restricciones domiciliarias, laborales, informáticas o de mero tránsito, por medio de las cuales se crean zonas de exclusión de delincuentes sexuales. Finalmente -siempre a título ejemplificativo- se destacan mermas en el derecho a la privacidad de estas personas, autorizándose registros e inspecciones permanentes.

7. ¿Cómo se encuadran estas reacciones? ¿Se trata acaso de medidas de seguridad? ¿Pertenece al Derecho penal? Lo único que parece indiscutible es que no pueden ser consideradas -legítimamente- como penas, ya que exceden por completo la culpabilidad por el hecho cometido. Ello en tanto se imponen una vez agotada la pena ajustada a la culpabilidad y, en muchos casos, se extienden de un modo indefinido restringiendo derechos al condenado que ya agotó el castigo impuesto. De este modo, resulta evidente que caracterizar estas reacciones como penas, probablemente no superaría ningún análisis de legitimidad fundado en la

¹³ Incluso algunos sistemas intentaron crear la pena de muerte para ciertos delitos sexuales graves, aunque ésta suele reservarse para delitos contra la vida. Para un análisis de la cuestión en Estados Unidos, con especial referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el tema, véase RAGUÉS I VALLÈS, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, en especial pp. 12-18.

¹⁴ PRESCOTT, *Connecticut Law Review*, 2016, p. 1045.

culpabilidad por el hecho, ya que exceden los términos del tiempo de penal impuesto por el Tribunal que dictó la sentencia.

8. Como puede observarse, pareciera que en algunos casos la sociedad no está dispuesta a que determinadas personas recuperen su libertad, por lo que se opta por justificar reacciones que prescinden de una relación estricta con el hecho cometido, justificando prolongaciones de encierro o, al menos, que la persona se reintegre en la comunidad completamente inofensiva. Por medio de estos mecanismos, el Estado pretende continuar *asegurando* a la comunidad contra el peligro que se predice del sujeto. Por su parte, este despliegue de medios de control puede ser más o menos intenso según cada sistema, e incluso, su intensidad puede ser variable y reversible, ya que las medidas menos restrictivas pueden evolucionar -cíclicamente- hacia nuevos encierros en caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas. De hecho, en función del alcance de las restricciones impuestas y en la medida que la supervisión y control del cumplimiento de éstas sean lo suficientemente rigurosos e intensivos, será fácil encontrar motivos para revocar una libertad, ya de por sí vigilada, y encerrar nuevamente al sujeto o, al menos, restringir su libertad de un modo sustancial¹⁵.

9. No se entrará todavía a desarrollar algunas de estas reacciones estatales, asumidas frente a la delincuencia sexual violenta o ante sujetos condenados por la comisión de un delito sexual grave, que sean considerados peligrosos, ya que se reservará la segunda parte de este trabajo para puntualizarlas. Se pretende, en esta primera parte, esbozar un marco introductorio a los fundamentos de estas reacciones estatales y, sobre todo, abarcar la cuestión de la naturaleza jurídica de las mismas. La importancia de esto último radica en que muchos intentos de legitimación o crítica de

¹⁵ Un ejemplo de ello puede verse en las restricciones impuestas al uso de ordenadores o de ciertos sitios de Internet por parte de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y la obligación de informar al Registro de delincuentes sexuales, tanto las direcciones de correo electrónico como las direcciones de las páginas de Internet personales que se utilicen. Una aplicación estricta de estas restricciones puede llegar a extremos, como lo sucedido en Estados Unidos en 2009, cuando una persona fue detenida, nuevamente, por no registrar su red social “Myspace”, abierta sin fines espurios, sino más bien para publicar una foto de su hija; véase <http://sexoffenderresearch.blogspot.com.ar/2009/03/il-convicted-sex-offender-arrested-for.html> (última visita 20/5/2017).

estas sanciones comienzan por resolver primero su ubicación formal en el ordenamiento jurídico.

I.2. La reacción estatal frente a delincuentes peligrosos.

I.2.A. Planteamiento, ¿hasta dónde se extiende la intervención del Derecho penal ante sujetos imputables peligrosos? Libertad versus seguridad.

1. Tradicionalmente, no ha tenido discusión el principio de extinción de responsabilidad penal por cumplimiento de la condena (art. 130.2 CPE), esto es, que una vez cumplida la totalidad de la pena impuesta, el sujeto condenado vuelve a ser persona plenamente libre de la sujeción estatal¹⁶. Así suele referirse que una persona “pagó su deuda con la sociedad”, indicando de este modo que el Estado ya no tiene derecho a seguir someténdola a las restricciones inherentes a la pena adecuada a la culpabilidad. Dicho de otro modo, su papel de “delincuente” ha cesado y debería ser tratado como un ciudadano más¹⁷. Sin embargo, cuando se trata de sujetos imputables considerados peligrosos, suele relativizarse la obviedad de tal principio, cuestionándose que la persona tenga derecho a recuperar su plena libertad, ante la predicción de que cometerá nuevos delitos¹⁸.

¹⁶ “Es obvio que el derecho subjetivo del Estado a imponer y hacer ejecutar la pena desaparece una vez cumplida ésta”, sostienen MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, en *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 222. En su última edición, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del Delito*, 5ª ed., p. 427, sostiene: “es innecesario aclarar que el cumplimiento de la condena extingue la responsabilidad criminal, es decir, el derecho del Estado a ejercer el *ius puniendi*”. Asimismo, aclara que “la expresión condena abarca técnicamente todas las consecuencias jurídicas del delito recogidas en la sentencia firme -penas, medidas, consecuencias accesorias y responsabilidad civil-”. De este modo, se pone de resalto la mayor precisión actual, refiriendo que el derecho subjetivo del Estado se extingue *con el cumplimiento de la condena* (que incluye la posible imposición de medidas complementarias), en vez de *con el cumplimiento de la pena*.

¹⁷ DUFF, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2013, p. 185. Véase también del mismo autor, *Sobre el castigo. Por una Justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, p. 64.

¹⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2007, p. 1 advirtiendo cómo la extinción de responsabilidad penal por cumplimiento de la condena que debería ser considerado un trámite rutinario puede volverse polémico ante el grave riesgo de que una persona reincida. El autor volvió sobre la cuestión en *Cuadernos*

1.a. Sostiene un sector de la doctrina que, “cuando un individuo es condenado y cumple su pena, cumple a su vez con la Justicia. Pues la pena retribuye el mal causado por el delito, acorde con la culpabilidad de su autor. El sujeto ha sido castigado, y en condiciones normales ahí habrá acabado la intervención del sistema penal. El problema se presenta cuando el paso por el establecimiento penitenciario no ha conseguido evitar que el sujeto, con bastante probabilidad, pueda volver a delinquir en el futuro. Aquí la cuestión no es de Justicia, dado que la persona ya ha pagado su deuda con la sociedad, sino de seguridad, en la medida en que en un futuro más o menos próximo se corre el riesgo de que aparezcan nuevas (o antiguas) potenciales víctimas”¹⁹.

2. De este manera, ante la comisión de delitos de gravedad y frente a pronósticos de peligrosidad, se supone habilitada la imposición complementaria de reacciones estatales que trascienden la culpabilidad, en el marco de un Derecho penal que es concebido no sólo como un medio de represión, sino también como un medio de prevención y lucha contra la delincuencia²⁰. En este sentido, no sólo a raíz de reclamos populares sino también desde reconocidos sectores de la doctrina, surge la propuesta de introducir diversos mecanismos que permitan continuar con cierto grado de restricción, intentando mantener incapacitada o, al menos, controlada a la persona, una vez agotada la pena²¹. La máxima expresión de ello sucede -en Derecho comparado- con la reclusión o internamiento posterior al cumplimiento de la pena fundado en razones de seguridad, sea a título de pena, medida de seguridad o bien bajo la tutela del Derecho civil o administrativo. Otro de los ejemplos clásicos de ello es el instituto de la libertad vigilada, que permite seguir controlando al sujeto condenado que recupera su libertad por medio de una serie de obligaciones que le son impuestas por un tiempo determinado que, en algunos sistemas -principalmente del modelo estadounidense- puede llegar a ser perpetuo.

Penales José María Lidón, 2009, p. 19. Véase también BACIGALUPO, *El Imparcial*, 2008. En contra, GRACIA MARTÍN, en *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, p. 998.

¹⁹ BORJA JIMÉNEZ, *Revista General de Derecho Penal*, 2012, p. 47.

²⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 39.

²¹ A título de ejemplo, desde la doctrina, véase la crítica a la reforma del Código Penal español de 1995 por no haber previsto medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos: BACIGALUPO, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, 2000, pp. 9-11 (más recientemente, *Circunstancia*, 2008, p. 4 y *Escritura Pública* 2009, p. 14). Véase también CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I, p. 36 y JORGE BARREIRO, *Actualidad Penal*, 2000, p. 505.

3. Los primeros problemas que se presentan frente al análisis de legitimidad de las intervenciones estatales, posteriores al cumplimiento total de la pena -superadoras de la medida provista por el principio de culpabilidad- comienzan por contestar la pregunta por el fundamento y continúan con la búsqueda de límites. En este sentido, tal como se verá más adelante²², entre los fundamentos desarrollados para justificar las medidas de seguridad, algunas teorías alegan necesidades de prevención frente a lesiones de bienes jurídicos fundamentales, bajo la lógica del interés preponderante, y deberes de protección de la comunidad frente a determinados peligros. Estas finalidades resultan enteramente legítimas y fuera de discusión como deberes estatales, aunque se las limite a la criminalidad grave. De ahí que se acepte -mayoritariamente- la necesidad del recurso a medidas tendientes a influir sobre sujetos considerados peligrosos, sea por medio de su mejoramiento, curación o aseguramiento. Además, se explica que allí donde la pena -ajustada a la culpabilidad- no puede satisfacer suficientemente esta función preventiva, sea razonable que el Estado posea otros mecanismos de reacción tendientes a evitar la reiteración de hechos delictivos, protegiendo a la generalidad frente a probables futuras lesiones de bienes jurídicos²³.

3.a. En este sentido, sostiene *Ziffer* que “es difícil poner en duda el hecho de que si una comunidad pretende asegurar una convivencia ordenada, no se puede conformar con el castigo represivo de las lesiones jurídicas, sino que debe adoptar medidas para la evitación de delitos futuros. Desde este punto de vista, no se discute seriamente la necesidad de medidas preventivas de peligros, que se explica a partir de la necesidad de seguridad de la comunidad”²⁴.

4. A primera vista, no está claro en dónde buscar los principios generales, bajo los cuales sería necesario limitar esta facultad estatal dentro de fronteras tolerables. En este sentido, en la medida en que se enmarque la cuestión dentro de la órbita del Derecho penal, habrá que analizarla recurriendo a los principios clásicos de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, dignidad o prohibición de tratos crueles e inhumanos, por citar sólo algunos. Ahora bien, ¿qué pasaría si frente a ello se contestara que la función que despliega el Estado, cuando interviene con

²² Véase *infra* Capítulo II.1.

²³ ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, pp. 30-32.

²⁴ ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, p. 37.

posterioridad al cumplimiento de la pena y basado en la peligrosidad de la persona no es ya propia del Derecho penal sino, del civil o administrativo-policial? ¿Dónde se buscarían los límites en este caso?

5. La intervención estatal superadora de la pena adecuada a la culpabilidad supone enmarcar la discusión en la compleja dicotomía entre libertad y seguridad. Pareciera que el análisis debería partir por reconocer que la libertad no es un derecho absoluto y que, en esta disyuntiva, deben tratar de encontrarse soluciones que sirvan a una distribución equilibrada de riesgos y cargas entre el individuo (soportando restricciones) y la sociedad (soportando la libertad de una persona peligrosa)²⁵.

5.a. Son ilustrativas las palabras de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, cuando afirmó que: “la libertad asegurada por la Constitución a cada persona en su jurisdicción, no importa un derecho absoluto a toda persona, en cualquier tiempo y circunstancia, de estar completamente libre de injerencias. Hay variadas restricciones a las que toda persona puede verse sometida en beneficio del bien común. De otro modo, ninguna sociedad organizada podría existir asegurando la seguridad de sus miembros (...) Una verdadera libertad para todos no podrá existir en la medida en que sea operativo un principio que reconozca el derecho de toda persona a usar individualmente su libertad, tanto respecto de su persona como de su propiedad, sin tener en cuenta el daño que pueda causarse a otros”²⁶.

6. En la búsqueda de este equilibrio -libertad vs. seguridad-, no puede perderse de vista que la protección de la sociedad debe ser compatible con el derecho a la libertad, propio de todo ser humano (su autonomía personal), que operará como límite contra la potestad estatal²⁷. De ahí que las personas sólo serán responsables -y reprochables- por los actos que hayan cometido y no por aquellos en los que no tuvieron responsabilidad o que, peor aún, todavía no se hubiesen cometido.

²⁵ BOLDOVA PASAMAR, *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències* 2009, p. 299.

²⁶ SCOTUS, de 20 de febrero de 1905 (ponente Harlan) (“*Jacobson v. Massachusetts*”), p. 26. Debe aclararse que se trata de un antiguo caso en el que se realizó un análisis del Derecho constitucional de la libertad, a propósito de una discusión generada por la constitucionalidad de una ley de vacunación obligatoria contra la viruela, es decir, algo ajeno al Derecho penal.

²⁷ Cfr. GARCIA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 36. Allí la autora refiere: “el derecho penal debe conseguir la tutela de la paz social obteniendo el respeto a la ley y los derechos de los demás, pero sin perjudicar la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o la igualdad y restringiendo al mínimo la libertad”.

6.a. En este sentido, se ha sostenido que “la seguridad es percibida como una condición básica para una vida social ordenada; de allí que la posibilidad de defenderla frente a aquellos que son considerados una amenaza puede ser presentada como un derecho básico de la sociedad. Sin embargo, sólo a partir de la perspectiva de la teoría de la libertad se puede contrarrestar un sistema dirigido a la prevención. En un puro sistema de seguridad el individuo no vale nada”²⁸.

7. Tampoco puede perderse de vista que, por encima de la libertad, merece consideración como límite de la función de prevención de delitos del Estado, “el consenso valorativo existente en nuestra sociedad”²⁹, cuyos principios se plasman en la Constitución de cada sistema jurídico.

7.a. Al respecto advierte *Lascuraín Sánchez* que “frente a las legítimas aspiraciones de utilidad en la prevención de los delitos no debe desdeñarse la calificación moral que el modo de prevenir merece. No se trata de evitar el delito a toda costa –no, por ejemplo, con penas de muerte, o de amputación de miembros, o con castigos a los familiares de los delincuentes, o con tortura como medio de investigación– sino de hacerlo de un modo acorde con la identidad valorativa esencial de la sociedad, de modo que los ciudadanos no tengan que avergonzarse tanto del modo de reaccionar ante el delito como del delito en sí y se vean tentados a pensar que tan malo es el remedio como la enfermedad. El Derecho Penal no sólo manifiesta de un modo especialmente expresivo los valores de una sociedad en las conductas que va a considerar intolerables, sino también en el modo de perseguirlas, sancionarlas y ejecutar las sanciones. Por ello, si, en afirmación ya clásica, el Código Penal es el reverso de la Constitución, lo es tanto por los bienes que protege como por el modo de protegerlos”³⁰.

8. El desafío pasará, entonces, por concretar el grado de afectación de los principios esenciales del sistema jurídico -su identidad valorativa- frente al reconocimiento de una potestad del Estado de intervenir, más allá del marco del principio de culpabilidad, con fundamento en la protección de la comunidad frente a la amenaza de lesión de bienes jurídicos fundamentales.

1.2.B. Sistemas de doble vía o de vía única - Evolución y ¿crisis?

²⁸ ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, p. 39.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 315.

³⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Claves de Razón Práctica*, 2004, p. 4.

1. En la tradición de Derecho europeo continental³¹, es común observar que el esquema de clasificación de las consecuencias jurídicas frente a la peligrosidad criminal gire en torno a la consideración de las reglas del sistema de vía única o de doble vía, también llamado monismo o dualismo, siempre dentro del Derecho penal³².

1.a. A diferencia de ello, en el sistema angloamericano rige el monismo, y el punto de partida para el enfoque de las consecuencias jurídicas se pregunta, más bien, por su ubicación formal en el sistema jurídico, es decir si se trata de una reacción de naturaleza penal -sin distinción de tipos- o bien de un instituto del Derecho civil.

2. Por monismo se suele entender un sistema de Derecho penal con una única clase de reacción frente al delito -generalmente la pena-. Por el contrario, el dualismo supone que junto a la pena fundada en la culpabilidad, existe una segunda clase de reacción llamada medida de seguridad, que se justifica en la peligrosidad del sujeto³³.

3. En una primera aproximación histórica, desde los postulados doctrinarios de la Escuela Positiva Italiana, se pretendió un modelo de sustitución de la pena por medidas de defensa penal. En efecto, para esta visión determinista del Derecho penal, sus consecuencias jurídicas ya no estarían fundadas en la culpabilidad ni atenderían a componentes retributivos ni de proporcionalidad. Por el contrario, la

³¹ Al utilizar esta expresión no se desconocen las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos europeos que, en algunos casos, implican una clasificación en cuatro grandes modelos político-jurídicos: nórdico, anglosajón, continental central y meridional, sino que más bien se pretende mantener la distinción clásica entre sistemas continentales y de *Common Law*. Véase TAMARIT SUMALLA, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, *passim*, para un esquema de clasificación de sistemas de sanciones y política criminal europea.

³² En efecto, en la doctrina de derecho europeo-continental la opinión “absolutamente dominante” es que las medidas de seguridad son un mecanismo de respuesta al delito de naturaleza jurídico-penal, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, pp. 71-73.

Ello sin perjuicio de destacar una posición minoritaria que sostiene que las medidas de seguridad deberían quedar fuera del Derecho penal y advierte, puntualmente, que las garantías que pretenden absorberse de este último, en verdad, “son garantías constitucionales y es en tal origen en el que reside su fuerza”, por lo que las garantías no deberían ser fundamento de encuadre penal; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 588-610. Véase también FEIJOO SÁNCHEZ, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, pp. 54-56, quien aboga por la exclusión del Derecho penal y su clasificación como de tipo policial, de las consecuencias jurídicas encaminadas a combatir la peligrosidad criminal latente tras cumplir la pena adecuada al hecho delictivo cometido.

³³ QUINTERO OLIVARES, en *Neurociencias y Derecho penal*, p. 652.

finalidad de la sanción era de estricta prevención, de defensa del orden social, para lo cual se elabora el concepto de peligrosidad y de sujeto peligroso, debiéndose individualizar la sanción bajo estos principios. Se trata éste de un monismo de medidas sustitutivas de la pena -la denominación medidas de seguridad vendría poco después-³⁴.

4. Si bien -como se dijo- puede atribuirse a la Escuela Positiva Italiana el desarrollo de las bases de esta concepción y fundamentación de la sanción penal, el nacimiento oficial del dualismo suele ser ubicado a partir de la redacción del anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, cuyo autor fue *Carl Stoos*³⁵. Es éste el punto de quiebre y el momento a partir del cual se estima que ha sido el dualismo el sistema que se impuso en el Derecho penal continental³⁶.

5. La principal virtud del dualismo parte de la coexistencia de dos reacciones jurídico-penales que responden a distintos fundamentos y donde ambas son necesarias para el cumplimiento de los fines del Derecho penal. En efecto, cabe manifestar que la pena se impone como castigo por la comisión de un delito, fundada y ajustada de acuerdo a la culpabilidad. Ello de por sí implica la necesidad de contar con una reacción distinta, ya que se presentan casos en los cuales al sujeto no puede atribuírsele culpabilidad o que, de existir ésta, el límite que importa resulte insuficiente para proteger los bienes jurídicos amenazados. Es decir, se necesita una

³⁴ LEAL MEDINA, *La historia de las medidas de seguridad*, pp. 254-262.

³⁵ FRISCH, *InDret* 2007, p. 5. Véase también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, p. 66, nota 116. A pesar de ello, algunos autores reconocen también la influencia que tuvo la teoría de las medidas de aseguramiento, distintas a las penas, elaborada por *Klein* -autor del Código Penal prusiano de 1851-. Se le atribuye al autor alemán haber diferenciado, por primera vez, a las medidas de seguridad de las penas, sin contenido aflictivo, fundadas en la peligrosidad y de duración indeterminada. Ello sin perjuicio de reconocer, igualmente, que fue a partir del anteproyecto de *Stoos*, en 1893, cuando se le dio mayor entidad a las medidas de seguridad, colocándolas junto a la pena en un verdadero sistema de doble vía. Cfr. LEAL MEDINA, *La historia de las medidas de seguridad*, p. 263; ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, p. 36; y SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, p. 22.

³⁶ SANZ MORÁN, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, pp. 1086-1088 y EL MISMO, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, p.31. También JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 41-43. En contra de los sistemas de doble vía, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, pp. 65-68, quien considera que las medidas de seguridad son auténticas penas neutralizantes.

consecuencia que, en vez de -o además de- castigar, proteja a la sociedad evitando la reiteración de delitos y procurando la rehabilitación del sujeto. Surge, entonces, la segunda vía denominada medida de seguridad, cuyo fundamento pasa a ser la peligrosidad del sujeto y que responde a finalidades distintas: en algunos casos serán curativas, en otros educativas y, finalmente, *asegurativas* o de mejoramiento.

6. Sin perjuicio de lo expuesto en cuanto a la imposición del sistema de doble vía, hacia fines del siglo pasado comenzó a ponerse de manifiesto una supuesta crisis del sistema del mismo³⁷. Y la principal razón de ello parece haber sido la falta de límites que poseen las medidas de seguridad, en tanto que no se encuentran sujetas a las estrictas exigencias de la culpabilidad, sino a la imprecisa peligrosidad. Del mismo modo, se destaca como argumento crítico las similitudes entre ambos institutos que puede generar la confusión de ambas reacciones. En tal sentido, se asocia la pena a finalidades de prevención especial y, viceversa, se destaca el carácter aflictivo de las medidas como una señal de un efecto de prevención general o aun de retribución. Se observa, así, que resulta imposible no considerar que las medidas de seguridad importan un mal para el sujeto a quien se imponen, ya que implican una privación de derechos, por lo general, temporalmente indeterminada³⁸. Se agrega que “resulta insostenible la afirmación de que la imposición de una medida no supone sufrimiento a quien la padece, debiendo considerarse que en la práctica es muy lábil la distinción que existe entre las modalidades de ejecución, de ambas reacciones penales³⁹”.

7. Al criticarse las bases del dualismo, también se encuentran puntos de contacto con relación a los fines de la pena y de la medida de seguridad. Ello es así en tanto que, respecto a la evolución en la ejecución de las penas, se han desarrollado criterios preventivo-especiales que produjeron un desplazamiento de los fines retributivo o

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, pp. 25-27.

³⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, pp. 47-59 y ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, pp. 85-96. Véase también FRISCH, *InDret* 2007, pp. 11-18.

³⁹ RIGHI, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. p. 68. En sentido similar, en doctrina argentina puede consultarse también TOZZINI, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, p. 508, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal Parte General*, Tomo I, p. 98, o su más reciente ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, pp. 884-886.

preventivo general, al buscarse la resocialización del delincuente⁴⁰. En este sentido, se advierte que la medida de seguridad posee una finalidad preventivo-especial que puede consistir en el cese de la peligrosidad, la incapacitación, o bien, en su caso, la rehabilitación del enfermo mental, con lo que aquí se suelen encontrar puntos de coincidencia. Incluso, desde es el plano de su ejecución, la propia Constitución española señala para las medidas de seguridad la necesidad de que tengan una orientación de prevención especial positiva, en el mismo plano que la pena (art. 25.2).

8. Finalmente, respecto de aquellas medidas de seguridad que son privativas de la libertad, también se apuntan similitudes en la ejecución de ambas sanciones. Ello ocurre, no sólo en relación con la reclusión o custodia de seguridad, sino también con el internamiento de inimputables que muchas veces se lleva a cabo en institutos penitenciarios⁴¹.

9. Ante este tipo de observaciones, como se adelantó, se llegó a considerar que el dualismo se hallaba en crisis. El reclamo pasó por tratar las medidas de seguridad como verdaderas sanciones penales⁴², exigiendo en su imposición, ejecución y duración, el respeto de las garantías y límites, propios de la pena privativa de la libertad. En este sentido, surgieron modificaciones legislativas respecto de las medidas de seguridad, que prácticamente las equiparaban a las penas. Entre otros ejemplos, suele citarse la reforma del Código Penal de 1995 en España⁴³ para el caso de los inimputables o semiimputables, en la que se establecieron topes máximos concordantes con la pena prevista para el delito cometido y se introdujo el sistema vicarial⁴⁴. En este sentido, se estableció que “las medidas de seguridad no pueden

⁴⁰ Ante ello, autores como *Ziffer*, refieren que “la pena no puede ser fijada ni ejecutada sin consideración de sus posibles efectos *futuros* para la vida del autor, sino que, por imperativo constitucional, ella debe dirigirse, esencialmente a la reforma y readaptación social del condenado”, *ZIFFER, Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, p. 44-.

⁴¹ Éste ha sido uno de los argumentos por los cuales el TEDH equiparó la custodia de seguridad alemana con una pena, en “M vs. Germany”, de 17/12/2009”. Sobre esto se volverá en el Capítulo IX.2.

⁴² Cfr, GARCÍA RIVAS, en *Neurociencias y Derecho penal*, p. 621.

⁴³ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁴ A los fines informativos para quienes desconocen el funcionamiento del sistema vicarial, éste implica que en caso de imponerse ambas consecuencias jurídicas, deberá cumplirse primero la

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” (art. 6.2 CPE). Del mismo modo, para el caso de la medida privativa de libertad, se aclaró que no podría exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto, el Tribunal fijaría en la sentencia ese límite máximo (artículos 101.1, 102.1 y 103.1 CPE).

9.a. La fijación de topes máximos de duración de las medidas de seguridad para inimputables, en función de la pena prevista para el delito cometido, fue criticada oportunamente por un sector de la doctrina que alertaba sobre la confusión que ello suponía, respecto de los diversos fundamentos que ambos institutos tenían⁴⁵.

9.b. Asimismo, debe tenerse en cuenta que esta cuestión estuvo cerca de ser reformada, cuando tanto en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, como en el Proyecto de reforma de 2013⁴⁶, se propuso el abandono de la idea que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido. En dichos documentos pre-legislativos se previó, entonces, modificar el artículo 6.2 del CPE, para que pasara a sostener lo siguiente: “las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. Por otro lado, se previó un agregado al artículo 95 para reparar que “la medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto”. Asimismo, respecto al internamiento en un centro psiquiátrico o centro educativo especial, se estableció que no podría tener una duración superior a cinco años, salvo que se acordare su prórroga, por períodos sucesivos de cinco años (art. 98 y 99). Por su parte, para el internamiento en un centro de deshabitación se fijó un límite -“por regla general”- de dos años, aunque podría prorrogarse “hasta el límite constituido por la duración de la pena de prisión que hubiera sido impuesta o un máximo de cinco años, cuando no se hubiese impuesto ninguna pena”.

medida, tiempo que luego se restará a la pena que le sigue y hasta podrá dejarse sin efecto ésta, o bien aplicarse una medida de seguridad no privativa de la libertad, en caso de falta de necesidad preventiva en su ejecución (art. 99 CPE).

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, pp. 35-49. Véase también CEREZO MIR, *Temas fundamentales del Derecho penal*, T. I, pp. 491-492.

⁴⁶ BOCG, Serie A, n°66-1, de 4 de octubre de 2013, p. 24. Conocida como la reforma “Gallardón”, en referencia a quien fuera Ministro de Justicia español desde fines de 2011 y hasta septiembre de 2014, Alberto Ruíz-Gallardón.

9.c. Debe aclararse, sin embargo, que ninguna de estas modificaciones prosperó en la versión final de la reforma del Código Penal, operada por intermedio de la LO 1/2015⁴⁷.

10. Sin embargo, la tendencia a equiparar ambas reacciones -en materia de garantías y límites- no es unánime en la discusión académica. Así, desde otro sector se hace hincapié en las diferencias necesarias y esenciales existentes entre ambos institutos, criticando su tratamiento equitativo y proponiendo, por su parte, criterios limitadores propios⁴⁸. *Roxin*, por ejemplo, al analizar la relación entre pena y medidas de seguridad afirma que ambas no se diferencian -en esencia- en el fin (son de tipo preventivo), sino en la limitación. En este sentido, agrega, la medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena. Concluye así que debe permanecer el sistema de doble vía en la limitación y no renunciar a la pena, pues ésta constituye por su vínculo con la culpabilidad en comparación con la medida, la intervención menor en la libertad del ciudadano⁴⁹.

I.2.C. Naturaleza jurídica de la reacción.

I.2.C.a. Las razones de la distinción y el fraude de etiquetas.

1. En materia de actividad estatal frente a la delincuencia grave y su peligrosidad, se observa -a grandes rasgos- que un modelo opta por encuadrar la naturaleza jurídica

⁴⁷ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁸ Véase por ejemplo, ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, pp. 56-62.

⁴⁹ ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. t. I., pp. 104-107. El autor refiere que el cometido primario de las medidas de seguridad es de tipo preventivo-especial porque ayuda a evitar futuros delitos del afectado por ella. En la medida de internamiento se observa el componente asegurativo y de resocialización de la prevención. Sin embargo, la mayoría de las medidas tienen -como fin secundario- un efecto preventivo-general. Por ejemplo, la medida de privación del permiso de conducir tiene más veces un efecto intimidatorio.

de las reacciones como propia del Derecho civil, mientras que otro modelo las encasilla como reacciones del Derecho penal. Y, según se ha observado en el análisis de la jurisprudencia de cada uno de estos modelos, el recurso a encasillar el análisis como propio del Derecho civil o bien de las funciones policiales del Estado -Derecho administrativo sancionador, si se quiere-, obedece a evitar los principios limitadores más estrictos del Derecho penal. De esta manera, con el Derecho civil o administrativo se permitiría una justificación más laxa de reacciones que suelen ser vistas como desproporcionadas, para los estándares tradicionales del sistema penal. De hecho, un sector de la doctrina observa con preocupación esta tendencia y reconoce que si las reacciones no son consideradas penales, entonces será difícil, incluso, establecer algún tipo de principio limitador⁵⁰.

1.a. Ejemplos de ello se observan, como se verá, en el modelo estadounidense⁵¹ de reacción frente a los delincuentes sexuales violentos, tanto en materia de internamiento indefinido, como en los registros públicos y en las restricciones residenciales. De esta manera, se toleran tales recursos por considerarlos de naturaleza civil o administrativa, evitándose los principios limitadores del Derecho penal que impedirían la imposición de una sanción que sería vista como desproporcionada en relación al hecho cometido.

2. La discusión no queda ahí y comienza a confrontar respecto a si las reacciones analizadas deben ser consideradas penas o medidas de seguridad. Evidentemente esta diferencia no es menor ya que, como señala *Ziffer*, se trata de determinar «si existe algún fundamento legítimo que autorice al Estado a “resocializar” con prescindencia del principio de culpabilidad»⁵². No por nada, en la práctica judicial, al momento de analizar la legitimidad de una reacción específica, los operadores jurídicos suelen comenzar la discusión por el encasillamiento de la reacción cuestionada⁵³.

⁵⁰ VON HIRSCH, en *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, pp. 197-198, nota 8. En idéntico sentido, STEIKER, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1998, p. 777, quien apunta con preocupación cómo la jurisprudencia y la doctrina suelen concluir que no hay nada de malo con una sanción o reacción determinada, una vez que determinan que no es de naturaleza penal.

⁵¹ *Infra*, parte segunda.

⁵² ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, p. 46.

⁵³ Un ejemplo de ello puede verse en el caso resuelto por la Corte Suprema argentina en el caso “Gramajo”, de 5 de septiembre de 2006, en donde se declaró la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del CPA. Los fundamentos del voto de la mayoría se centraron en considerarla una pena -encubierta bajo la etiqueta de medida de seguridad- y, como tal, cruel y desproporcionada, además de fundada en la supuesta peligrosidad del condenado.

3. A raíz de este tipo de razonamientos, en los que el encasillamiento obedece a evitar límites más estrictos, es que se habla de “fraude de etiquetas”⁵⁴. Por medio de esta expresión se refiere, por un lado, a intentos de encubrir consecuencias jurídicas irrespetuosas del principio de culpabilidad, bajo el ropaje de tratarse de medidas de seguridad cuando en verdad son auténticas penas⁵⁵. Del mismo modo, se trata de aquellos casos en los que -al revés- la pena es instrumentalizada para fines que no le corresponden (como pueden ser extensiones del término de la pena superando la proporcionalidad de la misma, para evitar que el sujeto recupere su libertad)⁵⁶. De hecho, tal como refiere críticamente *Sanz Morán*, la confusión y la coexistencia entre pena y medida de seguridad generan que “terminen comportándose como partes ampliamente intercambiables y funcionalmente complementarias de una estrategia unitaria de control de delincuentes peligrosos”⁵⁷.

3.a. *Muñoz Conde y García Arán* mantienen esta línea crítica de pensamiento y afirman que las medidas de seguridad “no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas benefactoras dirigidas a curar al peligroso, porque ése es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites, con el que se llega al denominado fraude de etiquetas, es decir, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en la aplicación de las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos. Por el contrario, debe partirse de que las medidas de seguridad son un instrumento más de control, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado, razón más que suficiente para tratarlas como a las penas desde el punto de vista de las garantías”⁵⁸.

⁵⁴ SANZ MORÁN, en *Delincuentes peligrosos*, pp. 66-67. También ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, p. 383. La autora aclara que la expresión “estafa de etiquetas” fue utilizada por primera vez en Alemania en 1924 (por *Kohlrausch*, aunque éste estaba citando a *Schwander*), para “señalar la supuesta insinceridad que significa ejecutar la custodia de seguridad bajo el rótulo de medida con un contenido idéntico al de una pena de prisión”, aunque luego esa objeción pasó a ser propia de la crítica general a los sistemas de doble vía, p. 45 y nota 2. Véase también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, p. 67, quien lo traduce como “embuste de las etiquetas”.

⁵⁵ RIGHI, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., p. 74.

⁵⁶ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, p. 64.

⁵⁷ SANZ MORÁN, en *Delincuentes peligrosos*, p. 67 (citando a Kunz).

⁵⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., p. 656.

De esta manera, no se pretenden solucionar las dificultades que se presentan dentro del Derecho penal, sino más bien de apartarlas hacia otra autoridad competente⁵⁹.

4. Algunos autores, por su parte, prefieren mantener la distinción penal, civil o administrativa, advirtiendo que su confusión podría desnaturalizar la función del sistema penal, en tanto se desdibujaría su rol de censura o reproche moral ajustado a la culpabilidad, perdiendo así eficacia preventiva. En este sentido, se apunta, que sería imprescindible que las reacciones basadas en la peligrosidad de la persona obedezcan a reglas distintas a las penales y sean impuestas luego de la pena proporcionada⁶⁰. Después de todo, tal como aclara *Lascuraín Sánchez*, “las garantías que merecen las medidas de seguridad no proceden del Derecho penal, sino de los valores que hemos positivizado en la Constitución”⁶¹.

5. Finalmente, en algunos casos se observa una interacción entre el Derecho penal y el civil, para una misma consecuencia jurídica. Un ejemplo de ello puede observarse en la regulación española sobre las medidas de seguridad para inimputables, en las cuales una vez superado el tiempo máximo de la misma el sujeto podrá quedar internado a disposición de la jurisdicción civil⁶². En este sentido, se llega a hablar incluso del carácter subsidiario del Derecho civil frente al Derecho penal, que indicaría que el primero sólo debería intervenir allí donde el penal se ve limitado por razones de proporcionalidad. De esta manera, se advierte que el Derecho penal, respetuoso de la libertad y la autonomía de la persona, debe ser el primer recurso frente a acciones dañosas y nunca reposar en regulaciones civiles. Sólo cuando el proceso penal no pueda cumplir adecuadamente con la necesidad social dentro de sus límites entonces sería permisible recurrir en forma subsidiaria al Derecho civil⁶³.

⁵⁹ Cfr. ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, p. 383.

⁶⁰ ROBINSON, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1993, p. 693.

⁶¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, p. 589.

⁶² Véanse arts. 104.2 y Disposición adicional primera del CPE.

⁶³ SCHULHOFER, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996 pp. 84-94. Es algo propio de los defensores del justo merecimiento y la proporcionalidad de la pena -como es el caso de *Schulhofer*- que únicamente puedan fundamentar las intervenciones basadas en la peligrosidad por fuera del Derecho penal, ya que éste está basado exclusivamente en la censura y el reproche ajustado a la conducta pasada, no en predicciones futuras. El Derecho penal, se entiende, debe ser respetuoso de la autonomía y libertad de la persona, por lo que no podría dar lugar a reacciones basadas en la peligrosidad de individuos competentes. Éstas deberían pasar a la órbita del Derecho civil.

5.a. Con suma agudeza, *Robinson*⁶⁴ plantea una inquietud vinculada al modelo de interacción entre el Derecho penal y el civil. En este sentido se pregunta por aquellos casos en los cuales el sistema civil pueda rechazar hacerse cargo de un condenado por un delito sexual. El riesgo pasaría porque, en este supuesto, el proceso penal necesariamente respondería en función de la peligrosidad del condenado de manera forzada y, quizá, despreocupada de las garantías y principios penales, a fin de no dejar desprotegida a la sociedad.

I.2.C.b. Factores o pautas de distinción.

1. Respecto a los criterios que se han desarrollado para diferenciar las penas de las medidas de seguridad pueden mencionarse -en forma ejemplificativa- los siguientes: (1) la causa de su aplicación, advirtiendo que la pena se aplica en base al acto culpable y se funda en la culpabilidad, mientras que la medida de seguridad se impone a causa de la peligrosidad criminal; (2) por el carácter determinado o indeterminado de su presupuesto; (3) por su forma y lugar de ejecución, así como también por los beneficios previstos durante la misma; (4) por el procedimiento establecido para su dictado⁶⁵.

2. Es mayor la discusión -y tradicional en el estudio de la teoría del Derecho- en orden a la determinación de la naturaleza civil o penal de una reacción o bien, a propósito de la distinción entre sanciones penales y civiles.

2.a. Así podemos ver cómo *Nino* señalaba los siguientes criterios para plasmar esta diferenciación: a) la sanción penal es reclamada, generalmente, de oficio por el Fiscal,

Nótese la polémica que esta expresión (“Derecho civil como subsidiario”) podría generar en el ámbito académico de tradición europeo continental en el que, justamente, se habla del carácter subsidiario del Derecho penal. En este sentido, refiere FEJOO SÁNCHEZ, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, p. 65 que “a veces da la sensación de que un sector de la Ciencia del Derecho Penal mantiene una concepción de las relaciones entre el Estado y la sociedad que no está actualizada sino que corresponde a la época de la Ilustración”; haciendo mención a la crítica fundamentalista de los defensores de un “Derecho penal mínimo” que no resuelve los problemas ni reflexiona sobre las alternativas.

⁶⁴ Sobre esto véase ROBINSON, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1993, pp. 705-706. Volveré sobre esta cuestión en el apartado VIII.1.

⁶⁵ Se sigue aquí la tesis de JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, pp. 94-113.

mientras que la civil es demandada por el damnificado; b) en el caso de la multa, el producido de la penal pasa a integrar el erario público, mientras que en la ejecución forzosa civil se beneficia al demandante; c) la sanción penal tiene una finalidad retributiva o preventiva, mientras que la civil tiene por propósito resarcir el daño producido y su monto está dado por la extensión de este último; d) es parte esencial de la pena el imponer un sufrimiento a su destinatario, mientras que en otras medidas coactivas, el sufrimiento puede ser una consecuencia colateral inevitable pero no es parte de su finalidad⁶⁶.

2.b. Por otro lado, es conocida la posición de *Hart*, quien consideró que las cinco características particulares que definen la pena son: 1) que implica un padecimiento u otras consecuencias normalmente consideradas desagradables; 2) que debe ser aplicada por una infracción a las reglas jurídicas; 3) que debe ser impuesta a la persona responsable, real o supuesta, de dicha infracción; 4) que debe ser infligida intencionalmente por una persona distinta a la que cometió la infracción; y 5) que debe ser impuesta y ejecutada por una autoridad constituida conforme el sistema legal quebrantado por el delito cometido⁶⁷.

2.c. También merece ser destacada la propuesta de *Steiker* quien, luego de sostener que a la definición de *Hart* le faltaría incluir el sentido expresivo de culpa y desaprobación propios de la pena, considera que deben contestarse tres preguntas antes de resolver si una sanción debe ser considerada de naturaleza penal: 1) ¿cuáles son las intenciones del Estado?; 2) ¿cuáles son los efectos de la acción estatal sobre el individuo?; 3) ¿qué significado le otorgaría la comunidad a la acción estatal?⁶⁸.

2.d. *Fletcher* siguiendo el esquema de factores propuesto por *Hart* advierte que si las sanciones son impuestas basándose en la comisión de un delito pero con el fin de proteger a la sociedad, no puede decirse que sean reacciones *por* el delito cometido, de conformidad con las exigencias del filósofo británico al respecto (exigencia número 2). Ello desde que “la preposición «por» requiere esa conexión causal” entre la sanción y el delito cometido, mientras que “cuando la sanción se dirige primariamente a proteger a la sociedad privando al sujeto de un status en el que puede lesionar los derechos de otro, no existe esta conexión causal, no se impone por el delito”⁶⁹.

⁶⁶ NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 172-173 (los tres primeros criterios son de *Kelsen*).

⁶⁷ HART, en *Punishment and responsibility*, pp. 4-5.

⁶⁸ STEIKER, *The Georgetown Law Journal*, 1997, pp. 803 y 810-811.

⁶⁹ FLETCHER, *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, p. 67. Visto desde sistemas jurídicos de tradición continental, no habría dificultad en aceptar reacciones penales basadas en el fin de protección de la sociedad, aunque serían a título de medidas de seguridad.

3. Es interesante repasar, además, el desarrollo de la jurisprudencia de Estados Unidos ya que, como se verá más adelante⁷⁰, sus criterios han sido utilizados para considerar la constitucionalidad de algunos institutos tales como el internamiento indefinido de los delincuentes sexuales violentos, sus restricciones domiciliarias o la obligación de registrarse de los mismos.

3.a. El *leading case* al respecto es el fallo “*Kennedy v. Mendoza-Martinez*”⁷¹ de la Suprema Corte de Estados Unidos, en el que se analizó la constitucionalidad de una ley de deportación y cese de la ciudadanía, para aquellos sujetos que hubieren permanecido fuera del país, con el objeto de evitar realizar el servicio militar en tiempos de guerra. En este caso, la Corte sistematizó todos los factores que tradicionalmente se habían usado para determinar la naturaleza penal de una sanción, destacando siete: 1) si la norma podía significar la imposición de una restricción o incapacitación; 2) si históricamente se consideraba a esa sanción como una pena o no; 3) si su imposición obedeció a una conducta intencional de infracción; 4) si la norma promovía algunas de las finalidades tradicionales de la pena (retribución o prevención); 5) si el comportamiento al que se aplicaba estaba sancionado como delito; 6) si la sanción podía estar asociada a un propósito alternativo no punitivo; 7) si el medio elegido para el cumplimiento de los objetivos no era excesivo ni desproporcionado, en función de la finalidad buscada⁷².

3.b. *Fletcher*, siguiendo el esquema de factores propuesto por *Hart*, advierte que si las sanciones son impuestas basándose en la comisión de un delito pero con el fin de proteger a la sociedad, no puede decirse que sean reacciones *por* el delito cometido, de conformidad con las exigencias del filósofo británico al respecto (exigencia número 2). Ello, desde que “la preposición «por» requiere esa conexión causal” entre la sanción y el delito cometido, mientras que “cuando la sanción se dirige primariamente a proteger a la sociedad privando al sujeto de un estatus en el que puede lesionar los derechos de otro, no existe esta conexión causal, no se impone por el delito”⁷³.

⁷⁰ En particular, véanse los apartados VIII.2.A.a, VIII.3 y VIII.5.B.

⁷¹ SCOTUS de 18 de febrero de 1963 (ponente Goldberg) (“*Kennedy v. Mendoza-Martinez*”, 372 U.S. 144).

⁷² SCOTUS de 18 de febrero de 1963 (372 U.S. 168-169).

⁷³ FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, p. 67. Visto desde sistemas jurídicos de tradición continental, no habría dificultad en aceptar reacciones penales basadas en el fin de protección de la sociedad, aunque serían a título de medidas de seguridad.

4. Si bien a título de guía⁷⁴, los factores recién expuestos pueden ser de utilidad para clasificar determinadas sanciones como penas, medidas de seguridad, como sanciones civiles o medidas de otra naturaleza. De ahí que este esquema podrá servir para encuadrar determinadas reacciones que serán analizadas en la segunda parte de este trabajo, no basadas en la culpabilidad, sino con fundamento en la peligrosidad.

I.3. Recapitulación.

1. Desde el comienzo del trabajo he planteado, reiteradamente, la existencia de supuestos en los cuales no resulta suficiente la tradicional consecuencia jurídica del Derecho penal: la pena. Asimismo, he advertido que en este déficit se encuentra la raíz del sistema de doble vía, que desde fines del siglo XIX instauró las medidas de seguridad dentro del Derecho penal, como alternativa o complemento de la pena.

2. El objetivo pretendido por el sistema penal, en estos casos, es el aseguramiento o neutralización del sujeto considerado peligroso. En este sentido, la libertad de los ciudadanos no reviste el carácter de derecho absoluto, y existen injerencias o restricciones que podrían serle impuestas a una persona, no sólo en caso de producir un daño a terceros, sino además en caso de hacerlo de forma reiterada contra bienes jurídicos esenciales y ante una valoración de reincidencia de su parte. Sin embargo, esta regla de excepcional restricción de la libertad no puede perder de vista cierto consenso de la sociedad, que impone barreras a la forma en que se previene la comisión de delitos y que se encuentra plasmado principalmente en la Constitución de cada país.

3. A pesar de la consolidación del sistema de doble vía, desde hace por lo menos veinte años, se ha venido sosteniendo que el mismo se hallaba en crisis. Ello ante la confusión que se ha instalado en la comparación de penas y medidas de seguridad. Y

⁷⁴ La Suprema Corte estadounidense advirtió que la enumeración de estos factores no era exhaustiva ni dispositiva, sino una guía o ayuda; cfr. SCOTUS de 27 de junio de 1980 (ponente Rehnquist) (*United States v. Ward*, 448 U.S. 249).

esta crisis ha ocasionado desconcierto respecto del tratamiento que se ha dado a las medidas de seguridad, imponiéndoles algunos de los límites de las penas, a pesar de su diversa fundamentación.

4. Esta crisis viene de la mano del denominado “fraude de etiquetas” por el cual se critica la falta de definición de algunas reacciones penales, las que son indistintamente consideradas como penas o bien como medidas de seguridad; y en otros casos se pretende que su naturaleza jurídica sea civil en vez de penal. Todo ello genera desorden respecto de los principios limitadores aplicables. De aquí que haya dedicado un apartado a desarrollar los distintos factores que se han aportado -desde la teoría del Derecho y la jurisprudencia- y deben ser tenidos en cuenta al momento de valorar la naturaleza jurídica de una reacción frente al delito.

5. En la discusión relativa a la rama del Derecho en la cual se encuentra inserta una reacción, me inclino por permanecer siempre dentro del Derecho penal. Asumo así los criterios desarrollados por *Hart* con la revisión de *Fletcher*, destacando que se tratará siempre de reacciones impuestas por el comportamiento futuro que se espera de la persona, antes que por el hecho ya cometido. Y con ello adelanto también mi posición respecto al encuadre de estas reacciones como penas o bien como medidas de seguridad. En este sentido, considero que del hecho cometido, únicamente, puede recurrirse a la pena, con sus límites y garantías; es decir, individualizada de modo estricto en el principio de culpabilidad. A diferencia de ello, toda mirada hacia el futuro dirigida a neutralizar o contener un pronóstico de peligrosidad debe ser encarada, exclusivamente, con medidas de seguridad.

6. En el capítulo siguiente, será fundamental comprender las distintas justificaciones que se han esbozado para legitimar esta intervención del Derecho penal, una vez agotado el castigo impuesto de modo proporcional al delito cometido y analizar los alcances del concepto de peligrosidad como fundamento de las reacciones penales inocuidadoras.

II

La peligrosidad criminal como fundamento de la incapacitación.

II.1. Noción de peligrosidad y su recepción en ambas vías del Derecho penal.

1. Corresponde ahora dar un paso adelante en el análisis e intentar determinar cómo se justifica una teoría que pretende asegurar a la sociedad, frente a ciertas personas que son catalogadas como peligrosas. Dicho de otro modo, se intentará responder cuál es el argumento que pretende fundamentar la inoquización de una persona, como reacción del Derecho penal frente a la comisión de un delito.

2. Previo a ello, conviene dejar claro -una vez más- que las consecuencias jurídicas mediante las cuales se pretende asegurar a la sociedad frente a ciertas personas no se basan en la culpabilidad, sino en la peligrosidad. Corresponde entonces abordar, en primer lugar, el concepto de esta condición fundamental y su recepción por parte de los analistas y aplicadores del Derecho penal.

3. Se atribuye a *Garófalo* la introducción del concepto de peligrosidad como fundamento de la escala y la determinación de la reacción penal⁷⁵. En efecto, ya en el año 1885 el representante de la llamada Escuela Positiva del Derecho precisó que las consecuencias jurídicas no debían estar fundadas en la proporcionalidad, sino en la idoneidad para disuadir y para eliminar la *temibilitá*. Utilizó este último término

⁷⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso*, pp. 11 y 16. También DONNA, *La peligrosidad en el Derecho penal*, p. 24.

“para designar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo”⁷⁶.

4. Con el tiempo y la evolución de los sistemas penales de doble vía, la peligrosidad criminal -entendida como la probabilidad de reiteración delictiva⁷⁷- conservaría su condición de sustento de cualquier consecuencia jurídica partidaria de la teoría de la incapacitación. Ambos conceptos -peligrosidad e incapacitación- son inescindibles, siendo que por medio de la inocuización, justamente, se pretende impedir que la persona vuelva a cometer delitos, al menos mientras se esté ejecutando la sanción puntual.

5. Sin embargo, la peligrosidad no es un concepto exclusivo de la prevención especial negativa. Por el contrario, la mirada a futuro del Derecho penal ha estado presente desde el nacimiento de todas las teorías preventivas que consideraron que la pena estaba dirigida a evitar la comisión de delitos futuros⁷⁸. Éste ha sido un problema ético que algunos autores se preocuparon por marcar, es decir, que en la fundamentación preventiva, desde siempre se ha utilizado al condenado como instrumento para prevenir delitos futuros -tanto propios como así también de terceros-, en contraposición con la máxima kantiana que impide considerar al ser humano como un puro objeto o instrumento⁷⁹.

6. Sea la posición teórica que sea, la pena y sobre todo la medida de seguridad se fundamentan como un medio para el cumplimiento de aquel fin preventivo -evitación

⁷⁶ GARÓFALO, *La Criminología*, p. 258.

⁷⁷ Una acepción más amplia refiere a la peligrosidad social que puede atribuirse a una persona, de la que se pronostique la comisión de hechos ilícitos sin relevancia penal. A partir de esa noción, operaron categorías de daño social o riesgo para la comunidad bajo una lógica pre-delictual, cuya inconstitucionalidad ha sido ampliamente confirmada ya. Véanse las tesis de JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, passim., y de TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, passim. Véase, también, sobre el concepto de peligrosidad criminal y su evolución en España, LEAL MEDINA, *Diario La Ley*, 2011, pp. 1-18; en especial la nota al pie de página n°9 donde diferencia entre los conceptos de peligrosidad objetiva, criminal, subjetiva o interna, externa, social, predelictual y postdelictual.

⁷⁸ Cfr. BACIGALUPO, *Circunstancia*, 2008, p. 3 y de TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, p. 31.

⁷⁹ Véase por todos, JORGE BARREIRO, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, p. 566.

de delitos- en la variante que se prefiera (resocializadora, intimidación general, mantenimiento de la vigencia de la norma o aseguramiento). Es ilustrativa la opinión de Ziffer al respecto quien refiere que «una veda absoluta de la "peligrosidad" sólo es posible en el marco de un Derecho penal dominado por una concepción absoluta de la pena, en la que la idea de prevención (¡de delitos futuros!) no juegue ningún papel»⁸⁰.

7. En el estudio de las consecuencias jurídicas del Derecho penal, el concepto de peligrosidad suele ser tratado, principalmente, al referir a las medidas de seguridad como fundamento de su imposición. Pareciera que únicamente se tolera la introducción de esta expresión acotada a dicho espacio de análisis. En tal sentido, toda asociación de la peligrosidad con la pena suele ser vista de entrada como ejemplo de Derecho penal de autor, no sólo por la doctrina sino también por la jurisprudencia, incluyendo la opinión de Tribunales internacionales⁸¹.

8. Esta aversión sobre toda idea de asociar peligrosidad con pena omite tener en consideración que el recurso a métodos de predicción es una herramienta utilizada en la mayoría de los sistemas, tanto penales como procesales. En efecto, desde la detención de una persona al momento de resolver sobre su prisión provisional⁸², su

⁸⁰ ZIFFER, *La Ley*, 2007, p. 630.

⁸¹ Véase la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “Fermín Ramírez Vs. Guatemala”, de 20/06/2005. En el caso se analizaba la imposición de una pena de muerte por el delito de asesinato cometido en Guatemala. La Corte Interamericana expresó que la invocación de la peligrosidad: “constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (§94). Luego agregó: “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos (§95)”.

⁸² En el orden americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 2/97, de 11 de marzo de 1997, aunque limitándolo, ha considerado fundamento válido de la prisión preventiva al riesgo de comisión de nuevos delitos, manifestando que: “para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en

excarcelación bajo fianza⁸³ o bien una medida de alejamiento, ya se realizan evaluaciones predictivas de su peligrosidad. En estos casos parece resultar sencillo admitirlas o bien legitimarlas, luego de una ponderación de los intereses en juego⁸⁴. Pero el recurso a la peligrosidad no se detiene allí, ya que también puede ser encontrado al momento de individualizar o escoger la clase de pena o su modalidad de ejecución (véase por ejemplo el art. 83.3, CPE)⁸⁵ y lo mismo en el caso de la medida de seguridad (véase, por ejemplo, el art. 192.1, CPE). Finalmente, los pronósticos de reincidencia se encuentran durante la ejecución de la sanción, ya sea al momento de evaluar su progresividad, ante la posibilidad de concesión de libertad condicional u otro tipo de beneficios penitenciarios o, incluso, ante modificaciones de la clase de medida de seguridad.

9. No puede obviarse, por ello, la realidad de que el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer un delito es un factor que, ineludiblemente, es tomado en consideración en diversos aspectos vinculados a la imposición de la pena y su

naturaleza como en gravedad.” (ver §32). Véase al respecto el trabajo de OTTAVIANO, en *Los derechos humanos en el proceso penal*, pp. 225-226.

A ello se agrega que, en algunos ordenamientos procesales, el riesgo de reincidencia se encuentra explícito como fundamento del encarcelamiento preventivo, como por ejemplo el caso español; véase art. 503.2 LECr. y el trabajo de RAGUÉS I VALLÉS, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 2, p.713.

En la Argentina, véanse algunos ordenamientos provinciales, como el caso de Chubut, que refiere como presupuesto del encarcelamiento preventivo, “la existencia de circunstancias que permitan suponer fundadamente, que el imputado cometerá nuevos delitos” (ley 5478, art. 220 inc. 3º, texto según ley 5593, publicada el 27-02-2007).

⁸³ Siguiendo con los ejemplos, véase en la Argentina el Código Procesal Penal de Formosa, que en su art. 295, restringe la excarcelación “cuando hubiere vehementes indicios que el imputado continuará su actividad delictiva o tratará de eludir la acción de la Justicia, sea por su presunta peligrosidad...” (Ley 696, publicada el 08-01-1988, vigente desde el 01-10-1991).

⁸⁴ MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, pp. 86-87.

⁸⁵ En la Argentina, se remite a la peligrosidad del autor del delito al momento de individualizar la pena a imponerle (art. 41, CPA).

ejecución⁸⁶. Ello, aunque en algunos casos se opte por llamar las cosas de otro modo utilizando expresiones más amigables⁸⁷.

10. Aunque no lo aclaren, en todo momento del proceso, los Jueces, Fiscales y los gabinetes penitenciarios evalúan a la persona en función de su peligrosidad criminal, es decir, de su probabilidad de reincidencia. Se observa, entonces, que los operadores jurídicos toman en consideración la peligrosidad, diariamente, y por más que se cuiden en muchos casos de explicitarla, no puede dudarse de que efectivamente la evalúan junto con otros factores en los distintos estadios del proceso penal.

11. Quizá el problema no pase sólo por admitir que en la actualidad haya una innegable mirada del Derecho penal hacia el futuro, sino -como advierte *Robinson*- en descubrir que los constantes cambios legislativos de los últimos años en la gravedad e intensidad de las sanciones no han sido acompañados por el correspondiente cambio en las bases del Derecho penal. En efecto, el profesor de Pennsylvania ejemplifica esta problemática advirtiendo que, aun mirando hacia el futuro, se sigue hablando de medidas para hacer justicia o imponer mayores castigos, cuando debería ser sistemáticamente imposible hablar de “castigar la peligrosidad”. Evidentemente, por su naturaleza el castigo se basa en la imposición de un mal por la comisión de un delito, con lo cual sólo puede existir frente a una conducta pasada. Por el contrario, la peligrosidad refiere conceptualmente a daños o lesiones futuras, con lo cual sólo se podría incapacitar al sujeto peligroso, mas nunca castigarlo por algo que todavía no hizo. Al menos dentro de las bases del Derecho penal tradicional⁸⁸.

⁸⁶ Cfr. LEAL MEDINA, *Diario La Ley*, 2011, pp. 3-4, aportando ejemplos del uso de la peligrosidad en el campo del ordenamiento represivo, en concreto en materia de suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, de la libertad condicional, de los permisos de salida, de los derechos y beneficios penitenciarios, del régimen cerrado o primer grado de tratamiento, del orden de protección o de alejamiento y en penas privativas de derechos.

⁸⁷ Se destacan así los intentos de reemplazar el término “peligrosidad” por la expresión “valoración del riesgo” o, más concretamente, “valoración del riesgo de violencia”; cfr. MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, pp. 23-28. Véase también ANDRÉS-PUEYO/ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, *Psicothema*, 2010, p. 404.

⁸⁸ ROBINSON, *Distributive principles of criminal law*, pp. 112-113. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., pp. 56-57.

II.2. La justificación de la imposición de consecuencias jurídicas basadas en la peligrosidad de la persona.

1. En el epígrafe anterior se analizaron dos postulados. En primer lugar, la noción de la peligrosidad como fundamento de las reacciones penales asegurativas. En segundo lugar, la realidad de la penetración de aquella en diversas etapas del proceso penal o de la ejecución de la pena, a pesar de su expreso rechazo y su vinculación con el Derecho penal de autor.

2. En este epígrafe, se analizarán algunas de las justificaciones que se han intentado para determinar los presupuestos bajo los cuales puede considerarse legítima la imposición de una medida de seguridad, esto es, de una injerencia estatal en la libertad del individuo que se fundamente, expresamente, en un pronóstico de peligrosidad del sujeto.

3. Es importante adelantar que la justificación de las medidas de seguridad variará en función del tipo de medida de que se trate. De ahí que no será lo mismo justificar la consecuencia jurídica de un inimputable -en la que se reemplaza a la pena- que la de un imputable peligroso -en la cual se complementa a la pena-. Hecha esta aclaración, seguidamente se presentarán las fundamentaciones que se han desarrollado de un modo general para las medidas.

II.2.A. Justificación ético-social.

1. La justificación ético-social aparece tras la Segunda Guerra Mundial, como un intento de superar las primeras teorías que legitimaban las medidas de seguridad con explicaciones utilitaristas invocando criterios de defensa social⁸⁹.

⁸⁹ SANZ MORÁN, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 970-971.

2. Popularizada por *Welzel* y seguida en España por *Rodríguez Mourullo*⁹⁰, esta posición observa que mediante el Derecho penal se trata de proteger determinados bienes vitales de la comunidad, por medio de la prohibición y castigo de las acciones dirigidas a lesionarlos, asegurando así la vigencia de los valores ético-sociales de carácter positivo. Esta función del Derecho penal concierne a hombres que son capaces de esa vinculación ético-social, es decir, que son capaces de comportarse con arreglo a la norma. A estas personas, explicaba *Welzel*, se dirige la pena retributiva determinada según el grado de culpabilidad. Por el contrario, cuando un sujeto no se deja dirigir por las normas jurídico-penales, se dice que no puede participar en forma íntegra de la comunidad, por lo que la consecuencia debe ser distinta⁹¹.

2.a. En palabras del profesor alemán, “toda libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente. El que no es apto para tener esta libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética (como los enfermos mentales) o que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos ya no tiene el suficiente dominio sobre ella, no puede exigir la plena libertad social”⁹².

3. En estos casos, advierte la fundamentación ético-social, es cuando el Derecho penal prevé una consecuencia jurídica distinta a la pena, la medida de seguridad que es ajustada a la peligrosidad del autor, revelada en un hecho delictivo⁹³.

4. Son diversas las críticas que pueden hacerse a esta posición. Por un lado, cabe destacar con *Stratenwerth*, que la justificación se centra únicamente en la invocación de necesidades preventivas en función del propio afectado, sin tener en cuenta los intereses de la sociedad⁹⁴. En segundo lugar, tal como refirió *Jakobs*, la justificación de *Welzel* se limitó a casos de inimputabilidad y no aportó nada para aquellos casos en los que la medida de seguridad era complementaria de la pena impuesta a un sujeto culpable, capaz de responder por el uso de su libertad y que debería poder pretender la libertad social completa⁹⁵. De esta segunda crítica es partidario también

⁹⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, pp. 367-368.

⁹¹ WELZEL, *Derecho penal Alemán, Parte General*, pp. 11-21 y 333-335.

⁹² WELZEL, *Derecho penal Alemán, Parte General*, p. 335.

⁹³ WELZEL, *Derecho penal Alemán, Parte General*, pp. 334-335.

⁹⁴ STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, p. 43.

⁹⁵ JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 39. En sentido similar, ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. t. I, p. 105.

Gracia Martín quien agrega que, en el caso de individuos responsables se necesitará una fundamentación adicional ya que éstos sí podrán exigir que las restricciones a su libertad no rebasen la medida de la culpabilidad⁹⁶.

II.2.B. El interés preponderante y el deber de protección del Estado.

1. Considerada la posición mayoritaria, esta doctrina toma como punto de referencia de la justificación que la medida de seguridad -superadora de los límites previstos por la culpabilidad- sea requerida por un interés público preponderante⁹⁷. En palabras de *Stratenwerth* “lo decisivo será determinar si el peligro que emana del autor para intereses jurídicamente protegidos tiene tanto peso como para que parezca razonable la injerencia en sus derechos personales necesaria para repeler ese peligro”⁹⁸. Otros partidarios de esta doctrina, como *Roxin*, destacan que sólo puede privarse de la libertad “cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad”⁹⁹.

2. Se agrega, además, que en esta ponderación de bienes debe valorarse -en el marco del principio de proporcionalidad- la gravedad de los delitos que se esperan del autor y el grado de probabilidad de este pronóstico, como así también la duración y el carácter de la medida. En este sentido se concluye que esta idea de proporcionalidad fluye del Estado de Derecho y tiene carácter constitucional concretándose como una prohibición de exceso: el peligro que se espera del autor debe soportarse cuando es menor que la pérdida de libertad que conlleva la medida¹⁰⁰.

⁹⁶ GRACIA MARTÍN, en *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, p. 988.

⁹⁷ Tal como lo indica SANZ MORÁN, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, p. 973, se considera a *Nowakowski* como el primer exponente de esta justificación en 1963.

⁹⁸ STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte General I. El hecho Punible*, p. 44.

⁹⁹ ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. t. I, p. 105.

¹⁰⁰ STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, p. 44 y ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. t. I, p. 106.

3. Al momento de objetar esta teoría, algunos autores advierten sobre las dificultades de realizar la comparación de intereses, cuando uno de ellos -la peligrosidad que se pronostica del autor- es imposible de determinar de forma mínimamente fiable.

3.a. Se sostiene, por ello, que “para resolver sobre la procedencia de la imposición de una medida de seguridad desde el punto de vista de la salvaguarda del interés preponderante necesitaríamos saber qué delitos, cuántos, y en qué espacio de tiempo, va a cometer el sujeto, y con qué grado de probabilidad; esto es lo que nos podría ofrecer criterios para decidir hasta qué punto debe prevalecer el derecho fundamental del sujeto a la libertad, y a partir de qué momento, y en qué condiciones, podría verse limitado en atención a los intereses de protección de la sociedad. Pero esto es precisamente lo que no estamos en condiciones de averiguar, habida cuenta de las limitaciones de los pronósticos de peligrosidad...”¹⁰¹.

4. Algunos autores, sin cuestionar la idea de ponderación de intereses la complementan, remarcando que las medidas no se justifican tanto por ese interés preponderante sino, antes, por el deber estatal de proteger ese interés prevalente. Para esta posición parece claro que no pueden invocarse meras razones de utilidad, al justificar las reacciones estatales fundadas en la peligrosidad, sino que debe comenzarse por el deber de protección elemental que tiene el Estado frente a futuros menoscabos a bienes jurídicos. Ahora bien, se advierte desde esta posición que junto con este deber del Estado de proteger a sus ciudadanos de peligros, coexiste -de igual forma- el deber de respetar los derechos del individuo potencial autor. Es decir que, a diferencia del esquema tradicional del interés preponderante en donde se comparan las necesidades de seguridad frente a los derechos del individuo considerado peligroso, se evidencia aquí un conflicto entre dos deberes del Estado.

5. La injerencia sobre los derechos de la persona peligrosa sólo podrá ser justificada cuando sea imprescindible, demostrándose que resolver la colisión en perjuicio de la libertad es una solución adecuada al conflicto, una decisión a favor del interés o del valor preponderante¹⁰².

¹⁰¹ MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 80.

¹⁰² Cfr. FRISCH, *InDret* 2007, pp. 18-23. *Sanz Morán* aclara que, si bien esta posición recurre al concepto de interés preponderante como factor decisivo, en este planteamiento el conflicto se da entre dos deberes del Estado, a diferencia de lo que sucedía con la posición anterior en donde la

5.a. En palabras de *Frisch* - uno de los representantes de esta variante- “en tanto y en cuanto los deberes de protección también puedan ser satisfechos sin restricciones a la libertad motivadas en razones de prevención especial, ellas no pueden ser legitimadas; así, cuando ya es suficiente con determinadas ofertas estatales, cuando la prevención del delito puede ser lograda sin la pérdida adicional de la libertad en el marco de restricciones de derechos con otro fundamento o cuando, en todo caso, resultan suficientes restricciones menores”¹⁰³.

6. Otros autores que comparten estos puntos de vista enmarcan esta fundamentación dentro del contexto de las causas de justificación, como son el estado de necesidad o la legítima defensa. Esta posición comienza advirtiendo sobre la probabilidad de que una persona perjudique gravemente los bienes jurídicos y que, la defensa frente al autor no fuese posible mediante la aplicación de una pena adecuada a la culpabilidad. En estos casos -refiere- se justificaría la reacción estatal, siempre y cuando no exista otro procedimiento menos perjudicial que el de la medida de aseguramiento, siendo además un deber del Estado la protección de la seguridad de todos¹⁰⁴.

7. Esta última variante es criticada insinuando que en una causal de justificación se advierte una situación de conflicto inminente entre dos bienes que permite una comprobación exacta de los intereses en pugna. Nada de ello ocurre frente a una situación de pronóstico de peligrosidad que es incierto y no es inminente en la comparación contra una agresión que sí es actual (la medida)¹⁰⁵.

II.2.C. El esquema normativo.

1. *Jakobs* sostiene que las normas -o las expectativas normativas- requieren de una cimentación cognitiva si han de proporcionar orientación. Con la sanción, entonces,

legitimación de la actuación del Estado provenía de situaciones de necesidad privadas; SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, pp. 83-84.

¹⁰³ FRISCH, *InDret*, 2007, p. 22.

¹⁰⁴ GRACIA MARTÍN, en *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, p. 989.

¹⁰⁵ SANZ MORÁN, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, pp. 975-976.

se tiende a demostrar la vigencia de la norma puesta en duda por el delincuente¹⁰⁶. Ahora bien, sostiene el autor, en aquellos casos en los que una persona “delinque una y otra vez y que previsiblemente no va a modificar su comportamiento en el futuro, no puede seguir recibiendo el tratamiento de un ciudadano en el sentido pleno del concepto, pues falta la cimentación cognitiva de su fidelidad al Derecho”¹⁰⁷.

2. El profesor alemán refiere que cuando una persona delinque, se presenta una necesidad transitoria de coacción contra un comportamiento que provoca lo que gráficamente llama una “abolladura” en la personalidad. Ahora bien, en la medida en que el defecto personal pasa a ser duradero, la “abolladura” transitoria se convierte en una deformación permanente y, según cuales sean sus dimensiones, sería inadecuado no tener en cuenta la fuente de peligro¹⁰⁸. En estos casos, sigue el autor, es posible no esperar hasta que exista un nuevo conflicto y actuar “por precaución contra la persona (deformada) como futura fuente de peligro (esto es, se reacciona frente al mero peligro de un injusto futuro)”¹⁰⁹. En virtud de ello, debe coaccionarse a la persona mediante medidas de seguridad para evitar los contactos con ella, o bien, para lograr que sea, nuevamente, capaz de vivir en sociedad¹¹⁰.

2.a. Insiste *Jakobs* que, «si las personas aspiran a la libertad, no solamente han de aceptar que en su caso deben responder de su comportamiento, sino que más bien tienen que comportarse de tal manera que -pese a todas las “abolladuras” causadas en su personalidad de tanto en tanto- muestren en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho. Con otras palabras, *quien quiere “participar” como persona en Derecho tiene que generar fiabilidad cognitiva*. Si esta obligación no se cumple de modo imputable y de una manera cualificada, en cuyos detalles no hay que entrar aquí, la sociedad civil tiene que conseguir coactivamente la fiabilidad cognitiva, precisamente mediante medidas de seguridad complementarias a la pena que excluyen de determinadas actividades sociales»¹¹¹.

¹⁰⁶ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 98. En otro trabajo sostiene sobre la cuestión que “el quebrantamiento de la norma no debe pertenecer a la experiencia cotidiana de la víctima y, en general, debe ser perseguida, si es que la expectativa normativa debe dirigir realmente las relaciones sociales”; EL MISMO, *InDret*, 2009, p. 11.

¹⁰⁷ JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, p. 104.

¹⁰⁸ JAKOBS, *InDret*, 2009, p. 10.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 9-11.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 13.

3. *Jakobs* considera que, en estos casos, la respuesta del Estado deja de manifestarse con el sentido comunicativo que la pena tiene en su teoría. El Estado no habla ya con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos¹¹². El elemento decisivo de estas políticas es la exclusión de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por ello, ya no se los sanciona por el hecho cometido sino que se dirige al aseguramiento ante hechos futuros¹¹³. Debe recordarse que, en la concepción del profesor de Bonn, para la constitución de una persona en el Derecho, no basta postularla como tal, sino que “es necesario que ese destinatario realmente posibilite orientarse con él como persona en Derecho”¹¹⁴. Ejemplifica por ello con el instituto -vigente plenamente al momento de publicar aquel trabajo- de la “custodia de seguridad” del §66 del Código Penal alemán, en el cual se priva de la libertad por los presumibles delitos futuros. Ya no se permite aquí la posibilidad de una potencial defraudación de la expectativa, dice, “la confirmación de la norma cede ante la administración de seguridad”¹¹⁵.

II.3. El uso de métodos y de presunciones para predecir la peligrosidad.

*II.3.A. Distintas clases de predicción*¹¹⁶.

¹¹² JAKOBS, en *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, p. 44.

¹¹³ Cfr. JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, p. 40.

¹¹⁴ JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 168.

¹¹⁵ *Idem*, p 172.

¹¹⁶ Se aclara que quedarán fuera de tratamiento las diferentes clases de estudios criminológicos que se emplean para dar base a la predicción del comportamiento, ubicados en una instancia anterior y que sirven para dar fundamento al uso de uno u otro método de pronóstico. Respecto de estos últimos, valga sólo destacar que, en el campo de la predicción del comportamiento criminal, suelen mencionarse tres clases de estudios básicos: (I) Estudios de conjunto (*cohort studies*) que consisten en verificar el comportamiento a través del tiempo de un grupo de personas (suele citarse un estudio conocido como “*The Philadelphia Cohort*”, en el cual se efectuó un seguimiento de todos los varones nacidos en 1945, que residieron en la ciudad entre los diez y los dieciocho años); (II) Estudios basados en encuestas (*survey research o self-reported information*): la información se recolecta a través de encuestas realizadas a personas, generalmente privadas de su libertad; y (III) Estudios basados en

1. Se estima que hay tres métodos básicos para el análisis de riesgo de violencia y el pronóstico de comportamientos futuros: clínico, actuarial y mixto -clínico estructurado-¹¹⁷.

2. Tradicionalmente, los métodos clínicos puros fueron predominantes para la predicción de peligrosidad. Éstos se fundan en el juicio subjetivo de un profesional o experto en comportamiento humano, generalmente psicólogo o psiquiatra, pero también miembros de los gabinetes penitenciarios. La evaluación es personalizada y se entrevista directamente a la persona, a fin de determinar su comportamiento y características psicológicas. El análisis de los factores de riesgo puede variar, caso a caso, dependiendo de lo que le aparezca como más relevante al profesional. Asimismo, estos factores serán combinados de forma intuitiva o bien mediante la administración de tests u otros instrumentos de evaluación para fundamentar un dictamen relativo al riesgo de violencia del caso concreto¹¹⁸.

3. Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos como el estadounidense esta modalidad clínica comenzó a ser desacreditada a partir de los años setenta, principalmente por su baja eficacia comprobada. En este sentido, respecto a la verificación empírica de los métodos clínicos de predicción, los estudios más

información oficial (*official record studies*): se utiliza información oficial, como por ejemplo registros de reincidencia, sentencias, resoluciones revocatorias de libertad condicional, de *probation*, etc.; GREENWOOD/ABRAHAMSE, *Selective incapacitation*, pp. 12-14.

¹¹⁷ Tradicionalmente los autores sólo mencionaban dos métodos: el clínico y el actuarial; cfr. MONAHAN, en *The future of imprisonment*, p. 253 y, también, *Virginia Law Review*, 2006, pp. 405-406. Sin embargo, en los últimos años se habla del método clínico estructurado como juicio intermedio o mixto entre los otros dos (clínico puro y actuarial); cfr. MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 32.

Asimismo, otros autores diferencian distintos tipos de métodos clínicos, entre los que se incluyen la evaluación por anamnesis ("*anamnestic prediction*"), que indica que de acuerdo a cómo se comportó una persona en el pasado, cuando las circunstancias fueron similares, se considera que es probable que vuelva a comportarse, ahora, de la misma manera; cfr. MORRIS/MILLER, en *Crime & Justice*, 1985, pp. 13-15 y AUERHAHN, *Selective incapacitation and public policy: evaluating California's imprisonment crisis*, p. 63. Lo critican como método poco fiable SÁEZ DÍAS/MONTIEL JUAN/CARBONELL VAYÁ, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 119.

¹¹⁸ MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 33.

importantes indican que este método posee una eficacia no mayor a una sola predicción correcta de comportamiento violento sobre tres realizadas¹¹⁹.

4. En virtud de ello es que comenzó a descreerse de la capacidad del sistema para individualizar entre las personas condenadas, a aquellas que poseían una alta probabilidad de cometer un delito serio y violento en caso de ser puestas en libertad. Ello, además, sirvió para acentuar las críticas a la legitimidad de aquellas consecuencias jurídicas que descansaban en pronósticos de peligrosidad considerados de dudosa certeza¹²⁰.

5. En paralelo con el descrédito de los métodos clínicos cobraron mayor protagonismo los métodos actuariales¹²¹, sobre todo en la tradición angloamericana, en la que son considerados superiores a los clínicos en cuanto a resultados, y en muchos casos los han reemplazado¹²². Aquí se estudia el comportamiento de un grupo de sujetos con un indicador común, en situaciones similares, a fin de determinar patrones comunes de conducta. Recae en reglas determinadas que especifican qué factores de riesgo habrán de ser medidos y cómo deben ser combinados para producir una estimación del riesgo de violencia. Esta metodología

¹¹⁹ MONAHAN, en *The future of imprisonment*, p. 254; quien refiere a dos estudios de validación de métodos clínicos realizados desde 1981 hasta 2006. El primero (*Sepejak*), en 1983, indicó una eficacia en comportamientos violentos del 39%, luego de un seguimiento durante dos años de un grupo de personas y, el segundo (*Lidz, Mulvey y Gardner*) en 1993, reflejó un porcentaje de predicciones violentas correctas -en hombres- del 53% en un seguimiento de seis meses; cfr. también MONAHAN, *Virginia Law Review*, 2006, p. 407. Véase también el resumen que hace AUERHAN -*Selective incapacitation and public policy*, pp. 81-83- de los casos Baxtrom y Dixon ocurridos en las décadas de 1960 y 1970 en Estados Unidos y que permitieron el seguimiento de un grupo importante de enfermos mentales internados por su peligrosidad que fueron liberados a partir de sendos fallos judiciales de la Suprema Corte. Los estudios realizados indicaron que porcentajes que oscilaron en un 14% recayeron en hechos delictivos violentos.

Para un estudio de la crisis de los métodos clínicos y su posterior reemplazo por los métodos actuariales, véase SIMON, *Annual Review of Law and Social Science*, 2005, pp. 400-417.

En Alemania se hicieron, al menos, tres estudios de seguimiento de personas pronosticadas como peligrosas que por distintas razones fueron puestas en libertad, demostrando porcentajes muy bajos de reincidencia en hechos violentos y un índice de falsos positivos del 70%; cfr. MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, pp. 40-43.

¹²⁰ Cfr. ASWORTH, *Sentencing and criminal Justice*, p. 217.

¹²¹ Para una descripción de los orígenes del método actuarial y su evolución resulta imprescindible HARCOURT, *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*, en especial pp. 50-72.

¹²² SIMON, *Annual Review of Law and Social Science*, 2005, p. 398 y MONAHAN, *Virginia Law Review*, 2006, p. 408.

responde a un lenguaje distinto al tradicional concebido “con técnicas para identificar, clasificar y manejar grupos diferenciados por niveles de peligrosidad”¹²³.

6. La idea es que, una vez reunida la información, se procese de forma tal de determinar variables que sirvan para clasificar a los delincuentes de acuerdo a su nivel de peligrosidad y así poder predecir su comportamiento. En otras palabras, se recolectan datos de un grupo de delincuentes y luego se los examina para ver cuáles pueden ser relacionados con casos de reincidencia como, por ejemplo la edad, la educación, los antecedentes violentos, el abuso de drogas o bebidas alcohólicas, las enfermedades mentales o los trastornos de personalidad. A partir de ahí, se separan los factores asociados y se construye un índice de predicción. Finalmente, se evalúa el sistema construido con otro conjunto de personas¹²⁴.

6.a. En palabras de *Sanz Morán*, “se trata de determinar la naturaleza criminógena de algunas de estas características, en función de la frecuencia con la que concurren en el grupo de delincuentes analizado, con el fin de construir, a partir de estos datos, unas tablas de pronóstico. Una vez fijadas estas tablas, bastará con subsumir bajo ellas las características detectadas en el sujeto sometido a pronóstico y obtener así la solución oportuna sobre la probabilidad de futura comisión de delitos por su parte”¹²⁵.

7. En definitiva, estos métodos permiten trabajar con técnicas estadísticas y así lograr situar a la persona evaluada en un determinado contexto predictivo, a través de su ubicación en grupos de riesgo. Estados Unidos es un ejemplo en el que los métodos actuariales son ampliamente utilizados para resolver sobre la procedencia del beneficio de libertad condicional en las personas condenadas y, también, respecto a ciertos delitos especialmente graves como los sexuales, en la decisión sobre el internamiento, el registro y la notificación a la comunidad de los autores condenados¹²⁶.

¹²³ FEELEY/SIMON, en *The futures of Criminology*, p.173.

¹²⁴ Cfr. VON HIRSCH/GOTTFREDSON, *New York University Review of Law & Social Change*, p. 11; y también, VON HIRSCH, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, pp. 105-106.

¹²⁵ SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, p. 98.

¹²⁶ HARCOURT, *Against prediction. Profiling, policing and punishing in actuarial age*, p. 77 y SIMON, *Annual Review of Law and Social Science*, 2005, pp. 409-411.

8. Se advierte, sin embargo, que a pesar de los avances que hayan podido lograrse en materia de eficacia predictiva, a partir de los métodos actuariales, surge una crítica fuerte que indica que las tablas actuariales, en verdad, lo que logran es ubicar a un sujeto dentro de un grupo con determinadas probabilidades de reincidencia, lo que no equivale a decir que esa persona concreta volverá a delinquir, ni tampoco que ella individualmente tenga la misma probabilidad de hacerlo que la del grupo al que pertenece. Por ello, se dice -críticamente- que estas técnicas no predicen el comportamiento futuro de la persona sino que, únicamente, determinan su pertenencia a un grupo de riesgo¹²⁷. Se advierte, además, que las técnicas actuariales desvían el foco de la incapacitación que deja de estar puesto en el individuo, para ocuparse del grupo peligroso, con el posible absurdo de incluir personas que ni siquiera tengan antecedentes delictivos, pero que el método los haya encasillado dentro del grupo¹²⁸.

8.a. Es interesante destacar además, brevemente, la tesis crítica de *Bernard Harcourt* sobre el uso de métodos de predicción actuariales para la predicción de peligrosidad. El Profesor de la Universidad de Chicago expone tres argumentos por los que considera que deberían dejarse de lado estos métodos. En primer lugar, refiere que los grupos seleccionados por técnicas actuariales no necesariamente reaccionan del mismo modo frente a cambios político-criminales, basándose en el concepto económico de la elasticidad. En este sentido sostiene que si el grupo seleccionado tiene baja elasticidad, se producirá la paradoja de que ello podrá importar un aumento del delito, ya que se dejará de prestar atención a otros grupos que aprovecharán la ocasión para incrementar sus acciones, en la medida en que no encuentren costos asociados a la criminalidad. En segundo lugar, advierte el autor sobre los costos sociales de las políticas incapacitadoras resultantes del uso de técnicas actuariales. En este sentido, explica que el uso de estos métodos podrá tener un efecto distorsivo en la población seleccionada, argumentando que deberían preferirse muestreos azarosos, ya que de lo contrario se estaría asegurando que el grupo seleccionado ya no tenga más chances de reinserción (refiriendo las dificultades de reinserción que experimentan las personas asociadas con grupos de riesgo). La última crítica de *Harcourt* se basa en que la lógica actuarial puede implicar que las concepciones de justicia o de pena justa dependan de los

¹²⁷ BERLIN *et. al.*, *Sexual Abuse. A Journal of Research and Treatment*, 2003, pp. 377-382 y SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, p. 100.

¹²⁸ BRANDARIZ, *Política criminal de la exclusión*, pp. 88-89.

avances en justicia actuarial y desarrollos tecnológicos, en la medida en que sean éstos los que motiven la dirección político-criminal¹²⁹.

9. A partir de consideraciones como éstas, surge un método intermedio llamado juicio clínico estructurado (*structured professional judgement*). Por su intermedio, se pretenden mejorar algunas deficiencias de los métodos actuarial y clínico puro, ubicándose como un intermedio o mixto dentro de esta clásica dicotomía. Por un lado, se asemeja al método actuarial ya que cuenta con un listado de factores a valorar y se encuentra protocolizada la forma de recabar la información, aunque resulta más amplio en cuanto a la clase de información a solicitar. Por otro lado, conserva algunas características del método clínico, ya que queda en manos del profesional la decisión final sobre la valoración del riesgo¹³⁰.

10. Si bien hay muchos instrumentos actuariales y clínicos estructurados de predicción o valoración de riesgos utilizados en la actualidad y, entiendo excesivo hacer una referencia a todos ellos, sí es interesante destacar algunos que fueron específicamente desarrollados para el pronóstico de comportamientos violentos de sujetos diagnosticados con algún tipo de trastorno de personalidad, con interesantes resultados en el plano de su verificación empírica¹³¹.

11. *Violence Risk Appraisal Guide* (VRAG): fue desarrollado en Canadá y sus resultados publicados en el año 1993¹³², luego del estudio de 618 hombres internados en un psiquiátrico de máxima seguridad, imputados por la comisión de delitos graves. A partir de ahí, se identificaron doce factores o variables que conformaron una clasificación en nueve categorías basadas en el riesgo actuarial de futuros

¹²⁹ HARCOURT, *Against prediction. Profiling, policing and punishing in actuarial age*, pp. 21-34. Ver también HARCOURT, *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*, pp. 94-130.

¹³⁰ cfr. MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 35. Este método es considerado por algunos autores como la mejor técnica de predicción de la violencia; cfr. SÁEZ DÍAS/MONTIEL JUAN/CARBONELL VAYÁ, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, pp. 118-119.

¹³¹ MONAHAN, *Virginia Law Review*, 2006, pp. 409-413. Para una enumeración más exhaustiva de los instrumentos más utilizados véase HARCOURT, *Against prediction. Profiling, policing and punishing in actuarial age*, pp. 78-87. Asimismo, un estudio de los instrumentos más importantes específicos para delincuentes sexuales puede verse en HANSON, en *Protecting society from sexually dangerous offenders. Law, justice and therapy*, pp. 67-69.

¹³² HARRIS/RICE/QUINSEY, *Criminal Justice and Behavior*, 1993, pp. 315-333.

delitos. Se destaca que en verificaciones empíricas realizadas años más tarde se comprobó que, utilizando esta herramienta, de aquellos sujetos clasificados como de nivel 1 (riesgo inferior) sólo un 11% volvió a cometer un acto de violencia, comparado con un 42% de los del nivel 5 y un 100% de la categoría 9. A partir de este instrumento y sobre la base de catorce factores de riesgo se diseñó, además, una guía específica para delincuentes sexuales denominada *Sex Offender Risk Appraisal Guide* (SORAG), publicada en 1998¹³³.

12. *Historical Clinical Risk Management-20 (HCR-20)*: este instrumento también fue desarrollado en Canadá, a mediados de la década de 1990¹³⁴ y consiste en la confluencia de veinte variables históricas, clínicas y de manejo de riesgos, que conforman una guía para la evaluación del riesgo de violencia. Uno de los estudios empíricos realizados, en el que se siguió durante dos años a un grupo de pacientes internados que fueron liberados, demostró que utilizando esta herramienta, a partir de una categorización en cinco niveles de riesgo, un 11% de los sujetos clasificados en el nivel 1 (riesgo inferior) cometió -o intentó cometer- un acto de violencia física,

¹³³ MONAHAN, *Virginia Law Review*, 2006, p. 410. Véase también, SÁEZ DÍAS/MONTIEL JUAN/CARBONELL VAYÁ, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 128.

Ambas guías fueron desarrolladas en el hospital psiquiátrico de Canadá *Mental Health Centre Penetanguishene* (actualmente llamado Waypoint Centre for Mental Health Care), cuyo Departamento de Investigación fue fundado por Vernon Quinsey en 1975 y su trabajo continuado en 1988 por Marnie E. Rice y en 2002 por Grant T. Harris. Una muy completa enumeración de los -hasta ahora- setenta y un estudios empíricos realizados para validar ambos instrumentos actuariales, puede encontrarse en <http://penetanguishene-research.com/violence-risk-appraisal> (última visita 20/05/2017). Por su parte los autores publicaron -junto a Catherine Cornier- el libro *Violent offenders: appraising and managing risk*, cuya primera edición en 1998 introdujo el SORAG, por primera vez como una variante del VRAG, para delincuentes sexuales y que va ya por su tercera edición en 2015, en donde los autores continúan desarrollando y actualizando ambas herramientas.

¹³⁴ La primera versión de esta guía fue publicada en 1995, por los profesores *Christopher Webster, Kevin Douglas, Derek Eaves y Anne Wintrup*. Dos años después se desarrolló una segunda versión corregida, de la que existe traducción al castellano -WEBSTER/DOUGLAS/EAVES/HART, *HCR-20, Guía para la valoración del riesgo de comportamientos violentos*, Barcelona 2005. Actualmente, existe una tercera versión, publicada en 2013. Puede verse la información sobre los distintos estudios empíricos realizados para validar esta guía en la página de Internet de sus desarrolladores, <http://www.hcr-20.com>, HCR-20 Annotated Bibliography (última visita 20/05/2017). Véase también, SÁEZ DÍAS/MONTIEL JUAN/CARBONELL VAYÁ, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 129.

comparado con un 40% de pacientes en la categoría media y un 75% del nivel más alto¹³⁵.

13. *Classification of Violent Risk (COVR)*: El “*MacArthur Risk Assessment Study*” fue un estudio llevado a cabo en Estados Unidos por un grupo de expertos en diversas áreas -liderados por *John Monahan* y *Henry Steadman*-, por medio del cual se efectuó un seguimiento de 1136 pacientes en libertad, previamente internados en institutos psiquiátricos, a fin de evaluar el riesgo y la violencia en casos de enfermos mentales. Los resultados de dicho seguimiento fueron publicados en el año 2001 y a partir de ellos se desarrolló un *software*, denominado COVR, para el análisis del comportamiento violento sobre todo de aquellos pacientes internados civilmente¹³⁶. El valor agregado de esta herramienta consiste en la confluencia de una serie de factores de riesgo que son combinados en cada caso concreto a partir de las respuestas que va dando el sujeto evaluado. Así, por ejemplo, la respuesta a la primera pregunta que se le efectúe generará una segunda pregunta y, así sucesivamente, entrarán a evaluarse determinadas variables. Los estudios empíricos realizados sostienen una efectividad de entre el 1 y el 76% de eficacia entre el grupo de menor riesgo y el de mayor riesgo¹³⁷.

14. *Guide for Assessment of Sexual Risk Violence (SVR-20)*: Considerado uno de los métodos clínicos estructurados más utilizados, se trata de un protocolo desarrollado por un equipo de investigadores de la Universidad Simon Fraser de Vancouver, en Canadá¹³⁸, para la evaluación del riesgo de violencia sexual de delincuentes adultos a partir de veinte ítems relativos a factores considerados de riesgo y que se agrupan en tres subescalas (factores históricos, clínicos y de riesgo futuro) que se valoran conjuntamente. El resumen de la evaluación es una valoración global del riesgo

¹³⁵ MONAHAN, *Virginia Law Review*, 2006, pp. 410-411.

¹³⁶ Tal como se verá más adelante, el internamiento civil de Estados Unidos refiere al que se impone una vez agotada la pena de prisión, con el objeto de evitar que determinados sujetos, considerados peligrosos, queden en libertad.

¹³⁷ MONAHAN, *Virginia Law Review*, 2006, pp. 411-413 y, también, en en *The future of imprisonment*, pp. 256-259.

¹³⁸ El manual fue publicado en 1997 como *Manual for the sexual violence risk-20*, por los investigadores *Boer, Hart, Kropp* y *Webster*. Asimismo, posee una versión en castellano traducida por el Grupo de Estudios Avanzados en Violencia, de la Universidad de Barcelona en 2005 (SVR-20. Manual de valoración del riesgo de violencia sexual).

como bajo, moderado o alto¹³⁹. Estudios de validación empírica realizados en España han demostrado que mediante el uso del SVR-20 se ha logrado un porcentaje de clasificaciones correctas de sujetos no reincidentes del 79,9% y de los sujetos reincidentes del 70,8%¹⁴⁰.

II.3.B. El uso de los métodos de predicción frente a las presunciones legales de peligrosidad.

1. Tal como se viene desarrollando, son tres los métodos de predicción que suelen utilizarse en la actualidad: el método clínico, el método actuarial y el (intermedio) clínico-estructurado. El tradicional método clínico es utilizado, generalmente, en los sistemas jurídicos de tradición continental en donde la decisión del juez descansa en el dictamen fundado de profesionales en el ámbito de la Psicología y la Psiquiatría. Por el otro lado, aparecen los métodos actuariales y clínico-estructurados, que son ampliamente utilizados en la tradición estadounidense y se encuentran basados en técnicas estadísticas de manejo de riesgos. Tal como se vio, estos últimos están basados en el desarrollo de guías o instrumentos de aplicación que combinan diversos factores o variables de riesgo seleccionadas por su relación con la predicción de reincidencia y que son empleadas con las personas evaluadas mediante un sistema de puntaje, cuyo resultado indica el nivel de riesgo en que se encuentran.

2. Un nuevo enfoque de la predicción de la peligrosidad lleva a explicarla según sea discrecional u obligatoria¹⁴¹. El primer caso se da cuando la normativa prevé una delegación de la facultad y la necesidad de realizar un pronóstico individualizado de

¹³⁹ ANDRÉS PUEYO/ECHBURÚA ODRIÓZOLA, *Psicothema*, 2010, p. 407. Véase también, SÁEZ DÍAS/MONTIEL JUAN/CARBONELL VAYÁ, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 132-134.

¹⁴⁰ Véase PÉREZ RAMÍREZ/REDONDO ILLESCAS/MARTÍNEZ GARCÍA/GARCÍA-FORERO/ANDRÉS-PUEYO, *Psicothema*, 2008, pp. 205-210 y PÉREZ RAMÍREZ/MARTÍNEZ GARCÍA/REDONDO ILLESCAS, “Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales”, *passim*. Según indican los autores, se trató del primer intento de validación empírica de un instrumento de predicción del riesgo de agresión sexual, realizado en España.

¹⁴¹ Cfr. LOGAN, *Buffalo Criminal Law Review*, 2000, pp. 602-603.

peligrosidad, sea por parte del juez, de un cuerpo pericial o, incluso, de un organismo penitenciario (*risk-assessment based approach*). Incluso puede suceder que al delegarle el uso se especifique una herramienta a ser utilizada para la predicción de la peligrosidad, como por ejemplo algunos de los instrumentos actuariales citados; o bien que exista una guía desarrollada al respecto por los órganos jurisdiccionales o penitenciarios e indiquen niveles de riesgo orientativos, relacionados con delitos sexuales específicos.

3. Por el contrario, los sistemas en los cuales se considera que el uso del pronóstico de peligrosidad es obligatorio se fundan en la previsión normativa de una circunstancia objetiva, que se plantea como indicativa de un pronóstico de reiteración delictiva, como por ejemplo el tipo de delito cometido o la cantidad de condenas anteriores por delitos similares (*conviction-based approach*). En estos casos se prevé que, ante la presencia de la circunstancia objetiva, corresponde la imposición obligatoria de determinada consecuencia jurídica. De este modo, se establece una suerte de presunción *iuris et de iure* de peligrosidad, en la que la ley determina las condiciones objetivas para considerar peligrosa a una persona y el Juez o el operador deben constatar la concurrencia de esa circunstancia, en cuyo caso tendrán el deber de imponer la medida prevista.

4. Este sistema de presunciones o de peligrosidad obligatoria es de suma actualidad en el ordenamiento español; por ejemplo, en el cual existe -a partir del año 2010- el deber de imponer medidas de seguridad posteriores al cumplimiento de la pena a personas condenadas por determinados delitos, a quienes se considera imputables peligrosos¹⁴². En este sentido, el legislador optó por seleccionar una tipología específica de delincuentes y delitos, considerándolos peligrosos y determinando a los Jueces sentenciadores a imponerles medidas de seguridad, junto con la pena, a ser cumplidas luego de la terminación de ésta. En una primera etapa, se estableció este sistema para la delincuencia sexual y terrorista (artículos 192 y 579.3 CPE). Luego,

¹⁴² Me refiero, en concreto, a la medida de seguridad de libertad vigilada, introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de 2010, por la que se modifica la LO 10/1995. Véanse los arts. 105 y 106 del CPE.

se ampliaría para incluir a todos los delitos contra la vida y a los delitos de malos tratos y lesiones, cuando se tratare de víctimas de violencia de género y doméstica¹⁴³.

4.a. Es interesante destacar, al respecto, los fundamentos que explicitó el legislador español en la exposición de motivos de la reforma penal del año 2010. De su lectura surge que para los legisladores fue suficiente con referir a “supuestos de especial gravedad” y asociar luego a éstos a una presunción de peligrosidad que ameritaba reaccionar con medidas de seguridad complementarias a la pena.

4.b. En efecto, en la exposición de motivos, se limitó a explicar 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. La opción inoportunizada que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad choca obviamente con principios elementales del Derecho penal que la Constitución ampara. Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad”¹⁴⁴.

4.c. Como puede verse del texto, queda evidenciada una presunción obligatoria de “peligrosidad subsistente”, cuyo punto de referencia es el de tratarse de un “supuesto de especial gravedad”. ¿Cómo se define este supuesto? Por una tipología específica de delitos y delincuente escogida, agregando así que “la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable, en relación con la naturaleza del hecho cometido”. Sin embargo, no se aclara nada de aquel “específico pronóstico” de peligrosidad, quedando reflejado un fundamento estrictamente presuncional e indiciario por el sólo hecho de haber cometido un delito puntual.

¹⁴³ LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁴⁴ Exposición de motivos, LO 5/2010.

II.4. La pretendida justificación del recurso a los métodos de predicción de peligrosidad, a pesar de su ineficacia. Respuesta desde una determinada concepción de la persona.

II.4.A. La ineficacia de los métodos de predicción y la analogía del “hombre bomba”.

1. No resulta inocuo que haya optado por comenzar a explicar la justificación de la predicción de peligrosidad a partir de sus errores, su ineficacia. La falta de certeza existente en esta disciplina o diagnóstico promueve, como denominador común a cualquier método o técnica de predicción, la referencia a los errores en que se puede incurrir. Y son dos las posibilidades de equívoco: los falsos positivos y los falsos negativos.

2. El falso positivo describe el caso de una persona respecto de la cual se ha predicho que cometerá un delito en el futuro y, sin embargo, ello no ocurre. Por el contrario, el falso negativo es el supuesto de un sujeto sobre el cual se pronosticó que no volvería a cometer un delito y, sin embargo, reincidió¹⁴⁵.

3. La consideración de los errores en la predicción conlleva, inevitablemente, una discusión relativa a la falibilidad de los métodos utilizados para ello. De hecho, uno de los clásicos obstáculos que suelen invocarse al momento de analizar la posibilidad de recurrir a pronósticos de peligrosidad, para imponer medidas de seguridad o penas agravadas, es el de la ineficacia de los métodos de predicción¹⁴⁶. En este sentido, como ya se adelantó, estudios empíricos realizados sobre los tradicionales métodos clínicos de predicción de peligrosidad reflejan que por cada delito violento prevenido debe encerrarse a tres delincuentes¹⁴⁷. De aquí que se advierta sobre la dificultad de

¹⁴⁵ MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 29.

¹⁴⁶ Cfr. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, pp. 216-217

¹⁴⁷ MONAHAN, en *The future of imprisonment*, pp. 253-254.

justificar un método de predicción que, con mucha probabilidad -valga el juego de palabras-, determine equivocadamente la necesidad de imponer una medida determinada o prolongar el encierro de una persona. No por nada suele referirse que es mejor dejar en libertad a muchos culpables que castigar a un inocente¹⁴⁸.

4. A pesar de la falta de eficacia de los métodos de predicción de peligrosidad, existen algunos autores que han intentado justificarlos igualmente, matizando los conceptos de falso y verdadero positivo. Uno de ellos, que merece la pena recordar aquí, es el profesor estadounidense *Norval Morris* quien recurrió a una interesante analogía con objetos peligrosos -en concreto una bomba-, para intentar justificar que aun los falsos positivos continuaban siendo peligrosos, fundamentándose así la imposición de sanciones en exceso de la culpabilidad¹⁴⁹.

4.a. Morris comienza su defensa, fundamentando la legitimidad de las predicciones de peligrosidad las que estima son una realidad innegable en la aplicación de la ley penal. En este sentido, llega incluso a considerarlas como un factor necesario en la regulación de las relaciones entre el individuo y el Estado. Lo que justifica el empleo de las predicciones, sostiene, es el temor de un daño físico serio o una amenaza de sufrirlo contra las personas, por lo que considera que debe limitarse su utilización para los delitos más graves¹⁵⁰. En el caso de la delincuencia violenta, sostiene *Morris*, la determinación que debe hacerse es si se trata de la sociedad o de los miembros del grupo pronosticado como violento quienes deben soportar los costos de la amenaza. Entonces, la cuestión es cómo hacer pesar en la balanza el

¹⁴⁸ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 296, (aunque la frase no se le atribuye a *Dworkin* sino que se trata de un clásico refrán, remontándose a trabajos del jurista inglés *Blackstone* de mediados del siglo XVII, o bien, más antiguamente, a un trabajo del *Fortescue* de fines del siglo XV y hasta en el propio Antiguo Testamento -Génesis 18:23-33.).

¹⁴⁹ La llama “*analogy to a dangerous object*”, cfr. MORRIS, *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1984, pp. 114-15. En la crítica que le hizo VON HIRSCH, *Past or future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, p. 175, directamente dice que *Morris* negaba el problema de la ineficacia en la predicción. Poco después, MORRIS/MILLER, *-Crime & Justice*, 1985, p. 18- le contestan, sugiriendo que el lenguaje de los falsos positivos no era del todo correcto para referirse a las predicciones de peligrosidad, de ahí el recurso a la analogía. Unos años más tarde, DUFF, en *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, p. 152, presenta el objetivo en *Morris*, como un intento de matizar el problema de los falsos positivos, para relativizarlo como obstáculo.

¹⁵⁰ MORRIS/MILLER, *Crime & Justice*, 1985, p. 11. Cfr. con MORRIS, *El futuro de las prisiones*, p. 98 y ss. Esta posición significó un cambio respecto a posturas anteriores, según lo nota VON HIRSCH, *Past or future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, p. 188 nota 2 y p. 139. También importa un cambio en su postura el favorecimiento de políticas incapacitadoras, que antes rechazaba, aceptando únicamente la retribución y disuasión como fines de la pena.

riesgo de daño para la sociedad con la injerencia a la libertad de la persona incluida en ese grupo pronosticado como peligroso¹⁵¹.

5. Si bien reconoce que la falibilidad de los métodos de predicción ha sido la razón más fuerte de su rechazo, *Morris* considera que, de uno a tres (esto es, que por cada delito violento prevenido, debe encerrarse a tres delincuentes), tampoco es una tasa baja de predicción teniendo en cuenta que lo que se trata de anticipar es la criminalidad violenta. Para fundamentar este razonamiento, el fallecido profesor de la Universidad de Chicago echa mano de una analogía entre una persona peligrosa y un objeto peligroso, en este caso una bomba, a los fines de justificar la predicción de peligrosidad y su extensión.

6. Recurriendo a sus recuerdos de Londres durante la posguerra, sostiene que en ese escenario solía ocurrir que se encontraran bombas que había que desactivar y luego retirar¹⁵². Sin embargo, era poco frecuente que ocurrieran muertes, ya que había muchos más casos de “falsos positivos” que de “verdaderos positivos” (distinguiendo las bombas que no explotaban de las que sí lo hacían). A pesar de ello, estima que a nadie se le hubiera ocurrido afirmar que la bomba encontrada -y desactivada ya- no era peligrosa porque no había detonado. De ahí que concluía el autor que, en la referencia a cosas peligrosas, esta calidad de peligrosa no dependía de que efectivamente hubiese causado daño.

¹⁵¹ Cfr. MORRIS, *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1984, pp. 112-14; MORRIS/MILLER, en *Crime & Justice*, 1985, pp 21-3. Entre las críticas que pueden hacerse a este razonamiento, debe observarse que, el análisis de *Morris* es apto para encajar en un modelo de sociedad basado en la búsqueda permanente de un equilibrio entre los derechos del individuo y las exigencias de interés público, de manera tal que ante un conflicto entre ambos, debería decidirse por uno u otro. En tal sentido, DWORKIN, *Los derechos en serio*, pp. 294-295, advierte que este modelo de sociedad es falso ya que existen derechos fundamentales (importantes) que son impostergables. El primero y más esencial es la dignidad humana. En tal sentido, Dworkin enseñaba que “hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana”, cfr. p. 295.

¹⁵² Al día de hoy esta circunstancia continúa ocurriendo. A título de ejemplo, el 3 de noviembre de 2015, se informó el hallazgo de una bomba de la Segunda Guerra Mundial -con su detonador roto- en el aeropuerto de Düsseldorf, que obligó a parar la actividad aérea durante siete horas, hasta que se logró detonar. Valga referir, por su relación con el razonamiento de *Morris*, que en la nota se indica que “Los directivos del aeropuerto dijeron que se trató de una bomba relativamente pequeña, que en ningún momento puso en riesgo a los pasajeros ni a los vecinos del aeropuerto”. Cfr. <http://www.lanacion.com.ar/login/1842372> (última visita 20/05/2017).

7. A partir de este ejemplo, *Morris* se pregunta entonces si podría referirse de igual manera al hablar de personas peligrosas. De aquí que su analogía lo lleva a concluir que el hecho de que una persona pronosticada como peligrosa no realice daños en el futuro no implica que tal clasificación haya sido errónea, ya que “la declaración de una predicción de peligrosidad es una declaración de un estado actual, no la predicción de un resultado particular”¹⁵³.

7.a. Finalmente, debe destacarse que a pesar de la aceptación del uso de métodos de predicción de peligrosidad, *Morris* advertía que debían existir límites en la graduación de la pena, siendo partidario de un modelo de sanción de retribución limitado. La injusticia de un castigo, sostenía, se define por consideraciones de un retribucionismo limitado (merecimiento), en base a graduaciones utilitaristas (por razones de peligrosidad). En otras palabras, los límites mínimo y máximo debían estar fijados por el merecimiento, dentro de los cuales se fijaría el castigo en base a consideraciones de peligrosidad¹⁵⁴.

7.b. Expresaba tres conclusiones al respecto: “la pena no debería ser impuesta o extendida, en virtud de una predicción de peligrosidad, más allá de lo que esté justificado como pena merecida independientemente de tal predicción”¹⁵⁵; “si se respeta este límite, las predicciones de peligrosidad pueden influir correctamente en las sentencias”¹⁵⁶; “la expectativa de base del índice de violencia del delincuente predicho como peligroso debe estar comprobada por evidencia confiable y ser sustancialmente más alta que la de otro delincuente con antecedentes similares y condenado por un delito similar, pero no predicho como peligroso, antes de intensificar su pena”¹⁵⁷.

¹⁵³ Cfr. MORRIS, *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1984, pp. 114-15; MORRIS/MILLER, *Crime & Justice*, 1985, pp. 18-21. Cfr. MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 29, quien refiere que si se pone el foco en las características subjetivas de la personalidad del individuo en la valoración de la peligrosidad, no es ilógico pensar que mientras tales características concurren el sujeto podrá seguir siendo considerado peligroso, aunque dicha peligrosidad no llegara a manifestarse en la comisión de ulteriores delitos.

¹⁵⁴ Cfr. MORRIS, *The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1984, pp. 122-23; y también, MORRIS/MILLER, en *Crime & Justice*, 1985, pp. 37-8.

¹⁵⁵ MORRIS/MILLER, en *Crime & Justice*, 1985, p. 35.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 36.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 36.

II.4.B. El rechazo a los métodos de predicción: el argumento de la autonomía de la persona y la presunción de inofensividad. La concepción de la persona humana como directiva político-criminal o de legitimidad.

1. Si bien los argumentos de *Morris* evidencian una gran claridad y simplificación parten de una concepción de la persona humana que no puedo compartir. Tanto la Constitución española en su artículo 10, como así también las normas internacionales que vinculan la legislación interna indican la necesidad de reconocer la dignidad inherente a todo ser humano¹⁵⁸. Este mandato supone el respeto por la autonomía individual de la persona y su libertad, incorporando así el derecho de toda persona a tomar libremente sus decisiones y así orientar su comportamiento. De aquí que la política criminal debe necesariamente orientarse a los principios que derivan del respeto a la dignidad de la persona¹⁵⁹. Dentro de éstos, no puede perderse de vista que resulta un principio fundamental de todo sistema democrático el que indica que todos los ciudadanos merecen un trato igualitario¹⁶⁰.

2. Estos postulados obligan a pensar en un Derecho penal inclusivo, en el que no se excluya del estatus de ciudadano a quienes cometiesen un delito. Por el contrario, la sociedad debe contemplar que los seres humanos son falibles e imperfectos y ello no supone diversas categorías de ciudadanía¹⁶¹.

¹⁵⁸ Entre otros muchos tratados vinculantes, véase el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sancionada por Naciones Unidas el 10/12/1948; el preámbulo y el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por Naciones Unidas el 16/12/1966; y el preámbulo del Protocolo n°13 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, firmado el 03/05/2002.

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, p. 21.

¹⁶⁰ Sobre el mandato de trato igualitario, en el plano legislativo véase el art. 14 de la CE. Desde la Filosofía del Derecho no pueden dejar de recordarse las palabras de *Dworkin*, quien sostuvo que “el gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas. El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto”, *DWORKIN, Los derechos en serio*, pp. 388-389.

¹⁶¹ Cfr. DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Bs. As. 2015, pp. 27, 35-39 y 47-48.

3. Esta concepción del ser humano como un individuo dotado de autonomía para decidir sobre su conducta ha sido uno de los principales argumentos éticos contra los métodos de predicción¹⁶². Toda persona debe ser considerada libre de tomar sus propias decisiones, sin depender de pronósticos de comportamiento realizadas por agencias estatales. En esta línea, *Duff y Garland* advierten que, tratar a los individuos como bombas no detonadas implica negar su condición de agentes libres y moralmente responsables¹⁶³. En efecto, los “delincuentes” -al igual que todo ser humano- deben ser tratados como agentes morales capaces de elegir su conducta en cada ocasión.

4. Los métodos de predicción -en especial los actuariales- se encuentran basados en ciertas características que hacen que una persona sea considerada peligrosa, siendo esta declaración una condición presente y no la predicción de algo que sucederá. De esta manera, las personas parecerían estar gobernadas por disposiciones psicológicas y patrones, en virtud de las cuales se los va a castigar no por lo que hicieron, sino por lo que son y pueden llegar a ser, en un esquema que no respeta la concepción de la persona humana de la que se parte y que bien podría ser encuadrado como de Derecho penal de autor.

5. No debe olvidarse, además, que si bien una bomba tiene ciertas características externas (fusibles, explosivos) que pueden llevar a decir que es peligrosa, en el caso de las personas no puede decirse lo mismo ya que éstas son iguales entre sí por naturaleza. Por ello, no puede compararse una bomba con un individuo, ya que son esencialmente incomparables. De un lado tenemos a un ser humano, dotado de autonomía individual y merecedor de trato igualitario, mientras que del otro nos encontramos frente a un objeto material construido por el hombre. En este sentido, la destrucción de una bomba que no hubiera explotado no es algo que deba preocupar a nadie -haya o no estado en condiciones de detonar-, pero los “delincuentes” son personas con derechos y al encerrarlos o aplicarles una medida de seguridad

¹⁶² VON HIRSCH, *Buffalo Law Review*, 1972, pp. 745-748.

¹⁶³ DUFF/GARLAND, en *A reader on punishment*, pp. 238-40.

determinada, por razones de inocuidad, se les está imponiendo un sufrimiento fundado únicamente en el potencial daño que pueden causar a otros¹⁶⁴.

6. En segundo lugar, el rechazo a la predicción de peligrosidad aparece desde un punto de vista conceptual. La peligrosidad, como se viene destacando, es una constatación actual, del presente, consistente en tener ciertas características que serán relevantes en la medida en que se den determinadas circunstancias. Al igual que se analizó con la analogía de la bomba, ésta sólo será peligrosa si, a pesar de estar desactivada, se dan ciertas condiciones que la activen (por ejemplo, ante ciertos factores climáticos). De ahí que sólo en ese caso podría decirse que es peligrosa¹⁶⁵.

6.a. Análogamente, decir que una persona es peligrosa criminalmente, es decir que tiene ciertas características tales que podría cometer delitos graves, si se dieran determinadas circunstancias que tienen que ver, más que nada, con situaciones en las que es probable que se vea envuelto en caso de estar en libertad. De esta manera, alguien podrá ser criminalmente peligroso, incluso si nunca de hecho comete delitos graves - si la razón por la que no los comete es porque no se presentan las circunstancias-¹⁶⁶.

6.b. Por ello, no es lo mismo definir la peligrosidad diciendo “una persona es peligrosa porque es probable que vuelva a delinquir”, que sostener “existe peligro de que una persona vuelva a delinquir”. En el segundo caso -explica Duff continuando con la analogía de Morris- podrá aparecer un experto y concluir en que es imposible que la bomba explote por tratarse de una falsificación o por el estado de deterioro en que se encontraba¹⁶⁷.

7. De la misma manera, se alerta sobre la necesidad de cuidar el alcance de algunos métodos de predicción, en concreto, los actuariales. Éstos no están en condiciones de establecer que una persona sea peligrosa, sino únicamente que hay peligro de que sea peligrosa. En otras palabras, el hecho de que una persona tenga determinadas características (sexo, edad, desempleo, relaciones familiares y uso de drogas) lo ubica dentro de un grupo en el que hay evidencias generales de comisión de delitos.

¹⁶⁴ VON HIRSCH, *Past or future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, pp. 175-176. Este argumento se liga nuevamente con la cuestión de los falsos positivos y las diferentes consecuencias que pueden tener según se refieran a objetos o personas.

¹⁶⁵ DUFF, en *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, pp. 141-163.

¹⁶⁶ DUFF, en *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, p. 153.

¹⁶⁷ DUFF, en *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, pp. 153-55.

Incluso puede cuantificarse el grado de probabilidad de que cometa un delito. Pero no puede utilizarse tal evidencia (pertenencia a un grupo actuarial) para incapacitarlo, dado que tratándose de una persona, debería predominar -incluso hasta instantes de la decisión de cometer el delito- la capacidad de decisión que todo ser humano posee¹⁶⁸.

8. Por todo ello, entiendo que deben extremarse los cuidados respecto a los pronósticos de peligrosidad, al igual que el recurso a las presunciones obligatorias, en función del delito cometido. Toda persona tiene derecho a ser presumida inofensiva -como parte de su autonomía individual-, por lo que no podrá adscribirse la condición de peligrosidad. Dicho de otro modo, se le debe la presunción de que cuando llegue el momento se abstendrá de cometer un nuevo delito¹⁶⁹.

9. Sin embargo, coincido con *Duff* respecto a que la presunción de inofensividad no puede ser absoluta. En efecto, si una persona persiste en cometer delitos serios, sostiene, la presunción de inofensividad puede verse refutada, no sólo porque se contará con evidencias de que no es inofensiva, sino porque con su conducta criminal ha debilitado su derecho a tal presunción. En estos casos, dice, se podrán redistribuir en la persona los costos del delito o su prevención; podrá imponérsele el costo de determinada medida o de ser detenido más tiempo del que hubiera cumplido en otra ocasión, por la misma ofensa, antes que dejar que sean otros ciudadanos los que asuman los costos de sus probables delitos futuros¹⁷⁰.

¹⁶⁸ CARUSO FONTÁN, *El delincuente imputable y peligroso*, pp. 102-106.

¹⁶⁹ DUFF, en *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, pp. 153-55.

¹⁷⁰ DUFF, en *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, p. 152. Una posición similar puede encontrarse en planteos recientes de *Jakobs*. Por un lado, según explica MONTIEL, *InDret*, 2014, pp. 6-7, *Jakobs* refiere a la idea de “*Obliegenheit de una representación no amenazante*”, que indica la existencia de una regla de conducta por la cual a todo ciudadano le incumbe *conducir la vida de un modo adecuado*, generando así una presunción de que en el futuro observará comportamientos adecuados a la ley. El incumplimiento de esta incumbencia (*Obliegenheit*) fundamenta, para el autor alemán, la imposición de medidas de seguridad para imputables peligrosos. Asimismo, en otro artículo -JAKOBS, *InDret*, 2009, p. 10-, manifiesta que la persona tiene la obligación de prestar suficiente seguridad cognitiva, mientras que en ciertos casos en que ello no pueda suceder (describiendo que la “abolladura” transitoria en la personalidad se convierte en una

10. La identificación de los delincuentes peligrosos, en tal sentido, deberá realizarse entre quienes hayan rechazado persistentemente a la comunidad con sus delitos graves, o bien, justificando la selección excepcional de una clase de delitos extremadamente graves y que sean reflejo de un verdadero trastorno de personalidad que no conmueva la imputabilidad. Me refiero en concreto al agresor sexual o al abusador de menores. Sólo en estos casos debería poder relativizarse el derecho a ser considerado inofensivo. De todos modos no debería optarse por una inversa presunción de ofensividad, sino reclamarse en estos casos excepcionales una evaluación individualizada, que fundamente un pronóstico de reincidencia.

II.5. Recapitulación.

1. Cuando el Estado reacciona ante la comisión de un delito especialmente grave y lo hace de modo complementario a la pena proporcional impuesta, se funda en la probabilidad de reincidencia que le imputa a la persona. Esta prognosis es conocida con el nombre de peligrosidad y ha sido repelida por la dogmática disociándola del concepto de pena y asociándola al vetado Derecho penal de autor. Sin embargo, encuentro que el proceso penal posee diversos momentos en los cuales los operadores judiciales recurren -aunque sin nombrarlo- a este concepto y me resulta aceptable que así sea. Ahora bien, en caso de pretender fundar una consecuencia jurídica en la peligrosidad del autor, ello siempre deberá presentarse dentro del marco de una medida de seguridad y no así de una pena. En este sentido, el art. 192.1, CPE es un buen ejemplo de ello al prever expresamente que la medida de seguridad de libertad vigilada podrá ser impuesta o no al delincuente sexual primario, “en atención a la menor peligrosidad del autor”¹⁷¹.

deformación permanente), se autoriza una reacción cognitiva preventiva. Lo nota ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 15.

¹⁷¹ De todos modos, ya he advertido en este capítulo que cuando el CPE utiliza el término “peligrosidad”, no siempre refiere a medidas de seguridad (por ejemplo, arts. 6.1, 6.2, 97.b, 192.1 y

2. La doctrina se ha ocupado -si bien escasamente- de tratar de justificar las medidas de seguridad complementarias de las penas. En tal sentido, es mayoritaria la posición que parte de considerar que cuando el peligro que se espera del autor es más intenso que la restricción de libertad necesaria para contenerlo, existe un interés público preponderante que justifica una reacción excepcional del Estado. Esta postura -que comparto- es complementada con el deber que el Estado posee de proteger a sus ciudadanos en estos casos de riesgo excepcionalmente intenso.

3. Resulta interesante apreciar, luego, qué métodos existen para medir o pronosticar la peligrosidad de una persona al momento de decidir si imponerle o no una medida de seguridad. El método tradicional es el clínico, que se ha visto paulatinamente superado por el actuarial y, finalmente, por el clínico-estructurado, que resulta ser una variante intermedia entre los dos. Sin embargo, los niveles de eficacia de los métodos más avanzados oscilan entre un 70 y un 80%, lo que evidencia que siempre existe un margen apreciable de casos que podrán ser erróneamente pronosticados como peligrosos. Por ende, se acumulan las críticas a la imposición de medidas de seguridad fundadas en diagnósticos falibles de peligrosidad.

4. Frente a ello, aparece en muchos casos la presunción de peligrosidad que se ve fundada en la comisión de ciertos tipos de delitos, sumada a una condición objetiva, como por ejemplo la reincidencia. Sin embargo, la objeción que aparece en estos casos es la imposibilidad de probar la ausencia de peligrosidad por parte del propio sujeto. En este sentido, una concepción de la persona compatible con su dignidad exige respetar su autonomía y la libertad de tomar sus propias decisiones, incluyendo la de delinquir o no, con independencia de lo que marque un pronóstico o una presunción.

5. De aquí que haya tomado posición aceptando el uso de medidas de seguridad complementarias a la pena, respetando el derecho que toda persona tiene a ser presumida inofensiva. Por ello, no podrá presumirse su peligrosidad, salvo en caso de delitos especialmente graves y entre quienes hayan rechazado persistentemente a la comunidad. Y en estos casos, deberá existir siempre una decisión jurisdiccional

579 bis.2), sino que también aparece vinculado a la pena (por ejemplo, arts. 36.3, 83.3, 83.4, *in fine*, 90.5, 91.2, 91.3, 92.3).

fundada en una evaluación individualizada. Sin embargo, aun en estos casos deberá existir la posibilidad de que la persona demuestre su falta de peligrosidad.

6. Luego de haber analizado el dualismo como sistema y haber estudiado el concepto y determinación de la peligrosidad, en el próximo capítulo intentaré un acercamiento histórico a la incapacitación como teoría de la finalidad de la sanción penal que enmarca esta forma de reacción complementaria del Derecho penal. También prestaré atención a la contextualización de esta doctrina, dentro de una determinada política criminal. Todo ello resulta fundamental para comprender la evolución de esta forma de concebir la sanción penal y los contextos político-criminales que han sido favorables a su renacimiento.

III

La incapacitación como fin de la sanción penal. Acercamiento histórico y su contextualización como política criminal de gestión de riesgos.

III.1. Consideraciones generales.

1. Tradicionalmente, el estudio de la justificación de las consecuencias jurídicas del delito se analiza en forma separada comenzando por el análisis de los fines de la pena y, en especial, de la privativa de la libertad. Se dice por ello que la pena de prisión ha necesitado desde siempre una justificación o bien, que se trata de fundamentar el recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso y, de esta manera, justificar el propio Derecho penal¹⁷².

2. El tratamiento de las teorías de la pena se desarrolla, generalmente, a partir de una clasificación general de las mismas en teorías absolutas o relativas, según conciben que la pena pueda legitimarse a partir de alguna finalidad trascendente al castigo mismo¹⁷³. En las primeras, la finalidad de la reacción estatal es la imposición de un mal, merecidamente para retribuir, equilibrar y expiar la culpabilidad del autor por el hecho cometido¹⁷⁴. Mientras que las teorías relativas justifican la imposición de

¹⁷² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 5 y BACIGALUPO, *Hacia el nuevo Derecho penal*, p. 199.

¹⁷³ LESCH, *La función de la pena*, p. 17

¹⁷⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, pp. 81-82. Con relación al carácter absoluto de la pena entendida como retribución, un sector de la doctrina advierte que en verdad la pena es retribución, en tanto implica la imposición de un mal como reacción frente al delito; es decir, que el mal que se impone está conectado con un reproche o desvalor por un hecho (lo retributivo en la pena es conceptual a ella). Por ello, este sector entiende que ello no dice nada de los fines que esa sanción deba perseguir, con lo cual sería un error conceptual identificar este concepto de retribución con la defensa de una teoría absoluta de la pena; FEJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 48-53. En contra ROXIN, *Derecho penal. Parte General* 2ª ed. t. I. pp. 98-99, quien considera que las instituciones jurídicas no tienen

sanciones a partir de sus consecuencias preventivas, observando que tienen como fin la evitación o reducción del delito, para lo cual podrán dirigirse al sujeto mismo al que se le impone la sanción (prevención especial) o bien, a la sociedad toda (prevención general).

3. No sucede lo mismo con relación a las medidas de seguridad. Frente a esta consecuencia jurídica se parte, por definición, de una finalidad de prevención especial¹⁷⁵, en la medida en que se impone con el objeto de evitar que la persona considerada peligrosa vuelva a cometer delitos en el futuro. De hecho, su propia naturaleza debería excluir a las teorías absolutas. Ello desde que, aun frente a la hipótesis de que las medidas de seguridad puedan ser vistas como un mal para el que las sufre, esta aproximación sería jurídicamente irrelevante y no alteraría su naturaleza, por más que se traduzca en un sufrimiento y así sean percibidas¹⁷⁶.

4. Nuevamente, y tal como se advirtió al presentar las teorías que justifican la imposición de medidas de seguridad, también aquí -para estudiar sus fines- deberá siempre diferenciarse el tipo de medida de seguridad que se trate. En tal sentido podrá encontrarse que la finalidad de prevención especial se concretará de diversas formas para cada tipo de medida: mediante el aseguramiento, la resocialización, el tratamiento o la educación de la persona¹⁷⁷.

esencia alguna independiente de sus fines, dado que esa esencia se determina mediante el fin que pretende alcanzarse con ellas.

Desde otro sector, se ha intentado explicar que las teorías de la retribución deban prevalecer en tanto obligan a imponer penas proporcionadas y ajustadas a la culpabilidad. En contra de esta posición, se advierte que “la proporcionalidad de la pena no se vincula a la idea de «merecimiento» ni a la necesidad de retribuir, sino a la necesidad de la pena (o medida) para la tutela de la sociedad”. Se entiende así que la proporcionalidad de la pena juega en verdad como límite para las necesidades preventivas, al margen de la retribución, y no como un objetivo específico a seguir; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, pp. 32-33.

¹⁷⁵ TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, p. 15; y SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, pp. 73-76.

¹⁷⁶ ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, p. 53. Véase además sobre la ajenidad de los efectos aflictivos o intimidatorios a la esencia misma de las medidas, CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte General*, pp. 220-221 y MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 145. Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., p. 149; SILVA SÁNCHEZ *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, pp. 59-60.

¹⁷⁷ RUBIO LARA, *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010*, pp. 34-35. Ya lo decía mucho antes también TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, p. 16.

5. Por otro lado, algunos autores advierten que, si bien no en forma directa, las medidas de seguridad pueden producir un efecto de prevención general¹⁷⁸. Ello podría ocurrir si se toma en cuenta que su duración indeterminada puede producir, en algunos casos, un efecto intimidatorio (prevención general negativa); como así también, si se concibe que internar sujetos peligrosos podrá tener como efecto un fortalecimiento o creación de confianza en el cumplimiento de la norma (prevención general positiva)¹⁷⁹.

6. De todos modos, aun aceptándose que en los hechos pueda ocurrir este efecto secundario de prevención general en las medidas de seguridad, éstas no podrán legitimarse de ningún modo por ese fin. De hecho, éste es uno de los factores que diferencian las medidas de las penas -en donde sí pueden coincidir ambas justificaciones-¹⁸⁰. Justamente, la finalidad exclusiva de prevención especial en las medidas de seguridad es presentada como la razón por la cual éstas pueden ser suspendidas, levantadas o modificadas, de acuerdo a necesidades de mayor o menor contención de la peligrosidad. En cambio, en el caso de la pena, la exigencia de prevención general se presenta como una dificultad para prescindir de ella, aun cuando no fuese necesaria desde un punto de vista de prevención especial¹⁸¹.

7. Retomando, debe partirse entonces de asociar las medidas de seguridad a las teorías preventivo-especiales al momento de fundar sus fines. Históricamente, las medidas han sido encuadradas dentro de las teorías de la prevención especial negativa, ya que por medio de aquellas pretendía asegurarse a la comunidad del riesgo de reincidencia de los sujetos considerados peligrosos. En otras palabras, las medidas de seguridad han sido tradicionalmente asociadas con la variante negativa de la prevención especial ya que, mediante su imposición, no busca castigarse al autor de un delito, sino que pretende inocuizárselo para que no vuelva a reincidir. Se

¹⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 77.

¹⁷⁹ RUBIO LARA, *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010*, p.36.

¹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, pp. 28-29, citando la posición coincidente de Luzón Peña.

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 29. Podríamos ofrecer una excepción a esta premisa, para los casos de oportunidad procesal, que en algunos sistemas se presentan ofreciendo a los titulares de la acción pública la posibilidad de desistir de la persecución de un delito, frente a determinadas circunstancias.

trata, sin dudas, de la finalidad natural perseguida por las medidas de seguridad por lo que aparece como apropiada su asociación en tal sentido.

8. Se asume, además, que esta corriente llamada de la incapacitación es el marco teórico en el que se fundan numerosas consecuencias jurídicas actuales -tanto penas como medidas de seguridad- previstas para algunas personas condenadas consideradas peligrosas, no sólo por la probabilidad de reiteración delictiva que se les pronostica, sino por la especial gravedad de los delitos cometidos.

9. Sin embargo, no perderé de vista una cuestión que considero esencial y respecto de la cual insistiré reiteradamente a lo largo del presente trabajo, consistente en la necesidad de exigir, en todo momento, la presencia de finalidades de prevención especial positiva, no sólo en las penas privativas de la libertad, sino también en las medidas de seguridad. En efecto, por más que un sistema jurídico se incline, en ciertos casos, por imponer consecuencias jurídicas fundadas en la incapacitación, éstas nunca podrán dejar de lado el mandato resocializador que les indica la propia Constitución española en su artículo 25.2¹⁸². Dicho de otro modo, a pesar de la asociación tradicional y lógica entre medidas de seguridad y prevención especial negativa, durante la ejecución debe pretenderse la resocialización de la persona, siendo ello una auténtica exigencia constitucional en la búsqueda de su legitimidad.

10. La prevención especial parte del supuesto general de que la finalidad de la sanción está dirigida a evitar que una persona cometa un delito -o que vuelva a delinquir-. Este objetivo se puede cumplir de tres modos distintos: a través del aseguramiento de la sociedad frente al autor de un delito (incapacitación); a través de la generación de hábitos de no delincuencia en el sujeto (resocialización o rehabilitación); mediante la inhibición o coacción del sujeto para que no vuelva a delinquir (intimidación)¹⁸³.

11. El aseguramiento de la sociedad frente al autor de un delito viene de la mano de su incapacitación, con el objeto de neutralizar así su condición de peligrosidad. Se

¹⁸² Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, p. 179; y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 489.

¹⁸³ LESCH, *La función de la pena*, p. 53.

sostiene que mediante esta teoría se pretende “el retiro (o remoción) de la comunidad, de un delincuente condenado, generalmente por intermedio del encarcelamiento, con el objeto de prevenir que cometa nuevos delitos”¹⁸⁴, o bien, que consiste en la idea de “apartar a un delincuente de la sociedad y de esta manera prevenirlo físicamente de cometer delitos”¹⁸⁵.

12. En la tradición europeo-continental actual, cuesta vincular esta variante de la prevención especial negativa con la finalidad de la pena¹⁸⁶. Tradicionalmente, en estos sistemas jurídicos la incapacitación se encuentra reservada para las medidas de seguridad. De todos modos, ello no significa que la pena se encuentre dissociada definitivamente de la prevención especial negativa. Piénsese, por ejemplo, en la fundamentación de las penas de prisión de larga duración o bien perpetuas -en aquellos sistemas que las prevén-. ¿Puede acaso pretenderse que en este tipo de sanciones su finalidad es de resocialización, cuando los condenados probablemente no recuperarán su libertad o lo harán en una edad ya demasiado avanzada? De todos modos, no pierdo de vista que los manuales o bien las monografías, por lo general, no se detienen demasiado en el estudio de la prevención especial negativa, más allá de efectuar un acercamiento histórico a los postulados de la Escuela Positivista Italiana o la Escuela Sociológica Alemana¹⁸⁷. No sucede lo mismo en la tradición angloamericana, como veremos.

13. En definitiva, la incapacitación es una teoría donde la finalidad de la reacción penal está basada, exclusivamente, en su efecto asegurativo e inocuizador. Si bien

¹⁸⁴ BLUMSTEIN, *Criminal careers and career criminals*, Vol. I, p. 15.

¹⁸⁵ ZIMRING/HAWKINS, *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*, p. 18.

¹⁸⁶ Ya desde hace casi dos décadas Silva Sánchez viene advirtiendo sobre un retorno a la inocuización en la discusión político criminal; cfr. SILVA SÁNCHEZ en *Política criminal y persona*, pp. 94-110. Aquella advertencia efectuada en el año 2000, sobre la evolución legislativa en Estados Unidos y Alemania, fue verificada años más tarde en la evolución legislativa europeo- continental (vgr. España y Francia). Por otro lado, en la discusión actual algunos autores mantienen actualizada esta advertencia, como es el caso de GARCÍA ARÁN, en su conferencia titulada “La vuelta a las penas terribles”, llevada a cabo el 28/02/2013, en la Universidad de Castilla La Mancha, disponible en Internet -<https://www.youtube.com/watch?v=ydUPD3B8zco>- (última visita 20/05/2017).

¹⁸⁷ Cfr. por todos, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 61-66. Lo nota SILVA SÁNCHEZ en *Política criminal y persona*, p. 91, advirtiendo el práctico abandono de la incapacitación en la teoría de los fines del Derecho penal y la circunstancia de que apenas se encuentran referencias a ella en la discusión continental europea.

originalmente el efecto de aseguramiento estuvo pensado a través del encarcelamiento prolongado, se verá más adelante cómo en la actualidad tiende a ser buscado, también, por intermedio de diversas formas de control de la persona una vez puesta en libertad¹⁸⁸, ya sea a través de mecanismos electrónicos, químicos o restricciones a su libertad ambulatoria. El denominador común a este acercamiento al delincuente es que, mientras dure la pena o medida impuesta, el sujeto no debería poder volver a delinquir.

14. La idea de eliminar o apartar a una persona de la comunidad como medida preventiva es la forma más primitiva de defensa social, ejemplificada en la pena de muerte y en el destierro. Ya en el mundo antiguo se advertía que al que a pesar de haber sido ya castigado siga sin obedecer las reglas de convivencia social, había que echarlo de la ciudad o matarlo, en tanto sujeto incurable¹⁸⁹. Sin ánimo de realizar una descripción acabada de los autores de la antigüedad que referían a la incapacitación como una finalidad de la sanción justificada para delincuentes habituales, se intentará un acercamiento histórico a esta teoría a partir del siglo XIX, cuando reaparecen menciones concretas a la inocuización como intentos de justificar encierros prolongados de personas condenadas y consideradas peligrosas.

III.2. Los primeros desarrollos de la teoría. De la Ilustración a la Escuela Sociológica Alemana.

1. *Jeremy Bentham* es considerado uno de los precursores del desarrollo histórico y doctrinario de la teoría de la incapacitación. A pesar de estar asociado principalmente a la defensa de la teoría de la prevención general negativa, como objetivo principal, el autor inglés ya en 1802 había precisado que entre los objetivos de la Justicia penal

¹⁸⁸ Cfr. KLEIMAN, *Cuando la fuerza bruta fracasa*, p. 107.

¹⁸⁹ GRACIA MARTÍN, en *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, pp. 976-977 citando, dentro de los trabajos más antiguos, los de Protágoras del Anónimo de Jámblico, Santo Tomás de Aquino, Hobbes, algunas ideas excepcionales de Beccaria y hasta de modo más o menos explícito, Kant.

debían destacarse, la prevención general, la reforma del sujeto y, en tercer lugar su incapacitación, “privándole del poder de seguir actuando de esta manera”¹⁹⁰.

2. También suelen destacarse entre los primeros antecedentes de esta teoría, los postulados de la llamada Escuela Positivista Italiana. Se distinguen así, ya a finales del siglo XIX, los trabajos de *Lombroso* a partir de los cuales se pensó al delincuente como una persona enferma, no preparada para vivir en sociedad. La consecuencia jurídica frente al delito pasa a ser un medio de defensa social, ya que es utilizada por la sociedad como un medio de defensa contra sujetos que no son aptos para llevar una vida ajustada a Derecho. De aquí que la sanción deba ser graduada en función de la peligrosidad del autor. Junto a *Lombroso*, se destacan los aportes de *Garófalo* y *Ferri* que potenciaron los conceptos de peligrosidad, habitualidad e incorregibilidad, en una línea de pura incapacitación de cierto tipo de delincuentes¹⁹¹.

3. Sin perjuicio de ello, suele reconocerse a *Franz von Liszt* como el primer y principal expositor de las teorías preventivo-especiales, incluyendo a la inocuización¹⁹². En efecto, desde su Programa universitario de Marburgo, de fines del siglo XIX, el autor se ocupó de analizar la idea de fin aplicada al Derecho, más precisamente a la pena y su extensión. Partiendo de una concepción de la pena como protectora de bienes jurídicos, *von Liszt* exige que la misma sea necesaria para el cumplimiento de este fin, aclarando que sólo una pena necesaria será justa. La magnitud de la pena a imponer se mide entonces en función de la necesidad para el cumplimiento de su fin¹⁹³.

3.a. *Von Liszt* considera que la pena puede tener tres efectos posibles: corrección, intimidación o neutralización. Éstos son los móviles que subyacen a la pena y mediante los cuales cumple con la mencionada finalidad de protección de bienes jurídicos. Luego, estos efectos pueden dar lugar a tres tipos de pena que se corresponde a tres categorías de delincuentes, bajo la siguiente fórmula:

- 1) Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella;

¹⁹⁰ BENTHAM, *Panopticon versus New South Wales*, p. 174.

¹⁹¹ *Supra* I.2.B.

¹⁹² LESCH, *La función de la pena* pp. 54-55.

¹⁹³ Cfr. VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, pp. 106-107.

2) Intimidación de los delincuentes que no necesiten de corrección;

3) Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección¹⁹⁴.

4. Se destaca, entonces, ese tercer grupo o categoría de delincuentes considerados “irrecuperables”, a quien había que “neutralizar”. Estos sujetos, agregaba el autor, son enemigos del orden social, careciendo de sentido tratar de corregirlos y dejarlos en libertad sería una insensatez. Como la sociedad debe protegerse de los irrecuperables, concluía, no queda otra alternativa que encerrarlos por tiempo indeterminado¹⁹⁵.

4.a. En esta línea, en su proyecto de “eliminación de la peligrosidad”, llegó a proponer que ante una tercera condena, debería imponerse la pena de reclusión por tiempo indeterminado, a cumplir en presidios bajo la forma de “servidumbre penal” y con pérdida perpetua de derechos civiles. La posibilidad de que este segmento de delincuentes pueda reincorporarse a la sociedad, concluía, es una posibilidad lejana y excepcional¹⁹⁶.

5. Parte de los fundamentos de la teoría de la incapacitación serían utilizados por algunos regímenes totalitarios en la primera mitad del siglo siguiente, para llevar al extremo sus políticas. Se destaca así la sanción de la “Ley contra delincuentes peligrosos y sobre medidas de aseguramiento y corrección”, dictada por el régimen nacionalsocialista alemán en 1933 y el proyecto de “Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”, surgido de las ideas aportadas por *Exner* y *Mezger*, que iba aún más allá que la mencionada ley y proponía medidas de castración o esterilización e internamiento en campos de concentración, aunque no llegó a entrar en vigor debido a la finalización de la guerra¹⁹⁷. También es ejemplificativa, en España, la sanción del Código Penal español de 1928 durante la dictadura de Primo de Rivera que -a pesar de su breve vigencia de tres años- por primera vez adoptó el sistema dualista, previendo medidas de seguridad en casos de “peligro social

¹⁹⁴ VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, pp. 112 y 115. No se hará hincapié aquí en el segundo grupo conformado por delincuentes ocasionales, para quienes el delito constituye un hecho aislado. Tan sólo se destacará que VON LISZT considera que en estos casos la pena tiende únicamente a restablecer la autoridad violada y sirve para intimidar o advertir el impulso excepcional del delincuente.

¹⁹⁵ Cfr. VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, pp. 116-119.

¹⁹⁶ VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, pp. 121-122.

¹⁹⁷ CARUSO FONTÁN, *El delincuente imputable y peligroso*, pp. 34-48. Véase también MUÑOZ CONDE, *Revista Penal*, 2002, pp. 42-58.

criminal”. Merece destacarse también de España y ya en democracia, la sanción “Ley de Vagos y Maleantes”, el 4 de agosto de 1933, que imponía medidas de seguridad para los sujetos que encuadrasen en supuestos de “estados peligrosos”, entre los que se incluía a “los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos que sea presumible la habitualidad criminal”. Para éstos se preveía el internamiento en centros de custodia, una vez finalizada la ejecución de la pena impuesta¹⁹⁸.

6. En la tradición europea continental, y volviendo de algún modo a los postulados que inspiraron a los autores de la Ilustración, los penalistas de la segunda mitad del siglo XX estuvieron muy abocados a la búsqueda de límites político-criminales ante los abusos que se habían cometido -y se seguían cometiendo en España y muchos países sudamericanos-¹⁹⁹, recurriendo a la idea de inocuización del delincuente peligroso. Lógicamente, la incapacitación pasó a ser desterrada de la doctrina y considerada muy negativamente, al igual que por ejemplo cualquier mención al concepto de peligrosidad.

III.3. El renacimiento de la prevención especial negativa. El declive del Estado de bienestar y la predisposición académica en la tradición angloamericana.

1. La desconsideración de la teoría de la incapacitación no fue tan evidente en la tradición angloamericana, en la cual no se padeció el desprestigio de haber sido aprovechada por un régimen totalitario. Se considera por ello que, en aquellos

¹⁹⁸ CARUSO FONTÁN, *El delincuente imputable y peligroso*, pp. 66-73.

¹⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, en *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, p. 100. Es interesante la reflexión del autor sobre las causas del amplio rechazo que suelen acarrear las propuestas doctrinales ligadas al llamado Derecho penal del enemigo, en España y países iberoamericanos, por la mayor cercanía de éstos con los regímenes totalitarios que gobernaron durante gran parte de la segunda mitad del siglo XX, lo que no sucedió por ejemplo en Estados Unidos. En este sentido, marca el autor, el tradicional movimiento pendular de la política criminal (entre la maximización de garantías o de seguridad), que produciría probablemente que en los próximos años (y como ya ha comenzado a notarse) vayan ganando peso en el debate académico consideraciones de tipo preventivo.

sistemas, la discusión y su desarrollo no perdieron vigencia manteniendo un papel relevante²⁰⁰. Se remarca así que la teoría se encuentra plasmada en las legislaciones que fueron surgiendo desde comienzos del siglo pasado, relativas -por ejemplo- a delincuentes habituales (*habitual status*)²⁰¹.

2. El punto de quiebre que es utilizado para explicar, sin embargo, el renacimiento de esta teoría, ocurrió recién hacia fines de la década del '70, asociado al declive del denominado Estado de bienestar. *David Garland*, llama *welfarismo penal* a los dispositivos institucionales que caracterizaron el campo del control del delito y la Justicia penal, en los Estados Unidos y Gran Bretaña, desde la década de 1890 hasta la de 1970. En este período se había consolidado un marco teórico en el que se combinaba el legalismo liberal del proceso penal y su castigo proporcional con un compromiso correccionalista basado en la idea de resocialización²⁰². Se consideraba que el delito era producto de deficiencias en la socialización y que era responsabilidad del Estado revertir tales carencias, mediante la imposición de penas tendientes al tratamiento.

3. En este contexto político-criminal -siempre dentro de la tradición angloamericana y en un sistema de vía única-, las sanciones eran generalmente penas indeterminadas (*indeterminate sentencing*), ya que su término dependía del éxito del proceso de rehabilitación y cada medida era individualizada y adaptada a las necesidades concretas de su destinatario. El delincuente era una persona mal adaptada, por lo que el tratamiento correccional era la solución. En este sentido, había un sentimiento de confianza hacia la Justicia penal y el Estado en cuanto a las posibilidades de éxito en el control del delito y reforma de los delincuentes²⁰³.

4. Esta concepción del delito y de la pena, que se insertaba dentro de un contexto social determinado de asistencialismo y posguerra propios del Estado de bienestar

²⁰⁰ SILVA SANCHEZ, *Política criminal y persona*, pp. 92-93.

²⁰¹ Cfr. ZIMRING/HAWKINS, *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*, pp. 22-23, agregando como dato que en EE.UU, entre 1920 y 1930, veintitrés estados promulgaron leyes con penas incrementadas para reincidentes. Para ver la evolución en Gran Bretaña, véase ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, pp. 182-184.

²⁰² GARLAND, *La cultura de control*, pp. 35 y 71.

²⁰³ GARLAND, *La cultura de control*, p. 90.

británico y el *New Deal* estadounidense comenzó a debilitarse hacia mediados de la década de 1970. Si bien, algunos asocian este declive con una serie de trabajos académicos publicados en esa época, otros consideran que los importantes movimientos que se sucedieron reflejan que se trató de verdaderos cambios sociales y económicos de la modernidad de fines de siglo XX²⁰⁴.

5. Como puede observarse, el contexto social e intelectual estaba preparado para que otra teoría de la finalidad de las consecuencias jurídicas comenzara a tener peso propio en la Política criminal. Por un lado, el descrédito de los paradigmas tradicionales de justificación del castigo penal significaron la necesidad de decantarse por una teoría ya que, -en definitiva- a lo largo de su existencia, la pena de prisión siempre necesitó ser justificada²⁰⁵. A ello se sumó que, desde mediados de la década de 1960, los niveles de delincuencia venían en constante aumento -sobre todo en Estados Unidos- y la elevada sensación de inseguridad generaba importantes reclamos sobre los dirigentes políticos para que encontraran una solución²⁰⁶.

6. Por otra parte, comenzó a percibirse un nuevo lenguaje que iría modificando el enfoque clásico del Derecho penal y la Criminología, basados en sus preocupaciones tradicionales concentradas en el individuo, redirigiéndolos hacia consideraciones actuariales, *manageriales*, con estrategias basadas en el control de riesgos y en la determinación de probabilidades que reemplazarían -nuevamente- a los discursos basados en el diagnóstico clínico y el juicio retributivo. Comenzó a percibirse una Penología “direccionada hacia técnicas para identificar, clasificar y manejar grupos calificados por su peligrosidad”²⁰⁷. Dentro de este contexto, el modelo utilitario predominante pasó a ser la incapacitación, que prometía reducir los efectos del delito en la sociedad, segregando a los delincuentes por un tiempo y retardando el reinicio de sus actividades criminales²⁰⁸.

²⁰⁴ GARLAND, *La cultura de control*, p. 135.

²⁰⁵ ZIMRING/HAWKINS, *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*, p. 6.

²⁰⁶ Véase el análisis efectuado por OTTAVIANO, *Prudentia Juris*, 1999, en especial pp. 137-138.

²⁰⁷ Cfr. FEELEY/SIMON, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 1995, pp. 33-36.

²⁰⁸ FEELEY/SIMON, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, p. 42.

7. Además, el debilitamiento de la fe en la rehabilitación y en la prevención general llevó a considerar la incapacitación como una teoría políticamente correcta²⁰⁹. En este sentido, la teoría de la incapacitación general y su relación intrínseca con la expansión de las prisiones resultaba muy viable en términos de discurso político²¹⁰.

Tal como sostuvieron *Zimring y Hawkins*, “apoyar la disminución de las tasas de alojamiento carcelario es, de esta manera, el equivalente moral a aprobar que haya mayores índices delictivos, importando ello un alto riesgo de desaparición política para cualquiera suficientemente ingenuo que proponga tal política”²¹¹.

De esta manera, pasó a considerarse que cada prisionero nuevo significaba más delitos prevenidos o, en otras palabras, cada espacio nuevo en una cárcel se veía asociado con menos crimen. Es por ello que esta teoría se transformó en un argumento político-criminal irresistible y, por el contrario, cualquier iniciativa de reducir los índices de encarcelamiento pasó a ser asociada, por la opinión pública, a un crecimiento en las tasas de delitos.

8. El descontento académico de esa época se vio reflejado en críticas dirigidas a resaltar distintos aspectos, como por ejemplo²¹²: (a) la enorme disparidad de las penas por delitos semejantes²¹³; (b) la discriminación que éstas llevaban implícitas, en la medida en que su duración dependía de las facultades discrecionales de los agentes penitenciarios (*parole boards*) y la dificultad de controlar los criterios de peligrosidad que aplicaban²¹⁴; (c) la falta de evidencias empíricas sobre el éxito de la resocialización²¹⁵; (d) en sectores partidarios al endurecimiento de las penas, que

²⁰⁹ ZIMRING/HAWKINS, *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*, p. 4.

²¹⁰ Ya lo habían notado BLACKMORE/WELSH, *Crime & Delinquency*, 1983, pp. 504 y 506.

²¹¹ ZIMRING/HAWKINS, *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*, p. 16.

²¹² La síntesis de los problemas es presentada de esta manera por LARRAURI PIJOAN, en *Censurar y castigar*, p. 12.

²¹³ Cfr. VON HIRSCH, *Doing justice*, en especial pp. xvii y 89-95.

²¹⁴ Cfr. FRANKEL, *Criminal sentences: law without order*, pp. 5-6 y 86-102 y MORRIS, *El futuro de las prisiones, passim.*, en especial pp. 53-54 y 64-67.

²¹⁵ MARTINSON, *Public Interest* 1974, p. 22 y SECHREST/WHITE/BROWN, *The rehabilitation of criminal offenders: problems and prospects*, pp. 3-4.

consideraban que, muchas veces, los delincuentes cumplían tiempos breves de encierro.²¹⁶

9. En esta línea, a partir de la segunda mitad de la década de 1970 comenzó a observarse una sucesión de estudios, cuyo denominador común era reducir las altas tasas delictivas, a través del encarcelamiento (incapacitación general o colectiva)²¹⁷. El problema de estos estudios fue que, si bien proyectaron importantes índices de reducción del delito, ello era a costa de un incremento inconcebible de la población penitenciaria.

III.3.A. El desarrollo académico de la incapacitación colectiva o general.

1. Popularizada por el profesor norteamericano *James Q. Wilson* en su libro de ensayos “*Thinking about Crime*” (1975), la incapacitación colectiva o general parte de la premisa de que es necesario aplicar específicas penas de prisión a determinados delincuentes. Para ello, se propone una clasificación a partir de criterios generales y puede efectuarse, por ejemplo, tanto para aquellas personas condenadas por algunos delitos considerados graves (*felony*²¹⁸), o para quienes tuvieran antecedentes penales.

2. En principio, no se intenta identificar entre éstos a delincuentes peligrosos o con un índice de reincidencia más alto, sino que la mera comisión de uno de los delitos predeterminados supone la imposición de una pena mínima, por ejemplo, de cinco años de prisión. Se entiende que la “remoción” de estas personas de la sociedad por

²¹⁶ WILSON, *Thinking about crime, passim.*, en especial pp. 117-119 y 156-161.

²¹⁷ Entre ellos -a título ejemplificativo- se destacan los trabajos sobre la cuestión de WILSON, “*Thinking About Crime*” (1975); GREENBERG, *Law & Society Review*, 1975; SHINNAR/SHINNAR, *Law & Society Review*, 1975. PETERSILIA/GREENWOOD, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1978; VAN DINE/CONRAD/DINITZ, *Restraining the wicked: the dangerous offender project*, 1979; y BLUMSTEIN/COHEN, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1979. Véase por todos, COHEN, *Crime & Justice*, 1983, *passim.* quien analiza y destaca los trabajos de investigación referidos a la incapacitación, tanto general como selectiva hasta ese momento proponiendo asimismo, una variante intermedia.

²¹⁸ En el Derecho estadounidense *felony* es cualquier delito que tenga prevista una pena mínima de un año de prisión. Se opone a *misdemeanor* que son delitos menores o faltas.

un tiempo determinado (incapacitación) conllevará una importante reducción en los índices delictivos²¹⁹.

2.a. Para calcular los efectos de una política incapacitadora, la teoría recurre al trabajo de investigación desarrollado por *Shlomo y Reuel Shinnar*, en 1975²²⁰. Este modelo asume que, a lo largo de la carrera criminal de una persona y mientras está en libertad, un delincuente comete delitos en un promedio anual que es uniforme y que lo denominan “*lambda*” (λ). Luego, a raíz de un proceso complejo de ecuaciones, determina una fórmula que calcula la fracción de tiempo en que un delincuente será libre de cometer delitos. El objetivo de una política incapacitadora, dicen, es procurar que esta fracción de tiempo sea la menor posible.

2.b. Luego se calcula el número de delitos que una política incapacitadora puede prevenir. En primer lugar, es necesario conocer el valor λ , que puede inferirse del registro de antecedentes o bien por la información que pueda aportar la propia persona.

2.c. Véase un ejemplo propuesto para un delito específico²²¹: Si λ es igual a 20, en el delito de robo de vivienda, entonces, en una jurisdicción en la que se condenan 100 personas por año, por dicho delito, si se aumenta el tiempo de prisión que actualmente cumplen en dos años, el descenso de delitos se calcularía de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$20 (\lambda) \times 100 (\text{cantidad de delitos condenados por año}) \times 2 (\text{años de aumento de pena}) = 4000 (\text{número de delitos que se pueden prevenir}).$$

3. Debe advertirse que existen numerosos trabajos que han relativizado los mecanismos para calcular los efectos de la incapacitación sobre los índices delictivos. Entre ellos se menciona la falta de acreditación de algunas asunciones de las que parten los defensores de esta teoría, entre las que se destaca, por ejemplo, que la probabilidad de arresto sea homogénea entre todos los delincuentes, al igual que el índice de comisión de delitos; o bien la asunción de que cuantas más personas sean encarceladas, menos delincuentes habrá en la sociedad. Del mismo modo se les critican cuestiones metodológicas, tales como tomar de base muestreos de delincuentes encarcelados que siempre acrecentarán los índices de comisión

²¹⁹ VON HIRSCH/GOTTFREDSON, *New York University Review of Law & Social Change*, 1983-1984, p. 22.

²²⁰ SHINNAR/SHINNAR, *Law & Society Review*, 1975, pp. 581 y 586. En este trabajo, los autores continúan desarrollando un modelo analizado por primera vez en 1973 por *Reuel Shinnar y Benjamín Avi-Itzhak*, en un artículo titulado “Quantitative models in crime control”.

²²¹ CLEAR/BARRY, *Crime & Delinquency*, 1983, pp. 530-531.

delictiva; y también la sobrevaloración del efecto inocuizador por encima del propio efecto de prevención general negativa, que produce la amenaza de pena, o bien del eventual resultado positivo de la rehabilitación generada como consecuencia de la ejecución de la pena²²².

III.3.B. La propuesta de incapacitación selectiva.

1. Esta denominación fue efectuada por primera vez por *David Greenberg*, profesor de la Universidad de New York, en un trabajo publicado en 1975²²³, en el que consideró necesario distinguir la incapacitación colectiva de la selectiva, definiendo esta última como “la prevención del delito mediante la remoción física de un grupo de personas seleccionado para el encierro, sobre la base de la predicción de que éstas -y no otras- cometerán delitos si no estuvieren detenidas”²²⁴.

2. La base de la incapacitación selectiva es que un porcentaje menor de los delincuentes activos es responsable de una mayoría de delitos. En función de ello, se intentan desarrollar mecanismos para identificar a este grupo de delincuentes y dirigir la imposición de penas agravadas sólo a ellos, considerando que, de este modo, lograrán algo que la incapacitación general no puede: disminuir la tasa de delitos sin multiplicar la población carcelaria, con los altos costos que ello implica²²⁵.

²²² Véase por todos PIQUERO/BLUMSTEIN, *Journal of Quantitative Criminology*, 2007, pp. 275-277.

²²³ GREENBERG, *Law & Society Review*, 1975, p. 541. Advierten sobre esto VON HIRSCH /GOTTFREDSON, *New York University Review of Law & Social Change*, 1983-1984, p. 12 nota 5. También VON HIRSCH, *Past or future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, p. 14; y también, el trabajo de AUERHAHN, *Selective incapacitation and public policy: evaluating California's imprisonment crisis*, p. 61. Aunque siempre todos ellos sostienen que el reconocimiento de la teoría se debe al llamado informe RAND de 1982 (*Greenwood/Abrahamse*), en donde se plasmó una propuesta más comprehensiva para una política de sentencias basada en los principios de la incapacitación selectiva.

²²⁴ GREENBERG, *Law & Society Review*, 1975, p. 542.

²²⁵ Esta asunción, conocida en doctrina como *six percent solution* (solución del 6%), es consecuencia de un estudio realizado por WOLFGANG/FIGLIO/STELLIN en 1972, (*Delinquency in a birth cohort*), quienes observaron que aproximadamente un 6% (627 llamados delincuentes crónicos) de un grupo de personas (9945) nacidas en 1945 eran responsables del 52% de delitos cometidos por ese conjunto

2.a. Es por ello que la idea de una incapacitación selectiva fue recibida con optimismo por algunos académicos²²⁶, ya que suponía el renacimiento de la incapacitación como finalidad de la pena y como medio de control del delito, sin pagar un costo demasiado alto, en tanto se intentaba evitar el crecimiento de la población carcelaria a costa de una aplicación más eficaz de la pena, cuidándose asimismo de no caer en argumentos que podrían verse como políticamente incorrectos.

3. Se observa, entonces, que la diferencia entre la incapacitación general y la selectiva es que esta última se basa en la predicción de reincidencia de una persona o grupo de personas seleccionadas, en función de un conjunto de criterios que son asociados a un mayor grado de peligrosidad. Esto no sucede en la general que -como se vio- no efectúa distinciones entre las personas por sus cualidades, sino por la comisión de delitos de cierta gravedad predeterminada, o bien, por un dato aislado como el hecho de contar con antecedentes penales.

4. Para lograr esta selectividad, la cuestión a determinar es el método y los indicadores a utilizar para identificar a los sujetos peligrosos y pronosticar la probabilidad de comisión de delitos. En tal sentido, esta variante de la incapacitación se basa en métodos actuariales, mediante la búsqueda de indicadores de peligrosidad que pueden estar vinculados a la edad, el empleo, el uso de drogas, los antecedentes y la especialidad en la delincuencia, entre otros.

4.a. En el año 1982, *Peter Greenwood* y *Allan Abrahamse* publicaron su trabajo “*Selective Incapacitation*”²²⁷, considerado la piedra angular de la teoría ya que fue el primero en proponer un sistema de identificación y sanción de un grupo selecto de delincuentes para el logro de mayores efectos preventivos. A estos fines, los autores redujeron el campo de análisis a los delitos de robo de vivienda y robo con violencia²²⁸, considerando que se trataba

(5305). Respecto del total de delincuentes del grupo (3475), el porcentaje de crónicos era del 18%. Cfr. también BARNETT/LOFASO, *Journal of Quantitative Criminology*, 1985, p.3; FOX/TRACY, *Journal of Quantitative Criminology*, 1988, p.259; y BERES/GRIFFITH, *The Georgetown Law Journal*, 1998, p. 103.

²²⁶ BLACKMORE/WELSH, *Crime & Delinquency*, p. 505.

²²⁷ También conocido como “Informe RAND”. La institución RAND, cuyas siglas son el resultado de una contracción gramatical entre los términos *research* (investigación) y *development* (desarrollo), es una organización independiente sin fines de lucro que, desde el año 1948, se dedica al estudio y promoción de cuestiones relacionadas al bienestar y la seguridad públicas. Su sede original se encuentra en Santa Mónica, estado de California; cfr. <http://www.rand.org> (última visita, 20/05/2017).

²²⁸ El texto menciona los delitos de *Burglary* y *Robbery*. *Burglary* es el ingreso no autorizado en casa o lugar habitado con el propósito de cometer un delito, generalmente robo, aunque podría tener otros

de aquellos de los cuales la gente está más preocupada y, además, teniendo en cuenta que delitos más graves como el homicidio o contra la integridad sexual eran más difíciles de predecir y reducir por intermedio de la incapacitación²²⁹.

4.b. Para la realización del trabajo, los autores entrevistaron a 2190 presos de establecimientos penitenciarios de los estados de California, Michigan y Texas. Una vez recolectada la información, los investigadores analizaron los promedios en la comisión de delitos y las características de los encuestados, durante los dos años anteriores a la detención. Luego, identificaron una serie de factores predictivos, basados en su asociación con dichos promedios y en su adecuación para ser utilizados por los Tribunales al momento de dictar sentencia.

4.c. A su vez, los autores consideraron que éstas variables debían funcionar, combinadas como un sistema de predicción actuarial que determinara si el riesgo de reincidencia era leve, medio o alto. Y, a partir de ello, propusieron que la gravedad de la sanción fuera fijada en función del grado de riesgo determinado²³⁰.

4.d. Las cifras ofrecidas por los autores del informe fueron criticadas por defectos metodológicos. En este sentido, *von Hirsch y Gottfredson*, sostuvieron haber efectuado nuevos cálculos, basados en los datos que manejaron los investigadores y encontrado que la

motivos, como ser delitos contra la integridad sexual o física, etc. Me referiré aquí al mismo como robo de vivienda. En orden a *Robbery*, es el equivalente del delito de robo con violencia, amenaza o intimidación sobre las personas.

²²⁹ Cfr. GREENWOOD/ABRAHAMSE, *Selective incapacitation*, pp. xiv-xv.

²³⁰ Cabe advertir que esta propuesta fue objeto de numerosas críticas. En efecto, poco después de la publicación de este informe, la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos organizó un panel compuesto por conocidos investigadores en Derecho penal y Criminología, para analizar la cuestión relativa a los delincuentes de carrera y, en concreto, los efectos incapacitadores estimados en aquel. En el informe final logró demostrarse que los efectos de la incapacitación selectiva serían sustancialmente menores que los supuestos. En este sentido se dijo que *Greenwood y Abrahamse* habían sido demasiado optimistas, ya que existía una serie de factores que podían operar para reducir los efectos alegados, como por ejemplo, el reemplazo de los delincuentes o que el valor predictivo de la escala varíe si se aplica a una población diferente en otra jurisdicción, entre otros; BLUMSTEIN (ed), *Criminal careers and career criminals*, pp. 134-135. Véase también, ZIMRING/HAWKINS, *Incapacitation: Penal Confinement and the Restrain of Crime*, p. 34 y ss. El propio *Greenwood* reconoció en un trabajo posterior, que sus estimaciones habían sido demasiado optimistas, GREENWOOD -*Selective incapacitation revisited: why the high-rate offenders are hard to predict-*, 1987, *passim*. De todas formas, el debate ya había quedado instalado y si bien la cuestión de los efectos era esencial no lo era menos, la propuesta en sí, que fue lo que en definitiva hizo que perdurara -al menos como objeto de estudio político-criminal-.

cifra de falsos positivos era del 56% y la de negativos del 16%, lo que demostraba una escasa mejora respecto a estudios anteriores²³¹.

III.3.C. La variante intermedia o incapacitación gradual (categorial) y el impacto posterior de la incapacitación en la individualización de la pena.

1. Introducida por *Jacqueline Cohen*, en un trabajo publicado en 1983²³², la autora presenta esta variante entre la incapacitación general y la selectiva, con el objeto de evitar las objeciones propias de aquellos extremos. En su propuesta, el foco no está ya en las características individuales del delincuente asociadas a la reincidencia, sino más bien en categorías o grados de delitos y delincuentes en función de sus antecedentes que son reflejo de persistencia o carreras criminales. En efecto, su estudio demuestra que la condena por cierto tipo de delitos puede predecir el incremento en la frecuencia de posibles condenas por delitos más serios. Es así como identificó, por ejemplo, que el robo con violencia está asociado a mayores riesgos, y encontró que imponiéndole dos años de prisión podría tener importantes efectos preventivos²³³. Sin embargo, en todo momento, la autora hace hincapié en que la propuesta no se funda en la predicción de comportamientos futuros y que la condena

²³¹ VON HIRSCH/GOTTFREDSON, *New York University Review of Law & Social Change*, 1983-1984, p. 22. COHEN, por su parte, concluyó que era del 55%, *Crime & Justice. A Review of Research*, 1983, p. 49.

²³² COHEN, *Crime & Justice. A Review of Research*, 1983, pp. 1-84. En verdad la autora denomina su propuesta como “*aggregate sentencing policy*” (en el lenguaje estadístico y económico, el término “*aggregate*” hace alusión a datos que son resultado de la composición de una combinación de factores) y es VON HIRSCH, *Past or Future Crimes*, p. 150, quien le da el nombre de “*categorial*” en su trabajo.

²³³ Básicamente, en su investigación *Cohen* examinó los registros de las personas detenidas en el año 1973 en Washington D.C. A partir de ahí, analizó los antecedentes de los mismos y evaluó la posibilidad de que los detenidos hubieran estado privados de su libertad en el año 1973, como consecuencia de la graduación de las penas anteriormente impuestas y no por los antecedentes que poseían. Entonces, ensayando con diversas penas, fue encontrando la cantidad de delitos que se hubieran prevenido. La conclusión es que con una pena de dos años de prisión -para los condenados por robo con violencia- se hubieran prevenido un 8% de esos delitos, un 3% de homicidios y violaciones, y un 2% de hurtos de automóviles. Asimismo, el incremento de la población penitenciaria sería de sólo el 7%; cfr. COHEN, *Crime & Justice. A Review of Research*, 1983, *passim*.

agravada tiene su origen en el presente delito y en la circunstancia de tener antecedentes penales.

2. De esta manera, se trataría de una posición que posee elementos de la incapacitación general -ya que se impone una mayor pena ante la comisión de un delito para disminuir la reincidencia, mediante el aseguramiento por un tiempo mayor-, como así también de la selectiva, en la medida en que la política se limita a un grupo de personas seleccionadas por diversos criterios²³⁴.

3. La política criminal estadounidense evolucionó en esta línea de incapacitación, basada principalmente en los antecedentes criminales como criterio de peligrosidad. De este modo, desde fines del siglo XX comenzaron a surgir reglamentaciones que, al momento de individualizar la pena, se sustentaban en los antecedentes penales. Ejemplo de ello fueron las guías de determinación de la pena (*sentencing guidelines*), los mínimos de cumplimiento efectivo (*mandatory minimums*) y las leyes para multi-reincidentes, denominadas “*three strikes*”²³⁵.

III.4. El renacimiento de la teoría en la tradición del Derecho europeo-continental. La política criminal de seguridad ciudadana y de emergencia.

1. Como pudo verse en el caso de los sistemas jurídicos angloamericanos, la teoría de la incapacitación vio allanado el camino de su retorno como consecuencia de un contexto social, intelectual y -lo que es más importante- político favorable. Interesa destacar, en este punto, cómo se volvió a hablar de la inocuidad en la tradición europeo-continental.

²³⁴ COHEN, *Crime & Justice. A Review of Research*, 1983, p. 57.

²³⁵ HARCOURT, *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*, pp. 74-76. La excepción se observa en algunos estados, como el caso de Virginia, donde para los delitos sexuales se utilizan herramientas de predicción de riesgos para la individualización de la pena; cfr. EL MISMO, pp. 76-81.

2. Ya a comienzos del presente siglo, la doctrina comenzó a poner el foco en el crecimiento que venía experimentando desde hace un tiempo el Derecho penal, describiendo un fenómeno de expansión que se manifestaba tanto respecto al perímetro de lo penalmente prohibido, como así también en la intensidad de las consecuencias jurídicas²³⁶. Así comenzó a hablarse de un modelo penal “de la seguridad ciudadana”²³⁷, influenciado principalmente por los postulados del análisis sociológico de la “sociedad del riesgo” y del Derecho penal propio de esta última.

2.a. Mucho se ha escrito sobre la sociedad del riesgo, desde la aparición del trabajo de *Ullrich Beck* titulado de esa forma y publicado en el año 1986²³⁸. En el mismo se afirma que en este modelo de sociedad postindustrial las implicancias negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo propician la aparición de nuevos riesgos. Se caracteriza ello por un cambio en el potencial de los peligros actuales, en comparación con el de otras épocas; por la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad

²³⁶ Fundamental SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed, *passim*. Véase también, RAGUÉS I VALLÈS, *Revista de Derecho Penal Integrado*, 2003, p. 239.

²³⁷ Modelo que ha venido a sustituir al anterior “modelo penal garantista”; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, p. 2 y 25-27; y también “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, p. 2. El catedrático de Málaga considera que hasta el momento podían mencionarse tres modelos de intervención penal: el abolicionista -que considera el delito como un conflicto entre intereses contrapuestos de las partes que el Derecho penal no es capaz de evitar-; en segundo lugar, el modelo resocializador con la absolutización de la ideología del tratamiento y, por último, el modelo penal garantista, autolimitado y escéptico en cuanto a ser instrumento de control social; cfr. también DÍEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y Derecho penal*, p. 18. Luego de considerar que el modelo garantista ha sido sustituido por uno nuevo que denomina de “seguridad ciudadana”, el autor propone la creación de un modelo alternativo al que llama “bienestarista” y diferencia del Welfarismo penal; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, pp. 31-34.

Sobre el recurso a describir la política criminal a través de modelos, explica *Yacobucci* que, de esta manera, por un lado podrán identificarse más fácilmente los conceptos que permitan entender una orientación político-criminal determinada, cumpliendo así una función descriptiva. Por otra parte, estos modelos ofrecen un perfil axiológico, en tanto se relacionan con fines, bienes o valores a realizar; YACOBUCCI, *El Derecho*, 2004, p. 1. El autor describe tres modelos explicativos de la complejidad que afecta al Derecho penal desde hace unas décadas: uno de emergencia (*Moccia*), otro de garantías diferenciadas (*Silva Sánchez*) y un tercero de enemigos (*Jakobs*). Véase también YACOBUCCI, *Revista Jurídica Logos*, 2005, *passim*; y CESANO, *La política criminal y la emergencia*, pp. 24-28, quien considera que las notas salientes de la política criminal actual son el simbolismo y el resurgimiento punitivo.

²³⁸ BECK, *La sociedad del riesgo*, 2006, *passim*.

(sustitución de contextos de acción individuales por otros de carácter colectivo), y por una sensación de inseguridad subjetiva (independientemente de la presencia de peligros reales)²³⁹.

3. Ello trajo obvias influencias en el Derecho, advirtiéndose “un aumento de la intervención penal para la prevención de riesgos, a costa de cambios importantes, tanto estructurales como de garantías en el ámbito estrictamente penal”²⁴⁰. En virtud de ello, se describió un “Estado de la seguridad”, de prevención frente al riesgo que permite fisuras en aspectos garantistas y un irreflexivo aumento de la incriminación²⁴¹.

4. En este modelo penal de la seguridad ciudadana, además de preocuparse por las nuevas formas de criminalidad y los nuevos bienes jurídicos afectados tan característicos de la sociedad postindustrial, se hace hincapié en la lucha contra la delincuencia grave, de naturaleza violenta, sexual o reiterada. Se parte por reconocer que las reacciones penales ya no intimidan a estos delincuentes (prevención general negativa), ni tampoco logran afirmar valores jurídicos fundamentales o fomentar una actitud positiva frente al Derecho (prevención general positiva). Tampoco pareciera que funcione, en estos casos, la resocialización (prevención especial positiva). En este contexto, se sostiene, la sociedad demanda como única perspectiva de éxito, la inocuización (prevención especial negativa); es decir, que se trate a estos sujetos como focos de peligrosidad y se adopten medidas asegurativas que les impidan repetir esos delitos graves en el futuro, inclusive una vez agotada la condena y puestos en libertad²⁴².

5. Existe aquí una nueva relación entre el individuo (delincuente) y la sociedad a la hora de afrontar la prevención de la delincuencia, en la cual se advierte que ambos deben compartir de modo razonable los riesgos del delito, sin que tenga que ser la comunidad la que haga todo el esfuerzo por la prevención. En consecuencia, la sociedad rechaza soportar los costos derivados de la delincuencia reiterada o

²³⁹ MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 25-30.

²⁴⁰ *Idem*, p. 24.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 31-33.

²⁴² SILVA SÁNCHEZ/FELIP I SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, pp. 121-123. Lo nota también BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, p. 96.

violenta, debiendo trasladarse aquellos al propio delincuente. Por ello, se permite renunciar a la búsqueda de la resocialización de tal delincuente y perseguir únicamente la incapacitación²⁴³.

6. Una marcada característica de la política criminal contemporánea es el dictado de leyes penales simbólicas que, en muchos casos, obedecen a hechos resonantes y de mucha repercusión pública y mediática. En este sentido, una característica observada como general en todos los sistemas jurídicos es que la resonancia de los hechos provoca importantes cambios legislativos, originados en la presión popular y mediática que omite una discusión seria, y provoca posturas favorables de los partidos gobernantes, que temen comportarse en forma políticamente incorrecta. Se parte de la base de que el Estado -o al menos el partido político gobernante- no es capaz de controlar el problema del delito y ha perdido legitimidad en la toma de decisiones, propia del monopolio de la fuerza penal que posee e, incluso, se llega a responsabilizarlo por algunos hechos²⁴⁴. Entonces, tanto desde el Poder Ejecutivo como del Legislativo se obedece ciegamente a la demanda popular y mediática, con reformas de dudosa eficiencia pero extremadamente expresivas y, por ello, con apariencia de solución en un fenómeno que ha sido denominado como de “orientación político-criminal hacia la representación mediática del fenómeno criminal”²⁴⁵.

7. En la política criminal de la emergencia, ante hechos desafortunados se señalan culpables sociales y se buscan soluciones que pueden llegar a ser simbólicas y en muchos casos ilegítimas, en tanto desproporcionadas, crueles o estigmatizadoras y en las que se eleva la idea de control por sobre todas las medidas posibles. Se trata de políticas criminales que omiten -o falsean- el análisis de idoneidad o necesidad y se basan exclusivamente en las respuestas penales más duras, de pura comunicación o expresividad y poca verificación empírica. A los partidos políticos gobernantes les interesa reaccionar rápidamente para evitar el rédito que la oposición pueda efectuar con sus críticas. Muy raramente se comprueba la eficacia real de la medida penal

²⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 17.

²⁴⁴ Cfr. ANDERSON, *Crime and the politics of hysteria*, p. 11.

²⁴⁵ Véase, SÁNCHEZ LÁZARO, *InDret*, 2009, p. 3 y también GARLAND, *La cultura del control*, pp. 42-44.

adoptada y mucho menos el coste social del abuso de determinados mecanismos sociales que son implementados²⁴⁶.

8. Justamente, el problema de las medidas simbólicas es el de su falta de eficacia o, dicho de otro modo, el de su eficacia también simbólica. En este sentido, esto traerá dificultades en la medición de la idoneidad de las normas. No puede olvidarse que el examen de idoneidad de una medida resulta de verificar su capacidad para producir efectos instrumentales²⁴⁷. Esto es, su idoneidad para modificar una realidad, influyendo en el comportamiento de sus destinatarios. Sin embargo ello no será del todo posible en la medida en que haya normas mayormente simbólicas, cuyos efectos antes que instrumentales serán comunicativos²⁴⁸.

9. Especial relevancia tiene, aquí, esta cuestión ya que las leyes sancionadas con el objeto de prevenir o reprimir la delincuencia sexual suelen ser consecuencia de un hecho trágico que las antecede -la violación seguida de muerte de un niño, por ejemplo-. Ello, evidentemente, genera una notable repercusión pública y mediática, con lo cual su aptitud para conseguir la finalidad pretendida pasa a ser una cuestión secundaria, precedida por la presión comunitaria en reprimir conductas tan dañosas, y la necesidad política de dar una respuesta inmediata.

10. Ahora bien, cuando tenga que juzgarse la idoneidad de una norma, los efectos simbólicos sólo serán legítimos si no representan un obstáculo para la eficacia instrumental que nunca podrá estar ausente. En este sentido, aclara la doctrina que podrá tenerse en cuenta el contexto imperante al momento de la sanción de la norma enjuiciada, siempre y cuando no esté inhibida su eficacia instrumental para la protección de bienes jurídicos²⁴⁹.

11. Otra nota destacada es la enorme influencia de las víctimas en esta política criminal simbólica y expresiva. Se observa la aparición de verdaderos movimientos o fundaciones creados para intentar impedir que se repitan hechos de tales características, liderados por los familiares de las víctimas, y que generalmente

²⁴⁶ POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática*, p. 94.

²⁴⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 299-300.

²⁴⁸ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 412-413.

²⁴⁹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 416-417.

llevan el nombre de una de ellas; sin fundamento intelectual o académico en sus discursos, pero con una legitimidad fuera de dudas por su carácter de víctima y por reflejar el cansancio social ante la delincuencia violenta²⁵⁰.

11.a. Precisa *Garland* que, “quien hable en nombre de las víctimas habla en nombre de todos nosotros, o por lo menos así lo sostiene el nuevo decálogo político de las sociedades con altas tasas de delito. Las imágenes publicitadas de víctimas reales sirven como la metonimia personalizada, propia de la vida real -¡podría ser usted!-, de un problema de seguridad que se ha convertido en un rasgo definitorio de la cultura contemporánea”²⁵¹.

12. Los ejemplos de política criminal de emergencia son muchos y siempre brutales.

12.a. Es muy conocido el caso de las leyes Megan (*Megan’s Law*), en Estados Unidos, que serán analizadas en la segunda parte de este trabajo. Brevemente, Megan era una niña de siete años, que vivía en New Jersey con su familia y en 1994 fue raptada y asesinada por un vecino que poseía antecedentes por delitos sexuales y estaba viviendo en el vecindario. Una de las ideas que expresaron los padres de Megan es que, si hubieran sabido que un ex delincuente sexual habitaba la zona, su hija estaría viva, ya que hubieran tomado otras medidas para asegurarla. Ello originó un importante movimiento que provocó la creación del instituto de la notificación a la comunidad respecto de la liberación de personas condenadas por delitos contra la integridad sexual²⁵².

12.b. En una línea similar en la Argentina, una niña de diez años fue brutalmente abusada por una persona con antecedentes penales por delitos sexuales contra menores, quien además la roció con gasolina y la prendió fuego abandonándola a su suerte. A raíz de este incidente el

²⁵⁰ Véase a título de ejemplo la Fundación Polly Klass y también <http://www.klaaskids.org> (última visita 20/05/2017) cuyo caso impulsó la sanción de una ley para endurecer el castigo de los delincuentes habituales que pasó a denominarse “*three strikes and you’re out*” (ello sin perjuicio de destacar la ironía de que el padre de Polly Klass terminó criticando las leyes “*three strikes*” por su amplitud, cfr. VITIELLO, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1997, pp. 451 y 454; véase también CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS, en *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 119-122. En la Argentina, sucedió algo similar con el secuestro y asesinato de Axel Blumberg que generó la creación de la fundación que llevó su nombre y erigió a su padre como portavoz de un importante movimiento que incluyó marchas multitudinarias e importantes modificaciones legislativas, de endurecimiento de penas. Lo propio sucede con la Asociación Madres del Dolor, véase <http://www.madresdeldolor.org.ar> (última visita 20/05/2017).

²⁵¹ GARLAND, *La Cultura del Control*, p. 46.

²⁵² Véase <http://www.megannicolekankafoundation.org>, que en la primera página comienza con la leyenda que “cada padre tiene derecho a saber si un depredador sexual peligroso se mueve en su vecindario” (última visita 20/05/2017).

pueblo entero se movilizó reclamando la creación de un registro de personas condenadas por delitos sexuales, que fue sancionado poco tiempo después²⁵³.

13. En España, la influencia de la llamada política criminal de la emergencia en reformas penales inocuidadoras, ha quedado comprobada empíricamente en un destacado trabajo de *Pozuelo Pérez*²⁵⁴. La autora logró demostrar que la batería de reformas del Código Penal del año 2003 -entre las cuales se endureció sustancialmente el régimen de imposición y ejecución de penas²⁵⁵- se debió en gran parte al tratamiento que los medios de comunicación realizaron entre los años 2000 a 2002 de una supuesta “ola de criminalidad”, incrementando notoriamente la publicación de informes dramáticos sobre la delincuencia en la prensa y refiriendo constantemente al aumento de delitos, en especial violentos²⁵⁶.

III.5. Recapitulación.

1. Las reacciones penales fundadas en la peligrosidad están enmarcadas en la teoría de la prevención especial negativa que dirige la sanción a la neutralización del autor del delito. Tradicionalmente lo ha hecho mediante el encierro, aunque en la

²⁵³ La niña sobrevivió con profundas quemaduras en el 60% de su cuerpo y el autor del hecho fue condenado a cuarenta años de prisión el 05/10/2010 -Tribunal Oral en lo Criminal nº1 de Bahía Blanca, causa 588/09-. El hecho ocurrió el 18/06/2008 en el pueblo de Coronel Dorrego, provincia de Buenos Aires, y cuatro meses después se sancionó la ley reclamada (Ley 13.860 del 16/10/2008), de hecho en la sentencia condenatoria del caso se dispuso expresamente la remisión de las huellas genéticas (tarjeta FTA -*Flinders Technology Associates*-) del condenado al Banco Genético de datos y una copia de la sentencia al Registro de personas condenadas por delitos contra la integridad sexual, en los términos de la citada ley-.

²⁵⁴ POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática*, Madrid, 2013.

²⁵⁵ Nos referimos a la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Por medio de la presente reforma, entre otras cosas, se eleva el cumplimiento máximo de la pena de prisión hasta cuarenta años; se agravan los supuestos de reincidencia; y se dificultan los requisitos para acceder al tercer grado, a la libertad condicional o a los permisos de salida, mediante la introducción del llamado “período de seguridad”.

²⁵⁶ POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática*. La autora demuestra, además, que en aquel período no había existido un aumento significativo ni preocupante de los delitos contra la vida, la integridad y la libertad, cfr. pp. 67-75.

actualidad se traslada esta lógica al momento en el que la persona recupera su libertad.

2. Resulta poco frecuente encontrar un tratamiento histórico fundado de la teoría de la prevención especial negativa. De hecho, algunos trabajos omiten por completo referirse a la misma sin considerarla como una de las doctrinas que analizan la finalidad de la sanción penal. He estimado que en el presente trabajo resultaba fundamental aportar un acercamiento histórico de la incapacitación, al menos en su etapa moderna, deteniéndome en algunas de las razones por las cuales aquella supo recuperar el terreno perdido en gran parte del siglo XX.

3. También resulta ineludible describir el contexto político-criminal ya que, a través del mismo resulta posible entender, por ejemplo, la creciente demanda social a utilizar instrumentos penales, aun en exceso de los límites que le imponen sus principios limitadores más tradicionales y el recurso a leyes de emergencia, en muchos casos, simbólicas. En tal sentido, considero fundamental entender, históricamente, lo que fue el declive del llamado Estado de bienestar o la aparición de una sociedad considerada de riesgos. A partir de allí puedo comenzar a pensar en tolerar el ingreso de una forma de reacción concebida para neutralizar focos de riesgo o fuentes de peligro.

4. De este modo concluyo la primera parte del trabajo en la que me propuse una descripción del Derecho penal de la peligrosidad que reacciona de modo complementario al tradicional sistema de penas y en el que se consolida el dualismo que aporta la posibilidad de imponer medidas de seguridad desde el momento en que el autor del delito recupera su libertad. Esta lógica del Derecho penal ya no se limita únicamente con la culpabilidad, sino que acepta para casos excepcionales el recurso a la peligrosidad, justificado por un interés público preponderante y un deber de protección del Estado. Todo ello, dentro de una lógica en la que se recurre a la sanción con finalidad de prevención especial negativa.

5. Imaginando este trabajo de investigación como un cuadro, considero que en la primera parte me he ocupado de su autor, de su influencia y su importancia, del nombre de la obra y sus principales características. Procedo ahora a analizar, en la

segunda parte, su contenido, sus colores, sus técnicas y su aplicación. Queda para el final, colocarle un marco que lo contenga y lo limite.

SEGUNDA PARTE

SOBRE LAS DISTINTAS FORMAS DE REACCIÓN FRENTE A LA DELINCUENCIA SEXUAL

1. Esta segunda parte del trabajo se dirige a describir ya Derecho positivo. Para ello, se resumirán las características principales de una serie de consecuencias jurídicas vigentes en diversos sistemas comparados, asociados claramente a la peligrosidad del sujeto imputado. Tal como se adelantó en la introducción del trabajo, de las diversas opciones posibles he optado por limitar el análisis positivo a las consecuencias jurídicas frente a los agresores sexuales y abusadores de menores. Considero que se trata del segmento de delitos de mayor rendimiento en el análisis que pretendo. En primer lugar, advierto que tanto el bien jurídico protegido, la vulnerabilidad de las víctimas frente al agresor y el grado de violencia o intimidación que suele rodear este tipo de delitos provocan una exigencia social de protección preferente y crucial. En segundo lugar, noto que el Derecho comparado ha realizado importantes esfuerzos por contener especialmente estos casos. Finalmente, y en línea con esto último, me intereso por el rico debate generado a partir de las discusiones dogmáticas o legislativas en cada uno de los sistemas que habré de analizar y considero de interés el aporte que pueda llegar a efectuar en esta materia.

Es importante precisar que al hablar de delincuentes o agresores sexuales, estoy considerando no sólo las agresiones sexuales propiamente dichas (arts. 178 a 180 y 183.2 y 3, CPE), sino también los abusos sexuales a menores (art. 183.1, CPE), en los que muchas veces no hay violencia sino que se aparecen como el resultado de una manipulación o de un convencimiento por parte del adulto -muchas veces familiar- hacia el menor para mantener esa relación.

2. He optado por dividir en cuatro las consecuencias jurídicas asociadas a la peligrosidad del agresor sexual que analizaré a continuación. En primer lugar, se

indagará sobre las reacciones del Derecho penal en aquellos supuestos en los que la persona condenada se encuentra a punto de agotar la pena impuesta y aparece un mecanismo para evitarlo, extendiendo la reclusión o transformándola en un internamiento.

3. Ahora bien, una vez que el sujeto condenado recupera su libertad, el Estado pretende asegurarse de continuar con la inocuización. Este objetivo se persigue de tres formas distintas. En un primer grupo de casos, se pretende tener identificada y situada a la persona en todo momento. Para ello, se le impone la obligación de informar sus datos -y toda modificación de ellos- a un Registro creado a dicho efecto, que en algunos casos puede ser público y permitir que los vecinos de una comunidad formen parte del control del sujeto considerado peligroso. En otros casos, la inocuización de la persona en libertad pasará por imponerle u ofrecerle tratamientos médicos para inhibir hormonalmente al sujeto y neutralizar su capacidad sexual. Finalmente, se reservará un tercer grupo de casos para describir una serie de restricciones que se aplicarán sobre la libertad ambulatoria, de trabajo o bien de comportamiento de la persona, pensadas para impedir o disminuir las situaciones en las que pueda verse motivado a reincidir.

IV

La reclusión de seguridad posterior al cumplimiento de la pena.

1. He optado por describir el análisis comparado de esta consecuencia jurídica clasificando dos modelos distintos para una exposición más sencilla y que, a la vez, permita advertir el contraste entre uno y otro sistema. En el primero de ellos, aparece como una herramienta propia del Derecho civil, mientras que en un modelo opuesto, se la acepta como un instituto penal.

IV.1. Modelo civil: El caso estadounidense²⁵⁷.

1. A continuación podrán verse los lineamientos del modelo civil estadounidense que, me adelanto, supone la posibilidad de imponer un internamiento de seguridad indefinido, al término del cumplimiento de la condena impuesta por ciertos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. El mismo se encuentra previsto para aquellos sujetos que padezcan un trastorno de personalidad que los condicione y los haga susceptibles de volver a cometer un delito sexual violento, debido a las dificultades que padecen para controlar sus impulsos.

IV.1.A. La primera generación de leyes. Antecedentes y jurisprudencia temprana.

²⁵⁷ A pesar de que no será desarrollada en este trabajo, no puede dejar de mencionarse que existe otra versión del modelo civil de reclusión de seguridad implementada gradualmente en cuatro estados de Australia, entre los años 2003 y 2009. También se la denomina “*civil commitment*”, como a la estadounidense. Puede verse un resumen de sus principales características en JANUS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2013, pp. 338-340. Se destacan sin embargo, algunas diferencias con el modelo norteamericano ya que, por ejemplo, en Australia la internación -a pesar de ser civil- es ejecutada en establecimientos carcelarios y, además, no se exige la acreditación de una condición mental o trastorno de personalidad.

1. En los Estados Unidos, a la par de las leyes civiles de insania que permitían internar personas con deficiencias o enfermedades mentales consideradas peligrosas para sí o para terceros, existen antecedentes de una primera generación de normas, denominadas “*sexual psychopath laws*” o “*psychopathic personality statutes*”, que preveían la internación civil específica para psicópatas sexuales²⁵⁸. Estas leyes se ubican, temporalmente, a partir de finales de la década de 1930 y se observa que llegaron a ser adoptadas por más de la mitad de los estados. Por medio de las mismas se procedía a internar en establecimientos psiquiátricos, tanto a delincuentes sexuales como a psicópatas sexuales que no necesariamente hubiesen delinquido. En función de ello, se dejaba de lado el procedimiento penal para proceder a recluir a las personas, con la finalidad de realizar un tratamiento de rehabilitación bajo el sistema de salud mental. En algunos casos, para el cese del internamiento se exigía la cura definitiva, mientras que en otros bastaba con la desaparición de la peligrosidad²⁵⁹.

2. A fin de resumir el contenido de esta primera generación de normas, se destaca que, generalmente, sus principales premisas eran que: a) los psicópatas sexuales pueden distinguirse claramente de entre los delincuentes sexuales; b) los delincuentes sexuales delinquen en virtud de una enfermedad mental; c) tal enfermedad mental es curable; d) es posible predecir con certeza si los delincuentes sexuales reincidirán. En esta línea, con diferentes exigencias, los reglamentos aceptaban el internamiento civil de las personas acusadas o condenadas de un delito contra la integridad sexual, recluyéndolos como psicópatas sexuales en un hospital psiquiátrico en donde podrían ser tratados por expertos²⁶⁰.

²⁵⁸ Sobre la legitimidad del uso de internamientos civiles por razones de seguridad en caso de sujetos con algún tipo de deficiencia mental, puede verse un análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos en BOERNER, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, p. 554 y ss. Asimismo, sobre la evolución de la Política criminal estadounidense y su paso de leyes de psicópatas sexuales a leyes de “depredadores”, véase SILVA SÁNCHEZ, *Estudios de Derecho penal*, pp. 236-239.

²⁵⁹ BLACHER, *Mercer Law Review*, 1995, pp. 897-898. Este trabajo presenta un completo estudio de los antecedentes de leyes de internamiento de delincuentes sexuales en Estados Unidos.

²⁶⁰ SCHULHOFER, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996, pp. 71-72. El primer estado en sancionar una ley de psicópatas sexuales fue Michigan en 1937, cfr. TEIR/COY, *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 1997, p. 416. Ver también, LA FOND, *Preventing sexual violence. How society should cope with sex offenders*, p. 131.

2.a. La Suprema Corte de Justicia tuvo oportunidad temprana de analizar la constitucionalidad de estas leyes en el caso “*Minnesota ex rel. Pearson v. Probate Court*”²⁶¹. En dicha ocasión se había cuestionado la constitucionalidad de la ley de Minnesota²⁶² que disponía el internamiento civil de sujetos con personalidades psicopáticas, considerando como tales a toda persona con alguna de las presentes características: situación de inestabilidad emocional, comportamiento impulsivo, falta de estándares de juicio correctos o con fallas para apreciar las consecuencias de sus actos. Se exigía, además, que como consecuencia de estos defectos se transformara en irresponsable respecto a comportamientos sexuales y, por ello, peligrosa para terceros²⁶³.

2.b. En su sentencia del 26 de febrero de 1940, la Corte convalidó la constitucionalidad de la ley destacando que, previo a imponer la internación, el procedimiento exigía la prueba de una conducta desviada en materia sexual que demostrara la falta de control de sus impulsos. Asimismo, el fallo estimó como legítimo y propio de su discrecionalidad, que la Legislatura estableciese categorías de personas peligrosas y dispusiera restricciones a las mismas para su adecuado control social. Finalmente, revisó y validó los procedimientos establecidos para la imposición del internamiento y las posibilidades de defensa y recursos otorgados a la persona.

2.c. Un tiempo después la Suprema Corte tuvo una nueva oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de las “*sexual psychopath laws*”. Tal fue el caso “*Allen v. Illinois*”²⁶⁴, en el que el recurrente alegó que se estaba violando su derecho constitucional a la prohibición de autoincriminación, al considerarlo una persona sexualmente peligrosa e imponerle el internamiento, como consecuencia de la valoración de dos psiquiatras que fundaron su testimonio en entrevistas a él realizadas. En respuesta a este planteo la Corte advirtió que la garantía de no declarar contra uno mismo era propia de los procedimientos penales, no siendo éste el caso, dado que la Ley de Illinois era claramente civil en su esencia. En este sentido, el fallo consideró que del texto de la ley se desprendía la naturaleza civil que había querido imprimirle el legislador estadual, visible en la finalidad de tratamiento buscada y en la falta de propósitos punitivos (retributivos o preventivos).

3. Como se verá más adelante, la cuestión de la naturaleza jurídica del internamiento es de crucial importancia para la legitimidad de estas medidas, siendo una constante en los planteos de constitucionalidad de las leyes que la disponen.

²⁶¹ SCOTUS, de 26 de febrero de 1940 (ponente Hughes) (“*Minnesota ex rel. Pearson v. Probate Court*”, 309 U.S. 270).

²⁶² Aprobada el 21 de abril de 1939; ver *Session Laws of the State of Minnesota, 1939*, pp. 712-713.

²⁶³ Capítulo 369, sección 1 de “*Laws of Minnesota of 1939*”.

²⁶⁴ SCOTUS, de 1 de julio de 1986 (ponente Rhenquist) (“*Allen v. Illinois*”, 478 U.S. 364). Se analizó allí la ley del estado de Illinois (*Sexually Dangerous Persons Act*).

4. A pesar de las repetidas confirmaciones jurisprudenciales, ya hacia la década de 1980, las leyes sobre “psicópatas sexuales” habían comenzado a ser desacreditadas desde diversos ámbitos²⁶⁵. Las principales críticas se dirigieron a resaltar la falta de evidencia sobre los efectos positivos del tratamiento brindado a las personas internadas, aunque también se advertía sobre la rapidez con que éstas eran puestas nuevamente en libertad y la falta de consideración de las víctimas²⁶⁶. Ello generó que varios estados comenzaran a dejar sin efecto sus estatutos (como es el caso de California en 1981 o de Washington en 1984), o directamente las disposiciones permanecieron en la legislación estadual sin ser aplicadas²⁶⁷.

IV.1.B. La moderna sanción de las leyes para depredadores sexuales violentos.

1. De acuerdo a lo expuesto en el esquema político criminal estadounidense, las viejas leyes civiles de psicópatas sexuales podían ser una herramienta importante de control social de las personas con enfermedades mentales, asociadas a la sexualidad, mediante su internación preventiva. Sin embargo, como se vio, estas normas fueron derogadas progresivamente en los diversos estados, debido a las numerosas críticas a las que habían sido sometidas.

2. La situación comenzó a modificarse a partir de un cruento hecho ocurrido en el estado de Washington en el año 1987, cuando un sujeto llamado Earl Shriner, quien

²⁶⁵ Conformándose, incluso en el año 1977, una asociación de psiquiatras que formalmente requirió la derogación de las mismas -*Group for the Advancement of Psychiatry, Psychiatry and Sex Psychopath Legislation: The '30s to the '80s*, New York- Citado por SCHULHOFER, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996, p. 72.

²⁶⁶ LA FOND, *Preventing sexual violence*, pp. 132-133. La doctrina advierte que existe muy poca o ninguna evidencia del grado en que llegó a utilizarse el internamiento sobre los delincuentes sexuales en esta época, cfr. Cfr. SAMPLE/BRAY, *Criminal Justice Policy Review*, 2006, p. 85. Véase también BLACHER, *Mercer Law Review*, 1995, pp. 906-907.

²⁶⁷ Cfr. LIEB/QUINSEY/BERLINER, *Crime & Justice. A Review of Research*. 1998, pp. 64-65. Cfr. también SCHULHOFER, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996, pp. 72-73 y AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Dangerous sex offenders*, pp. 13-15. Ello sin perjuicio de que algunos estados continuaron validando el internamiento civil de personas condenadas por delitos sexuales, como el caso de Minnesota. Véase al respecto, ERLINDER, *William Mitchell Law Review*, 1993, pp. 99-159.

gozaba de libertad condicional desde hacía dos años - contando con una condena anterior por delitos contra la integridad sexual- violó y mutiló a un niño de seis años, generando una reacción pública intensa y una demanda clara: debía hacerse lo que fuese necesario para proteger al público de los delincuentes sexuales violentos²⁶⁸. Veintiséis días después de sucedidos los hechos, ante la presión pública desencadenada, el Gobernador de Washington creó un comité para revisar la legislación existente y sugerir las reformas que fueren necesarias a fin de “*encerrar a las personas que no sean seguras, para estar libres en la comunidad*”. En la orden ejecutiva, el Gobernador se refirió a estos sujetos como “depredadores”, manifestando que “*la seguridad de la gente, de nuestras comunidades está siendo amenazada por un número de individuos con conductas violentas, depredadoras, y generalmente acompañadas de ataques sexuales*”²⁶⁹.

3. Parte de las discusiones desatadas en esa época cuestionaban el hecho de que Shriner hubiese sido puesto en libertad, a pesar de haber cumplido la pena impuesta. De hecho, el servicio penitenciario había impulsado la posibilidad de dejarlo internado bajo el sistema de insania civil, aunque se había rechazado esa posibilidad²⁷⁰. Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos venía exigiendo que para internar civilmente a un sujeto -bajo el régimen civil de insania- no bastaba con diagnosticarle peligrosidad, sino que el mismo debía tener alguna especie de enfermedad mental, circunstancia que no estaba acreditada en el caso concreto²⁷¹. Por otra parte, las leyes antecedentes -“*sexual*

²⁶⁸ Cfr. LA FOND, *Preventing sexual violence*, pp. 127-128. Un interesante resumen de la reacción pública y periodística puede verse en BOERNER, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, p. 525.

²⁶⁹ BOERNER, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, pp. 538 y 569. El comité fue creado el 15 de junio de 1989 y estaba integrado por veinticuatro miembros entre los que había juristas, legisladores, terapeutas, académicos y representantes de grupos de víctimas. Se entregó al Gobernador un proyecto de ley el 28 de noviembre de 1989, el que fue sancionado poco después con pequeñas modificaciones; idem. p. 574. Le ley recibió el nombre de “*Community Protection Act*” e incluyó, además, la notificación a la comunidad de la liberación de delincuentes sexuales, popularizado luego por la “*Megan’s Law*” en el año 1994 (ver capítulo VI).

²⁷⁰ BOERNER, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, p. 542. Se destaca que Shriner había dado señales de que en caso de ser puesto en libertad volvería a abusar sexualmente de niños.

²⁷¹ SCOTUS, de 30 de abril de 1979, (ponente Burger) (“*Addington v. Texas*”), cfr. LA FOND, *Preventing sexual violence*; p. 129. Ver también SCOTUS, de 18 de mayo de 1992, (ponente White) (“*Foucha v. Louisiana*”), donde se llegó a afirmar que el trastorno antisocial de personalidad no es una enfermedad mental por lo que no alcanza a justificar una internación civil.

psychopath laws”- exigían evidencia reciente de peligrosidad, lo cual se hacía difícil en aquellos casos en los que la persona estaba cumpliendo una pena, como el caso de Shriner, por la distancia temporal con el hecho cometido. En función de ello, por más peligroso que el sujeto haya parecido en ese entonces, en la medida en que no se probare su enfermedad mental y no hubiera evidencia reciente de peligrosidad, el mismo debía ser automáticamente liberado al cumplir la pena impuesta.

4. A raíz de estos hechos, en el año 1990 el estado de Washington fue el primero en sancionar una ley que introdujo el internamiento civil (*civil commitment*) indefinido de quienes calificó como “depredadores sexuales violentos”²⁷². Incluso en el texto de esta primera ley de delincuentes sexuales violentos, puede leerse una introducción en la cual la legislatura de Washington advierte que este tipo de criminalidad necesitaba una reacción estatal distinta de la tradicional -que era insuficiente- y que debía ser impuesta a continuación del vencimiento de la pena de prisión, bajo la modalidad de internación indefinida en establecimientos seguros²⁷³.

5. Ya en el año 2010, eran veinte los estados²⁷⁴ -además de la norma federal- que habían adoptado este tipo de leyes, introduciendo el *civil commitment* en sus

También es de destacar, al caso concreto, que el sistema de internación civil de Washington en esa época estaba pensado para internamientos breves de enfermos mentales agudos, cfr. BOERNER, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, p. 543.

²⁷² LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 144 y también SCHULHOFER, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996, p. 74. Es costumbre en los Estados Unidos que se produzcan reformas legislativas penales resonantes tras hechos de estas características. En Florida por ejemplo, el proyecto de ley de delincuentes sexuales recibió el nombre de Jimmy Rice, un niño de nueve años que fue violado y asesinado en 1995; cfr. Cfr. ISAAC, Rael Jean, “Put sex predators behind bars, not on couch”, *Wall Street Journal (Eastern Edition)*, New York, de 8 de mayo de 1998, p. 1. La autora advierte que el perpetrador del delito, sin embargo, no era reincidente, con lo cual la víctima no se hubiera beneficiado con esta norma. Por demás conocido es el caso de Megan Kanka, cuya violación y asesinato en el estado de New Jersey dio origen a la multiplicación de leyes de registro de delincuentes sexuales y notificaciones a la comunidad, tal como se verá en el capítulo V.

²⁷³ Ver *Washington Revised Code Annotated*, § 71.09.010, donde se expresa que existe un grupo pequeño pero extremadamente peligroso de “depredadores sexuales violentos” que padecen de un tipo de trastorno mental que los hace no susceptibles de los tratamientos previstos para los psicópatas sexuales ordinarios -aquellos a quienes estaban destinadas las “*sexual psychopath laws*”-. En igual sentido *Kansas Statutes Annotated*, §59-29a01. Al respecto en doctrina ver SCHULHOFER, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996, p. 74.

²⁷⁴ Arizona, California, Florida, Illinois, Iowa, Kansas, Massachusetts, Minnesota, Missouri, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New York, North Dakota, Pennsylvania, South Carolina, Texas, Virginia, Washington y Wisconsin.

legislaciones. En cuanto a la cantidad de personas recluidas, hacia el año 2006 se calculó que había internadas más de 2694 personas bajo este régimen²⁷⁵. Estudios posteriores, del año 2013, elevaron el número a 4779²⁷⁶.

IV.1.C. Terminología empleada.

1. Más de la mitad de los estados designan las leyes de internación civil de delincuentes sexuales violentos como “leyes de depredadores sexuales violentos” (*sexually violent predator laws*)²⁷⁷. A primera vista -por su literalidad- puede llamar la atención la utilización del término “depredador” en las leyes estadounidenses de delincuentes sexuales, ya que representa un trato animal²⁷⁸. En lengua castellana, el término “depredar” es definido como “robar, saquear con violencia y destrozo”, o

²⁷⁵ DAVEY/GOODNOUGH, “Doubts rise as states hold sex offenders after prison”, en *The New York Times* de 4 de marzo de 2007, <http://www.nytimes.com/2007/03/04/us/04civil.html>, (última visita 20/05/2017), aclarando que los datos eran de agosto de 2006. Véase también, MONAHAN, *The future of imprisonment*, p. 248, con cifras anteriores.

²⁷⁶ SMITH, *Oklahoma Law Review*, 2015, p. 653, aclarando además que otras 861 personas se encontraban aguardando por el procedimiento pertinente para determinar si encuadraban o no en la categoría de delincuentes sexuales violentos, quedando internados.

²⁷⁷ California, Florida, Iowa, Kansas, Missouri, North Dakota, (aunque no llama depredador al sujeto sino a su conducta, “*sexually predator conduct*”), South Carolina, Texas, Virginia y Washington. Por el contrario no lo hacen Illinois, Massachusetts, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New York, Wisconsin.

Arizona utilizaba esa terminología aunque la modificó en 1997 y ahora refiere a “*sexually violent person*”, cfr. *Arizona Revised Statutes Annotated*, § 36-3701.7 y 3707 (a). Respecto de Pennsylvania, si bien utiliza el término depredadores en la ley de registros y notificaciones de delincuentes sexuales (*Pennsylvania Statutes and Consolidated Statutes*, Chapter 42 §9791-9799 -conocida como *Pennsylvania’s Megan’s Law*-), el sistema del *civil commitment* propiamente dicho está previsto para los delincuentes sexuales menores violentos a quienes no llama depredadores, cfr *Pennsylvania Statutes and Consolidated Statutes*, Chapter 42 §6401-6409.

Finalmente, cabe advertir que el propio estado federal denomina depredadores a los delincuentes sexuales en la “Jacob Wetterling Act”, ver U.S.C., título 42, capítulo 136, § 14071.

²⁷⁸ Así, ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 5. Resultan gráficas por ello las palabras de la entonces Asistente del Fiscal General de Kansas, Carla Stovall -luego Fiscal general- quien con el objeto de lograr que la legislatura apruebara el proyecto de ley manifestó, “*no podemos abrir las puertas de nuestras cárceles y dejar que estos animales reingresen en nuestra comunidad*”, ver LA FOND, *Arizona Law Review*, 1999, p. 400.

bien “*dicho de un animal: cazar a otros de distinta especie para su subsistencia*”²⁷⁹. En lengua inglesa, sin embargo, “*predatory*” refleja, además, una segunda acepción que refiere en algunos casos, a personas u organizaciones que aprovechan algo de alguien que se encuentra en una posición más débil o que está sufriendo²⁸⁰. Por su parte, respecto del sustantivo “*predator*”, los diccionarios de lengua inglesa incluyen una acepción con connotación específicamente delictiva, tal como “*utilizar a personas más débiles para su propio beneficio económico o sexual*”²⁸¹; o bien “*desaprobación de alguien que persigue personas con el objeto de hacerles daño o cometer algún delito contra éstas*”²⁸².

2. Las últimas acepciones pueden explicar, entonces, lo que a primera vista llama la atención. En este sentido, a poco que se repare en el texto de algunas de las normas del modelo estadounidense se encuentra en sus textos que los legisladores quisieron justificar el empleo del término “*predatory*”, diferenciándolo de su acepción tradicional y aclarando que hacían mención a “*actos dirigidos contra: a) extraños; b) individuos con quienes se ha establecido o promovido un vínculo con el propósito principal de victimizarlas; c) personas a quienes se conoció de casualidad y con quienes no existe una relación sustancial*”²⁸³.

3. Sin embargo, la doctrina más crítica de estas leyes considera injustificado el uso del término “depredador” y observa que refleja la verdadera intención de los

²⁷⁹ Diccionario de la Real Academia Española, 23ª ed, 2014, <http://dle.rae.es>, última visita 20/05/2017.

²⁸⁰ Diccionario Inglés Collins Cobuild, Gran Bretaña 1995. Se dice, por ejemplo, que alguien no está dispuesto a comenzar su nuevo negocio mientras esté preocupado por el comportamiento depredador de los bancos. Consulté también su edición *on line*, <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english>, última visita 20/05/2017.

²⁸¹ Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English, 6ª ed., 2000. La edición *on line* del Oxford Dictionary refiere en su segunda acepción del sustantivo “*predator*”: “*aquella persona que explota, despiadadamente, a otro*”, ejemplificando: “*a sexual predator*” (<https://en.oxforddictionaries.com>, última visita 20/05/2017).

²⁸² Cambridge Dictionary, edición *on line*, <http://dictionary.cambridge.org/>, última visita el 20/05/2017. De hecho, el diccionario ejemplifica esta acepción del sustantivo “*predator*” refiriendo: “*a sexual predator*”.

²⁸³ *Washington Revised Code Annotated*, § RCW 71.09.020 (9) y *California Welfare and Institutions Code*, §6600(e). BOERNER, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, p. 569, explica que el comité de Washington, al redactar el proyecto de la primera ley de delincuentes sexuales, utilizó el término “depredador” influido por la orden ejecutiva del Gobernador que había utilizado esa expresión para referirse a este tipo de delincuencia. Hay otras legislaciones, como el caso de Kansas, que no especifican una definición para el término.

legisladores, al momento de sancionar las leyes de delincuentes sexuales, esto es, la pura incapacitación de quienes consideraban “lo peor de lo peor”²⁸⁴. Todo ello reflejó -para este sector crítico- que los delincuentes sexuales fueron vistos como “los nuevos monstruos que están cazando al público americano”²⁸⁵, o bien como los “parias de nuestra sociedad”²⁸⁶.

4. Finalmente, se observa que se han presentado algunas dificultades con el uso del término “*predator*” ya que, en función de su vinculación conceptual a víctimas extrañas, se estaría dejando fuera del alcance de estas leyes a las víctimas que son familiares de los delincuentes²⁸⁷. Ello no encontraría justificación político-criminal alguna, dado que muchas de las veces estos delitos son dirigidos a personas del núcleo familiar y no por ello dejarían de ser “peligrosas” en los términos de la normativa. En función de ellos, algunas leyes han tenido que especificar que también abarcaban los delitos cometidos contra familiares²⁸⁸.

IV.1.D. Objetivo del internamiento indeterminado.

1. Tal como se sostiene expresamente en las distintas normas del modelo estadounidense, la institución del *civil commitment* implica la internación indefinida de aquellas personas que han cometido un delito sexual violento como resultado de su condición mental o trastorno de la personalidad (“*mental abnormality*” o “*personality disorder*”) y de quienes se espera que reincidan en caso de ser puestos en libertad. El internamiento se hace efectivo recién al término de la pena de prisión

²⁸⁴ LA FOND, *Arizona Law Review*, 1999, p. 381.

²⁸⁵ SIMON, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, pp. 456 y 458-459. El autor advierte que el término “*predator*” no tiene fundamento científico ni jurisprudencial e indica referencias implícitas a emociones populares, incluyendo miedos y deseos de venganza.

²⁸⁶ WINICK, *Psychology, Public Policy and Law*, 1998, p. 506.

²⁸⁷ Véase BOERNER, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, p. 569; también LA FOND, *Arizona Law Review*, 1999, p. 375, nota 28, entre otros.

²⁸⁸ Es el caso de Missouri, ver *Missouri Annotated Statutes*, § 632.480(3), y Texas, ver *Texas Health and Safety Code*, §841.002(5).

impuesta y luego de un procedimiento reglamentado que tiende a determinar si el sujeto ingresa en la categoría de “depredador sexual violento”.

2. En este sentido, suele definirse al “depredador sexual violento” (*sexually violent predator*) como “cualquier persona que haya sido condenada o acusada por un delito sexual violento y que sufra de alguna anormalidad mental o trastorno de la personalidad que la hagan capaz de cometer nuevas acciones de violencia sexual (*predatory acts of sexual violence*)”²⁸⁹.

3. La finalidad de la internación es cuestión discutida. Partiendo de los textos legales, se estima que tiene un doble objetivo: por un lado, el tratamiento de los sujetos a quienes se les aplica (componente rehabilitador) y, por el otro, la protección comunitaria del peligro que supone el individuo, es decir, la incapacitación de éste para evitar que vuelva a delinquir (componente inocuizador)²⁹⁰. Se discute si ambos objetivos están al mismo nivel, dado que una mirada más aguda de los fundamentos de las leyes y la práctica de su imposición revela que, por encima de todo, el objetivo del *civil commitment* sería netamente inocuizador, diseñado para proteger de la peligrosidad mediante el encierro del sujeto peligroso evitando así que reincida²⁹¹.

4. Finalmente, es interesante resaltar la existencia de estudios que indican cómo la propia comunidad percibe la internación civil como retributiva, en su finalidad, y cómo su imposición responde a la necesidad de extender el castigo de la persona²⁹².

²⁸⁹ Cfr., entre otros *Washington Revised Code Annotated* § 71.09.020 (1) y *Kansas Statutes Annotated*, §59-29a02(a).

²⁹⁰ Cfr. JANUS, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 258.

²⁹¹ Cfr. FRIEDLAND, *University of Colorado Law Review*, 1999, p. 85. Una muestra de ello es el preámbulo de la ley de Washington en el que se reconoce que las posibilidades de tratamiento son mínimas: “*The legislature further finds that the prognosis for curing sexually violent offenders is poor...*”, § 71.09.010. Este pesimismo en la rehabilitación y tratamiento es característico de la política criminal contemporánea, cfr. SIMON, *Psychology, Public Policy and Law*, 1998, pp. 454 y 456.

²⁹² CARLSMITH/MONAHAN/EVANS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2007, p. 437. Es interesante destacar que para conformar las encuestas se realizaron dos muestras; la primera sobre un grupo de estudiantes universitarios y, la segunda, sobre un grupo de potenciales jurados; entre las bases de las consultas se diferenció entre distintitos montos de pena -previos a la internación- para evaluar si la imposición del *civil commitment* variaba según el tiempo que estuviese encerrada la persona. Este indicador permitió corroborar que uno de los principales motivos al momento de decidir imponer la internación tenía que ver con el tiempo de encierro.

IV.1.E. Requisitos para la imposición de la internación.

IV.1.E.a. Comisión de un delito.

1. La comisión de un delito sexual violento es condición esencial para la procedencia de la internación civil. Asimismo, las leyes de cada estado contienen una lista específica de los delitos que pueden dar lugar a la imposición del *civil commitment*²⁹³.

2. Por lo general, se establecen como supuestos postdelictuales: a) aquellas personas condenadas por un delito sexual violento que están próximas a cumplir la pena impuesta; b) sujetos que fueron imputados por un delito sexual violento pero no pudieron ser juzgados debido a su incapacidad para comparecer a juicio; c) aquellas personas que fueron juzgadas por un delito sexual violento y absueltas, sea debido a una causal de inimputabilidad por insania o por una enfermedad mental²⁹⁴.

IV.1.E.b. Específica condición del sujeto: anormalidad mental o trastorno de la personalidad.

1. Los estatutos del modelo civil de internamiento indefinido identifican a las personas condenadas que califican para la imposición de esta consecuencia jurídica complementaria como “depredadores sexuales violentos”. Luego, en la definición de esta particular condición de la persona exigen, en algunos casos, que aquella sufra de una “anormalidad mental” o “trastorno de la personalidad” que la haga capaz de cometer acciones sexuales violentas contra terceros extraños. Otras regulaciones, en

²⁹³ *Washington Revised Code Annotated* § 71.09.020 (15) y *Kansas Statutes Annotated*, §59-29a02(e).

²⁹⁴ *Washington Revised Code Annotated* § 71.09.025 (1.a) y *Kansas Statutes Annotated*, §59-29a03(a).

cambio, utilizan la fórmula del trastorno mental (“*mental disorder*”)²⁹⁵. A continuación realizaré una descripción de ambas variantes.

2. La mayoría de las reglamentaciones exigen, para la imposición del internamiento, que el sujeto sufra de una “anormalidad mental”, siendo ésta definida como una condición -adquirida o congénita- que afecta las emociones o capacidad volitiva de una persona, predisponiéndola a cometer delitos sexuales violentos en un grado tal que la constituyen en una amenaza para la salud y seguridad de otros²⁹⁶.

3. Los redactores de la primera ley de delincuentes sexuales -sancionada por el estado de Washington- explican que utilizaron la expresión legal de “anormalidad mental” por dos razones. En primer lugar, consideraron que esta definición ponía el foco en la peligrosidad de estos sujetos y, en segundo lugar, debido a que el término había sido analizado constitucionalmente por la jurisprudencia en forma favorable²⁹⁷.

4. El empleo del término fue bastante criticado por la doctrina, por tratarse de una definición legal sumamente amplia y sin fundamento médico. Es sabido que en Estados Unidos el tratamiento de las enfermedades mentales reconocidas se rige por el “*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*”, de la *American Psychiatric Association* (DSM)²⁹⁸. En este sentido, el concepto utilizado por las leyes de delincuentes sexuales no se encontraba incluido en la cuarta edición del DSM-IV, que regía en aquella época, a partir de la cual algunas voces críticas consideraban

²⁹⁵ Arizona, por ejemplo, define al delincuente sexual violento como aquel que tiene un trastorno mental (“*mental disorder*”), aclarando que esta definición incluye casos de parafilia, u otros trastornos de personalidad o de conducta que predisponen a la persona a cometer delitos sexuales violentos, en un grado tal que la constituyen en una amenaza para la salud y seguridad de otros, cfr. *Arizona Revised Statutes Annotated*, § 36-3701.5 y 3701.7(b). En sentido similar California, *California Welfare and Institutions Code*, § 6600(1).

²⁹⁶ *Washington Revised Code Annotated*, § 71.09.020 (2); *Kansas Statutes Annotated*, §59-29a02(b). De forma muy parecida define la ley de New York, aunque agrega al final el requisito que surgió del fallo de la Suprema Corte “*Kansas v. Crane*”, que se verá más adelante (*infra* IV.1.E.b), esto es, que de la condición “resulte que el sujeto tiene serias dificultades en controlar su conducta”; *New York McKinney’s Mental Hygiene Law*, §10.03(i), ver F.3. Se destaca el caso de California que utiliza esta misma definición aunque referida al término “*mental disorder*” que parecería englobar a “*mental abnormality*” y “*personality disorder*”; cfr. *California Welfare and Institutions Code*, § 6600(c).

²⁹⁷ BOERNER, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, p. 569.

²⁹⁸ cfr. LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 134. Se destaca que el manual fue publicado originariamente en 1952 y ya va por su quinta edición (2013).

que el término resultaba excesivamente vago y podía ser utilizado en forma amplia²⁹⁹.

5. En respuesta a esta crítica, otro sector de la doctrina advierte que el análisis no debe centrarse en la inclusión o no del término en el DSM, cuestión que debería ser irrelevante para la discusión jurídica. De hecho, consideran positiva la inclusión del término “anormalidad mental”, ya que incluye una gran variedad de trastornos, algunos de los cuales ya estaban incluidos en el DSM-IV -como la parafilia- y otros no, lo cual de ninguna manera los inhabilita como diagnósticos de peligrosidad sexual violenta. En otras palabras, sostienen que la definición no intenta ser psiquiátrica sino legal y abarcadora de aquellas patologías que llevan a conductas sexuales violentas que pueden no estar incluidas en el DSM. En este sentido, la definición legal parece tener en cuenta que existe un número significativo de delincuentes sexuales que sufren de alguna condición mental o patología que les impide ejercer controles volitivos y genera que se comporten en forma compulsiva, repetitiva, racional y auto-destructiva, siendo ello típico de trastornos mentales³⁰⁰.

6. A diferencia del anterior, el término trastorno de la personalidad no se encuentra definido en todas las leyes de delincuentes sexuales, aunque sí se encuentra incluido en el DSM. En efecto, ya en la cuarta edición de este manual se definían y consideraban los distintos tipos de trastornos de la personalidad, clasificándolos en tres grupos³⁰¹.

7. En forma crítica se observa que el tipo de trastorno de la personalidad más encontrado en los casos de *civil commitment* es el de “trastorno antisocial de la

²⁹⁹ FRIEDLAND, *University of Colorado Law Review*, 1999, p. 116. En todos estos años se trabajó con los postulados de la cuarta edición del manual (DSM-IV), vigente entre 1994 y 2013.

³⁰⁰ BROOKS, *University of Puget Sound Law Review*, 1992, pp. 730 y 733.

³⁰¹ Grupo A: trastorno paranoide, esquizoide y esquizotípico; grupo B: trastorno antisocial, límite, histriónico y narcisista; grupo C: trastorno de la personalidad por evitación, por dependencia y obsesivo-compulsivo. Se agrega, además, una categoría para aquellos trastornos de la personalidad no especificados. Se establece una definición general del trastorno de la personalidad que es aplicable a cada uno de los trastornos específicos; “*un trastorno de la personalidad es un patrón permanente e inflexible de experiencia interna y de comportamiento que se parta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto, tiene su inicio en la adolescencia o principio de la edad adulta, es estable a lo largo del tiempo y comporta malestar o perjuicio para el sujeto*”; “DSM-IV-TR, pp. 765-766.

personalidad” (*antisocial personality disorder*)³⁰², destacando que este diagnóstico suele estar basado en los antecedentes penales y otros comportamientos antisociales pasados, siendo por ello aplicable a un porcentaje importante de la población penitenciaria adulta. Se advierte, entonces, sobre la gran amplitud con la que puede ser empleado este diagnóstico y lo simple que puede resultar, para un Fiscal, fundamentar la existencia de trastornos de personalidad recurriendo al pasado criminal de la persona³⁰³.

IV.1.E.c. Requisito volitivo.

1. La Suprema Corte de Estados Unidos introdujo un tercer requisito para la imposición de la internación civil consistente en poder determinar que la condición sufrida por el sujeto -sea anormalidad mental o trastorno de la personalidad- implique una seria dificultad del mismo para controlar sus acciones. Hasta ese momento, este requisito volitivo no estaba previsto por las leyes y se presuponía como propio de la condición.

1.a. Michael Crane había sido condenado, en Estados Unidos, por dos delitos cometidos en el año 1993 consistentes en exhibiciones obscenas reiteradas y agresión sexual agravada (*sexual battery*). Los estudios realizados concluyeron que Crane poseía un trastorno antisocial de la personalidad combinado con tendencias exhibicionistas. Se destacó que si bien las tendencias exhibicionistas por sí solas no alcanzaban para clasificar a la persona como un “depredador sexual”, la combinación de las condiciones sí incluía a Crane en el rango de los trastornos de la personalidad estipulados en la ley. Sin embargo, el perito oficial determinó que su estado no afectaba su capacidad volitiva a punto tal que se viera imposibilitado de controlar su comportamiento peligroso.

1.b. Al resolver la cuestión, el jurado decidió igualmente considerar a Crane como un “depredador sexual violento” en los términos de la ley de Kansas y le impuso el internamiento civil. Recurrida la sentencia, el Tribunal Superior estadual declaró inconstitucional la ley en la medida en que se pretendía aplicar la misma a alguien que sólo

³⁰² El DSM-IV destacaba que “*la característica esencial del trastorno antisocial de la personalidad es un patrón general de desprecio y violación de los derechos de los demás, que comienza en la infancia o el principio de la adolescencia y continúa en la edad adulta*”; ob. cit. p. 784.

³⁰³ LA FOND, *Arizona Law Review*, 1999, pp. 383-384. Ver también EL MISMO, *Preventing sexual violence*, p. 140.

tenía un trastorno de la personalidad emocional, mas no se había acreditado que tuviera su capacidad volitiva afectada. En este sentido, se consideró que para poder aplicar el internamiento de seguridad, debía probarse no sólo la posibilidad de que la persona volviera a cometer delitos sexuales violentos, sino además su incapacidad para controlar ese comportamiento peligroso.

2. El asunto llegó ante la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos³⁰⁴ que aceptó, parcialmente, los argumentos del Tribunal Superior estadual en cuanto a los requisitos que deben darse para imponer el internamiento, definiendo así una nueva exigencia de orden volitivo. A partir de ese momento se advirtió que debía acreditarse que la condición del sujeto (anormalidad mental o trastorno de la personalidad) tornase muy difícil -no imposible- el control de su comportamiento. Ello significó, entonces, que a partir de aquí la Suprema Corte reinterpretó las exigencias legales para la procedencia de la internación indefinida, requiriéndose desde ese momento: a) que la persona condenada o imputada por uno de los delitos sexuales previstos en la norma sufriese de “anormalidad mental” o “trastorno de la personalidad”; b) que esta condición la hiciera susceptible de volver a cometer este tipo de conductas en el futuro; c) comprobarse la seria dificultad en el control del comportamiento de la persona.

2.a. El voto en disidencia³⁰⁵ optó por revocar la sentencia del Tribunal Superior estadual. Para ello recordó -citando el precedente “*Hendricks*”³⁰⁶- que los sujetos alcanzados por la norma estaban sufriendo, por definición, una condición mental o de personalidad que les impedía ejercitar un control adecuado de su comportamiento -siendo por ello imposible intimidarlos mediante la amenaza de la internación-. En este sentido, las dificultades para controlar el comportamiento -dijeron- son propias del concepto de “anormalidad mental”, mas no son un requisito legal que deba exigirse por separado. En virtud de ello consideraron que el requisito exigido separadamente por el Superior Tribunal de Kansas era improcedente, por lo que debía revocarse el fallo.

³⁰⁴ SCOTUS, de 22 de enero de 2002 (ponente Breyer), (“*Kansas v. Crane*”, 534 U.S. 407).

³⁰⁵ Voto del *Justice* Scalia.

³⁰⁶ Volveré sobre este caso en VIII.1.A.a.

IV.2. Modelo Penal.

1. Tal como ha podido observarse, el modelo civil de la reclusión de seguridad supone la posibilidad de que el sujeto condenado por un delito sexual grave, una vez que haya cumplido con la pena de prisión y dadas ciertas características relativas a un trastorno de personalidad y un pronóstico de peligrosidad, sea internado -de modo indefinido- bajo la órbita del Derecho civil.

2. Por contraposición, corresponde ahora analizar el modelo penal de internamiento o reclusión de seguridad que se produce también con posterioridad al cumplimiento de la pena para personas condenadas por ciertos delitos sexuales graves. Este modelo se encuentra presente en algunos países europeos bajo la naturaleza de una medida de seguridad, entre los que se cuentan Alemania, Francia, Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia, Liechtenstein, San Marino, Eslovaquia y Suiza. Por su parte, en otros lugares como Gran Bretaña, la custodia de seguridad posee el tratamiento de una pena de prisión agravada.

3. En España, tal como se verá más adelante, este modelo estuvo cerca de ser introducido, recientemente, al ser incluido en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Sin embargo, debido a las críticas que sufrió en la etapa pre-legislativa fue finalmente removido y no incluido en la versión final de la reforma (LO 1/2015). Por su interés en materia de delincuencia sexual, se describirá someramente el funcionamiento del modelo penal en algunos de los países en los que impera y, asimismo, habrá referencias al proyecto español que fue dejado de lado por el pre-legislador.

4. A continuación se hará referencia a la regulación del modelo penal en algunos de los países mencionados³⁰⁷.

³⁰⁷ Se ha optado por resumir los sistemas vigentes en Alemania, Francia, Gran Bretaña y un proyecto español. Para profundizar sobre el modelo austríaco, véase SAUTNER, *Delincuentes peligrosos*, pp. 56-57.

IV.2.A. Alemania.

1. El Código Penal alemán (StGB) prevé la denominada “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*), que importa el internamiento en un establecimiento de seguridad a cumplir una vez agotada la pena impuesta, siempre que resulte de la apreciación conjunta del autor y de sus hechos que él sea un peligro para la sociedad como consecuencia de una propensión a cometer actos delictivos de importancia, en particular, aquellos con los cuales se hiera psicológica o corporalmente a la víctima de forma grave (§66.I.4). De acuerdo a la consideración de la norma se trata de una medida de seguridad.

2. La custodia de seguridad se encuentra legislada en Alemania desde la sanción de la “Ley de delincuentes habituales”, de 1933, siendo modificada por las leyes de reforma del Derecho penal alemán de 1969³⁰⁸. Sin embargo, fue en 1998, por intermedio de la sanción de la “Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros hechos punibles peligrosos”, cuando se ampliaron los presupuestos para incluir expresamente a delincuentes sexuales peligrosos³⁰⁹.

3. Dicha norma prevé distintos supuestos para la aplicación de la custodia de seguridad. En lo que aquí interesa se destaca su imposición, a consecuencia de la comisión de ciertos delitos sexuales que son allí enumerados, cuando el autor tuviese

³⁰⁸ Para un análisis de la aplicación de esta ley antes de la reforma de 1969 véase SCHÖNKE, *La Ley 1951*, pp. 823-830. Véase también CANO PAÑOS, *Cuadernos de Política Criminal*, 2007, pp. 244-246 y JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, p. 40, para su aplicación posterior. Respecto a los antecedentes, se destaca que a pesar de haber sido sancionada la “ley de delincuentes habituales” durante el régimen nacionalsocialista la medida obedece a un debate anterior y ya arraigado para dicha época; véase DEMLEITNER, *Fordham Urban Law Journal*, 2003, p. 1643, CANO PAÑOS, *Cuadernos de Política Criminal*, 2007, pp. 208-211 y ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 303-304.

³⁰⁹ ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 6. Ver también SILVA SÁNCHEZ, *Estudios de Derecho penal*, pp. 240-245; HÖRNLE, *Buffalo Criminal Law Review*, 2000, pp. 640-641 y 674 y ss; y SÁNCHEZ LÁZARO, *Revista Penal*, 2006, pp. 156-161. CANO PAÑOS, *Cuadernos de Política Criminal*, 2007, pp. 217-223, resume el contexto social de la época de la reforma e informa sobre algunos casos resonantes ocurridos en esos años junto al papel de los medios de comunicación.

un antecedente similar por el que hubiera sido condenado a una pena igual o mayor de dos años de prisión, o bien, dos antecedentes previos por delitos similares y condenado a penas de por lo menos un año de prisión (§ 66.I.1 y 66.I.2). Tal como se expresó al comienzo se exige, además, que resulte de la apreciación conjunta del autor y de sus hechos que él sea un peligro para la sociedad (§ 66.I.4).

4. En segundo lugar, se prevé la medida cuando el autor no tuviese antecedentes penales pero hubiera cometido tres delitos sexuales previstos cada uno con pena mayor a un año de prisión y sea condenado, por uno o varios de esos hechos, a una pena de prisión de por lo menos tres años (§66.II). Se reitera la necesidad del pronóstico de peligrosidad del apartado anterior.

5. En orden al momento de imposición de esta medida de seguridad, el sistema sufrió dos reformas. Originariamente estaba dispuesto que la medida debía ser acordada al dictarse la sentencia condenatoria. Luego, en 2002, se introdujo una reforma, por medio de la cual se acordó que si el pronóstico de peligrosidad era incierto al momento de producirse la condena, el Tribunal podía formular una reserva de imponer la medida de seguridad, ya sea durante el transcurso de la ejecución de la pena, o bien, hasta seis meses antes del cese de la misma o del cumplimiento del plazo para su suspensión o liberación condicional (se la denominó “custodia de seguridad condicional o reservada”³¹⁰). Finalmente, una nueva reforma -del año 2004- prescindió de la obligación de dictar la medida -o su reserva- con la sentencia condenatoria, estableciendo que la custodia de seguridad podía ser impuesta con posterioridad, antes de que el sujeto estuviera en condiciones de quedar en libertad, “cuando así lo aconseje una valoración global de las circunstancias del delincuente a la luz de su peligrosidad”³¹¹.

³¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 57.

³¹¹ ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, pp. 6-7; aclarando que esta reforma obedeció, fundamentalmente, a cubrir supuestos de delinquentes sexuales condenados con anterioridad a la reforma de 1998. *Robles Planas* revela, además, que esta disposición fue legitimada por el Tribunal Constitucional alemán en 2006 (Bverfg de 23 de agosto de 2006, NJW 2006, p. 3483) declarando “la constitucionalidad de la custodia de seguridad impuesta con posterioridad a la sentencia siempre que la peligrosidad del sujeto resulte de circunstancias nuevas que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria”.

6. Se destaca, entonces, que en esta “custodia de seguridad *a posteriori*” (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), la valoración de la peligrosidad del sujeto ya no viene determinada al momento de juzgar el hecho cometido por el Juez de la condena, sino por la evolución penitenciaria³¹². De ahí que la mencionada “valoración global del autor” pasó a ser determinante de la peligrosidad y, por ende, para la imposición de la medida. A fin de que el Juez pueda realizar aquel examen valorativo de la personalidad del autor, se entiende que deberá atenderse a sus rasgos sociales y las características de los hechos cometidos, incluyendo los antecedentes, que deben ser percibidos como síntomas. Luego, a partir de ahí, deberá realizarse un pronóstico que indique si el autor es considerado peligroso, como consecuencia de una tendencia a reincidir en delitos graves³¹³. El pronóstico debe estar fundado en un informe pericial que presente el estado de la persona y las perspectivas de tratamiento³¹⁴. Por otro lado, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, se deberán explicitar de forma clara y consistente los hechos y comprobaciones en que el pronóstico se funda, indicando los métodos de investigación y sus hipótesis. Sobre esta base se deberá formular el juicio de probabilidad acerca de la futura conducta legal del condenado³¹⁵.

7. Finalmente, se establece que la reclusión de seguridad comienza a ejecutarse una vez que cesa la pena privativa de libertad impuesta y tiene una duración indefinida, aunque se establece que podrá ser dejada sin efecto una vez transcurridos diez años

Véase también CANO PAÑOS, *Cuadernos de Política Criminal*, 2007, pp. 226-237, quien desarrolla el contexto previo de cada una de las reformas y precisa los alcances de las mismas; y HÖRNLE, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, p.65.

³¹² BORJA JIMÉNEZ, *Revista General de Derecho Penal*, 2012, pp. 26-27. El autor indica además que la mayoría de la doctrina alemana se pronunció en contra de la posibilidad de imponer la custodia de seguridad, bajo esta modalidad “a posteriori”, cfr. p. 43. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., p. 57, quien la denomina “custodia de seguridad posterior” y enumera los trabajos críticos de la doctrina alemana.

³¹³ ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 305-306.

³¹⁴ La exigencia de la imposición fundada en un dictamen pericial proviene de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) §246a. Véase DEMLEITNER, *Fordham Urban Law Journal*, 2003, p. 1651 y nota 217, críticamente en cuanto a que los Jueces aplican la custodia de seguridad en todos los casos en que los peritos dictaminan a favor de la custodia de seguridad y si éstos no la informan, suele buscarse una segunda opinión.

³¹⁵ ZIFFER, *Medidas de seguridad*, p. 309 comentando el fallo del BVerfG de 5 de febrero de 2004, NJW 2004, p. 739.

de internamiento “si no existe peligro de que el interno, a causa de su propensión, cometa delitos de importancia a través de los cuales se dañe gravemente a las víctimas, psíquica o corporalmente (§67.d.3)”³¹⁶.

8. Sin perjuicio de que será objeto de tratamiento en la tercera parte, debe advertirse que la medida de custodia de seguridad alemana fue duramente cuestionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversos pronunciamientos ocurridos entre los años 2009 y 2011. En líneas generales, el Tribunal Internacional precisó que el modo en que la misma era ejecutada obligaba a darle el tratamiento de una pena, con lo cual le resultaban aplicables todas las garantías propias de esta consecuencia jurídica, en particular el principio de legalidad previsto en el artículo 7 §1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales³¹⁷. Ello motivó que el Tribunal Constitucional alemán, con fecha 4 de mayo de 2011, revisara su posición y declarara inconstitucional prácticamente la totalidad de la custodia de seguridad, generando además un proceso de reforma de la norma³¹⁸.

9. Este proceso de reforma se puso en marcha a través de la sanción de dos reformas penales en los años 2011 y 2012 que introdujeron nuevas restricciones, no sólo en la imposición de la custodia de seguridad, sino también en su ejecución. Por un lado, cabe destacar la sanción de la “Ley sobre terapia e internamiento de los delincuentes violentos con alteraciones psíquicas”, que entró en vigor en 2011, prevista para aquellos condenados que agoten el tiempo previsto en la custodia de seguridad.

³¹⁶ CANO PAÑOS, *Cuadernos de Política Criminal*, p. 225; ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 6 y HÖRNLE, *Buffalo Criminal Law Review*, 2000, p. 678. Respecto a la duración indeterminada de la custodia de seguridad, el Tribunal Constitucional alemán declaró la validez de esta cláusula (BVerfG de 5 de febrero de 2004, NJW 2004, p. 739) destacando que “la dignidad del hombre no se ve lesionada por una detención prolongada debida a la peligrosidad del individuo, en tanto a la comunidad estatal no le está vedado defenderse de autores peligrosos por medio de la privación de libertad” y agregando que “no existe mandato constitucional que establezca que la custodia de seguridad tiene que tener una duración máxima fijada al momento su ordenación, ni en uno de control posterior, pues el pronóstico de un peligro sólo es posible en el presente y respecto del futuro; la cuestión de cuánto durará ese peligro depende de desarrollos futuros que no pueden predecirse”, ZIFFER, *Medidas de seguridad*, pp. 307-308.

³¹⁷ *Infra*, VIII.2.A.b.1.

³¹⁸ BVerfG, sentencia de 4 de mayo de 2011, 2 BvR 2365/09. Para un análisis del fallo y sus consecuencias en la regulación alemana, véase GAZEAS, en *Neurociencias y Derecho penal*, pp. 636-647.

Según esta norma se puede ordenar el internamiento de una persona en un centro cerrado adecuado, siempre y cuando se acredite en ésta un trastorno psíquico susceptible de poner en peligro la vida, la integridad física, la libertad personal o la autodeterminación sexual de otras personas. La razón que justifica la necesidad del internamiento, como puede fácilmente inferirse, es la protección de la colectividad. La norma, además, dispone que el internamiento deba realizarse en un centro distinto y separado de las unidades carcelarias, garantizándose así un adecuado tratamiento del trastorno psíquico y la implementación de un plan terapéutico³¹⁹.

10. Por otro lado, se renunció a la posibilidad de imponer la custodia de seguridad a posteriori, manteniendo la necesidad de asentar una reserva al momento de dictar la sentencia. Finalmente, en 2012 se promulgó una "Ley para el traspaso a la órbita del Derecho federal de la exigencia de diferenciación en la ejecución de la custodia de seguridad", la cual entró en vigor un año después. Esta ley impuso la obligación del Estado de trazar una política de confección que mejorase las condiciones y modalidades de la ejecución de la custodia de seguridad. Asimismo, se previó que los Estados implementasen estas reglas y conformaran sus instituciones al marco de la norma federal³²⁰.

IV.2.B. Reino Unido.

1. El modelo de reclusión de delincuentes sexuales del Reino Unido, a diferencia del alemán, no se ejecuta como un internamiento, sino más bien como una pena de prisión de duración indeterminada. La reglamentación se encuentra prevista en la

³¹⁹ GAZEAS, en *Neurociencias y Derecho penal*, p. 634. El autor se muestra crítico de esta norma y anticipa que debería ser cuestionada por el BVerfG y por el TEDH. Critica, principalmente, el margen de discrecionalidad, la amplitud del concepto de "trastorno psíquico" y un exceso en las facultades por parte del legislador, ya que la cuestión debería ser regulada por cada Land (cfr., pp. 645-646).

³²⁰ Debo esta última actualización sobre el estado actual de la legislación alemana sobre la custodia de seguridad, a la Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub de la Friedrich-Alexander Universität.

Criminal Justice Act de 2003, en un capítulo denominado “*Dangerous Offenders*”³²¹. Allí se prevén dos tipos agravados de sanción para la comisión de ciertos delitos y ante la evaluación de peligrosidad del condenado: la posibilidad de imponer prisión perpetua (*imprisonment for life*), como así también “pena de prisión para la protección del público” ¿mejor protección pública? “El público” parece referir a algún espectáculo (*imprisonment for public protection*).

2. Ambos tipos de pena son de duración indeterminada y se encuentran previstos para aquellos casos en que se cometa un delito específico, catalogado como delito grave (*serious offence*). Esta clase de delitos está enumerada (*specified offence*) en una lista anexa, en la que se incluyen ochenta y siete tipos penales contra la libertad e indemnidad sexuales, tales como violación -tanto de menores de trece años, de enfermos mentales o de mayores mediante violencia física, como así también con amenazas o uso de drogas-; asalto con fines sexuales; explotación de la prostitución, etc.³²².

3. Asimismo, junto con el delito cometido, se prevé como requisito adicional que la gravedad de la conducta justifique la imposición de tal medida y siempre que la misma se fundamente en que el autor represente un riesgo significativo para la sociedad en virtud de los delitos graves que de él se esperan (§225.1.b).

4. En este caso, el Tribunal deberá especificar un tiempo mínimo de prisión, para el cual tendrá en cuenta una eventual pena proporcionada al delito cometido en circunstancias normales. Superado este período mínimo, la libertad del sujeto dependerá de la discreción del gabinete de libertad condicional (*parole board*)³²³. Asimismo, una vez que sea liberado, quedará sometido a un régimen de libertad vigilada de por vida o hasta que el gabinete así lo disponga (*Schedule 18*)³²⁴.

5. La “pena de prisión para la protección pública” (*imprisonment for public protection*) (§225.3-4) fue introducida en 2003 y estuvo fundada en la advertida

³²¹ *Criminal Justice Act* 2003, de 20 de noviembre de 2003, parte 12 (*Sentencing*), capítulo 5 (*Dangerous Offenders*). Debe aclararse que el modelo sufrió algunas reformas con la sanción de la *Criminal Justice Act and Immigration* 2008, de 8 de mayo de 2008.

³²² *Criminal Justice Act* 2003, Schedule 15, part 2 “*Specified sexual offences*”.

³²³ ASHWORTH, *Sentencing and criminal Justice*, pp. 210-211.

³²⁴ ASHWORTH, *Sentencing and criminal Justice*, p. 212.

necesidad de contar con una nueva pena pensada, específicamente, para delincuentes sexuales o peligrosos que, por alguna razón, no encuadrasen dentro de los requerimientos de la prisión perpetua³²⁵.

IV.2.C. Francia.

1. En febrero de 2008 entró en vigencia una reforma al *Code de Procédure Pénale* que introdujo el instituto de la retención de seguridad (*rétenion de sûreté*), dirigida a aquellos delincuentes considerados peligrosos, condenados a penas igual o mayores a quince años de prisión por determinados delitos, entre los que se encuentra el de violación, siempre que el Tribunal que dictó la sentencia condenatoria haya previsto expresamente la posibilidad de que se evalúe al sujeto al término de la pena, en orden a la posible imposición de esta medida de seguridad³²⁶.

2. En forma similar al *civil commitment* del modelo estadounidense, este sistema implica, con carácter excepcional que, una vez agotada la pena y en aquellos casos

³²⁵ La advertencia se encuentra en los antecedentes de la *Criminal Justice Act 2003*, tanto en el informe elaborado por *John Halliday* en 2001 (titulado “Making Punishment Work”, aunque mejor conocido como “el Informe Halliday”), como así también en el reporte realizado por el *Home Office* en 2002 (titulado “Justice for all”); cfr. ASHWORTH, *Sentencing and criminal Justice*, pp. 211-212.

En el Informe Halliday se sostuvo: “A “special” type of sentence is therefore needed in a new framework, for offenders for whom the application of compulsory powers under the Mental Health Legislation is not appropriate and for those who do not receive a life sentence (...) When a life sentence was not available, or was inappropriate, a new determinate prison sentence would be based on the following characteristics: An offender would be eligible for the “special” sentence on conviction of specified violent or sexual offences, and any other criteria needed to establish a threshold” (4.26-4.27).

Por su parte, de *Justice for All* se desprende que: “We want to ensure that the public are adequately protected from those offenders whose offences do not currently attract a maximum penalty of life imprisonment but who are nevertheless assessed as dangerous. We believe that such offenders should remain in custody until their risks are considered manageable in the community. For this reason we propose to develop an indeterminate sentence for sexual and violent offenders who have been assessed and considered dangerous. The offender would be required to serve a minimum term and would then remain in prison beyond this time, until the Parole Board was completely satisfied that the risk had sufficiently diminished for that person to be released and supervised in the community. The offender could remain on licence for the rest of their life” (5.41).

³²⁶ Ley n°2008-174 del 25/02/2008.

en que se determine una particular peligrosidad vinculada a un trastorno de personalidad, que hace que sea elevada la probabilidad de reincidencia, se podrá ordenar la internación de la persona en un centro especializado (art. 706-53-13 *Code de Procédure Pénale*). Se establece que el examen deberá ser efectuado un año antes del término previsto para la libertad del sujeto, por intermedio de una comisión pluridisciplinaria, fijándose además las condiciones que deberá tener dicha evaluación. Se destaca que en la evaluación la comisión deberá demostrar que la peligrosidad de la persona no puede ser contenida con otras medidas, tales como el registro de delincuentes sexuales, la vigilancia electrónica o un seguimiento asistencial, determinando así la necesidad de la retención de seguridad (art. 706-53-14 *Code de Procédure Pénale*).

3. Respecto al procedimiento, se crea una jurisdicción competente para la imposición de la retención de seguridad y se establece un proceso contradictorio que podrá ser público si el condenado así lo solicita. La resolución que imponga la medida de seguridad deberá estar fundada en los criterios de necesidad expuestos y será apelable (art. 706-53-15 *Code de Procédure Pénale*).

4. En orden a la duración de la medida, se establece que tendrá una extensión de un año, aunque será renovable siempre que se mantengan los criterios de necesidad expuestos y así sean dictaminados por la comisión pluridisciplinaria (art. 706-53-16 *Code de Procédure Pénale*). Un sector de la doctrina francesa advierte que en verdad la duración de la retención de seguridad es indeterminada, sólo que una vez al año se establece la condición de que sea revalidada, luego de justificar que se mantengan las condiciones que fundaron su imposición original³²⁷.

5. Asimismo, se establece que la persona sometida a la retención de seguridad podrá requerir la revisión de su necesidad cada tres meses (art. 706-53-17 *Code de Procédure Pénale*). En este sentido, si el órgano jurisdiccional comprobare, en cualquier momento, que no se dan los criterios de necesidad de la medida podrá revocarla de oficio (art. 706-53-18 *Code de Procédure Pénale*).

³²⁷ MISTRETTA, *La Semaine Juridique-Edition Générale*, 2008, p. 6.

6. Si al término del año no se renovara la retención de seguridad o siempre que no se mantengan los criterios de necesidad, se establece que el Juez podrá ordenar el sometimiento de la persona a una libertad vigilada de seguridad (*surveillance de sûreté*) por el término de un año, luego de un proceso contradictorio, por un período de un año renovable. Esta clase de libertad vigilada comprenderá todas las obligaciones previstas para la medida de seguridad de libertad vigilada (*surveillance judiciaire*), agregándose un tratamiento médico específico previsto en el *Code de la Santé Publique* y el sometimiento a vigilancia electrónica móvil (*surveillance électronique mobile*)³²⁸. En caso de que la persona incumpla con algunas de las obligaciones impuestas y siempre que ello sea un indicio de peligrosidad caracterizada por una probabilidad muy elevada de volver a delinquir podrá volverse a disponer su internación en carácter de retención de seguridad. La necesidad de dicha decisión deberá ser confirmada dentro del plazo de tres meses por la comisión pluridisciplinaria (art. 706-53-19 *Code de Procédure Pénale*).

IV.2.D. España.

1. Desde la sanción del nuevo Código Penal español de 1995 y hasta el año 2010, no existía en el ordenamiento penal una consecuencia jurídica específica para el sujeto peligroso imputable³²⁹. En estos casos, las únicas reacciones diferenciadas para el delincuente habitual peligroso que preveía el Código pasaban por la circunstancia agravante de reincidencia (art. 22, 8º del CPE); la restricción a la alternativas previstas para la pena de prisión, tales como su sustitución o suspensión; el cumplimiento efectivo de las penas, extendiendo los límites del concurso real de delitos y limitando el acceso al tercer grado en la ejecución penitenciaria o la propia

³²⁸ *Infra* Capítulo VII.

³²⁹ Uno de los primeros críticos de esta omisión del Código Penal de 1995 fue CEREZO MIR, *Temas fundamentales de Derecho penal*, T. I, pp. 493-496, quien sostuvo que resultaba conveniente introducir la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social en dos casos. En primer lugar para los psicópatas -sea que se les aplique una eximente completa o incompleta-. Del mismo modo, la sugería para aquellas personas condenadas por un delito doloso grave, realizado con un móvil sexual, que evidencien un pronóstico de peligrosidad de delitos similares.

libertad condicional³³⁰. Es decir, todas ellas reacciones que serían encuadrables dentro de la categoría de la pena y su ejecución.

2. Con la reforma operada en 2010 -LO 5/2010- se introdujo, en España, la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables y para ciertos delitos como se verá más adelante. Tal como ha sido anotado, ello significó la aparición del sistema dualista de consecuencias jurídicas del delito para el sujeto imputable peligroso³³¹.

3. Dos años después, en 2012, el Gobierno presentó un Anteproyecto de Ley Orgánica para la modificación de la LO 10/1995 (en adelante “Anteproyecto 2012”). Desde su exposición de motivos, se anunció que la reforma suponía la culminación de la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales³³². En esta línea, el Anteproyecto 2012 propuso la creación de la medida de custodia de seguridad (artículo 94.4), a cumplirse con posterioridad al agotamiento de la pena impuesta y con una duración máxima de diez años, luego de lo cual únicamente podría persistir una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años más (artículo 101.6).

4. Debe advertirse que la custodia de seguridad no prosperó en la fase pre-legislativa del Anteproyecto quedando excluida del texto que terminó conformando el Proyecto de reforma enviado al Congreso de los Diputados en 2013 y, desde luego, tampoco figuró en la versión final sancionada, por intermedio de la LO 1/2015 de 30 de marzo. Sin dudas, fue determinante para ello el Informe lapidario emitido por el CGPJ³³³, que consideró inadecuada su introducción en función de las serias dudas sobre la constitucionalidad de su regulación y por tratarse de un supuesto de “fraude

³³⁰ SANZ MORÁN, en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, pp. 1088-1090.

³³¹ ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. 128. Nótese que en la exposición de motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, se caracterizó esta cuestión como una “tímida revisión” del sistema monista tradicional -véase p. 9 de la exposición-. Idéntica referencia se efectuó en la exposición de motivos del Proyecto de reforma que finalmente se elevó en 2013 -véase BOCG, Serie A, n°66-1, de 4 de octubre de 2013, p. 6. Véase también, LANDA GOROSTIZA, *Delincuentes peligrosos*, p. 17.

³³² Véase p. 8 de la Exposición de motivos del Anteproyecto de 2012 y p. 6 de la Exposición de motivos del Proyecto de 2013.

³³³ LANDA GOROSTIZA, *Delincuentes peligrosos*, p. 18.

de etiquetas”, rompiendo así con los principios de culpabilidad, legalidad y proporcionalidad³³⁴.

5. Sin perjuicio de ello, resulta de interés analizar brevemente el Anteproyecto 2012. En cuanto a los supuestos previstos para la imposición de esta medida de seguridad, en primer lugar, se estableció un catálogo de delitos de especial gravedad³³⁵, incluyendo los delitos contra la libertad o la indemnidad sexual, respecto de los cuales el sujeto debería ser condenado a una pena mínima de tres años (artículo 101.1.1). En estos casos, además, se agregó como requisito que la persona fuese reincidente respecto de alguno de los delitos enumerados en el catálogo de delitos y que no hubiesen transcurrido más de cinco años entre la imposición de la condena anterior y la comisión del nuevo hecho (artículos 101.1.2 y 101.3)³³⁶. Finalmente, se exigía que debería constarse un pronóstico de peligrosidad del sujeto (artículo 101.1.3)³³⁷. El Anteproyecto preveía que, cumplidos estos tres requisitos, la

³³⁴ CGPJ, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, -con ponencia de Margarita Robles Fernández-, aprobado por el pleno del Consejo el 16 de enero de 2013, pp. 126-135. Se destaca también el Informe del Consejo Fiscal -Fiscalía General del Estado-, de 20 de diciembre de 2012, que apoyó la introducción de la custodia de seguridad con algunas críticas vinculadas al catálogo de delitos, a la necesidad de su no obligatoriedad y, finalmente, a la falta de una reforma integral de la ley penitenciaria para acompañar la presente; véase en particular pp. 94-100.

³³⁵ Art. 101.1 del Anteproyecto 2012: a) Delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o indemnidad sexual; b) Tráfico de drogas; c) Delitos cometidos con violencia o intimidación sobre las personas, incluidos los delitos patrimoniales; d) Delitos contra la comunidad internacional; e) Delitos de riesgo catastrófico o de incendio; f) Delitos de terrorismo. Se destaca la crítica realizada por el Informe del Consejo Fiscal que advirtió como desafortunada la enumeración de los delitos, principalmente por el uso de una nomenclatura diversa a la empleada por el Código Penal. Véase el Informe del Consejo Fiscal (2012), pp. 97-98.

³³⁶ Ello fue criticado por el CGPJ, considerando que se trataba de un ejemplo de “multidelincuencia heterogénea” carente de fundamento, ya que no se exigía del autor que haya atentado más de un vez contra un mismo bien jurídico o de similar naturaleza (criterio de homogeneidad objetiva), sino que el catálogo de delitos era amplio y no comprensible desde un punto de vista criminológico; Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica (2013)”, pp. 129-130.

³³⁷ Artículo 101.3 del Anteproyecto 2012: “Que exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión futura de alguno de los delitos a que se refiere el punto 1 de este apartado. Este pronóstico será derivado de la valoración conjunta de las circunstancias personales del penado, de los delitos cometidos por él, y de las circunstancias concurrentes en los mismos que pongan de manifiesto una tendencia a la comisión de esos delitos”.

imposición de la custodia de seguridad sería obligatoria (“El Juez o Tribunal impondrán”)³³⁸.

6. Por otro lado, se previó esta medida de custodia de seguridad para sujetos no reincidentes, elevando el mínimo de la pena impuesta a cinco años, cuando hubiesen sido condenados por “varios” de los delitos previstos en las letras a), d) o f) del catálogo de delitos de especial gravedad³³⁹ y, constatando también, la presencia de peligrosidad (artículo 101.2). Nuevamente, se previó su imposición en forma obligatoria.

7. Se proyectó, además, que la custodia de seguridad debía ejecutarse en establecimientos especiales -aunque también podría serlo en los mismos lugares donde se ejecutaran las penas, cuando ello resultase necesario para favorecer la reinserción social- después de la extinción de la pena. Sin embargo, se proyectó que el Tribunal verificara -antes del inicio de su ejecución- “si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición” (artículos 101.4 y 102.3). En tal sentido se advirtió que, si no llegara a ser necesaria la medida, se acordaría su suspensión debiendo en estos casos imponer siempre una medida de libertad vigilada (artículo 102.3 -“acordará su suspensión e impondrá una medida de libertad vigilada”)³⁴⁰.

Respecto a su duración se previó además del mencionado tope de diez años un régimen de revisión judicial permanente -con una periodicidad máxima de dos años-

³³⁸ La obligatoriedad de la imposición es criticada por el Informe del Consejo Fiscal (2012), p. 97, aunque reconociendo que luego el art. 102.3 impone un nuevo análisis de la necesidad de la medida, antes de dar inicio a la ejecución de la misma, como se verá más adelante.

³³⁹ a) Delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad o indemnidad sexual; d) Delitos contra la comunidad internacional; y f) Delitos de terrorismo. Se reitera aquí la crítica del CGPJ, con relación a la posibilidad de que una persona que sin antecedentes penales cometiere varios delitos de estas tres especies, pudiendo darse un nuevo caso de multidelinuencia heterogénea, rompiendo con los criterios sistemáticos vigentes; “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica (2013)”, p. 130.

³⁴⁰ Esta circunstancia también mereció una fuerte crítica del Informe del CPGJ que consideró arbitrario imponer obligatoriamente la libertad vigilada, sin una comprobación de su necesidad para compensar el riesgo de la comisión de nuevos delitos; véase pp. 130-131. También se criticó que se hable de “suspensión” y no de “cese”, pues ante la falta de necesidad de la medida, ésta tendría que ser dejada sin efecto, no suspenderla; pp. 131-132.

y que la medida fuese suspendida tan pronto cesaran las circunstancias que determinaron su imposición (artículo 103).

IV.3. Recapitulación.

1. En este capítulo he descrito la consecuencia jurídica más intensa prevista para los agresores sexuales. En efecto, se trata de impedir que, al momento de cumplir la pena impuesta, los sujetos recuperen su libertad dejándoselos recluidos. Se trata, sin dudas, de la incapacitación en su fase más extrema -fuera de la muerte- ya que significa el encierro ya no en función de una pena proporcional impuesta, sino para evitar que vuelva a reincidir en caso de ser liberado.

2. He podido apreciar dos modelos que llevan a cabo este proceder. En el primer caso, existe un modelo civil que supone la imposición de un internamiento posterior al cumplimiento de la pena, para los condenados por ciertos delitos sexuales especialmente graves, fundado en un determinado trastorno de personalidad que, si bien no genera la inimputabilidad del agresor sexual, afecta sus emociones o su capacidad volitiva predisponiéndolo a reincidir. En virtud de ello y comprobada que sea esta condición, el condenado será trasladado a un establecimiento distinto a la unidad carcelaria, donde quedará internado de modo indefinido.

3. Este modelo anticipa algunas objeciones que me ocuparé de analizar en la tercera parte. En primer lugar, su caracterización como civil ha facilitado la evasión de ciertas garantías propias del sistema penal, por ejemplo, siendo aplicada de modo retroactivo. En segundo lugar, no queda claro que una medida de esta naturaleza pueda ser impuesta una vez agotada la pena, con lo cual se deslinda de la sentencia condenatoria y del propio hecho, pudiendo ser caracterizada como una medida pre delictual. Por otro lado, es objetable que el tratamiento de la condición del condenado comience recién una vez agotada la pena, lo que evidencia que ésta no careció de sentido resocializador alguno. En este sentido, pareciera que una concepción de la pena compatible con el mandato constitucional de prevención

especial positiva obliga a ofrecer en la ejecución de la pena y, desde un comienzo, determinadas herramientas que permitan al sujeto trabajar sobre sus limitaciones o carencias y de este modo poder reinsertarse en la sociedad progresivamente. Por el contrario, en un modelo civil como el descrito, la pena del agresor sexual aparece como un tiempo mínimo y obligatorio de encierro que luego será continuado por un internamiento en el que -recién ahí- se ocuparán terapéuticamente de la especial condición del autor del delito.

4. A este modelo se contraponen uno penal, que a su vez podría diferenciarse en sistemas que lo aplican como medida de seguridad y sistemas que lo prevén como una pena extendida. En el primer asunto, se destacan los casos de Alemania y Francia, diferentes entre sí. El modelo alemán denominado custodia de seguridad fue previsto como una medida de seguridad complementaria a la pena, a los autores de ciertos delitos sexuales y siempre que pudiese determinarse que el autor represente un peligro para la sociedad. Este modelo sufrió distintos procesos de reforma que lo fueron endureciendo y -tal como será descrito en la tercera parte- recibió un contundente rechazo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, criticando especialmente su naturaleza encubierta de pena y la posibilidad de aplicar retroactivamente las reformas más gravosas. Todo ello generó la modificación de los aspectos más críticos del sistema, tales como los lugares de ejecución de la custodia de seguridad o la posibilidad de que sea impuesta con posterioridad a la sentencia condenatoria.

5. A diferencia del alemán, el modelo francés obligó expresamente a prever la medida de seguridad en la sentencia condenatoria y a ejecutarla en un establecimiento específico para estos casos. Del mismo modo, exigió la comprobación de un trastorno de personalidad que fundamentara la elevada probabilidad de reincidencia. Asimismo, se previó un sistema de control periódico para evaluar la necesidad de la medida anualmente. Pareciera que este modelo podría superar muchas de las críticas que podrían hacersele, al menos desde la perspectiva que habré de asumir en la tercera parte del trabajo.

6. Por último, he descrito un modelo penal de reclusión de seguridad legislado como una pena indeterminada vigente en el Reino Unido. El mismo supone que

frente a ciertos delitos sexuales y siempre que se advierta que el autor evidencie un riesgo significativo para la sociedad, en virtud de los delitos que de él se esperan, la pena de prisión será de duración indeterminada, dependiendo de los gabinetes penitenciarios, luego del cumplimiento de un tiempo mínimo fijado por la sentencia condenatoria, la decisión de cuándo liberarlos -si es que ello ocurre algún día-. En este caso, me anticipo a considerar que el modelo incurre en un auténtico fraude de etiquetas al imponer penas que exceden el marco de la culpabilidad y se fundan en la peligrosidad de la persona. De aquí que se anticipen críticas vinculadas a la imposibilidad de penar riesgos o pronósticos futuros³⁴¹.

³⁴¹ *Infra* IX.2.B.d y IX.2.C.c.

V

Los Registros de Delincuentes Sexuales.

1. En este capítulo se analizará el instituto del registro de delincuentes sexuales. Hemos agrupado los sistemas analizados, nuevamente, en dos grandes modelos. En primer lugar, se analizará el modelo estadounidense único que incluye la variante del registro público de condenados que puede ser consultado por cualquier particular. En segundo lugar, se estudiarán diversos sistemas confidenciales de registros en los cuales, únicamente, se garantiza el acceso a ciertos funcionarios y, en algunos casos, a determinadas personas interesadas en acceder a la información allí contenida³⁴².

V.1. El modelo estadounidense de acceso público a los datos de los registros de delincuentes sexuales.

V.1.A. Historia y sanción de las leyes estadounidenses de registro de delincuentes sexuales y notificación a la comunidad.

V.1.A.a. Antecedentes. La primera ley de Washington.

³⁴² Para comprender la contraposición entre ambos modelos, resulta sumamente interesante al respecto el trabajo realizado por dos profesores de la Universidad de Nueva York (NYU) y la Universitat Pompeu Fabra, sobre las diferencias entre el sistema estadounidense y el español, respecto a la publicidad de sus sentencias y de los antecedentes penales de las personas; JACOBS/LARRAURI PIJOAN, *InDret*, 2010, pp.1-52.

1. Si bien hay antecedentes de registros de delincuentes sexuales que se remontan al año 1947³⁴³, fue recién en 1990 cuando se promulgó la primera ley moderna y se introdujo el sistema de notificación a la comunidad. En efecto, en el marco de las leyes para delincuentes sexuales violentos conocidas como “*sexually violent predator laws*”, previamente analizadas³⁴⁴, el estado de Washington sancionó la “*Community Protection Act*” en aquel año. Esta norma es reconocida, tanto por haber introducido la versión moderna de la internación civil indefinida en el Derecho estadounidense, como así también por ser la primera reglamentación en contener registros públicos de delincuentes sexuales o bien de notificación a la comunidad³⁴⁵.

2. En los fundamentos de la “*Community Protection Act*”, se puso de manifiesto que las personas condenadas por delitos contra la integridad sexual tenían una “reducida expectativa de privacidad”, en virtud de un interés general por la seguridad pública. En virtud de ello, se advirtió que dar a conocer la información sobre los *depredadores* sexuales a las agencias públicas o -en circunstancias limitadas- al público en general sería necesario para cumplir con tal objetivo, haciendo hincapié en el alto riesgo que tienen los delincuentes sexuales de reincidir, una vez puestos en libertad³⁴⁶.

3. La norma se insertó dentro del título cuarto -“*civil procedure*”- del “*Washington Code*”, expresando que las agencias públicas estarían autorizadas a revelar información al público relativa a los delincuentes sexuales cuando se considere que ello sea relevante y necesario para proteger al público y contrarrestar el peligro generado por el delincuente en particular³⁴⁷.

³⁴³ California sancionó la primera ley de registro de delincuentes sexuales en el año 1947; cfr. PEARSON, *NCJ-168962*, 1998, p. 45, sin perjuicio de que a nivel municipal ya existían desde comienzos de la década de 1930 ordenanzas en algunos condados de dicho estado, relativas a registros de condenados por catálogos de delitos más amplios; LOGAN, *Knowledge as power*, pp. 20-30. Para un estudio histórico de las leyes de registro de delincuentes en Estados Unidos, ver AAVV, *University of Pennsylvania Law Review*, 1954, p. 60; y LOGAN, *Knowledge as power*, pp. 20-48.

³⁴⁴ Ver Capítulo IV.

³⁴⁵ PEARSON, *NCJ-168962*, 1998, p. 45.

³⁴⁶ *Laws of Washington 1990*, chapter 3 §117. Nuevamente se insiste con el término *depredadores* para designar a los delincuentes sexuales. Véase el análisis que hace SIMON, *Law & Social Inquiry*, 2000, pp. 1138-1139, sobre esta “forma no humana de peligro”.

³⁴⁷ *Washington Revised Code Annotated* §4.24.550(1).

4. Si bien fue el estado de Washington el primero en introducir el registro de delincuentes sexuales y las notificaciones a la comunidad, fue la versión del estado de New Jersey la que popularizó estos institutos³⁴⁸.

V.1.A.b. La ley de New Jersey -“*Megan’s law*”-.

1. Megan Kanka fue una niña de siete años de New Jersey violada y asesinada, el 29 de julio de 1994, por Jesse Timmendequas, una persona con condenas anteriores por delitos contra la integridad sexual que vivía en la misma calle que la familia Kanka³⁴⁹. El reclamo inmediato de sus padres -multiplicado por grupos activistas- consistió en que si hubieran sabido de los antecedentes del vecino, su hija no hubiera estado jugando sola en la calle y, por ende, no estaría muerta³⁵⁰. La argumentación pasó a ser uno de los fundamentos de las leyes de registro y notificación de delincuentes sexuales: era necesario mantener informada a la comunidad de los delincuentes sexuales que habitaban su barrio, para que pudieran desplegar las medidas preventivas necesarias para su protección y la de sus familias.

2. El 31 de octubre de 1994, tres meses después del homicidio, el Gobernador de New Jersey promulgó un paquete de nueve leyes referidas todas ellas a los delincuentes sexuales, las cuales son conocidas colectivamente como “*Megan’s law*”³⁵¹, entre las que se incluyó el sistema de registro de delincuentes sexuales y notificación de sus datos a la comunidad³⁵².

³⁴⁸ *New Jersey Statutes Annotated* § 2C, cfr. WINICK, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, p. 509.

³⁴⁹ CRIMALDI, *Rutgers Law Journal*, 1995, p. 169. Ver también <http://www.megannicolekankafoundation.org/> (última visita 20/05/2017).

³⁵⁰ Cfr. SIMON, *Law & Social Inquiry*, 2000, p. 1140; y LOGAN, *Knowledge as power*, p. 55.

³⁵¹ Para un análisis del significado de designar una ley mediante el nombre de una víctima véase SIMON, *Law & Social Inquiry*, 2000, pp. 1136-1138.

³⁵² Las mismas incluyeron la notificación a la comunidad cuando una persona condenada por un delito sexual sea liberada de prisión; el registro de los delincuentes sexuales; la internación civil indefinida; aumentos de pena para los delitos violentos cometidos contra niños; el agregado de un agravante de pena de muerte para estos casos, cuando la víctima tenga menos de quince años; el requisito de que los condenados que estén cumpliendo pena cooperen con el tratamiento para que puedan gozar de la libertad condicional; un caso de condena a vigilancia perpetua en la comunidad y registros de ADN; cfr. CRIMALDI, *Rutgers Law Journal*, 1995, pp. 169-170.

3. En lo que respecta a la notificación, se expresó que cuando un delincuente sexual pretendiera mudarse o instalarse en un barrio determinado, -luego del obligado registro que tuviere que cumplir- las autoridades policiales de esa jurisdicción deberían informar la novedad a los vecinos de la comunidad. A fin de determinar en qué casos se debía notificar, la ley estableció, por un lado, un listado de delitos que daban lugar a la notificación y, además, por otro lado incluyó un sistema de tres niveles de riesgo -leve, moderado y alto- que determinaban el alcance de la notificación, según será analizado más adelante.

V.1.A.c. El sistema federal y su evolución: “*The Jacob Wetterling Act*”, “*The Pam Lychner Act*” y “*The Adam Walsh Act*”.

V.1.A.c.1. “*The Jacob Wetterling Act*”³⁵³.

1. Jacob Wetterling fue un niño de once años secuestrado por un hombre armado, en el año 1989 en el estado de Minnesota, que nunca más apareció, ni tampoco pudo identificarse a ningún responsable. A raíz de ello, la madre del niño se convirtió en activista por los niños desaparecidos, impulsando reformas legislativas estatales en la materia e instituyendo una fundación con creciente influencia a nivel nacional. En honor a su hijo se basó un proyecto de ley federal de registro de delincuentes sexuales, presentado por un Senador republicano ante el Congreso de la nación, en el año 1991. Sin embargo, su sanción no sería efectiva sino hasta el 13 de septiembre de 1994, incluyendo la opción para los estados de incluir la modalidad de notificaciones a la comunidad³⁵⁴.

³⁵³ U.S.C. título 42, capítulo 136, §14071, conocida como “*Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexual Violent Offender Registration Program*”.

³⁵⁴ Cfr. LOGAN, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p 5; y *Knowledge as power*, pp. 55-59, quien agrega que al momento de promulgar la ley, el presidente Bill Clinton lo hizo junto a la madre de Megan Kanka. Ver también el trabajo de la fundación que lleva el nombre de

2. La norma estableció un plazo de tres años, dentro del cual los estados deberían implementar el registro de delincuentes sexuales. Asimismo, para el caso de incumplir con dicho plazo, se fijó una sanción que consistía en una quita del 10% de los fondos federales remitidos para prevención del delito³⁵⁵. Menos de un año después, en julio de 1995, se propuso una reforma que dispusiera la obligatoriedad para todos los estados de implementar la modalidad de registros públicos con notificación a la comunidad. Aprobada la norma fue finalmente promulgada en mayo de 1996³⁵⁶.

3. Cabe observar que, en la actualidad, la totalidad de los estados adoptó estatutos sobre la obligatoriedad del registro de delincuentes sexuales y notificación a la comunidad³⁵⁷. Respecto a su aplicación, llama la atención su evolución a lo largo de los años. Hacia 2001 se calculó que el número de personas registradas en la totalidad de los estados era de 386.000³⁵⁸. Luego, en 2006 se reveló que la cifra era de 558.824³⁵⁹. Seis años después, en 2012, los datos estimaron una cantidad de 747.408 registrados y, finalmente, en 2015 la cifra llegó a 843.260 personas³⁶⁰.

V.1.A.c.2. “The Pam Lychner Act”³⁶¹.

Jacob Wetterling, <http://www.gundersenhealth.org/ncptc/jacob-wetterling-resource-center> (última visita 20/05/2017).

³⁵⁵ U.S.C. título 42, capítulo 136, §14071(g).

³⁵⁶ LOGAN, *Knowledge as power*, p. 60, indicando que al momento de promulgar la norma, el presidente Clinton nuevamente lo hizo con padres de víctimas, en este caso los padres de Megan Kanka, la madre de Jacob Wetterling y el padre de Polly Klass -una niña de doce años secuestrada y asesinada en California por una persona que contaba con antecedentes penales-.

³⁵⁷ Cfr. LOGAN, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p 6 y LOGAN, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, pp. 337-338. Ver también, LA FOND, *Preventing sexual violence. How society should cope with sex offenders*, p. 86.

³⁵⁸ El mismo fue realizado en el año 2001; cfr. LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 87.

³⁵⁹ NIETO/JUNG, *California Research Bureau* 06-008, 2006, pp. 11-12.

³⁶⁰ Los últimos censos (2011 y 2015) fueron realizados por el instituto “National Center for Missing & Exploited Children” -NCMEC- (véase su página de Internet www.missingkids.com -última visita 23/06/2016). El mapa de la información del censo del año 2015 está disponible en la dirección de Internet http://www.missingkids.com/en_US/documents/Sex_Offenders_Map.pdf (última visita 20/05/2017).

³⁶¹ 42 U.S.C. § 14072 (Pam Lychner Sexual Offender Tracking and Identification Act of 1995).

1. Esta ley fue considerada el primer paso para implementar un sistema unificado de registro nacional de delincuentes sexuales³⁶². La misma fue sancionada en el año 1996 y su nombre se debe a una mujer que fue atacada brutalmente por una persona con condenas anteriores, a raíz de lo cual se formó un colectivo de víctimas denominado “*Justice for All*”³⁶³, que abogó por el endurecimiento de las penas y colaboró con la redacción del proyecto para la creación de una base de datos nacional de rastreo de delincuentes sexuales.

2. La ley introdujo una reforma dentro del *U.S. Code*, complementaria de la ley federal de registro de delincuentes sexuales, estableciendo la creación de una base nacional dentro del FBI a fin de rastrear los movimientos de aquellos sujetos. Al igual que en el caso de la *Jacob Wetterling Act*, se estableció que el registro de las personas se extendería por diez años o bien sería perpetuo en casos de reincidencia, comisión de un delito determinado o calificación del sujeto como depredador sexual violento (“*sexually violent predator*”). Del mismo modo, se fijaron obligaciones de verificación de datos y la posibilidad de notificar a la comunidad. Asimismo, se estableció la obligación de los estados de informar al FBI de cualquier cambio en los datos de dichas personas.

3. Finalmente, se previó un marco de pena para los casos de incumplimiento de las obligaciones de registro que se fijó en un máximo de un año de prisión o de diez si fuere reincidente en el incumplimiento.

V.1.A.c.3. “*The Adam Walsh Act*”³⁶⁴.

³⁶² Cfr. LOGAN, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p 6.

³⁶³ Ver, <http://www.jfa.net/> (última visita, 20/05/2017).

³⁶⁴ *Public Law* 109-248, sancionada el 27/07/2006, 120 Stat. 587 (*Adam Walsh Child Protection and Child Safety Act of 2006*). La entrada en vigencia de la norma se fijó para 27/07/2009, cfr. 42 U.S.C. 14071 (sección 129 (b), título I, subtítulo A de la ley). Me referiré a su articulado indicando el párrafo y sección como quedará inserto en el *U.S.C.*

Adam Walsh fue un niño de seis años secuestrado y asesinado en el año 1981 en Florida. Sus padres se convirtieron en activistas por la protección de los niños. En homenaje a su hijo se nombró la ley de esta manera; cfr. LOGAN, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p. 7, nota 21.

1. En los años siguientes se fueron sancionando diversas modificaciones al sistema federal de registro de delincuentes sexuales, debiéndose destacar la reforma ocurrida en el mes de julio de 2006, cuando se sancionó un proyecto de ley republicano que, en lo que aquí interesa, introdujo importantes reformas al sistema con el reconocido propósito de mayor protección de la comunidad contra el delito sexual³⁶⁵. En el título primero de la ley (conocida con la sigla “SORNA” -“*Sex Offender Registration and Notification Act*”), quedó redactado un sistema federal con las pautas mínimas obligatorias que los estados deben cumplir en esta materia, actualizando de esta manera las anteriores previsiones incluidas en las “*Jacob Wetterling Act*” y “*Pam Lychner Act*”.

2. Del contenido de la norma se destaca, en primer lugar, la conversión en delito federal -con una pena de hasta diez años de prisión- del incumplimiento de la obligación de registrarse o de notificar los cambios de domicilio o mudanzas de un estado a otro por parte del delincuente sexual.

2.a. Se presentó un debate con relación a este delito, ya que pretendió aplicarse a quienes se hubiesen mudado de un estado a otro, aun antes de la sanción de la ley. En efecto, antes de la sanción de esta norma, un ex convicto registrado de Alabama se mudó a Indiana, en donde no estaba obligado a registrarse en función del delito cometido. Años después, a raíz de una pelea, la policía detectó sus antecedentes y lo procesó por el delito federal de no dar aviso en caso de mudarse de un estado a otro por parte de un delincuente sexual.

2.b. El planteo de la defensa argumentaba que el ex convicto había viajado de un estado a otro con anterioridad a la sanción de la norma, por lo que no le era aplicable retroactivamente. El Tribunal Federal que revisó el caso consideró que el delito era de aplicación aun en casos de viajes interestatales previos a la sanción de la ley, ya que el objetivo de ésta había sido justamente el de evitar que los agresores sexuales buscaran jurisdicciones más beneficiosas en materia de registro y quedasen exentas del mismo.

2.c. La Suprema Corte de Justicia³⁶⁶ revocó el fallo y declaró que el delito era aplicable únicamente a quienes viajasen de un estado sin registrarse con posterioridad a la sanción de la norma. En sus fundamentos destacó que no podía utilizarse como criterio para la aplicación retroactiva de la norma la circunstancia de que su finalidad era prevenir a los ex convictos, que habían eludido las exigencias de registrarse, buscando jurisdicciones ajenas.

³⁶⁵ Cfr. 42 U.S.C. §16901.

³⁶⁶ SCOTUS, de 1 de junio de 2010 (ponente Sotomayor) (“*Carr v. US*”).

En tal sentido, la norma era clara y penalizaba a “quienes viajen de un estado a otro” y “deliberadamente incumplan con la obligación de registrarse o de actualizar sus datos”.

2.d. En virtud de ello, esta redacción no incluía a casos como el del recurrente que -antes de la sanción de la norma- se había mudado de un estado y no se había registrado en su nuevo lugar de residencia, ya que las normas locales no le obligaban a hacerlo.

3. En segundo lugar, la reforma estableció a nivel federal un sistema de clasificación de delincuentes sexuales basado exclusivamente en el delito cometido (*offense-based approach*)³⁶⁷. Dicha clasificación fijó, a su vez, los criterios para el tratamiento del delincuente sexual según su nivel de peligrosidad. En este sentido, como se verá más adelante³⁶⁸, el encuadre de un sujeto dentro de uno de los tres niveles significará un específico régimen de registro y notificaciones.

4. Se destaca, además, que esta norma dispuso la creación de una página de Internet nacional, administrada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, que pasó a nuclear toda la información de los delincuentes sexuales registrados por jurisdicción³⁶⁹. Asimismo, siguiendo la línea fijada en la “*Jacob Wetterling Act*”, se estableció un plazo de tres años para que los estados adecuasen sus sistemas a los requisitos aquí establecidos, expresando que en caso de incumplimiento se les recortaría un 10% en el envío de específicos fondos federales³⁷⁰.

5. Finalmente se destaca que, en cumplimiento de lo establecido en la ley, el Procurador General de la Nación creó una guía nacional que interpretaba y fijaba los criterios establecidos en la ley con alcance nacional³⁷¹.

³⁶⁷ Cfr. 42 U.S.C. §16911. Para un análisis de este punto de la ley véase LOGAN, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, pp. 7-15, quien considera acertado que como sistema actuarial de nivelación de riesgos se base únicamente en el delito cometido.

³⁶⁸ *Infra* V.1.C.a y b.

³⁶⁹ 42 U.S.C. §16918-16920. La página de Internet lleva el dominio <http://www.nsopw.gov>, “*National Sex Offender Public Website*” (última visita 20/05/2017) e incluye aplicativos para dispositivos o teléfonos móviles, facilitando la localización de delincuentes sexuales en cualquier lugar del país. La página de Internet recibió el nombre de Dru Sjodin, quien fue violada y asesinada a los veintidós años, en North Dakota en el año 2003, por una persona con condenas anteriores por delitos sexuales y quien, a raíz de este delito fue condenado a muerte en septiembre de 2006.

³⁷⁰ 42 U.S.C. §16924-16925.

³⁷¹ “*The National Guidelines for Sex Offender Registration and Notification*”, publicada en julio de 2008 (ver <http://ojp.gov/smart/guidelines.htm> -última visita 20/05/2017).

V.I.B. Objetivos del sistema de registro de delincuentes sexuales.

1. Se considera que el registro de delincuentes sexuales tiene un triple objetivo. Primero, evitar que los delincuentes sexuales cometan nuevos delitos (componente preventivo). Se piensa que los sujetos registrados serán menos propensos a delinquir en la medida en que sus datos completos y actualizados se encuentran en manos de las autoridades policiales, aumentando por ello las probabilidades de detección. Piénsese por ello en la importancia preventiva que tiene el sistema en materia de registros de ADN, a consecuencia del cual “*individuos cuyo ADN está registrado saben que si dejan un solo pelo en la escena del crimen, es probable que ello lleve a su arresto y condena*”³⁷².

2. En segundo lugar, se observa que el objetivo de estas leyes es el de colaborar con las autoridades policiales en la investigación de delitos sexuales (componente policial o de investigación). De esta manera, se entiende que el sistema de registro de delincuentes sexuales permite tenerlos ubicados desde su reinserción en la comunidad y contar con una muestra de su ADN, con lo cual, cuando ocurra un delito contra la integridad sexual en una jurisdicción, las autoridades policiales tendrán a mano la información completa de todas las personas con antecedentes por delitos similares en esa zona. Finalmente, el registro sirve como base para generar el sistema de notificaciones a la comunidad respecto de los delincuentes sexuales que residen en las respectivas jurisdicciones (componente de advertencia)³⁷³.

3. En el caso del régimen de notificaciones a la comunidad se observa que su objetivo es netamente preventivo. Se trata de advertir al público que una persona condenada por un delito sexual reside en las cercanías, permitiendo asumir actitudes proactivas de protección hacia sus familias. Se entiende que con esta información, las

³⁷² DONOHUE, *The Milken Institute Review*, 2005, p. 57.

³⁷³ Cfr. U.S. Department of Justice, *The National Guidelines for Sex Offender Registration and Notification, Final Guidelines*, Junio 2008, p. 3. Ver también LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 88 y ZIMRING, *An american travesty*, p. 145.

personas podrán evitar el contacto con los delincuentes sexuales y, asimismo, se podrán reportar actividades riesgosas que prevengan eventuales acciones delictivas. En virtud de ello, se cree que la circunstancia de que la comunidad esté advertida de este modo implicará menores oportunidades delictivas y aumentará la sensación de seguridad de las personas³⁷⁴.

V.I.C. Requisitos - modalidades.

1. Para poder explicar mejor los requisitos de este modelo de registro de delincuentes sexuales, diferenciaremos la exposición entre el sistema de registro de los condenados y el propio de notificación a la comunidad.

V.1.C.a. Registro de delincuentes sexuales.

1. De acuerdo a lo establecido en la ley federal, que constituye un marco mínimo en la reglamentación, desde el momento en que un condenado por un delito sexual violento o cometido contra un menor quede en libertad (sea condicional o definitiva), o bien sea juzgado y condenado sin que se le imponga pena de cumplimiento efectivo, deberá consignar ante un oficial sus datos personales dejando registro de sus huellas dactilares, muestra de ADN, una fotografía y otros requerimientos³⁷⁵. También se formará un legajo con sus antecedentes y documentación relativa al tratamiento que haya recibido, en caso de ello haber sucedido. Asimismo, el

³⁷⁴ LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 90.

³⁷⁵ Entre los datos requeridos por las legislaciones figuran nombre, alias, número de servicio social, domicilio, lugar de empleo o estudios, licencia de conducir, patente y descripción de cualquier vehículo que maneje, descripción física, delito cometido, antecedentes, fotografía, huellas dactilares y muestra de ADN; cfr. 42 U.S.C. §16914. En otros casos se solicita, además, todas las direcciones de correo electrónico de la persona, sus alias u otros identificadores para acceder a páginas de Internet o comunicarse mediante éstas; cfr. *Louisiana Revised Statutes* § 15.542.C.(1)m y *Kansas Statutes Annotated* §22-4907(a)16.

registrado quedará obligado a informar de cualquier cambio en sus datos de residencia, en especial si se muda de estado, caso en el que deberá reportarse ante la comisaría del domicilio que deja y en la correspondiente al estado al que se muda. Toda esta información deberá ser enviada de inmediato a la comisaría o agencia estatal correspondiente al domicilio en que residirá la persona. Del mismo modo se enviarán los datos a la Agencia Federal de Investigaciones (FBI)³⁷⁶.

2. En cuanto a la obligación de registrarse, generalmente las leyes refieren que las personas deben concurrir personalmente a las agencias jurisdiccionales dentro de un plazo previsto específicamente a partir del día de su liberación, de su condena, de la mudanza de estado, de cambio de sus datos o del lugar de residencia³⁷⁷. En algunos casos también se prevé que el sujeto pague un abono anual de registro (*annual registration fee*), para el mantenimiento del sistema de registros³⁷⁸.

3. Los sujetos registrados tienen la obligación de renovar periódicamente su registro, lo cual constituye un mecanismo para comprobar que los datos brindados no hayan cambiado. En este sentido, se encuentran dos formas distintas para establecer la periodicidad de la renovación. En primer lugar, los plazos se establecen de acuerdo al nivel de peligrosidad de la persona. Se verá, a continuación, cómo las leyes suelen utilizar un sistema actuarial de clasificación de las personas según tres niveles de riesgo. Así, la ley federal establece que los sujetos del nivel I deberán concurrir anualmente a la comisaría de la jurisdicción a confirmar sus datos; los del nivel II harán lo mismo cada seis meses, mientras que los del nivel III deberán hacerlo cada tres meses³⁷⁹. En segundo lugar, se observan leyes que fijan un plazo general de

³⁷⁶ U.S.C. título 42, capítulo 136, §14071(b). Ver también 42 U.S.C. §16917.

³⁷⁷ Ver por ejemplo la ley de Louisiana que establece un plazo de tres días hábiles a partir de la condena, la liberación o la mudanza; cfr. *Louisiana Revised Statutes* § 15.542.C(2) y 542.1.2.

³⁷⁸ Como ocurre en la ley de Louisiana, cfr. *Louisiana Revised Statutes* § 15.542.D. En este caso el abono anual es de U\$S 60 y su incumplimiento es tratado como si fuera el incumplimiento de la obligación de registrarse. Lo mismo ocurre en Kansas, ver *Kansas Statutes Annotated* §22-4904(e).

³⁷⁹ 42 U.S.C. §16916. Es interesante el caso de Washington que establece que los sujetos encuadrados en los niveles II y III deberán concurrir cada noventa días a revalidar sus datos aunque luego de cinco años podrán solicitar al máximo Tribunal del condado, que los releve de la obligación de renovación, cfr. *Washington Revised Code Annotated* § 9A.44.130 (7).

renovación del registro sin vincularlo a niveles de riesgo o peligrosidad, estableciendo, por ejemplo, que los sujetos deben concurrir tres veces al año³⁸⁰.

4. Respecto a la duración de la obligación de registrarse, la “*Jacob Wetterling Act*” había establecido, como plazo general, el de diez años desde que la persona quedó en libertad (sea condicional o definitiva), que a su vez se transformaba en perpetua si era reincidente o si era considerado un “*sexually violent predator*”³⁸¹. Sin embargo, la reforma operada en 2006 por la “*Adam Walsh Act*” modificó los plazos en función del nivel de peligrosidad del delincuente sexual, considerando que para el nivel I, el plazo sería de quince años, para el nivel II de veinticinco y para el nivel III sería perpetuo. Asimismo, estableció la posibilidad de disminuir la duración del registro por buena conducta durante un plazo determinado que difiere según el nivel de peligrosidad en el que haya sido clasificado el sujeto³⁸².

5. Finalmente, la ley federal establece que el incumplimiento de las obligaciones de registro impuestas por parte del delincuente será considerado un delito federal³⁸³.

V.1.C.b. Notificación a la comunidad.

1. Tal como se explicó más arriba, en su redacción original de 1994, la ley federal se limitó a establecer que los estados podían revelar la información contenida en los registros cuando ello fuere necesario para proteger al público de una persona en particular³⁸⁴. De esta manera se advertía que el estado federal permitía pero no obligaba las notificaciones a la comunidad³⁸⁵.

2. Ello cambió, como se refirió, en el año 1996 cuando la invitación se transformó en un mandato, a raíz de una reforma legislativa que estableció que los estados debían

³⁸⁰ Como es el caso de Kansas, cfr. *Kansas Statutes Annotated* §22-4904(c).

³⁸¹ Idem. El procedimiento y las causas para ser considerado “*sexually violent predator*” son similares a las vistas en el capítulo IV.

³⁸² 42 U.S.C. §16915.

³⁸³ Ver U.S.C. título 42, capítulo 136, §14071(d) y título 18, capítulo 109B § 2250.

³⁸⁴ U.S.C. título 42, capítulo 136, §14071(e).

³⁸⁵ Cfr. LOGAN, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p. 5.

dar a conocer la información en aquellos casos que fuere necesario para la protección de la comunidad³⁸⁶. Siete años después, una nueva reforma estableció que los estados debían, además, contar con páginas de Internet proveyendo la información al público³⁸⁷.

3. Los regímenes de notificación a la comunidad suelen estar basados en sistemas actuariales de clasificación de riesgos. Tradicionalmente, por intermedio de éstos se evalúa a la persona en función de una lista de factores (como por ejemplo, número de antecedentes, edad del delincuente, edad de las víctimas, uso de violencia, tratamiento recibido, tiempo transcurrido entre un hecho y el siguiente, etc.), que determina un puntaje específico que lo coloca en un nivel u otro. Por lo general, las leyes “*Megan*” prevén una clasificación de tres niveles -bajo, medio y alto- y expresan que en el nivel I (bajo riesgo) únicamente se revelará la información a agencias policiales o judiciales; en el nivel II (riesgo medio) se notificará a las escuelas, guarderías y comunidades de riesgo; en el nivel III (riesgo alto) se notificará la información a la comunidad y a los medios de comunicación³⁸⁸.

3.a. Asimismo, se suelen citar cuatro modelos de notificación, según los distintos sistemas y modalidades previstos para notificar³⁸⁹.

3.b. (i) Modelos basados en una determinación individual del riesgo. En estos casos, la ley confiere discrecionalidad a una agencia jurisdiccional determinada para que decida qué delincuentes serán pasibles de notificación y cuán extensa será ésta. Generalmente, la determinación se hace en base a sistemas actuariales de clasificación de riesgos por niveles sugeridos en los estatutos locales, o encargados por éstos a los Fiscales generales u otras autoridades. En función de ello, las leyes indican al estado que efectúe una clasificación del

³⁸⁶ Véase *Public Laws*, 104-145, 1996. Ver, también, LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 86, nota 6.

³⁸⁷ Véase *Public Laws*, 108-21 §604(a), 2003, conocida como “PROTECT ACT”. El término *protect* además de hacer alusión al verbo “proteger”, significa “*Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today*”; cfr. LOGAN, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p. 6, nota 20.

³⁸⁸ Cfr. LA FOND, *Preventing sexual violence*, pp. 91-92. Ver también ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 12.

³⁸⁹ FINN, *NCJ 162364*, 1997, p. 5.

sujeto en un nivel de riesgo determinado y a partir de ahí resuelva la necesidad de notificar sus datos a la comunidad³⁹⁰.

3.c. (ii) Modelos basados en categorías determinadas por la ley³⁹¹. En estos supuestos es la ley la que fija un sistema de clasificación de niveles de riesgo, en la cual diferencia unos delinquentes de otros. Por lo tanto, aquí las agencias jurisdiccionales se limitan a cumplir con las directivas impuestas legalmente, las que definen los alcances de las notificaciones en cada caso. Se incluyen en esta categoría aquellos casos en los que la ley directamente dispone que todos los sujetos registrados sean susceptibles de notificación a la comunidad³⁹².

3.d. (iii) Sistemas de auto-notificación³⁹³. Este supuesto refiere a los casos en los que es el propio delincuente quien deberá notificar a la comunidad cuando correspondiere. Se prevé por ello que el sujeto ponga un aviso en el diario local, informe personalmente en las escuelas y envíe cartas a los vecinos en un radio determinado. Generalmente se establece que ello se lleve a cabo mediante la supervisión de agentes designados.

3.e. (iv) Sistema de notificación a requerimiento³⁹⁴. Bajo este sistema, son los vecinos de la comunidad quienes deberán tomar la iniciativa de requerir la información sobre residentes con antecedentes por delitos sexuales. Es decir, que la información no es trasladada al público hasta el momento en que alguien la reclama. Si bien podría advertirse que este sistema no cumple con los objetivos del sistema de notificación a la comunidad, lo cierto es que la expansión del uso de Internet como medio de comunicación, que incluye información sobre registros de delinquentes sexuales a cualquier persona en el mundo, amplió

³⁹⁰ Éste es el caso de Washington que establece una guía a modo de sugerencia para que las agencias utilicen. La misma expresa que en los casos de nivel de riesgo I se compartirá la información con otras agencias policiales o judiciales o bien con las escuelas a las que el sujeto pudiere atender en caso de ser estudiante. Asimismo, en caso de requerimiento podrá compartir la información con la víctima o testigos del hecho por el que la persona fue condenada e incluso con vecinos de la comunidad. Para el nivel II se establece que la información será transmitida a escuelas, guarderías, bibliotecas y organizaciones vecinales o comunales cercanas al domicilio del sujeto. Finalmente, para el nivel III se establece que la información será transmitida al público en general, cfr. *Washington Revised Code Annotated*, § 4.24.550(3).

³⁹¹ Es el caso de la ley federal del año 2006 “*Adam Walsh Act*” que, como se vio más arriba, establece un sistema de clasificación en función del delito cometido.

³⁹² Cfr. *Kansas Statutes Annotated* §22-4909.

³⁹³ Se cita como ejemplo la ley de Louisiana, en la que el sujeto debe notificar él mismo a sus vecinos, comunidades educativas, responsables de parques y otras personas designadas, en donde les informa su nombre, dirección y delito por el que se lo condenó, todo ello supervisado y monitoreado por un oficial. Ver *Louisiana Revised Statutes* § 15.542.1 y ver FINN, *NCJ* 162364, 1997, p. 3.

³⁹⁴ Alaska es un ejemplo de este supuesto, ya que si bien establece que la información estará disponible a requerimiento del público -que incluso deberá abonar una tasa de U\$S 10-, también establece que se proveerá de una página de Internet que informe cómo acceder a los datos a través de la red; ver *Alaska Statutes* §18.65.087.

notablemente los alcances de este sistema de advertencia. En este sentido, por más que se encuentre una ley que establezca un sistema de notificación a requerimiento, lo cierto es que a raíz de lo previsto en las leyes federales, los estados deben asegurar que la información esté disponible en Internet³⁹⁵.

4. Respecto a la forma en que se lleva a cabo la notificación, se destacan algunas modalidades activas como: las visitas “puerta por puerta” de la policía a fin de informar a los vecinos, el reparto de folletos, el envío de avisos por correo, noticias en los medios o reuniones vecinales. Por otro lado, se observan estrategias pasivas, como los sitios de Internet o la instalación de servicios de telefonía “0800”, para que sean los propios ciudadanos quienes se comuniquen a fin de informarse³⁹⁶.

V.2. Modelo de registro de delincuentes sexuales sin acceso público.

1. Del análisis de Derecho comparado efectuado, no se ha encontrado un modelo de notificación a la comunidad similar al estadounidense. Es por ello por lo que, en este apartado, se agruparán algunos sistemas legislativos relativos únicamente al sistema de registro de delincuentes sexuales.

V.2.A. España.

1. Entre los años 2009 y 2015 se ha observado una marcada evolución normativa en España que pone de manifiesto que, actualmente, existe un sistema original y consolidado de registro de delincuentes sexuales. Sin embargo, debe puntualizarse que a diferencia del modelo estadounidense, se trata aquí de un modelo de registro de agresores sexuales sin acceso público, aunque se verá que en algunos casos es

³⁹⁵ Cfr. 42 U.S.C. §16918.

³⁹⁶ LOGAN, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 338.

necesario acreditar frente a terceros la no inclusión en el mismo. Rige, en tal sentido como principio general lo dispuesto por el artículo 136.4 del CPE, cuando refiere que las inscripciones de antecedentes penales en las distintas secciones del Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas³⁹⁷. En este sentido, la norma aclara que sólo se emitirán certificaciones de los antecedentes de una persona, con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la ley. En todo caso, se librarán las que soliciten Jueces o Tribunales.

1.a. Con relación al secreto de la información pública de condenados, es interesante destacar una iniciativa ocurrida en el año 2001, cuando el gobierno de Castilla-La Mancha promulgó la ley 5/2001, de 17 de mayo -de prevención de malos tratos y protección a las mujeres maltratadas-, conocida como “Ley Bono”³⁹⁸. En su exposición de motivos se advirtió sobre la necesidad de “garantizar la publicidad de la justicia y el conocimiento de las sentencias firmes en este tipo de delitos”. Dicha norma contemplaba la obligación del Gobierno de realizar un informe anual y remitirlo a las Cortes, que incluyera los datos de sentencias condenatorias firmes, recaídas por delitos de violencia doméstica. Si bien esta norma no guarda relación con los delincuentes sexuales ni tampoco devino en la implementación de un sistema de registro público de condenados, lo cierto es que su sanción generó interesantes debates mediáticos y doctrinarios sobre la legitimidad y razonabilidad de dar a publicidad los datos de las personas condenadas³⁹⁹.

2. No debe perderse de vista que la evolución va en línea con una exigencia nacida del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños, contra la explotación y el abuso sexual sancionado el 25 de octubre de 2007⁴⁰⁰. En el mismo,

³⁹⁷ Nótese que el Registro Central de Penados y Rebeldes es uno de los seis Registros que componen el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ), creado en 2009. El Registro Central de Delincuentes Sexuales -que será desarrollado a continuación- también forma parte del SIRAJ, introducido por el Real Decreto 1111/2015 (disposición final primera).

³⁹⁸ En relación con José Bono Martínez, quien fuera Presidente de la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha entre los años 1983 y 2004.

³⁹⁹ Resulta imprescindible, en este sentido, el trabajo de PEREZ TRIVIÑO, “Penas y vergüenza”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2000, p. 343-360. Véase una recopilación de las opiniones críticas en JACOBS/LARRAURI PIJOAN, *InDret*, 2010, p. 18. También se analizan allí diversas posiciones adoptadas por la Asociación Española de Protección de Datos (AEPD), generadas por la publicación de sentencias penales de maltratadores (pp. 18-19). Véase también ALONSO RIMO, *Revista General de Derecho Penal*, 2012, pp. 3-4.

⁴⁰⁰ Ratificado el 22/07/2010, BOE núm. 274, de 12/11/2010. También debe mencionarse la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y

se previó expresamente que cada Parte adoptaría “las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio” (art. 37).

3. El primer paso en la evolución del sistema debe ubicarse con fecha 6 de febrero de 2009, cuando se creó en España un “Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia” (SIRAJ)⁴⁰¹. El mismo fue diseñado como un sistema de información de carácter no público, para servir de apoyo a los órganos judiciales y policiales e integrado por las bases de datos que surgían de los registros que componían el sistema (arts. 1 y 2)⁴⁰². Respecto a la información contenida en el sistema, se estableció que debía comprender: datos personales completos; órgano judicial que acuerde la resolución (tanto penas como medidas de seguridad); datos personales de la víctima y la condición de menor de edad de la víctima cuando se tratase de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 8 y 9)⁴⁰³.

4. En su exposición de motivos, el Real Decreto fundamentó este nuevo sistema en dos argumentos: en primer lugar, se alegó que estaba pensado para que los Jueces, al momento de dictar sentencia o de decretar suspensiones o sustituciones de penas, pudiesen apreciar las circunstancias personales completas del acusado, incluyendo sus antecedentes y eventuales medidas cautelares que pesaren sobre el mismo⁴⁰⁴. En

la pornografía infantil (2004/68/JAI) que obligó a los Estados a adoptar medidas para garantizar que condenados por delitos sexuales contra menores sean inhabilitados para el ejercicio de actividades profesionales que supongan el cuidado de niños (art. 5.3).

⁴⁰¹ Real Decreto 95/2009, BOE 07/02/2009.

⁴⁰² Al momento de su creación los Registros eran cinco: registro central de penados; registro central de medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes; registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica; registro central de rebeldes civiles; registro central de sentencias de responsabilidad penal de menores. Tal como se explicó más arriba, en 2015 se agregó un sexto: el registro central de delincuentes sexuales.

⁴⁰³ Se impuso la obligación a los Secretarios judiciales, del órgano que dictó la resolución, de ingresar la información de forma inmediata al Registro Central (art. 13).

⁴⁰⁴ Los medios de comunicación españoles advirtieron, a partir de aquí, que la creación del registro obedeció a evitar “otro caso Mari Luz”, (Véase Diario *El País* del 07/02/2009, p. 15 -“Aprobado un registro judicial para evitar otro caso Mari Luz”-; y *La Vanguardia* del mismo día, p.22 -“El Gobierno

segundo lugar, se sostuvo que “aunque este Registro no esté concebido como registro específico de agresores sexuales, sin duda alguna su puesta en funcionamiento contribuirá a prevenir la especial reincidencia que se produce en estos tipos delictivos. Por otro lado, uno de los objetivos perseguidos es la protección específica de las víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual que sean menores de edad. Así, uno de los aspectos novedosos que reflejará la información contenida en el Registro será precisamente la condición de menor de edad de las víctimas de esta clase de delitos, proporcionando tanto a los Juzgados y Tribunales como a la Policía Judicial, nuevos elementos de conocimiento que permitan una protección más eficaz de los menores”.

5. A diferencia de otros, el sistema de registro español no previó la obligación del condenado de informar los cambios de domicilio que pudiere realizar. En este sentido, la medida pareció más dispuesta a centralizar la información en miras a eventuales decisiones judiciales, que a lograr mayor efectividad en la investigación de eventuales delitos sexuales.

6. Este segundo paso en la evolución fue complementado, en el año 2010, con la introducción al Código Penal de la medida de seguridad de la libertad vigilada (LO 5/2010⁴⁰⁵), que estableció la posibilidad de imponer ciertas restricciones a las personas condenadas por esta clase de delitos, que debían ser cumplidos por un plazo determinado a partir de que recuperen su libertad. Estas restricciones, además, deberían ser anotadas en el Registro central, por formar parte de la sentencia y así podrían ser controladas por las autoridades judiciales o policiales que lo requirieran.

crea un registro para evitar otro caso Mari Luz”-), haciendo mención al homicidio de Mari Luz Cortés, a comienzos de 2008, siendo su presunto autor una persona con antecedentes por delitos sexuales contra menores. En efecto, resultó que el autor había sido condenado, previamente, en 2002 a la pena de dos años y nueve meses de prisión, por haber abusado sexualmente de su hija de cinco años, aunque no se había ejecutado la sentencia porque el acusado se encontraba con paradero desconocido. A partir de ello se valoró que el asesinato de Mari Luz pudo haberse evitado si, en su momento, se hubiese dictado una orden de detención contra el presunto autor para evitar que esté en libertad durante el proceso, o bien, si el modelo español contemplare medidas más restrictivas para sujetos condenados por delitos sexuales. De hecho, pocos días después de la aparición del cuerpo de la menor, ya se destacaba que el Gobierno estaba proyectando un registro de delincuentes sexuales para poder controlarlos; cfr. Diario *El Mundo* del 30/03/2008 (<http://www.elmundo.es/elmundo/2008/03/30/espana/1206882264.html>) (última visita 20/05/2017).

⁴⁰⁵ LO 5/2010, de 22 de junio de 2010.

7. En este sentido, dentro de la regulación de la libertad vigilada, prevista especialmente para personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 96.3.3ª y 192.1 CPE), se destaca la posibilidad de imponer, por un plazo de hasta diez años, la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez establezca (art. 106.1.b); de comunicar inmediatamente al Juez cada cambio de lugar de residencia o de puesto de trabajo (art. 106.1.c); la prohibición de ausentarse del lugar adonde resida o de un determinado territorio (art. 106.1.d); la prohibición de residir en determinados lugares (art. 106.1.h).

8. Un tercer y último eslabón se introdujo en diferentes reformas ocurridas en el año 2015. En primer lugar, mediante la ya citada reforma de la LO 1/2015⁴⁰⁶, se creó una base de datos policial de datos genéticos, dentro del título VI del CPE correspondiente a las consecuencias accesorias del delito. El mismo se ideó para ciertos delitos -entre los que se incluyen los sexuales- y siempre que pudiera valorarse la existencia de peligro relevante de reiteración delictiva.

8.a. En efecto, se establece en el art. 129 bis que, frente a delitos graves contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o la indemnidad sexuales, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo peligroso para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad o de otra información disponible pueda valorarse que existe una amenaza relevante de reiteración delictiva, el Juez o Tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial.

9. Poco tiempo después, se produjo una reforma esencial a partir de la sanción de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁰⁷. Por intermedio de la misma, se creó un específico “Registro Central de Delincuentes Sexuales”, con el objeto expreso de “hacer posible un seguimiento y control” de las personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, trata de seres humanos o explotación de menores⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015.

⁴⁰⁷ BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015.

⁴⁰⁸ Tal cual surge de su exposición de motivos; BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015. p. 64547.

10. Si bien la norma remite la organización del Registro a la reglamentación que ordena dictar en el plazo de seis meses, deja establecidos los principios fundamentales -en su disposición final decimoséptima- al advertir, en primer lugar, que deberá asegurarse la confidencialidad de la información allí contenida. Luego agrega que la información deberá incluir, al menos, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Finalmente, se refiere a la obligatoriedad de colaborar con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea, para facilitar el intercambio de información en este ámbito.

11. Otra innovación de la norma consistió en la imposición de un requisito obligatorio para el acceso y ejercicio de ciertas profesiones, oficios y actividades que implicasen contacto habitual con menores, de no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexuales, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, la norma refiere que, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales⁴⁰⁹. Pocos meses después se extendió esta obligación a quienes pretendieran desempeñarse como voluntarios en entidades o programas cuyo ejercicio conllevara contacto habitual con menores⁴¹⁰.

12. Finalmente, el 11 de diciembre de 2015 se dictó el Real Decreto 1110/2015⁴¹¹, por el que se reguló el Registro Central de Delincuentes Sexuales y se dispuso su implementación a partir del 1 de marzo de 2016. Lo propio se realizó respecto a la expedición del certificado negativo de antecedentes. Con relación al Registro, se expresó que constituye un sistema de información de carácter no público y gratuito, relativo a la identidad, perfil genético, penas y medidas de seguridad impuestas a aquellas personas condenadas en sentencia firme por cualquier delito contra la libertad e indemnidad sexuales (artículo 3.1).

⁴⁰⁹ La obligación se impone en su artículo 8, a partir de la modificación del artículo 13.5 de la LO 1/1996, de Protección jurídica del menor.

⁴¹⁰ Ley 46/2015, de 14 de octubre, de voluntariado; artículo 8, apartados 4 y 5 (BOE, de 15/10/2015).

⁴¹¹ BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2015.

13. Asimismo, la norma reglamentaria puso de manifiesto la doble finalidad del Registro: en primer lugar la de contribuir a la protección de los menores contra la explotación y el abuso sexual, mediante el establecimiento de un mecanismo de prevención que permita conocer si quienes pretenden el acceso y ejercicio de profesiones, oficios y actividades que impliquen el contacto habitual con menores, carecen o no de condenas penales por los delitos a los que se refiere el apartado anterior. En segundo lugar, se advirtió que el Registro tenía como fin facilitar la investigación y persecución de estos delitos y proteger a las víctimas menores de edad de la delincuencia sexual, introduciendo medidas eficaces que contribuyan a la identificación de sus autores y de cooperación con las autoridades judiciales y policiales de otros países (artículo 3.2).

V.2.B. Reino Unido.

1. Gran Bretaña cuenta con su modelo de registro de delincuentes sexuales (*sex offender register*), implementado por la *Sex Offenders Act*, de 1997⁴¹², y reformado luego por la *Sexual Offences Act*, en 2003⁴¹³. El sistema denominado “*Notification requirements for sex offenders*”⁴¹⁴ prevé que todas aquellas personas condenadas por delitos sexuales (ambas leyes establecen un listado particular de delitos -*schedules*-), que estuvieren ejecutando la sentencia al momento de la sanción de la ley, deberán informar a la autoridad policial una serie de datos personales entre los que figuran su domicilio, apodos, fecha de nacimiento y número de seguridad social, dentro de los tres días de dictada la sentencia (§83). Asimismo, se les podrán extraer fotografías y huellas digitales (§87.4.b).

⁴¹² Sancionada el 21/03/1997.

⁴¹³ Sancionada el 20/11/2003. En el verano del año 2000 había ocurrido el secuestro y homicidio de una menor de ocho años de edad, Sarah Payne, con altísima repercusión mediática y que generó iniciativas de reformas, para el endurecimiento del sistema original de 1997. Parte de esas iniciativas se vio reflejada en la reforma de 2003.

⁴¹⁴ Si bien el uso del término “notificación” podría confundir y hacer ver que se trata del modelo de notificaciones a la comunidad, lo cierto es que refiere a la obligación del delincuente sexual de notificar sus datos a las autoridades policiales.

2. Dicha información deberá ser renovada anualmente salvo que haya modificaciones, las cuales deberán ser informadas dentro de los tres días de producidas (§84). Del mismo modo, cuando los sujetos registrados deseen salir del país lo deberán informar previamente (§86).

3. Respecto a la duración de la obligación, se establece una tabla diferenciada en función de la condena recibida. En este sentido, se dispone que si la pena impuesta fue de más de treinta meses de prisión, el registro es indefinido; si fue de entre seis y treinta meses será por diez años; si fue menor a seis meses será por siete años. En el caso de que el autor fuere menor, la duración del período se establece en la mitad (§82).

3.a. Se aclara que la duración indefinida, para ciertos casos, de la obligación de registrarse fue desafiada por una acción judicial de dos condenados que invocaron ante la Justicia que la imposibilidad de solicitar una revisión de la obligación de registrarse, suponía una violación del derecho a la privacidad, previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ello motivó la intervención de la Suprema Corte del Reino Unido, resolviendo que el sistema debía tener prevista alguna posibilidad de revisión de la obligación de figurar en el registro⁴¹⁵. A partir de ello, se introdujeron modificaciones en la reglamentación, previendo un trámite de revisión ante la policía (§88)⁴¹⁶.

Finalmente, se establece que el incumplimiento de las obligaciones de registro puede traer aparejada una pena de hasta cinco años de prisión (§91).

4. Con relación a la circunstancia que la información contenida en el Registro pueda ser accesible a la comunidad, se observa una tendencia en los últimos años a comenzar a publicar los datos de un condenado -incluyendo fotografías- aunque de un modo limitado y circunscripto a la comunidad a la que se reintegra⁴¹⁷. Asimismo,

⁴¹⁵ UK Supreme Court, de 21/04/2010, “R and Thompson (FC) v. Secretary of State for the Home Department” ([2010] UKSC 17)).

⁴¹⁶ THOMAS/THOMPSON, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2012, pp. 274-285.

⁴¹⁷ THOMAS/THOMPSON, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2010, pp. 340-348. En esta línea, aunque de un modo generalizado -no limitado a los delitos sexuales-, en el año 2009, el Gobierno publicó un documento denominado “*Publicising criminal convictions. The importance of telling the public*”, en el que se analizó la importancia de que la comunidad sea informada sobre los actos procesales y las sentencias, que sucedían luego de la comisión de un delito en su área. Véase <http://library.college.police.uk/docs/moj/publicising-criminal-convictions.pdf> (última visita 20/05/2017). En una línea similar, aparecen previsiones civiles de notificación comunitaria que dan a

en materia de delitos sexuales contra menores, a partir del año 2008 se implementó un programa piloto (“*the child sex offender disclosure scheme*”), por el cual se habilitó a quienes fuesen padres o encargados de la guarda o cuidado de menores, a solicitar información de antecedentes en esta materia. Hacia el año 2013, el programa se nacionalizó en todo el Reino Unido⁴¹⁸.

V.2.C. Francia.

1. El Parlamento francés sancionó, en marzo de 2004, una importante reforma penal y procesal penal, cuyo título primero se denominó: “lucha contra las nuevas formas de delincuencia”⁴¹⁹. Entre las novedades que surgieron de esta nueva legislación se destacó el capítulo quinto, de esta primera parte de la norma, que estuvo dedicado a la prevención y represión de la delincuencia sexual, creándose allí el registro judicial nacional automatizado de delincuentes sexuales y violentos (*fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*).

conocer algunos casos en donde existe impuesta una “Orden de restricción a conductas antisociales” (*Anti-social behaviour orders -ASBOs*). Véase información periodística sobre las ASBO, en http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/humber/6105582.stm (última visita 20/05/2017).

⁴¹⁸ Puede encontrarse una guía de acceso a la información en el sitio oficial del Gobierno inglés. <https://www.gov.uk/guidance/find-out-if-a-person-has-a-record-for-child-sexual-offences> (última visita 20/05/2017).

⁴¹⁹ Ley n° 2004-204 de 09/03/2004. Se destaca que el *Conseil Constitutionnel* confirmó la constitucionalidad del registro de delincuentes sexuales mediante su decisión n°2004-492 DC de 02/03/2004, parágrafos 72 a 91. En sus fundamentos comenzó por destacar que el sistema de registro y sus obligaciones no comportan una sanción o pena, sino medidas policiales (*mesure de police*), para prevenir la comisión de determinados delitos graves y facilitar la identificación de sus autores. Asimismo, se advirtió que es tarea del legislador reglamentar los derechos y garantías de los ciudadanos asegurando la conciliación entre el orden público y la detección de los autores de delitos, respetando la vida privada y otros derechos. En este sentido, tuvo en cuenta que la gravedad y el índice de reincidencia de este tipo de delitos debían ser puestos en la balanza frente a la salvaguarda de la privacidad y el orden público. Finalmente, destacó que tanto los motivos como las personas autorizadas a acceder al registro estaban claramente determinadas y eran razonables; como así también lo era la distinción efectuada a los fines de justificar el domicilio personalmente o por el servicio de correos, en virtud de lo cual no se advertía que se tratara de un rigor innecesario o excesivo en los términos del art. 9 de la Declaración de los derechos de hombre y el ciudadano de 1789.

2. El registro se creó con la finalidad expresa de prevenir la comisión de delitos sexuales o violentos cometidos contra menores o por reincidentes y de facilitar la identificación de sus autores. Se estableció entonces que, ante la comisión de uno de los delitos enumerados en la norma, procedería a registrarse la identidad del autor, su domicilio y las resoluciones de mérito que obraran en el expediente. La norma observó que sería obligación del Fiscal o Juez de Instrucción comunicar los datos correspondientes al registro del delincuente sexual (arts. 706-53-1 a 706-53-3, *Code de Procédure Pénale*).

3. Se estableció que la información registrada permanezca en el registro por un plazo de treinta años, si se tratare de un delito castigado con pena igual o mayor a diez años de prisión o por veinte años en los demás casos. La persona registrada tendría como obligación justificar su domicilio una vez por año -vía postal- o cada seis meses, - personalmente- según la gravedad del delito cometido, e informar cualquier cambio en el mismo dentro de los quince días de su modificación. Asimismo, si la peligrosidad de la persona lo justificare o se tratare de un autor reincidente, el Juez podría ordenar -luego de un proceso contradictorio- que la periodicidad en que debiera justificar -personalmente- su domicilio fuera mensual. El incumplimiento de estas obligaciones está sancionado con pena de hasta dos años de prisión o multa de hasta €30.000 (arts. 706-53-4 a 706-53-5, *Code de Procédure Pénale*).

4. La norma indicó que sólo estarían autorizados a acceder a la información contenida en los registros las autoridades judiciales, la policía judicial -en el marco de investigaciones por delitos contra la vida, la integridad sexual o la libertad- o las autoridades administrativas -en proceso de nombramiento de personas o profesionales relacionados con menores- (arts. 706-53-7, *Code de Procédure Pénale*).

5. Finalmente, se previó un proceso de demanda para la remoción de los datos de una persona, siempre que se demuestre que el registro ya no fuese necesario, teniendo en cuenta su finalidad, la naturaleza de la infracción, la edad de la persona en el momento de su comisión, el tiempo transcurrido y la personalidad actual del interesado. Mediante este proceso también se podría requerir la ampliación de la

periodicidad del registro en aquellos casos en los que ésta fuere semestral o mensual (arts. 706-53-10, *Code de Procédure Pénale*).

V.2.D. Argentina.

1. En el año 2013, se sancionó en la Argentina la Ley 26.879 que creó el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual. Ello sin perjuicio de que algunas provincias ya habían dictado leyes locales en este sentido⁴²⁰.

1.a. La discusión sobre la creación del Registro Nacional se remonta al año 2005, cuando se discutió un proyecto sobre creación del “Registro de Identificación Genética de Abusadores Sexuales”⁴²¹. En aquella oportunidad, los autores del proyecto afirmaron que “la finalidad principal de este registro será facilitar el accionar de la Justicia en la resolución de aquellos casos en que se hubieren cometido delitos de carácter sexual y posibilitar a su vez la consecuente aplicación de las penas correspondientes a los autores de estos crímenes, atendiendo a la especial circunstancia de que un gran porcentaje de ellos resulta ser reincidente en este tipo de delitos”. Se observó también, que el registro pretendía tener un efecto disuasivo en la medida en que los condenados por delitos sexuales sabrían que sus huellas genéticas obraban en un registro, con lo cual serían fácilmente identificables si reincidieran.

1.b. Un segundo proyecto de ley, del año 2006, había propuesto la creación de un “Registro de Condenados por Delitos Sexuales”⁴²². En sus fundamentos se había referido que “es prioritario proteger a la sociedad de un tipo de delito que, según los especialistas en el tema y todas las estadísticas al respecto, tiene el mayor índice de reincidencia, el Estado no debe estar ajeno al daño que pudiera producirse a terceros omitiendo cuidados que una organización sería podría contener; el propósito de la Ley es proteger a la sociedad de condenados que siendo liberados llevan en sí una gran carga de posibilidades de reincidir, además de contar con una herramienta más en la lucha contra el delito”.

⁴²⁰ Como es el caso de Mendoza (Ley 7222 del 21/07/2004), Corrientes (Ley 5749 de 13/10/2006), Buenos Aires (ley 13.860 del 16/10/2008), Chubut (Ley 5800 del 10/11/2008), Chaco (Ley 6334 del 26/06/2009), La Pampa (Ley 2547 del 29/01/2010) y Misiones (Ley XIV-10 del 08/09/2010), por citar algunos casos.

⁴²¹ Proyecto 6818-D-05 elaborado por las diputadas Nora Chiacchio y María del Carmen Falbo.

⁴²² Proyecto 0166-D-2006, elaborado por la diputada Vila Rosana Baragiola.

1.c. Finalmente, se destaca entre los antecedentes un proyecto de 2008 que había tenido iniciativa en la Cámara de Senadores, de creación del “Registro Nacional de Identificación Genética de Abusadores Sexuales”⁴²³. En los fundamentos del proyecto de ley, su autora destacó que: “de acuerdo a un informe presentado por la Asociación Argentina de Psiquiatría, por lo menos el 50% de los agresores reincide por ello contar con un registro que permita su inmediata identificación significaría una gran colaboración a los efectos de la investigación judicial”. Asimismo agregó, “la creación de este registro facilitará las investigaciones judiciales, ya que, al comparar el ADN de las evidencias biológicas halladas en la escena del crimen con la lista de perfiles de ADN del banco de datos, se podría identificar fácilmente al criminal”. Finalmente, advirtió que “quizás en una instancia ulterior pueda producir algún efecto disuasivo, ya que los delincuentes cuando recuperen la libertad sabrán que han quedado para siempre registrados sus datos genéticos”.

2. La ley nacional establece la creación de un registro en el que se conservará la información genética de todo autor de un delito contra la integridad sexual, sobre el que recaiga una condena con sentencia firme. Por tal motivo, se impone la obligación al Juez o Tribunal que dicte una sentencia por este tipo de delitos de ordenar la realización de los exámenes genéticos del condenado y su inscripción en el Registro.

3. Asimismo, se expresa que el Registro deberá contener los datos filiatorios completos del autor, fotografía actualizada y domicilio actual. Con relación a este último dato, se establece la obligación del condenado de que una vez recuperada su libertad deberá informar cualquier cambio de domicilio que efectúe. Sin embargo, no se prevé ningún tipo de sanción en caso de incumplimiento.

4. Se advierte que las constancias obrantes en el Registro serán consideradas datos sensibles y de carácter reservado, por lo que sólo serán suministradas a miembros del Ministerio Público Fiscal, a Jueces y a Tribunales de todo el país, en el marco de una causa en la que se investigue un delito contra la integridad sexual.

Finalmente, se aclara que no rigen respecto del Registro, los plazos de cancelación de antecedentes previstos en el Código Penal, estableciendo que la información sólo será dada de baja una vez transcurridos cien años desde la iniciación del expediente o bien por orden judicial.

⁴²³ El proyecto S.2575/06 (Expediente n°171/08), fue elaborado por la Senadora Liliana Beatriz Fellner.

V.3. Recapitulación.

1. La creación de registros de delincuentes sexuales supone la recopilación de una serie de datos referidos a toda persona condenada por un delito sexual, con alcances y modalidades diversas, aunque con el denominador común de contar con un lugar puntual de sistematización de la información necesaria para tener ubicable al sujeto en todo momento, o bien para facilitar la investigación de este tipo de delitos. Por su lado, la notificación comunitaria adiciona la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder a la información de los registros, o bien en algún caso, la obligación de informar a los vecinos de una localidad cuando un delincuente sexual peligroso se instale en su barrio.

2. Nuevamente, he descrito esta institución diferenciando dos modelos. El primero es el de acceso público a los datos de los registros que puede encontrarse en Estados Unidos. Este modelo anticipa numerosas objeciones para la tercera parte del trabajo, vinculadas esencialmente a los efectos negativos que produce sobre las personas incluidas en los registros públicos. En este sentido, la posibilidad de que cualquier ciudadano con sólo ingresar a un ordenador pueda enterarse que un potencial cliente, proveedor, inquilino, empleado, etc., esté inscripto en un registro de delincuentes sexuales, desde ya, no será neutra para la inserción social del mismo. Por otro lado, el potencial rechazo social puede escalar hacia actitudes de hostigamiento o agresión e, incluso, puede extenderse hacia el grupo familiar de la persona.

3. El modelo de acceso restringido, de mayor vigencia, está previsto como un registro al que sólo pueden acceder las autoridades policiales o judiciales en el marco de una investigación. En algunos casos -como en España-, aparece la exigencia de que los ciudadanos cuenten con un certificado de no estar incluidos en el Registro, para poder acceder a trabajos en donde exista contacto con menores.

4. Sin dudas, este último modelo parece menos propenso a las objeciones, ya que en definitiva se trata de un registro de condenas penales creado específicamente para

delitos sexuales y con algunas exigencias mayores. Sin embargo, persiste una posible objeción -compartida con el modelo de acceso público- consistente en la falta de previsión de mecanismos para que la persona pueda solicitar su exclusión del Registro. Dicho de otro modo, no encuentro prevista la posibilidad de que un condenado pueda demostrar la inexistencia de riesgo de reincidencia y quedar fuera del sistema de registrados, con las limitaciones de inserción social que implican.

5. En definitiva, a pesar de la diversidad de los sistemas y el mayor o menor contenido aflictivo para sus destinatarios, considero que es evidente la conexión que los registros poseen con la condena por el delito cometido y su finalidad inocuizadora. En tal sentido, ambos modelos implican la imposición de una serie de obligaciones que el condenado debe seguir cumpliendo, luego de ser puesto en libertad y, en muchos casos, superando ampliamente los plazos de la pena impuesta. Asimismo, subyace nuevamente la finalidad de control e incapacitación del delincuente sexual. Por lo tanto, considero que se trata de auténticas consecuencias jurídicas por el hecho cometido⁴²⁴, más allá de que puedan cumplir finalidades secundarias legítimas y comprensibles, como una mayor protección de los hijos menores por parte de sus padres o bien una mayor eficacia en la investigación de este tipo de delitos. Sobre todas estas cuestiones podré ocuparme en la tercera parte de este trabajo.

⁴²⁴ Refieren que se trata de auténticas medidas de seguridad, HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal*, p. 120; y ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. 237.

VI

La castración química

1. En este capítulo se describirá el mecanismo consistente en la inyección de anti-andrógenos u otros agentes hormonales para reducir, en el hombre, el nivel de testosterona. Este instituto conocido como castración química, es utilizado en algunos sistemas como consecuencia jurídica, frente a la comisión de un específico delito contra la integridad sexual, ya sea de modo compulsivo o bien como un tratamiento médico estrictamente voluntario.

2. Antes de comenzar a analizar esta reacción, es preciso tener claros los antecedentes de la misma. En primer lugar, haremos una referencia al uso de la esterilización coactiva y, en segunda instancia, a la castración quirúrgica.

VI.1. Antecedentes (i): la esterilización coactiva.

1. En primer lugar, interesa destacar como antecedentes los supuestos de esterilización coactiva realizada por parte de los poderes públicos a delincuentes sexuales y habituales. A diferencia de la castración, la esterilización tiene como único efecto la eliminación de la capacidad generativa del sujeto que la sufre⁴²⁵. Generalmente, la misma es practicada en forma quirúrgica, sea mediante la ligadura de trompas -en la mujer- o por vasectomía -en el hombre-, aunque también pueden utilizarse otros métodos, tales como radiaciones o el uso de sustancias bioquímicas u hormonales⁴²⁶.

⁴²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, p. 15. Ver también SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización*, p. 8.

⁴²⁶ SEOANE RODRÍGUEZ, *La esterilización*, p. 9. Agrega el autor que, respecto de la esterilización quirúrgica, aunque con menor frecuencia, en la mujer también puede llevarse a cabo mediante el

2. Dicho de otro modo, la esterilización se diferencia de la castración por sus objetivos, en la medida en que aquella no tiene efectos sobre los desórdenes sexuales de las personas, sino que se limitan a eliminar la posibilidad de la concepción respondiendo a razones eugenésicas, con el objetivo de prevenir que se repitan determinadas características genéticas en los descendientes de la persona⁴²⁷. En la medida en que la esterilización se fundamenta en impedir la transmisión hereditaria de una genética asociada al delito, puede concluirse que no se trata de imponer una sanción con efectos preventivos sobre el destinatario de la misma, sino sobre sus eventuales descendientes. Es por ello por lo que, si bien la esterilización es considerada punitiva, del mismo modo puede ser clasificada como eugenésica⁴²⁸.

3. En el plano legislativo, junto con las provisiones sobre esterilización de deficientes mentales de comienzos del siglo XX⁴²⁹, algunos estados incluyeron como

procedimiento de salpingectomía (ablación de las trompas de Falopio) o de la histerectomía (ablación del útero).

⁴²⁷ MILLER, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, p. 178.

⁴²⁸ Además de remitir a un determinismo propio de concepciones positivistas. Para un análisis de la Escuela Positiva, véase CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Teorías criminológicas*, pp. 57-68. Por otra parte, la influencia de los factores biológicos en la delincuencia puede verse en la doctrina estadounidense, por ejemplo, en un trabajo de *Albert Ochsner*, profesor de cirugía de Illinois - publicado en 1899- bajo el título “*Surgical Treatment of Habitual Offenders*”, en el que sostenía que “si fuera posible evitar que todos los delincuentes habituales tuvieran hijos, habría un pronto descenso de esta clase”, y destacaba las ventajas de practicarles el procedimiento de vasectomía, protegiendo a la comunidad sin dañar al delincuente; cfr. DRAKE *et al.*, *BJU International*, 1999, p. 476 (se describen aquí otros trabajos científicos de la época que justificaban la esterilización de delincuentes y deficientes mentales).

⁴²⁹ Resulta interesante destacar, además, dentro del contexto de los movimientos eugenésicos de principios de siglo XX en Estados Unidos, la vigencia de leyes de esterilización coactiva practicada sobre los disminuidos psíquicos. En este marco, fue Indiana el primer estado en sancionar una ley que disponía la esterilización coactiva de personas con defectos mentales, en 1907; cfr. DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, pp. 287-288. Indiana sería seguida, luego en el ejemplo, por otros veintinueve estados; cfr. MILLER, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, p. 178. Para un análisis de las leyes eugenésicas estadounidenses con especial referencia a la caracterización o no como delito de la esterilización de incapaces, véase SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, pp. 53-59.

En el plano jurisprudencial, la Suprema Corte de Estados Unidos confirmó la constitucionalidad de estas leyes en, SCOTUS, de 2 de mayo de 1927 (ponente Holmes) (“*Buck v. Bell*”). En esta oportunidad se evaluó la ley de Virginia -sancionada ese mismo año- tratándose el supuesto de una joven de dieciocho años, deficiente mental, hija de una -también- deficiente mental y madre a su vez de otra niña con idéntico padecimiento, que pretendía ser esterilizada por el superintendente del hospital mental en el que estaba internada. En sus fundamentos, y en un voto que ha sido ampliamente citado por la doctrina hasta la actualidad, en razón de su crudeza, la Suprema Corte advirtió que “tres

susceptibles de tales medidas a los delincuentes habituales y, en algunos casos como el de las leyes de Washington o Nevada, a los autores del delito de violación o de abuso deshonesto -con acceso carnal- de una menor de diez años⁴³⁰.

4. Cabe destacar, a título de ejemplo, el caso de Oklahoma que en el año 1935 sancionó una ley a la que denominó “*Habitual Criminal Sterilization Act*”. La misma incorporó la esterilización punitiva -en el título 57 de su *Statutes* dedicado a prisiones y reformatorios- prevista para aquellos sujetos que hubieren cometido dos o más delitos graves (*felonies*) y fuesen considerados delincuentes habituales, siempre que se determinare en una audiencia específica que la esterilización (mediante vasectomía o salpingectomía) no fuese en detrimento de su salud⁴³¹.

5. La Suprema Corte tuvo oportunidad de analizar la constitucionalidad de esta ley pronunciándose en contra de su vigencia en el precedente “*Skinner v. Oklahoma ex. rel. Williamson*”, del año 1942⁴³².

5.a. Se trataba de una persona condenada por el delito de robo agravado por el uso de armas, que tenía antecedentes por otros robos, a quien se le había impuesto la esterilización coactiva en los términos de la mencionada ley. Llevado el asunto ante la Suprema Corte, ésta resolvió -por unanimidad- declarar la inconstitucionalidad de la ley de Oklahoma.

6. Los fundamentos del voto principal tuvieron en cuenta que la ley estadual violaba el principio de igualdad, en tanto había resuelto excluir algunos delitos de la esterilización. En este sentido, razonó el Tribunal, la ley había creado diferentes respuestas ante supuestos idénticos, ya que un latrocinio (*larceny*) y una defraudación merecían igual reproche y eran idénticos en su naturaleza; sin embargo

generaciones de imbéciles son suficientes” y que “antes que esperar a tener que ejecutar, por sus delitos, a la descendencia degenerada o dejarlos privados de su libertad por su imbecilidad, la sociedad debería impedir que aquéllos que son manifiestamente ineptos continúen su linaje”.

⁴³⁰ *Washington Revised Code Annotated*, §2287 y *Nevada Revised Laws*, § 6293. Las normas preveían en forma idéntica: “Siempre que una persona sea condenada por el delito de abuso carnal de una menor de diez años o por el de violación, o sea considerado un delincuente habitual, el Tribunal podrá, junto con la pena que sea impuesta, disponer que se le practique a dicha persona una operación para prevenir que pueda procrear”. La ley de Washington es de 1909 y puede verse en *Washington Revised Code Annotated* 9.92.100.

⁴³¹ *Oklahoma Statutes Annotated* título 57 §§171-195, (artículos declarados inconstitucionales en el fallo que se verá a continuación).

⁴³² SCOTUS, de 1 de junio de 1942 (ponente Douglas), (“*Skinner v. Oklahoma*”).

la ley sólo ordenó esterilizar al primero y no al segundo. Puso de resalto el máximo Tribunal que en este caso estaba en juego uno de los derechos civiles más básicos del hombre, el de la procreación, y que el poder de esterilizar podía tener efectos devastadores si no era correctamente ejercido. En virtud de ello debería evaluarse en forma estricta la clasificación efectuada por el legislador para disponer la esterilización de un grupo de personas, discriminándolo en forma injustificada de otra.

6.a. Remarcó además: “Cuando la ley extiende en forma diferenciada su mano sobre aquéllos que cometieron -intrínsecamente- el mismo delito, disponiendo que se esterilice a unos y no a otros, entonces efectúa una discriminación tan injusta como podría ser la selección de una raza o nacionalidad particular para su tratamiento opresivo”⁴³³.

7. La Suprema Corte finalizó su argumentación diciendo que Oklahoma no había logrado justificar que aquél que cometía un robo en forma reiterada tuviese rasgos que eran biológicamente heredables, a diferencia del múltiple estafador que no los tenía. En virtud de ello, la legislación cuestionada era inconstitucional ya que trataba, en forma diferente, supuestos que eran naturalmente idénticos sin justificación alguna.

7.a. Se destaca, finalmente, el voto concurrente del juez Jackson quien se atrevió a sostener que, por sobre todo ello, la ley de esterilización coactiva penal no tenía fundamentos empíricamente comprobados -la transmisión genética de la delincuencia- y que los legisladores no estaban autorizados a implementar experimentos biológicos a expensas de la dignidad de las personas, por más que sea un grupo minoritario⁴³⁴.

7.b. Continuando con el análisis de la jurisprudencia vinculada a la esterilización coactiva de delinquentes sexuales, es interesante mencionar una serie de precedentes de Tribunales inferiores dictados con anterioridad a la sentencia de la Suprema Corte. En primer lugar, aparece un precedente de 1912 de la Suprema Corte de Washington que declaró la constitucionalidad de su ley de esterilización coactiva de delinquentes sexuales. En sus fundamentos destacó que la legislatura tenía potestad para fijar los delitos y sus penas,

⁴³³ SCOTUS, de 1 de junio de 1942 (ponente Douglas), (“*Skinner v. Oklahoma*”).

⁴³⁴ SCOTUS, de 1 de junio de 1942 (ponente Douglas), (“*Skinner v. Oklahoma*”).

mientras que los Tribunales no podían juzgar dicha potestad discrecional, salvo en casos extremos en que se advirtiesen castigos crueles e inusuales no siendo éste el supuesto⁴³⁵.

7.c. En segundo lugar, se observa que un Tribunal Federal de Iowa había declarado la inconstitucionalidad de la ley estadual de 1913, que disponía la esterilización coactiva de reincidentes por considerarla una pena cruel e inusual. En sus fundamentos, destacó la castración quirúrgica como castigo cruel en la antigüedad y comparó ésta con la vasectomía, cuyo único propósito era impedir la procreación e imponer un estigma de humillación que seguiría a la persona durante toda su vida⁴³⁶.

7.d. Finalmente, se destaca que un Tribunal Federal de Nevada había declarado igualmente inconstitucional la ley estadual que disponía la esterilización coactiva de delinquentes sexuales. Interesa destacar que, en sus fundamentos, además de considerar aquélla como un castigo cruel, estimaron que impedía considerar la sanción como tendiente a resocializar a la persona, agregando que en la medida en que un delito no esté castigado con la pena de muerte, debe estimarse que el delincuente merece vivir y tiene derecho a reformarse⁴³⁷.

VI.2. Antecedentes (ii): La castración quirúrgica.

VI.2.A. Primera etapa: hasta el año 1997.

1. La castración quirúrgica es un procedimiento -conocido técnicamente con el nombre de orquiectomía- que se ha empleado a lo largo de toda la historia por diversas razones, tanto sociales, culturales, eugenésicas, políticas o legales⁴³⁸. Se entiende por ésta, la ablación de los órganos genitales (testículos u ovarios) con el fin de impedir la producción de hormonas sexuales (testosterona o estrógenos). En el

⁴³⁵ Supreme Court of Washington, de 13 de septiembre de 1912 (ponente Crow) (“*State v. Feilen*”). La esterilización estaba prevista para los delitos de violación y de abuso con acceso carnal de una menor de diez años, (*Washington Revised Code Annotated* §2287).

⁴³⁶ U.S. District Court, Southern District of Iowa -Eastern Division-, de 24 de junio de 1914, (ponente Smith McPherson) (“*Davis v. Berry*”).

⁴³⁷ U.S. District Court, District of Nevada, de 25 de mayo de 1918 (ponente Farrington), (“*Mickle v. Hendrichs*”).

⁴³⁸ MILLER, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, p. 178 y MILLER, en *Protecting society from sexually dangerous offenders. Law, justice and therapy*, p. 250. Véase también, BAKER, *Loyola Law Review*, 1984, pp. 378-379.

caso del hombre, cuando los testículos son removidos, la pérdida de testosterona provoca una drástica reducción en el deseo sexual y la inhabilidad -en principio- de responder a estímulos sexuales⁴³⁹. En función de ello, se sostiene que como consecuencia de este procedimiento se elimina no sólo la capacidad procreadora, sino también la capacidad *coeundi*, la *libido* o deseo sexual⁴⁴⁰.

1.a. En Estados Unidos los antecedentes de castración quirúrgica se remontan a la época colonial, describiéndose que en algunos de los estados sureños, los propietarios estaban autorizados a castrar a sus esclavos como castigo o método de control de su comportamiento sexual⁴⁴¹.

1.b. Históricamente, también pareció ser una práctica común en algunos establecimientos psiquiátricos o incluso carcelarios como fue el caso del reformatorio de Indiana donde se desempeñaba Harry Sharp, médico cirujano a quien se le adjudica ser uno de los máximos promotores de la primera ley de esterilización coactiva de 1907, como así también de las leyes subsiguientes⁴⁴².

1.c. La propia Suprema Corte de Justicia estadounidense en un caso ajeno a la castración tuvo ocasión de referirse tangencialmente a ésta como una “barbaridad”, en el precedente “*Weems v. U.S.*”, uno de los *leading case* en materia de interpretación de la Octava Enmienda de la Constitución sobre prohibición de penas crueles e inusuales⁴⁴³. Del mismo modo, ya había habido algunos precedentes de Tribunales inferiores que, también circunstancialmente, se habían referido a la castración como un castigo cruel e inusual. Tal el caso “*Whitten v. State*”

⁴³⁹ DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, p. 294.

⁴⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, pp. 15-16.

⁴⁴¹ BERNIER, *Harvard Blackletter Law Journal*, 1994, p. 121. La autora explica que la castración formaba parte de la consideración de los esclavos como bienes muebles propiedad de sus dueños. También destaca cómo se solía esterilizar a las mujeres esclavas para control de natalidad e incluso por razones de experimentación o instrucción médica. Ver también la referencia histórica efectuada en SCOTUS, de 25 de enero de 1993 (voto concurrente de Thomas) (“*Graham v. Collins*”, p. 482).

⁴⁴² CARLSON, *The unfit. A history of a bad idea*, 2001, pp. 199-222. El autor realiza, además, una interesante reconstrucción histórica de cómo se aplicaba la castración a fines de siglo XIX y principios del XX en Estados Unidos, por razones eugenésicas, punitivas y terapéuticas.

⁴⁴³ SCOTUS, de 02 de mayo de 1910 (ponente McKenna) (“*Weems v. U.S.*”, pp. 377 y 404).

del Superior Tribunal de Georgia⁴⁴⁴ o el de “*Davis v. Berry*” de un Tribunal Federal de distrito de Iowa⁴⁴⁵, que la consideró como propia de épocas oscuras (*Dark Ages*).

2. Si bien, la primera ley de castración quirúrgica en Estados Unidos fue sancionada en Texas en 1997, ésta ya había sido impuesta judicialmente en algunas ocasiones⁴⁴⁶. Se destaca por ello el caso ocurrido en South Carolina en 1985, en el que tres imputados fueron condenados a la pena de treinta años de prisión por delitos contra la integridad sexual aunque en la sentencia el Juez sostuvo que si aceptaban voluntariamente ser castrados, la pena se reduciría a cinco años de “*probation*”. Llegado el asunto ante el Tribunal Superior del estado, se anuló la sentencia considerando que el Juez no tenía autoridad para imponer tal condición ilegal, destacando que la Constitución prohíbe infligir penas crueles e inusuales, siendo la castración una forma de mutilación alcanzada por dicha prohibición⁴⁴⁷.

2.a. Lo paradójico del caso es que, luego de haber recurrido la sentencia de primera instancia, los tres acusados se arrepintieron y quisieron revocar su recurso para que se ejecutara la castración y se redujera su condena. Sin perjuicio de ello, el recurso estaba ya interpuesto y el Tribunal Supremo no hizo lugar a las revocatorias solicitadas, estimando que el Juez había actuado fuera de su jurisdicción.

2.b. Asimismo, en el estado de Texas, se dieron otros dos casos con importante repercusión pública previos a la sanción de la ley de 1997 que se analizará a continuación. En ambos casos, los propios sujetos condenados habían requerido ser castrados. En el primero, ocurrido en 1992, el acusado interpuso el requerimiento antes de ser sentenciado -con el objeto de recibir una pena más benigna- y el Juez autorizó la solicitud. Sin embargo, la importante repercusión negativa del caso e indignación pública hicieron que el cirujano se negara a practicar la intervención y el Juez terminara optando por la imposición de prisión perpetua. En el segundo caso, sucedido en 1996, un pedófilo -autoproclamado violador en serie de menores- que estaba próximo a salir en libertad requirió ser castrado, argumentando que era

⁴⁴⁴ Supreme Court of Georgia, de julio de 1872 (ponente McCay), (“*Whitten v. State*”), advirtiendo que “*la cláusula de la Constitución tuvo por objeto prohibir las barbaridades del descuartizamiento, las cadenas, la castración, etc*”.

⁴⁴⁵ U.S. District Court, Southern District of Iowa -Eastern Division-, de 24 de junio de 1914, (“*Davis v. Berry*”). Aquí se declaró la inconstitucionalidad de la ley de esterilización coactiva a reincidentes de Iowa, comparándola con la castración quirúrgica.

⁴⁴⁶ Un estudio revela que en California, entre 1937 y 1952, se registraron sesenta casos de orquiectomía a delincuentes sexuales, sólo en San Diego; cfr. WEINBERGER *et. al.*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 2005, p. 23.

⁴⁴⁷ Supreme Court of South Carolina, de 13 de febrero de 1985, (“*State v. Brown*”).

la única manera de no seguir reincidiendo. En este caso, la presión del público fue a favor de la castración y el gabinete de libertad condicional terminó apoyando la solicitud de castración quirúrgica⁴⁴⁸.

3. Finalmente, se destaca un caso ocurrido en Chicago en el cual una persona reincidente imputada de abuso sexual de menores, en grado de tentativa, se declaró culpable y se sometió voluntariamente a una castración quirúrgica antes de ser sentenciado. Sin embargo, el Juez le impuso una pena de prisión de veintiséis años, más grave aún que la ofrecida en el acuerdo de juicio abreviado, argumentando que el cambio de partes del cuerpo por una pena menor sería un peligroso precedente jurisprudencial⁴⁴⁹.

4. Por su parte, en Europa la castración quirúrgica de delincuentes sexuales también ha existido desde comienzos del siglo XX. Dinamarca fue el primer país en sancionarla en 1929, seguido por Alemania (1933), Noruega (1934), Finlandia (1935), Estonia (1937), Islandia (1938), Letonia (1938) y Suecia (1944)⁴⁵⁰. Alemania y Dinamarca fueron los países que más la aplicaron, estimándose que en Alemania, entre 1934 y 1944, fueron castradas coactivamente unas 2800 personas y, entre 1955 y 1977 unas 800 en la Alemania occidental. Por su parte, en Dinamarca se estiman unos 1100 casos de orquiectomía entre 1929 y 1973⁴⁵¹.

5. A partir de la década de 1970, la castración quirúrgica -tanto obligatoria como voluntaria- ha ido desapareciendo de estas legislaciones europeas o bien permaneció en algunos casos aunque sin ser aplicada -o siéndolo muy raramente-⁴⁵². Entre estos últimos, se destaca la detección de algunos casos excepcionales en la actualidad en Alemania y en la República Checa, circunstancia que mereció en ambos casos un

⁴⁴⁸ DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, pp. 291-292.

⁴⁴⁹ El caso es relatado y analizado en BAILEY/GREENBERG, *Northwestern University Law Review*, 1998, pp. 1225 y ss.

⁴⁵⁰ WEINBERGER *et. al.*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 2005, p. 18.

⁴⁵¹ WEINBERGER *et. al.*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 2005, pp. 18-19.

⁴⁵² SCOTT/DEL BUSTO, en WRIGHT (ed.), *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 192.

informe crítico del Comité Europeo para la prevención de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes⁴⁵³.

VI.2.B. Segunda etapa: La moderna sanción de leyes de castración quirúrgica.

1. El 1 de enero de 1997 entró en vigor una reforma introducida en el Código Penal de California que incluyó la castración por primera vez en la legislación de Estados Unidos. Tal como se verá más adelante⁴⁵⁴, la norma hace hincapié en la llamada castración química, estableciendo para los condenados por delitos sexuales contra menores de trece años, un tratamiento -consistente en la aplicación de acetato de medroxiprogesterona- para poder gozar de libertad condicional. Si bien dicho tratamiento es presentado como una facultad discrecional del Juez está previsto como obligatorio para los reincidentes. Dentro de este contexto, la norma estableció, además, que los sujetos alcanzados por la misma podrán optar como alternativa por la castración quirúrgica⁴⁵⁵. La redacción de California ha sido seguida como ejemplo por otros estados, como en los casos de Florida⁴⁵⁶, Louisiana⁴⁵⁷ y de Iowa⁴⁵⁸.

⁴⁵³ Para el caso de Alemania, se destaca un informe del Comité Europeo para la prevención de la tortura o tratos degradantes del año 2012, que encontró cómo en unos pocos Länder de Alemania existían precedentes de aplicación de castración quirúrgica; cfr. <http://www.coe.int/ru/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-publishes-report-on-germa-2> (última visita 20/05/2017). Para el caso de República Checa, se encontró un reporte en <http://www.coe.int/ru/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-publishes-report-on-the-czech-republ-1> (última visita 20/05/2017). El informe analiza además la previsión normativa (art. 27.a de la Ley para el cuidado de la salud de las personas, de 1966) y su aplicación. Entre sus conclusiones refiere que la castración es de naturaleza invasiva, irreversible y mutiladora (§28). Asimismo, agrega que tiene consecuencias mentales indirectas y que no está garantizado que sus resultados sean duraderos (§43).

⁴⁵⁴ *Infra*, VI.3.A.b.

⁴⁵⁵ *California Penal Code*, §645(e), “*Si la persona, voluntariamente, se somete a una intervención quirúrgica permanente, como alternativa al tratamiento hormonal químico, no quedará sujeta a lo establecido en esta sección*”.

⁴⁵⁶ *Florida Statutes* §794.0235(1).

⁴⁵⁷ *Louisiana Revised Statutes* §14:43.6.B (2) y 15:538.C (8).

⁴⁵⁸ *Iowa Statutes* §903B.10(1).

1.a. La doctrina moderna no ha reparado mayormente en el análisis de la regulación de la castración quirúrgica en estas normas⁴⁵⁹ y los autores que la mencionan se limitan a situarla como una alternativa a la castración química. Es por ello que, en estos casos, el análisis queda sometido a las consideraciones efectuadas sobre esta última. Sin embargo, es interesante remarcar un estudio que se encargó de analizar las preferencias que los sujetos podían tener sobre una u otra clase de castración. De sus resultados surge que, en algunos casos, se prefirió la quirúrgica en la medida en que resultaba más fácil ser candidato a ésta, se tenían reservas respecto a las dosis de la química, temor a los efectos secundarios que los medicamentos suponen y creencia de poder tener un mejor autocontrol luego de la intervención quirúrgica. Por otro lado, también se creía que el público y los Jueces tendrían mejor consideración por el delincuente sexual que se hubiese sometido a una orquiectomía, aumentando así sus posibilidades de recuperar antes la libertad⁴⁶⁰.

2. Mención especial merece el estatuto de Texas sancionado el 20 de mayo de 1997 que incluyó únicamente la castración quirúrgica en una sección de su legislación específicamente prevista y titulada “Orquiectomía para ciertos delincuentes sexuales”. La norma de Texas fue la primera en reglamentar exclusiva y específicamente la posibilidad de requerir la castración quirúrgica -las demás, como se vio, se limitaban a incluirla como alternativa a la química-, incluyendo además una serie de disposiciones tendientes a asegurar que la misma fuese voluntaria no coactiva y, menos aún, un mecanismo para lograr un trato más benigno en la condena o su ejecución⁴⁶¹.

3. De acuerdo a los términos de la norma, una persona condenada por determinados delitos sexuales y a su vez reincidente podrá solicitar que se le practique una orquiectomía. Tanto un psiquiatra como un psicólogo con experiencia en el tratamiento de delincuentes sexuales deberán evaluar al sujeto y determinar si resulta un candidato idóneo para el procedimiento; aconsejándolo al respecto antes de procederse a la intervención. Asimismo, se prevé que deberá contarse con el consentimiento informado y por escrito de la persona. Finalmente, se establece el nombramiento de un monitor -con experiencia en el campo legal, ético y de la salud-

⁴⁵⁹ Con la excepción de SCOTT/DEL BUSTO, en WRIGHT (ed.), *Sex offender laws*, 2ª, en particular, pp. 198-199.

⁴⁶⁰ WEINBERGER *et. al.*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 2005, p. 17.

⁴⁶¹ Cfr. WINSLADE *et al.* *SMU Law Review*, 1997, p. 385 y LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 177.

para asistir al sujeto en su decisión, asegurando que esté debidamente informado del procedimiento y sus consecuencias y, sobre todo, que no haya sido coaccionado de ningún modo a tomar la decisión⁴⁶².

4. Finalmente, para evitar cualquier tipo de especulación entre el procedimiento y el resultado del juicio, en el orden procesal, se prevé además que, durante el debate y antes de la sentencia, ni la Fiscalía ni el acusado podrán ofrecer elementos de prueba que acrediten que este último se sometió a una orquiectomía⁴⁶³. Asimismo, durante la ejecución de la pena, queda establecido que el gabinete de libertad condicional no podrá requerir la castración como condición para la concesión de beneficios de libertad o vigilancia comunitaria⁴⁶⁴.

5. Algún sector de la doctrina -a pesar de ser crítica con la castración quirúrgica como opción- considera positiva esta regulación en cuanto asegura que la persona sea realmente libre y su voluntad no esté viciada en la toma de tan drástica decisión. Se asegura de este modo que la opción esté fundada en su solo interés y no en un eventual beneficio procesal o punitivo⁴⁶⁵.

VI.3. La castración química⁴⁶⁶.

1. La llamada castración química⁴⁶⁷ implica la inyección de anti-andrógenos u otros agentes hormonales para reducir, en el hombre, el nivel de testosterona. Actualmente se utilizan dos clases de drogas: el acetato de medroxiprogesterona (agente

⁴⁶² *Texas Government Code*, §501.061.

⁴⁶³ *Texas Code of Criminal Procedure* §37.07. 3(h).

⁴⁶⁴ *Texas Government Code*, §508.226.

⁴⁶⁵ Cfr. LA FOND, *Preventing sexual violence*, 177 y WINSLADE *et. al*, *SMU Law Review* 1997, pp. 384-386.

⁴⁶⁶ He publicado un trabajo sobre el modelo estadounidense de la castración química, SEITÚN, *El Derecho*, 2010, pp. 786-795.

⁴⁶⁷ Se considera que el término “castración química” se utilizó por primera vez en 1982, en un precedente estadounidense del Supremo Tribunal de Arizona, en el que se había impuesto un tratamiento alternativo dentro de una *probation*, cfr. SPALDING, *Florida State University Law Review*, 1998, p. 118, nota 4.

hormonal) y el acetato de ciproterona (antiandrógeno), utilizado este último comúnmente en Europa y Canadá. Ambas drogas actúan inhibiendo las hormonas que estimulan a los testículos a generar testosterona⁴⁶⁸. Se estima que al ser aplicada en hombres, estas drogas provocan un drástico descenso en los niveles de testosterona en forma similar al generado por la castración quirúrgica. De esta manera se ha comprobado que el sujeto experimenta disminuciones en el deseo sexual, en la producción de espermatozoides, eyaculaciones y orgasmos. Se observa que esta modalidad de tratamiento presenta, por sobre la castración quirúrgica, la ventaja de ser reversible, ya que una vez que se suspende el tratamiento la capacidad sexual se recupera a niveles normales luego del transcurso del tiempo⁴⁶⁹.

2. Los primeros antecedentes de esta modalidad de castración química, se remontan a trabajos experimentales iniciados a comienzos de la década de 1960 en Alemania, en donde se descubrieron los efectos anti-andrógenos del acetato de ciproterona. Por su parte, en Estados Unidos, se atribuye al Dr. *John Money*, por entonces profesor de la *John Hopkins University*, haber sido el primer investigador que experimentó con acetato de medroxiprogesterona, en 1966, aplicándolo a un transexual que mantenía una relación incestuosa con su hijo de seis años⁴⁷⁰.

3. A partir de aquí, la experimentación continuó en diversos estudios y centros médicos a punto tal que fue asumida por algún sector de la doctrina -e incluso por alguna jurisprudencia- como un tratamiento válido y aconsejable, aun antes de su reglamentación. Se consideraba como un hecho probado que el acetato de medroxiprogesterona era un tratamiento satisfactorio para delincuentes con trastornos asociados a la parafilia, bajo las siguientes condiciones: 1) que la persona se someta voluntariamente al tratamiento; 2) que carezca de un trastorno antisocial de personalidad; 3) que no tenga problemas de adicciones; 4) que la dosis sea

⁴⁶⁸ HARRISON, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2007, p. 20.

⁴⁶⁹ HARRISON, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2007, p. 21, cita estudios que han comprobado que el deseo sexual reaparece luego de un mes, mientras que otros trabajos destacan que la capacidad sexual pasa a ser normal hacia los siete o diez días, cfr. FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 7.

⁴⁷⁰ MONEY, en *Sexual behaviors: social clinical, and legal aspects*, pp. 351-352. Ver también FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 8 y MILLER, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, p. 181.

suficiente para suprimir la producción de testosterona; 5) que exista una persona responsable que se haga cargo de acompañar el tratamiento⁴⁷¹.

4. Depo-Provera es el nombre con el que se comercializa, en Estados Unidos desde la década de 1950, aquella droga inyectable compuesta por acetato de medroxiprogesterona y una forma sintética de progesterona, la hormona femenina. Originariamente fue desarrollada para el tratamiento de cáncer endometrial o renal y recibió licencia médica del FDA (*Food and Drug Administration*) para tal fin en 1972, aunque también comenzó a utilizarse como método de contracepción femenina, recibiendo la aprobación correspondiente en 1992⁴⁷².

4.a Incluso, en Estados Unidos, su pretendida eficacia fue asumida por alguna jurisprudencia que comenzó a aplicarla aun antes de estar legislada. Así, en el precedente “*People v. Gauntlett*”⁴⁷³, de Michigan, se trataba de un imputado que había sido acusado de cinco cargos por abuso deshonesto de sus hijastros de catorce y doce años, entre 1981 y 1982. Luego de un acuerdo de *nolo contendere*, el Juez de Sentencia le impuso una *probation* por el término de cinco años, debiendo cumplir el primero de ellos en una cárcel del condado; todo ello con la condición de que Gauntlett se sometiera a castración química -mediante la aplicación de Depo-Provera- por todo el término de la *probation*. Más adelante agregó que si el sentenciado no se sometía voluntariamente al tratamiento impuesto, la “*probation*” sería revocada y se dictaría una nueva sentencia.

4.b. Gauntlett interpuso recurso contra la sentencia, considerando que la condición impuesta a la *probation* por medio de la cual se sometía al sujeto a un tratamiento de castración química era inconstitucional e ilegal. El planteo constitucional argumentaba que la condición era equiparable a un castigo cruel e inusual, violatorio además de su libertad, privacidad, integridad corporal, igualdad y debido proceso. Por otro lado, la cuestión de la ilegalidad tenía que ver con que no era una condición autorizada por las leyes del estado ni por el *Common Law*.

⁴⁷¹ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, pp. 8-10. De hecho, el autor advierte que para 1981 había más de cincuenta centros que utilizaban acetato de medroxiprogesterona como tratamiento para desvíos sexuales en Estados Unidos; p. 34.

⁴⁷² DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, p. 290, nota 42. Se aclara que, en Estados Unidos, los medicamentos utilizados no se encuentran validados para el específico fin de castración por la FDA; cfr. SCOTT/DEL BUSTO, en WRIGHT (ed.), *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 195.

⁴⁷³ Court of Appeals of Michigan, de 17 de mayo de 1984 (“*People v. Gauntlett*”). Como detalle paradójico se destaca que el sentenciado Roger Gauntlett era pariente de la familia Upjohn, cuya compañía creó el Depo-Provera en la década de 1950, cfr. DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, p. 291.

4.c. La Cámara de Apelaciones de Michigan revocó la sentencia impuesta, aunque lo hizo sin analizar los planteos de índole constitucional. Por el contrario, destacó que era innecesario evaluar los mismos en la medida en que la condición impuesta era ilegal. En sus fundamentos comenzó por destacar que el instituto de la *probation*, en Michigan, permitía imponer otras condiciones además de las previstas, siempre que fueran requeridas por las circunstancias del caso o el Juez las considerara pertinentes. Sin embargo, destacó que el Depo-Provera era un medicamento en fase experimental y que su licencia estaba aprobada -por la FDA- únicamente para tratamientos de cáncer de riñón o uterino. Asimismo, advirtió que no había ninguna ley de Michigan que autorizara la imposición de Depo-Provera para el tratamiento de delincuentes sexuales. Tuvo en consideración, además, que el tratamiento no había sido aceptado por la comunidad médica como saludable y confiable y, por último, destacó cuestiones conflictivas como el consentimiento informado.

4.d. Por todo ello, la Cámara consideró que la condición impuesta no podía ser considerada legítima, en los términos de la previsión que autorizaba al Juez a implementar reglas no previstas en la ley.

5. A continuación estructuraré el análisis de esta consecuencia jurídica distinguiendo, por un lado, aquellos modelos que la prevén como una condición para recuperar la libertad, de aquellos sistemas en los cuales ha sido introducida como un tratamiento médico estrictamente voluntario.

VI.3.A. Modelo de condición para recuperar la libertad.

Este modelo se encuentra presente en algunos sistemas de Estados Unidos. En estos casos, si bien tiene la apariencia de ser voluntario, lo cierto es que subyace como un requisito para la obtención de la libertad, lo cual -para algunos autores- lo convierte en compulsivo⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 11. Sin perjuicio de ello, el autor considera que sigue siendo voluntario ya que se trata de una elección entre dos opciones, que de no existir la castración quedaría reducida a una sola.

VI.3.A.a. Modalidades-Requisitos.

1. En aquellos estados en los que se encuentra prevista la castración química, se establece que la aplicación de Depo-Provera debe comenzar una semana antes de la libertad. Su aplicación consiste en una inyección intramuscular, de periodicidad semanal, aplicada por el departamento de prisiones del estado. Si bien la dosis puede variar entre 100 mg. y 800 mg., se estima que la dosis típica se ubica en los 500 mg⁴⁷⁵.

2. La mayoría de los estados requieren evaluaciones médicas previas, para determinar si el sujeto es un candidato idóneo para el tratamiento, como así también la información respecto de los efectos provocados. En este sentido, en primer lugar, se habla de la necesidad del consentimiento informado por parte de la persona, el cual debe ser prestado por escrito. Asimismo, también se exige la obligatoriedad de poner en conocimiento al sujeto, de la naturaleza del tratamiento, sus riesgos, efectos y respecto de su derecho a terminar el mismo cuando él quiera. Todo ello debiendo ser supervisado por un médico que certifique que la persona entendió toda la información, y que resulta competente para ello al igual que para dar el pleno consentimiento⁴⁷⁶.

3. En orden a la duración del tratamiento, suele establecerse que el mismo continuará hasta que se demuestre que ya no es necesario. Sin embargo, como se verá a continuación, en este punto no existe uniformidad en los reglamentos, ya que en algunos casos se establece que deberá especificarse la duración pudiendo llegar a ser de por vida⁴⁷⁷, mientras que en otros no se mencionan plazos. De ahí que, ante esta indeterminación, algunos autores han propuesto como criterio de interpretación, que la duración no podría extenderse más allá del tiempo de la libertad condicional⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 6.

⁴⁷⁶ WINSLADE et al. *SMU Law Review*, 1997, p. 393. Respecto al derecho a dar por terminado el tratamiento, se discute que el mismo realmente exista en la medida en que los estatutos sancionan esta conducta.

⁴⁷⁷ *Florida Statutes* §794.0235.2(a).

⁴⁷⁸ Ver *California Penal Code*, §645 (d) y DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, p. 340.

4. Finalmente, algunos estados sancionan como delito el incumplimiento del tratamiento, mientras que otros lo consideran causal de revocación de la “*probation*” o del beneficio de libertad condicional.

VI.3.A.b. Reglamentaciones.

1. Tal y como ya se destacó al referir a la castración quirúrgica, California fue el primer estado en sancionar una reforma al Código Penal introduciendo la castración química⁴⁷⁹ que entró en vigencia el 1 de enero de 1997. La norma establece que sus destinatarios son aquellos responsables de delitos sexuales contra menores de trece años, determinándose que, al momento de evaluarse la libertad condicional del condenado, el Juez podrá disponer que éstos se sometan a un tratamiento de aplicación de acetato de medroxiprogesterona o su equivalente químico⁴⁸⁰. Por otro lado, en caso de sujetos reincidentes, se establece dicha medida como obligatoria, con lo cual el condenado no podrá ser liberado en forma condicional si no se somete al tratamiento obligado⁴⁸¹.

2. En ambos casos, la aplicación de la droga deberá comenzar una semana antes de la libertad, consistiendo en inyecciones semanales y continuará hasta que el departamento de prisiones demuestre que el tratamiento ya no es necesario⁴⁸². El condenado deberá ser informado de los efectos principales y secundarios del tratamiento⁴⁸³.

3. Otros estados siguieron pronto el ejemplo de California. Así, Florida sancionó una reforma que entró en vigencia en mayo de 1997, determinando que el Tribunal podría imponer la castración química, como pena, a aquellas personas condenadas por el delito de violación y debería hacerlo obligatoriamente en casos de

⁴⁷⁹ MILLER, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, p. 188.

⁴⁸⁰ *California Penal Code*, §645 (a).

⁴⁸¹ *California Penal Code*, §645 (b).

⁴⁸² *California Penal Code*, §645 (d) y *Druhm, Albany Law Review*, 1997, p. 301.

⁴⁸³ *California Penal Code*, §645 (f).

reincidencia. Se especifica que esta pena sería accesoria a la impuesta por el Código y de ninguna manera la sustituiría o implicaría su reducción⁴⁸⁴. La norma establecía que la imposición de la castración estaría condicionada a una evaluación médica, en la que se determinara que el sujeto fuese un candidato apropiado para el tratamiento. Al igual que en el caso de California, se determinó que la administración de acetato de medroxiprogesterona debería comenzar una semana antes de la libertad de la persona. Finalmente, se aclaró que si el condenado incumpliese el tratamiento, sería condenado a una nueva pena de prisión que podría llegar hasta los quince años⁴⁸⁵.

4. De forma similar a California y Florida, Montana sancionó su propia ley de castración química en 1997. Se reglamentó para sujetos condenados por los delitos de abuso deshonesto, violación o incesto contra menores de dieciséis años. Tanto si el autor es primario o reincidente la castración se introduce como complementaria de la pena y con carácter discrecional⁴⁸⁶.

5. Entre los otros estados que sancionaron la castración química⁴⁸⁷ cabe mencionar los casos de Oregón⁴⁸⁸, Iowa⁴⁸⁹, Louisiana⁴⁹⁰, Georgia⁴⁹¹ y Wisconsin⁴⁹². Por su parte, se reitera que Texas prevé, únicamente, la castración quirúrgica de forma voluntaria.

⁴⁸⁴ El Código Penal de Florida establece una guía de penas obligatorias para los distintos casos de violación que va desde la pena de muerte (*capital felony*) cuando la víctima tuviere doce años o menos, pasando por la prisión perpetua (*life felony*) para los casos agravados y finalizando luego en distintos grados de prisión (*felony of the first degree* -no más de treinta años-, *second degree* -no más de quince años- o *third degree* -no más de cinco años-), cfr. *Florida Statutes*, §794.011 y §775.082.

⁴⁸⁵ *Florida Statutes* §794.0235. Para un análisis crítico de la ley ver SPALDING, *Florida State University Law Review*, 1998, p. 117.

⁴⁸⁶ *Montana Code Annotated* §45.5.512.

⁴⁸⁷ Puede verse un análisis comparativo de las distintas reglamentaciones estatales en SCOTT/HOLMBERG, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 2003, pp. 504 y 506. Se agrega que en 2015, el estado de Oklahoma estuvo cerca de aprobar la sanción de una ley de castración química aunque no consiguió la mayoría necesaria en el Senado; cfr. <http://www.washingtontimes.com/news/2015/feb/24/chemical-castration-of-sex-offenders-sought-in-okl/> (última visita 20/05/2017).

⁴⁸⁸ *Oregon Revised Statutes*, 14 §144.625. Para un análisis de la ley véase WONG, *Oregon Law Review*, 2001, p. 267.

⁴⁸⁹ *Iowa Statutes*, §903B.10.

⁴⁹⁰ *Louisiana Revised Statutes*, 14 §43.6 y 15 §538.

⁴⁹¹ *Georgia Code Annotated* §42-9-44.2, derogado el 1/07/2006 por la *House Bill* 1059, sección 29, que reformó el sistema de castigos a delincuentes sexuales.

⁴⁹² *Wisconsin Statutes* §304.06(1q).

VI.3.B. Modelos voluntarios.

VI.3.B.a. España.

1. En España, hasta el año 2007, prácticamente no hubo debate sobre la necesidad de sancionar leyes que autorizaran la castración química de delincuentes sexuales⁴⁹³. El tema se instaló ese año en los medios de comunicación y en algunas comunidades autónomas, a partir de casos resonantes, que terminarían motivando su inclusión en un anteproyecto de reforma al Código Penal español, en 2008.

2. Cataluña⁴⁹⁴ fue, quizá, el ejemplo más paradigmático de la intensidad y calidad que tuvo el debate en aquella época. En tal sentido, con fecha 24 de julio de 2007, el *Departament de Justicia de la Generalitat*, dictó una Resolución⁴⁹⁵, por medio de la cual se creó una Comisión independiente de expertos, con el objeto de estudiar y elaborar una serie de propuestas relativas a la prevención de reincidencia en delitos graves. Del informe resultante⁴⁹⁶ surge que uno de los objetivos que se plantearon fue el de analizar qué medidas debían adoptarse ante aquellos condenados que, una

⁴⁹³ Una de las pocas discusiones mediáticas que pueden observarse fue a raíz del pedido efectuado hacia fines de 2004, a un Juzgado de Instrucción de Colmenar Viejo, por un delincuente sexual condenado por la violación de una niña de diez años, de someterse a un tratamiento de castración química, argumentando que era “un peligro social” y que su deseo era “ser persona”. El incidente generó alguna repercusión periodística sobre la posibilidad de implementar este instituto -véase <http://www.20minutos.es/noticia/220096/0/violador/carta/castrar/> (última visita 20/05/2017).

⁴⁹⁴ En Cataluña ocurrieron casos de importante repercusión mediática que instalaron el debate de un modo intenso. En particular, como consecuencia del debate sobre la liberación de José Rodríguez Salvador, conocido como el “violador del Vall d’Hebron”. Véase diario *El País* del 14/09/2007, “La comisión de expertos rechaza la castración química de los violadores” y 25/09/2008, “Cataluña aplicará la castración química para reos con delitos sexuales” (www.elpais.com); véase también diario *La Vanguardia* del 11/09/2008, “Terroristas y pederastas podrán ser vigilados 20 años tras salir de prisión”, p. 17 y también www.20minutos.es/noticia/285359/0/bermejo/castracion/quimica (última visita 20/05/2017).

⁴⁹⁵ Resolución JUS/2362/2007, de 24 de julio, publicada en DOGC núm. 4937, de 31 de julio.

⁴⁹⁶ http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/comissio_mena_cas.pdf (última visita 20/05/2017). Las recomendaciones de la Comisión se publicaron además en: AA.VV., *Delitos sexuales y reincidencia*, 2009, pp. 223-234.

vez extinguida la responsabilidad criminal por cumplimiento de la pena, se determinaba que presentaban un riesgo de cometer nuevos delitos de naturaleza similar.

3. En tal sentido, la Comisión concluyó que desde una óptica de prevención terciaria era necesario profundizar en tratamientos farmacológicos, que denominó de “supresión hormonal reversible”. Éstos debían funcionar como un estímulo positivo para la reinserción social, e implementarse en forma voluntaria -con consentimiento informado- y de modo complementario de medidas psicosociales. Asimismo, debían ir precedidos de una evaluación clínica individualizada para la consideración de su eficacia y cumplimiento.

4. A partir de estas conclusiones, en 2009 se implementó en Cataluña un programa voluntario de inhibidores sexuales, complementario de un tratamiento psicosocial intensivo, proyectado en primer lugar en la prisión de Brians-1, para luego extenderse a otras⁴⁹⁷. Sin embargo, se ha puesto en duda el grado de adhesión del programa, destacándose la muy poca cantidad de voluntarios del mismo⁴⁹⁸.

5. En el plano normativo debe advertirse que la castración química no posee una reglamentación específica a nivel nacional. Sin embargo, debe destacarse que a raíz de la reforma operada en el año 2010, con la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada, se previó la posibilidad de imponer, entre sus obligaciones, la de seguir un tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico (art. 106.k CPE)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ <http://www.lavanguardia.com/vida/20090919/53788297813/catalunya-administrara-inhibidores-sexuales-a-violadores-reincidentes.html> (última visita 20/05/2017).

⁴⁹⁸ http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/26/actualidad/1332780858_074198.html (última visita 20/05/2017). A mediados del año 2013 se anunció en la prensa que quien fuera conocido como “el segundo violador del Eixample” se sometió en forma voluntaria al tratamiento; <http://www.abc.es/espana/20130703/abci-castracion-quimica-efectiva-201307030949.html> (última visita 20/05/2017).

⁴⁹⁹ Cabe advertir que esta obligación -sólo en su variante de tratamiento externo en centros médicos y no así la de controles médicos periódicos- ya se encontraba presente en el artículo 105.1.a (por remisión del 96.3.6º) del CPE -en su redacción anterior a la reforma de la LO 5/2010 que la suprimió-, como una posible medida de seguridad para personas inimputables o semiimputables con una duración máxima de cinco años. La novedad pasa porque, ahora, el legislador previó su posible aplicación a personas encontradas culpables de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

6. A partir de aquí se encuentra discutido si puede interpretarse que, a partir de esta previsión, el Juez o Tribunal sentenciador podría disponer (a propuesta del Juez de vigilancia penitenciaria) que el condenado, a quien se le hubiese impuesto la medida de libertad vigilada, recibiese como un tratamiento médico el suministro de anti-andrógenos u otros agentes hormonales para reducir el nivel de testosterona⁵⁰⁰.

6.a. Adelantando un debate que será desarrollado más adelante⁵⁰¹, debe advertirse un serio obstáculo a la introducción de la castración química como una medida de seguridad, dentro de esta norma. En tal sentido, la escueta reglamentación de la norma impide determinar la exigencia del consentimiento informado por parte del condenado, como así también la necesidad de intervención de peritos médicos o psiquiatras que dictaminen sobre la necesidad y conveniencia del tratamiento. En este sentido, la doctrina ha interpretado que el art. 106.k CPE prescinde, directamente, del consentimiento del penado, lo cual en el caso del tratamiento médico sería difícil de legitimar sin perjuicio de resultar contrario a la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente⁵⁰².

6.b. Por otro lado, una posible argumentación a favor de la procedencia surgiría del procedimiento para la concesión de esta medida de seguridad. En tal sentido, es importante valorar que previo a su imposición el Juez deberá escuchar a la propia persona sometida a la medida, al Ministerio Fiscal y a la víctima -si lo hubiese solicitado- (art. 98.3 CPE). Cabe preguntarse -aunque la norma no es clara al respecto- si la obligación del Juez de escuchar a la persona sometida a la medida, podría ser interpretada como una exigencia de consentimiento informado.

⁵⁰⁰ ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, pp. 203-206.

⁵⁰¹ *Infra*, Capítulo VIII.4.C.

⁵⁰² Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El artículo 2.2 de la norma establece que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”. Lo nota ALCALÉ SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho*, p. 198. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, diario *La Ley*, 2010, p. 56.

VI.3.B.b. Francia.

1. El sistema penal francés incluyó la castración química voluntaria en la reforma legislativa ocurrida en febrero de 2008⁵⁰³, cuando previó en la ley de salud pública la posibilidad de ofrecer tratamientos médicos voluntarios para la disminución de la libido, a aquellas personas que estén sujetas al régimen de libertad vigilada (*suivi socio-judiciare*; art. 131-36-4 *Code Pénal*) medida de seguridad de libertad vigilada (*surveillance judiciare*; art. 723-30 *Code de Procédure Pénale*) o para algunos casos de libertad condicional (art. 731-1 *Code de Procédure Pénale*) (art. L3711-3, *Code de la Santé Publique*).

VI.3.B.c. Argentina.

1. Al igual que en muchos países, en la Argentina el debate sobre la castración química se instala en los medios de comunicación siempre que sucede un hecho aberrante. Sin embargo, en el orden nacional hasta el momento no se introdujo este tratamiento en el Código Penal⁵⁰⁴. Sí merece destacarse la sanción efectuada desde la provincia de Mendoza, dentro de sus facultades autónomas, por medio de las cuales se creó en el ámbito del Ministerio de Salud, el “Programa Provincial para la Prevención de la Reincidencia de Autores de Delitos de Índole Sexual”⁵⁰⁵. En los fundamentos del decreto provincial se reconoce la necesidad de implementar un tratamiento terapéutico de rehabilitación para aquellas personas condenadas por delitos de índole sexual, consistente en “tratar el comportamiento delictivo, la parafilia y cualquier otra alteración física o mental que pudiera haber contribuido a que cometieran el delito”.

⁵⁰³ Ley n°2008-174 del 25/02/2008. Sin embargo, desde noviembre de 2004 ya existía un programa piloto por el que se ofreció un tratamiento médico voluntario a cuarenta y ocho personas condenadas por delitos sexuales.

⁵⁰⁴ Sin perjuicio de haber existido, al menos, dos proyectos de reforma del Código Penal que la propusieron, aunque no llegaron a tener debate parlamentario. Cfr. Proyecto 2686-S/96, del Senador formoseño Alberto Maglietti y Proyecto 6797-D-2005, de la Diputada misionera Irene Bösch. El primero de los proyectos tenía una impronta del modelo estadounidense, mientras que el segundo la preveía directamente como pena obligatoria para reincidentes o de violaciones seguidas de muerte.

⁵⁰⁵ Decreto 308/2010, de 17 de marzo de 2010.

2. Para ello se analiza la conveniencia de un tratamiento psicológico, tendiente a “resolver las causas de sus trastornos, así como aprender mejores maneras de enfrentarse a la vida y medios más sanos para expresar su sexualidad y satisfacer sus necesidades”-, junto con un tratamiento biomédico, consistente “en el empleo de fármacos para modificar las fantasías, los impulsos y las conductas heretosexuales”. Finalmente, se establece como premisa que el proceso de tratamiento será voluntario por parte del individuo “y bajo estrictas condiciones de consentimiento informado”.

3. A pesar de la implementación normativa del programa para la prevención de la reincidencia de autores de delitos sexuales, a nivel provincial, no se han reportado datos sobre su implementación.

VI.4. Recapitulación.

1. Más allá de la simbología negativa que pueda tener la denominación de castración, lo cierto es que los tratamientos químicos de supresión hormonal son una realidad aceptada en diversos sistemas. He podido encontrar dos modelos claramente diferenciados. En el primero de ellos, la castración se encuentra prevista como una suerte de condición para que los condenados por ciertos delitos sexuales recuperen su libertad. Adelantando algunas de las objeciones que desarrollaré mejor en la tercera parte, este modelo podría estar encubriendo una imposición compulsiva de la castración química, de difícil legitimación. En efecto, es un principio general y arraigado el que asocia el tratamiento médico con la voluntad (real) de sus pacientes de recibirlo. Por el contrario, cualquier atisbo de imposición obligatoria no sólo atenta contra el tratamiento mismo sino que, además, resulta incompatible con la dignidad de la persona humana.

2. Un segundo modelo introduce la castración química, más claramente, como un tratamiento médico voluntario y ya se encuentra desde hace unos años en etapa de implementación en España y Francia. Será importante analizar en cada caso que, efectivamente, se trate de tratamientos voluntarios en los cuales los condenados sean

informados de todos los efectos que la medicación les pueda generar. En este sentido, habrá que analizar su naturaleza jurídica con una visión distinta a la tradicional, ya que las consecuencias jurídicas son esencialmente compulsivas. De este modo, para la tercera parte, habré de plantear una nueva especie de medida de seguridad, reglamentada de forma tal que se garantice la plena voluntariedad en su imposición.

3. Una última mención merece la castración quirúrgica que ha sido encontrada en algunos sistemas y que, me adelanto, parece difícil que supere el análisis de legitimidad, desde el respeto a la dignidad y la prohibición de tratos crueles e inhumanos. Ello, sin perjuicio de que sea reglamentada como una institución voluntaria.

VII

Libertad vigilada y prevención situacional de condenados en libertad.

1. En este capítulo me dedicaré a analizar un grupo de restricciones e injerencias que se han sancionado, por un lado, como forma de control de las personas condenadas por delitos sexuales una vez que son liberadas, con especial hincapié en el estudio de las nuevas tecnologías aplicadas para el control de las personas en libertad vigilada o en *probation*, ya sea mediante la restricción del uso de ordenadores e Internet, como así también a través de la imposición de sistemas de localización satelital (GPS) o pulseras electrónicas. Del mismo modo, se estudiarán mecanismos de prevención situacional que se han implementado en algunos sistemas, para impedir a los condenados en libertad residir, trabajar o aproximarse a determinadas zonas, ya sea por su cercanía con establecimientos o lugares de actividades infantiles, o bien por su proximidad a la víctima del delito por el que fuera condenado.

VII.1. Restricciones residenciales: prohibición de vivir, trabajar o frecuentar determinados lugares.

VII.1.A. El modelo estadounidense .

1. En la evolución de las respuestas legislativas sancionadas para la cuestión de la delincuencia sexual, corresponde ahora tratar las llamadas restricciones residenciales o “*zoning restrictions*” que comenzaron a introducirse en los últimos años. El término “*zoning*” alude a la división de un área en zonas o secciones reservadas para distintos propósitos. Podríamos decir, entonces, que la idea central de estas leyes es la delimitación de zonas donde se encuentra prohibido que resida -y en algunos casos

trabaje o hasta incluso transite- una persona con antecedentes por determinados delitos sexuales.

2. Si bien estas leyes resultan históricamente originales, algunos autores relacionan sus antecedentes con la pena de destierro, en la medida en que los sujetos terminan muchas veces siendo exiliados de su comunidad o incluso sucede que deben dejar a su familia, trabajos y hasta cambiar de estado⁵⁰⁶. Otro sector de la doctrina destaca como antecedentes de estas normas, por sus semejanzas, a las leyes de exclusión social de alcohólicos, mendigos o vagos⁵⁰⁷.

3. Asimismo, enfoques sociológicos llevan a clasificar estas restricciones como propias de un movimiento denominado “*Not In My Backyard*” (“No en mi patio trasero”), nombre con el que se designan oposiciones comunitarias a distintos desarrollos o infraestructuras que se proyectan sobre una zona, tales como prisiones, plantas nucleares, redes de trenes de alta velocidad o antenas de telefonía celular, entre otras, y de aquellos que se suponen impactos negativos para la misma⁵⁰⁸.

4. Finalmente, desde un punto de vista criminológico, podría decirse que el fundamento de las restricciones residenciales es la reducción de oportunidades de reincidencia para los delincuentes sexuales, pudiendo ser encuadradas entonces como de prevención situacional, en tanto pretenden incidir, no sobre la motivación sino sobre la oportunidad⁵⁰⁹.

VII.1.A.a. Reglamentación.

1. Intentar realizar un esbozo del sistema normativo de las restricciones residenciales resulta dificultoso a primera vista, dado que coinciden numerosas regulaciones estatales -prácticamente la mitad de los estados- con cientos de ordenanzas

⁵⁰⁶ Al respecto es interesante el trabajo de YUNG, *Washington University Law Review*, 2007, pp. 101-160.

⁵⁰⁷ LOGAN, *Iowa Law Review*, 2006, p. 10 y pp. 26-31 en donde analiza precedentes jurisprudenciales de exclusión social en la depresión de la década de 1930.

⁵⁰⁸ Véase LOGAN, *Iowa Law Review*, 2006, p. 10 y WERNICK, *Florida Law Review*, 2006, p 1149.

⁵⁰⁹ Para un resumen de las principales propuestas de prevención situacional y su valoración crítica, véase CID MOLINÉ/LARRAURI PJOAN, *Teorías criminológicas*, pp. 48-55.

municipales. En este sentido, es lógico encontrar discrepancias normativas respecto a la amplitud del radio, los lugares de referencia, las actividades restringidas o la sanción impuesta⁵¹⁰.

VII.1.A.a.1. Regulaciones estatales.

1. Florida es considerado el primer estado en haber sancionado una norma de restricción residencial, en el año 1996, limitada a aquellos delincuentes sexuales considerados *depredadores* (“*sexual predators*”) en condiciones de acceder a la libertad condicional. Alabama, por su parte, fue el primero en extender dichas restricciones a un amplio grupo de delincuentes sexuales en el año 1999⁵¹¹. Hacia el año 2008 se estima que veinticuatro estados habían sancionado leyes conteniendo esta clase de restricciones⁵¹².

2. Resumiendo los puntos de interés de las reglamentaciones, se observa que respecto a la amplitud de las zonas de exclusión, las leyes estatales suelen fijar un radio de entre 152 y 610 metros⁵¹³. Asimismo, los lugares de referencia utilizados son escuelas, parques, guarderías, gimnasios, piscinas públicas, iglesias y hasta locales de videojuegos. Algunas normas, incluso, llegan al extremo de mencionar como puntos de referencia paradas de autobuses. En orden a las actividades restringidas, todas las leyes se refieren a la residencia, aunque algunas incluyen trabajar o merodear (*loitering*). Respecto a las sanciones, la mayoría de los estados considera

⁵¹⁰ LOGAN, a quien sigo en este punto, sistematiza las distintas reglamentaciones en *Iowa Law Review*, 2006, pp. 6-9. Pueden verse también algunos artículos que analizan específicamente las leyes de algunos estados, como el caso de Florida, WERNICK, *Florida Law Review*, 2006, en especial pp. 1160-1166 (incluyendo algunas ordenanzas municipales); o Georgia, HUNTER/SHARMAN, *Georgia State University Law Review*, 2007, en especial pp. 19-22.

⁵¹¹ WERNICK, *Florida Law Review* 2006, p. 1157; *Florida Statutes*, §947,1405.(7)(a)2 y *Alabama Code*, §15-20-26.

⁵¹² Alabama, Arkansas, California, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Louisiana, Oregon, Michigan, Missouri, Montana, North Carolina, Ohio, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas, Washington y West Virginia.

⁵¹³ He efectuado la conversión, ya que las leyes estadounidenses utilizan los pies como unidad de medida.

que el incumplimiento de las restricciones es un delito grave (*felony*) y se observa como extremo el caso de Georgia que prevé una pena de entre diez y treinta años de prisión⁵¹⁴.

3. En cuanto a la modalidad de la norma, algunos estados imponen las restricciones como reglas de conducta para la libertad condicional o *probation*, como es el caso de California, Oregon o Texas⁵¹⁵. Dentro de éstos, se observan casos en los que la persona debe someter a consideración del departamento de prisiones el lugar en el que va a vivir, debiendo ser aprobado por éste para lo cual se tendrán en cuenta las restricciones en cada caso particular como es el de Washington⁵¹⁶. Por el otro lado, en algunos estados la restricción está prevista como un tipo penal independiente, en donde se establece que se le prohíbe a una persona que haya sido condenada por determinados delitos sexuales residir dentro de un radio específico de cualquier escuela, guardería, plaza o parque. Tales son los casos de Louisiana, Florida, Iowa o Arkansas, entre otros⁵¹⁷.

4. En cuanto a los destinatarios, en ciertos casos se limita la restricción a un grupo específico de delincuentes sexuales, como los pedófilos en California⁵¹⁸, mientras que en otros se deja abierta la posibilidad de aplicarla a todo tipo de delincuente sexual violento o *depredador* sexual, como en el caso de Oregon⁵¹⁹.

5. Finalmente, cabe destacar que el único caso en que se exige un examen particular para determinar la necesidad de imponer la restricción es el de Arkansas. El resto de los estados impone la restricción en forma automática en función del delito cometido. En efecto, la ley de Arkansas prevé un sistema de clasificación actuarial en cuatro niveles de riesgo para la determinación del registro y notificación a la comunidad. En función del mismo, se prevé que únicamente serán pasibles de

⁵¹⁴ LOGAN, *Iowa Law Review*, 2006, pp. 6-7 y *Georgia Code Annotated*, §42-1-15(h.2).

⁵¹⁵ *California Penal Code* §3003(g); *Oregon Revised Statutes*, §144.642; *Texas Government Code*, §508.187(b).

⁵¹⁶ *Washington Revised Code Annotated*, §72.09.340(3.a).

⁵¹⁷ *Louisiana Revised Statutes*, §14.91.2; *Florida Statutes* §794.065; y *Iowa Statutes* §692A.2.A y *Arkansas Code Annotated*, §5-14-128(a).

⁵¹⁸ *California Penal Code*, §3003(g)

⁵¹⁹ *Oregon Revised Statutes*, §144.641 y 642.

restricciones domiciliarias aquellas personas incluidas en los niveles tres o cuatro⁵²⁰. Resulta destacable también el sistema de Texas en el cual el condenado puede requerir que se revise la amplitud de la zona en función del delito cometido o la peligrosidad del caso concreto, e incluso podrá solicitar que se le concedan permisos para ingresar a la zona de exclusión por razones laborales, familiares o educativas, todo lo cual es supervisado por un oficial de libertad condicional y un terapeuta⁵²¹.

VII.1.A.a.2. Regulaciones municipales. Cuestiones de competencia.

1. Se estima que más de 400 municipios sancionaron sus propias ordenanzas de restricciones domiciliarias⁵²². Ello conlleva distintos problemas entre los que interesa destacar dos. En primer lugar, la existencia de ordenanzas locales que son más restrictivas que las estatales; y, en segundo lugar, la posibilidad de que una municipalidad sancione una norma de restricción aunque el estado no lo hubiera hecho.

2. El carácter más estricto de una norma de restricción domiciliaria puede ser medido por la amplitud de la zona de exclusión o por los lugares de referencia. En este sentido se observan casos de ordenanzas municipales que han sido más estrictas que las leyes estatales.

2.a. Por ejemplo, se observa que la ciudad de Snelville, Georgia, estableció una zona de exclusión de 760 metros cuando la ley del estado la había establecido en 305. Un caso similar se da entre la ciudad de Jacksonville y el estado de Florida, como veremos a continuación. También se destaca cómo algunos municipios de Florida establecen como lugares de exclusión, iglesias, bibliotecas o paradas de autobús, mientras que la ley estatal se limitaba a

⁵²⁰ *Arkansas Code Annotated* §5-14-128(a). Cabe agregar que la ley de Arkansas fue declarada constitucional por la Cámara Federal de Apelaciones -octavo distrito- haciéndose hincapié en que a diferencia de otras normas "...la ley de Arkansas posee un sistema de análisis de riesgo de delinquentes sexuales particularizado, que aumenta la posibilidad de que la restricción domiciliaria no sea excesiva en relación con el propósito racional de disminución del riesgo de delitos sexuales contra menores"; U.S. Court of Appeals for the Eight Circuit, n°05-1152 de 13 de julio de 2006 (ponente Colloton) ("*Weems v. Little Rock Police Department*", 453 F.3d 1010).

⁵²¹ *Texas Government Code*, §508.187(d y e).

⁵²² NIETO/JUNG, *California Research Bureau* 06-008, 2006, p. 21.

escuelas, guarderías o parques⁵²³. Finalmente, merece ser destacado el caso extremo de un municipio de Florida que sanciona a aquellas personas que alquilen sus inmuebles a delincuentes sexuales, en violación de una restricción residencial⁵²⁴.

3. Normalmente, debería pensarse que el estado fija el marco mínimo y las municipalidades pueden reglamentar por debajo de esos límites, pero no ser más estrictas que la norma general.

3.a. Cabe destacar por ello un caso de Florida que llegó a la Justicia, en el que un Tribunal tuvo oportunidad de evaluar la ordenanza municipal de Jacksonville n° 674.502, sancionada en 2005, que establecía una zona de exclusión de 760 metros, contra los 305 que establece la ley estatal⁵²⁵. Los demandantes alegaron una serie de cuestiones constitucionales, tales como vaguedad, tratos crueles e inusuales, *ne bis in idem*, debido proceso y prohibición de retroactividad, que fueron todas ellas rechazadas por el Tribunal. Sin embargo, la solución del caso pasó por considerar que la ordenanza municipal vino a interferir con la estrategia estatal adoptada en materia de delincuencia sexual. Esta interferencia local, se expresó, desconoció la política decidida y adoptada por el estado para esta materia, que debe regir siempre en forma uniforme en todo el territorio. Se dijo, entonces, que la consecuencia que ocurriría si los municipios ampliaran las zonas de exclusión es que algunos sujetos se verían obligados a mudarse a otras localidades que pasarían a sobrecargarse de delincuentes sexuales o podrían, incluso, adoptar una residencia nómada o carecer de vivienda, todo lo cual sería en desmedro de la política de contención y prevención del delito adoptada por el estado. Por todo ello, el Tribunal consideró que debía primar la legislación estatal (“*preemption*”) por sobre la local⁵²⁶.

4. El segundo grupo de problemas surge de los casos en que un estado no ha sancionado una ley de restricción, a pesar de lo cual sus municipios adoptan dicha prerrogativa. Parecería que en estos casos, los municipios no deberían estar autorizados a redactar sus propias ordenanzas de restricción domiciliaria por encima

⁵²³ NIETO/JUNG, *California Research Bureau* 06-008, 2006, p. 21.

⁵²⁴ BRYAN, “Davie Passes Sex Offender Law that Sets Fines for Landlords”, en *South Florida Sun Sentinel*, de 22 de enero de 2009 (<http://www.sun-sentinel.com>).

⁵²⁵ County Court for the Fourth Judicial Circuit in and for Duval County, Florida, de 11 de octubre de 2007, (“*Florida vs. Schmidt*”).

⁵²⁶ Similares argumentos utilizó un tribunal de New York para invalidar la ordenanza del condado de Rockland, que establecía restricciones más estrictas que el régimen general previsto en las leyes del estado (*New York Penal Law*, §65.10.4-a y *New York Executive Law*, art. 12-B §259-c.14). Ver Supreme Court of the State of New York, County of Rockland, de 22 de enero de 2009 (*State v. Oberlander*).

de un estado, que resolvió tratar la cuestión de la delincuencia sexual de otra manera. Ilustremos esta cuestión con un caso resuelto por la Justicia de New Jersey⁵²⁷.

4.a. Los municipios de Galloway y Cherry Hill, New Jersey, impusieron sus ordenanzas de restricción domiciliaria sobre tres personas con antecedentes por delitos sexuales. Recurridas las sentencias, en primera instancia se consideró que las ciudades no estaban autorizadas a sancionar las normas cuestionadas, estando ello prohibido por la ley de registro de delincuentes sexuales y notificación a la comunidad (ley *Megan*) del estado de New Jersey. Las municipalidades recurrieron las sentencias advirtiendo que el estado no se había pronunciado ni a favor ni en contra de estas normas, y que la ley *Megan* estatal tenía un objetivo distinto que las restricciones, las que complementaban aquélla proveyendo medidas adicionales para la seguridad de la población.

4.b. El Tribunal Supremo de New Jersey confirmó las sentencias anteriores. En sus fundamentos advirtió que el estado había resuelto reglamentar la situación de los delincuentes sexuales en la comunidad a través de un paquete de leyes denominado en su conjunto como ley *Megan*. A través de ésta, dijeron, se disponía todo lo relativo a la supervisión y control de las personas en la comunidad, sus viviendas y actividades. Asimismo, destacó el Tribunal que en ningún lugar se preveían normas que autorizaran zonas de exclusión residenciales y que, por el contrario, éstas serían contrarias a lo previsto en la ley *Megan*, en la que se establecía que la información de los registros de delincuentes sexuales no podría ser utilizada para denegar acomodación u hospedaje a una persona. A partir de esto se consideró que las ordenanzas municipales cuestionadas no estaban permitidas por la ley del estado que tenía mayor jerarquía (de nuevo el principio de “*preemption*”) y ya había resuelto cómo manejar el tema. Finalizó advirtiendo que la necesidad de brindar mayor protección a una determinada zona o actividad debía ser tomada por la legislatura y no por un municipio particular, y que el hecho de que la ley *Megan* o las reglas de la fiscalía general no incluyan restricciones residenciales significaba una creencia en que la cuestión había sido resuelta de otro modo.

VII.1.B. Otros modelos.

⁵²⁷ Superior Court of New Jersey, Appellate Division de 15 de julio de 2008 (ponente Lisa) (“*GH v. Township of Galloway*”).

1. Los otros modelos que se analizarán a continuación se diferencian del estadounidense en la medida en que prevén restricciones residenciales de un modo más genérico, estableciéndose comúnmente la opción legal de imponer la prohibición de residir o acudir a lugares determinados. Por lo tanto, podría decirse que el modelo estadounidense es único en cuanto a su especificidad. De esta manera, en los otros modelos que se analizarán pareciera que se trata de la concesión de una facultad discrecional del Juez quien, en determinados casos concretos de delincuencia sexual, podrá disponer la prohibición de que el condenado resida o acuda a lugares determinados. Se destaca que se trata de restricciones impuestas en la sentencia, aunque luego el Juez de vigilancia o ejecución deberá resolver la necesidad o conveniencia de aplicarla al caso concreto. Veamos algunos ejemplos.

VII.1.B.a. España.

1. En el Código Penal español existen tres posibilidades para la imposición de restricciones domiciliarias: como pena, como regla de conducta o como medida de seguridad. A ellas debe sumársele una cuarta posibilidad, como medida cautelar, que surge de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VII.1.B.a.1. Las penas de alejamiento y de inhabilitación especial.

1. En primer lugar se observa que, dentro de las penas privativas de derechos, existe la denominada pena de alejamiento, consistente en la privación del derecho a residir en determinado lugar o acudir al mismo, la prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicarse con éstas (art. 39 apartados f, g y h CPE). Su finalidad es “*atender primordialmente las necesidades y los intereses de la víctima del delito, preservándola de futuros contactos con el penado*”⁵²⁸. De ahí que

⁵²⁸ BOLDOVA PASAMAR, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 146-147.

el art. 48 CPE haya reglamentado estas tres modalidades de penas destacando que, mediante las mismas, se impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos; acercarse a ellas en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos; finalmente, se le impide establecer con ellas contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático. Estas penas son consideradas accesorias y están previstas con carácter potestativo para ciertos delitos, entre los que se incluyen los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 57 CPE)⁵²⁹.

2. En cuanto a su extensión se establece que podrán tener una duración de hasta diez años si el delito fuera grave, aunque si son aplicadas en forma accesoria a una pena privativa de libertad deberán ser impuestas por un tiempo superior, entre uno y diez años, al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años si fuera menos grave (arts. 40.3 y 57 CPE)⁵³⁰.

3. Como puede verse, el alcance de estas penas se encuentra limitado a la protección de las víctimas del delito, por lo que no serían del todo comparables con las restricciones residenciales del modelo estadounidense, en la medida en que no podrían ser aplicadas en forma genérica restringiendo a los delincuentes sexuales la posibilidad de residir en zonas próximas a lugares de referencia, fuera de una conexión con la víctima del delito. De hecho se destaca que, al momento de su

⁵²⁹ Un ejemplo de aplicación de esta pena a un delito sexual, en la jurisprudencia española, puede verse en la STS de 31 de octubre de 2003 (ponente Puerta Luis), FJ 12º, que confirmó la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Cáceres a la pena de accesoria de inhabilitación especial, prohibiéndose al condenado volver al municipio y domicilio en el que resida la víctima o su familia durante el plazo de cinco años (la pena principal fue de diez años de prisión, por el delito continuado de agresión sexual).

Sobre el carácter accesorio de esta pena, véase BOLDOVA PASAMAR, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 149, quien destaca también la posición contraria, seguida por *Mapelli Caffarena* y *Rey Huidobro*, quienes la consideran pena principal.

⁵³⁰ Antes de la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, que introdujo la redacción actual del art. 57 CPE, ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía dicho que el cómputo de la inhabilitación especial debía comenzar “*a continuación de la pena privativa de la libertad*” o “*cuando comience a disfrutar permisos carcelarios o del período de libertad condicional, o se produzca la salida de la prisión por cualquier otra causa con la debida autorización*”; STS de 31 de octubre de 2003, FJ 12º.

aplicación, la jurisprudencia española ha remarcado la exigencia legislativa de valorar la gravedad del hecho y el peligro que el delincuente representa desde el punto de vista de la víctima, para fundar la imposición de esta pena accesoria⁵³¹. Por ello, la doctrina advierte que la afectación a la residencia permitida por la norma sería indirecta, ya que ella está dirigida a impedir que el penado vuelva al lugar en que se cometió el delito o a aquel sitio en donde residen la víctima y su familia⁵³².

4. Finalmente, en cuanto a la extensión de la zona de exclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido bastante amplia en su interpretación y así se ha dispuesto, en algunos casos, la prohibición de residir o volver al municipio en que se cometió el delito sexual⁵³³.

5. En segundo lugar, debe mencionarse la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria, comercio u otras actividades previstas en el Código (arts. 39.b y 45 CPE). Ésta puede ser impuesta como principal -cuando así esté prevista en la parte especial del Código Penal- o accesoria -cuando la pena de prisión impuesta sea inferior a diez años (art. 56.1.3 CPE)⁵³⁴.

6. Se establece que debe haber una conexión entre el delito y el empleo o actividad que se inhabilita, es decir, que la profesión de que se trate haya sido utilizada para delinquir⁵³⁵. En virtud de esta previsión, resultaría que en aquellos casos en que una persona hubiere utilizado su trabajo como medio para la comisión de un delito sexual, por ejemplo como cuidador de niños o docente, el Juez podrá inhabilitar al sujeto -como pena accesoria, si la pena principal fuere de menos de diez años de prisión- para el ejercicio de dicho trabajo durante el tiempo de la condena.

7. Parece menos probable que se funde una restricción residencial en la mención de la inhabilitación especial “para cualquier otro derecho” del art. 39 CPE. Como

⁵³¹ CID MOLINÉ, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004-2, p. 225.

⁵³² ROCA AGAPITO, *El sistema de sanciones en el Derecho penal Español*, p. 223.

⁵³³ STS de 22 de septiembre de 2000 (ponente Abad Fernández).

⁵³⁴ Como lo reconoce un sector de la doctrina, no resultan claras las razones por las que se pueda imponer una inhabilitación especial como accesoria, cuando la pena de prisión sea inferior a diez años y no así cuando sea superior; cfr. BOLDOVA PASAMAR, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 138.

⁵³⁵ BOLDOVA PASAMAR, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 134.

veremos, al hablar del modelo español en materia de restricciones informáticas (*infra* 2.B), la doctrina española es restrictiva en cuanto a los derechos susceptibles de limitación, criticando a la norma por su ambigüedad y vaguedad.

VII.1.B.a.2. Reglas de conducta.

1. El CPE establece que podrá ser dejada en suspenso la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a dos años, cuando el condenado no tuviere antecedentes por delitos dolosos o, si los tuviere, éstos hubiesen sido cancelados (arts. 80.1 y 81.1 CPE). Asimismo, dicha suspensión podrá ir acompañada de una serie de deberes o reglas de conducta, como condición de la vigencia y mantenimiento de la misma, cuyo objetivo principal es su orientación a evitar la recaída en el delito y el refuerzo de las condiciones de resocialización de la persona⁵³⁶.

2. Entre las reglas de conducta previstas, se destaca que el Juez podrá disponer la prohibición de acudir a determinados lugares, o aproximarse a la víctima, sus familiares u otras personas que se determinen (art. 83.1.1 y 83.1.2 CPE). El incumplimiento de estas reglas, si fuere reiterado, podrá dar lugar a la revocación de la suspensión (art. 84.2.c, CPE). En cuanto a la duración de las reglas de conducta, éstas estarán ligadas al plazo de la suspensión el que no podrá exceder de cinco años (81 CPE). También se establece la posibilidad de imponer estos deberes o reglas, al momento de otorgarse el beneficio de la libertad condicional, por el tiempo que reste de condena (art. 90.5 CPE).

3. Como puede observarse, las reglas de conducta previstas en el Código Penal español, para los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena o de libertad condicional, pueden ser asimilables a algunas de las restricciones residenciales del Derecho estadounidense . En virtud de ello, sería lógico que en caso de condenarse

⁵³⁶ GRACIA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 317-318.

una persona por un delito sexual y proceder cualquiera de estos tres institutos reseñados, el Juez pueda imponer una restricción basándose en estas disposiciones.

VII.1.B.a.3. Medidas de seguridad de libertad vigilada.

1. En tercer lugar, se destaca la reforma implementada por la LO 5/2010, a partir de la cual se introdujo el instituto de la libertad vigilada, como medida de seguridad no privativa de la libertad de hasta cinco o diez años de duración, en función de la gravedad del delito contra la libertad e indemnidad sexuales cometido (art. 96.3.3ª, 105 y 192.1 CPE). Esta institución consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de una serie de prohibiciones u obligaciones que surgen de un catálogo cerrado⁵³⁷ (art. 106 CPE).

2. Con relación al procedimiento previsto para su imposición, se establece que el Juez o Tribunal sentenciador al momento de dictar la sentencia condenatoria deberá⁵³⁸ imponer la medida de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad⁵³⁹. En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de vigilancia penitenciaria elevará una propuesta al Juez sentenciador conteniendo las obligaciones o prohibiciones. A partir de la misma y luego de un procedimiento que incluye el deber de escuchar al condenado, al Fiscal y a la víctima (art. 98 CPE), el Juez sentenciador fijará las

⁵³⁷ Sobre el carácter de catálogo cerrado, véase ALCALÉ SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho*, p. 192.

⁵³⁸ La norma establece que la medida será facultativa, únicamente cuando el delito fuese de menor gravedad y se trate de un delincuente primario (art. 192.1 CPE).

⁵³⁹ Se entiende que el cumplimiento de la medida de seguridad deberá comenzar una vez que se haya terminado de cumplir toda la pena impuesta, incluyendo la fase de libertad condicional, cfr. ALCALÉ SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho*, pp. 192-193. Cabría plantearse como crítica -por su ineficacia preventiva- que la persona podría ya haber recuperado su libertad, estando en fase de libertad condicional o con permisos, y no estar siendo controlado por la Justicia, que aparecería recién una vez agotado el plazo total de la pena. En este sentido, *Manzanares Samaniego* apunta que sería importante que las prohibiciones u obligaciones sean impuestas al amparo de los artículos 90 y 93 -actualmente derogado- CPE, a partir de que el condenado comience a egresar con permisos o en libertad condicional; diario *La Ley*, 2010, p. 57.

obligaciones o prohibiciones que estime pertinentes. Asimismo, anualmente deberá revisarse la posibilidad de mantener, hacer cesar, sustituir o suspender la medida, como consecuencia de un informe que deberá elaborar el Juez de vigilancia penitenciaria, quien a su vez deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida de seguridad.

3. Entre las obligaciones y prohibiciones que surgen de la norma (art. 106 CPE), corresponde destacar aquí la prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal (d); prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares, o a otras personas que determine el Juez o Tribunal (e); prohibición de comunicarse con la víctima (f); prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (g); prohibición de residir en determinados lugares (h); prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza (i).

4. Finalmente, puede decirse que el incumplimiento de las restricciones impuestas da lugar al delito de quebrantamiento de libertad vigilada, previsto en el artículo 468.2 del CPE, con pena de prisión de seis meses a un año.

VII.1.B.a.4. Medidas cautelares.

1. La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé como medida cautelar una clara restricción residencial para aquellos sujetos procesados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En efecto, sostiene que a éstos podrá imponérseles “cautelamente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o comunidades autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas” (art. 544 bis, segundo párrafo LECr)⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ En rigor de verdad esta medida cautelar está pensada para casos de violencia doméstica, tal como surge de la exposición de motivos de la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal

2. A primera vista, pareciera que la norma es lo suficientemente amplia como para imponer una restricción, tanto residencial como laboral o de libre circulación, similar al modelo estadounidense. Sin embargo debe tenerse en cuenta, inicialmente, que el primer párrafo de la norma requiere que la medida debe ser impuesta cuando ella resulte estrictamente necesaria para la protección de la víctima, de manera tal que deberá estar fundada en estos términos. También debe advertirse que, como toda medida cautelar, deberá estar fundada en el riesgo de fuga, la necesidad de evitar la reiteración del delito o el peligro de destrucción de pruebas y la obstrucción a la investigación judicial⁵⁴¹. Para este caso, muy probablemente el factor que prevalezca sea la necesidad de neutralizar la peligrosidad del sujeto, por lo que habría que fundar la medida en que la restricción residencial guarda relación con la evitación de nuevos delitos.

3. Finalmente, la norma establece unos criterios que deberán ser tenidos en cuenta para la adopción de estas medidas, entre los que se destaca la actividad laboral del sujeto. Este factor cobra importancia ya que, como vimos en el modelo estadounidense, en muchos casos la restricción impuesta tiene consecuencias directas o indirectas sobre el empleo del destinatario. Debe notarse que un sector de la doctrina española interpreta esta norma sosteniendo que ella implica que cuando estén en pugna la situación laboral de la persona y la restricción impuesta, deberán “primar las condiciones para la conservación del puesto de trabajo y la evitación de despidos por la no asistencia al mismo”⁵⁴², por lo que el Juez no tendría total libertad para la imposición de la restricción, sino que debería valorar la situación laboral del procesado.

de 1995, que la introdujo (“*persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima*”). Sin embargo, la referencia genérica a “*los delitos mencionados en el artículo 57 del Código Penal*” incluye, fuera de toda duda, a los delitos sexuales. De acuerdo con ello, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del Proceso Penal*, vol. II, pp. 1988-1989.

⁵⁴¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, vol. II, pp. 1989-1990.

⁵⁴² *Idem*, pp. 1990-1991.

VII.1.B.b. Francia.

1. El sistema penal francés establece distintas posibilidades de imponer restricciones a condenados por delitos sexuales. En primer lugar, existen tres clases de libertad vigilada diferenciadas según la peligrosidad del sujeto, a cumplir con posterioridad a la pena privativa de la libertad. Por otra parte, también pueden imponerse restricciones como condición a la suspensión de la ejecución de la pena o a la libertad condicional.

VII.1.B.b.1. Libertad vigilada.

1. La institución de la libertad vigilada o seguimiento socio-judicial (*suivi socio-judiciaire*) implica la posibilidad del órgano jurisdiccional de imponer al condenado la obligación de someterse a medidas de vigilancia y tratamiento consentido, destinadas a prevenir la reincidencia, por un plazo que podrá ser de diez, veinte o treinta años, e incluso sin limitación de tiempo, en función del delito cometido (art. 131-36-1, *Code Pénal*), a contar desde el día en que haya terminado la privación de libertad (art. 131-36-5 *Code Pénal*). En el marco del mismo, se establece que el condenado podrá quedar sometido a una serie de obligaciones entre las que figura la de abstenerse de acudir a cualquier lugar o categoría de lugar señalado, en particular a los que asisten menores; abstenerse de entrar en contacto con ciertas personas, en particular con menores; no ejercer una actividad profesional o de voluntariado que implique un contacto habitual con menores (art. 131-36-2 *Code Pénal*).

VII.1.B.b.2. Libertad vigilada como medida de seguridad post-pena.

1. El *Code de Procédure Pénale* establece que cuando una persona hubiere sido condenada a una pena igual o superior a diez años por un delito determinado, el Juez de ejecución podrá ordenar ante requerimiento fiscal, la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada (*surveillance judiciaire*) sobre la persona, fundada

en la finalidad de prevenir la reincidencia, siempre que el riesgo aparezca demostrado pericialmente, al igual que la viabilidad de un tratamiento (arts. 723-29 y 723-31). Esta evaluación deberá ser efectuada con anterioridad al cumplimiento de la pena o del término para acceder a la libertad.

2. La medida consistirá en la imposición de una serie de obligaciones al liberado, adicionales a las propias del régimen general de vigilancia electrónica móvil (art. 131-36-12, *Code Pénal*), libertad vigilada (art. 131-36-2 *Code Pénal*) y de suspensión de la ejecución de la pena (arts. 132-44 y 132-45, *Code Pénal*). Entre estas obligaciones, para los casos de condenas a penas iguales o mayores de quince años de prisión, surge la de fijar un domicilio y no ausentarse del mismo si no es con autorización judicial para el ejercicio de una actividad profesional, prácticas o empleos temporales, cursos de enseñanza o formación, participación en actividades familiares o tratamiento médico. Asimismo, se establece la imposición de un mandamiento de tratamiento y cuidados en las condiciones previstas en la ley de sanidad pública, siempre que haya sido determinado por vía pericial, que la persona es susceptible de tratamiento médico (art. 723-30 *Code de Procédure Pénale*). En caso de incumplimiento de las medidas impuestas podrá revocarse la libertad vigilada y ordenarse nuevamente la reclusión de la persona.

3. La duración de la medida se establece de acuerdo al régimen de reducción de penas previsto en el art. 721 del *Code de Procédure Pénale*. En este sentido, se establece que la libertad vigilada “no podrá superar el término correspondiente al crédito (“*crédit*”) por reducción de pena o a las reducciones de pena adicionales de las que se hubiera beneficiado” (arts. 723-29 *Code de Procédure Pénale*). Este régimen permite a los condenados beneficiarse de un crédito de reducción de pena que se calcula sobre la duración de la condena impuesta, a razón de tres meses para el primer año y de dos meses para los años siguientes. En casos de reincidencia, el cálculo es de dos meses para el primer año y de un mes para los años siguientes.

VII.1.B.b.3. La libertad vigilada de seguridad.

1. Finalmente se establece una tercera especie de libertad vigilada de seguridad (*surveillance de sûreté*) que posee, a su vez, dos modalidades: una supletoria y otra extensiva⁵⁴³.

2. La modalidad supletoria está prevista para aquellos casos en que se impusiere la custodia o internamiento de seguridad (art. 706-53-12 *Code de Procédure Pénale*)⁵⁴⁴ y ésta no fuere prorrogada o no se mantuvieren los criterios de necesidad que la fundamentan. De esta manera, la norma establece que podrá liberarse a la persona e imponérsele una libertad vigilada de seguridad luego de un proceso contradictorio, por un período de un año y con carácter renovable (art. 706-53-19 *Code de Procédure Pénale*).

3. Por su parte, la modalidad extensiva está prevista en el art. 723-37 del *Code de Procédure Pénale* para aquellos casos en que un condenado a una pena igual o mayor a quince años de prisión, por uno de los delitos previstos para la custodia o internamiento de seguridad (art. 706-53-13 *Code de Procédure Pénale*) y se encuentre sujeto al régimen de libertad vigilada como medida de seguridad (*surveillance judiciaire*). En estos supuestos, y siempre que se demuestre pericialmente la necesidad de ello, se prevé que la jurisdicción podrá extender las obligaciones impuestas por la medida de seguridad más allá de los términos en que ésta es concebida (art. 723-29 *Code de Procédure Pénale*), transformándola, de esta manera, en una libertad vigilada de seguridad (*surveillance de sûreté*) en cuanto a su duración y obligaciones. Los criterios de necesidad se fijan del mismo modo que los de la custodia o internamiento de seguridad; es decir, valorando la insuficiencia de someter a la persona a las obligaciones propias del registro de delincuentes sexuales y si esta nueva medida constituye el único medio para prevenir la comisión de delitos, pronosticada en un grado muy elevado.

4. En orden a las obligaciones que ambas modalidades de libertad vigilada comprenden, se incluyen todas las previstas para la medida de seguridad de libertad vigilada (*surveillance judiciaire*), agregándose un tratamiento médico específico previsto en el *Code de la Santé Publique* y el sometimiento a vigilancia electrónica

⁵⁴³ Cfr. MISTRETTA, *La Semaine Juridique-Edition Générale*, 2008, p. 6.

⁵⁴⁴ Véase lo manifestado en el Capítulo IV.2 sobre el modelo francés de retención de seguridad.

móvil (*surveillance electronique mobile*⁵⁴⁵). En caso de que la persona incumpla con algunas de las obligaciones impuestas y siempre que ello sea un indicio de peligrosidad caracterizada por una probabilidad muy elevada de volver a delinquir, podrá volverse a disponer su internación en carácter de retención de seguridad.

VII.1.B.b.4. Reglas de conducta.

1. Al igual que en el modelo español, el sistema francés establece un conjunto de reglas de conducta aplicables por igual como condición a la suspensión de la pena (art. 132-43 *Code Pénal*) o a la concesión del beneficio de la libertad condicional (art. 731 *Code de Procédure Pénale*).

2. Entre las reglas de conducta que puede imponer el Juez al condenado a pena en suspenso, deben destacarse aquí la de establecer residencia en un lugar determinado; no dedicarse a actividad profesional en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción; abstenerse de acudir a lugares especialmente determinados; abstenerse de entrar en contacto con ciertas personas, en especial con la víctima de la infracción (art. 132.45 *Code Pénal*).

VII.1.B.c. Reino Unido.

1. Las restricciones residenciales también se encuentran reglamentadas en el régimen penal del Reino Unido en forma genérica. En efecto, la *Criminal Justice Act 2003* incluye la posibilidad de disponer la prohibición de residir en un lugar determinado, sea como regla de conducta de una libertad vigilada o condicional (*release on licence*, §250.3), de una *community order* (§177) o de una sentencia suspendida (*suspended sentence*, §190)⁵⁴⁶. En estos casos, la norma establece que el Tribunal

⁵⁴⁵ *Infra* VII.3.B.b.

⁵⁴⁶ Para una explicación de los distintos tipos de sentencia que pueden darse en el sistema inglés, véase ASHWORTH, *Sentencing and criminal Justice*, pp. 3-7. Asimismo, en concreto sobre las *extended sentences*, véase pp. 212-214.

podrá fijar que durante un período determinado, el sujeto deberá residir o bien tendrá prohibido hacerlo en un lugar o zona específica (§206).

2. Por otra parte, especial consideración merece la posibilidad de imponer una restricción residencial como condición de una sentencia extendida (*extended sentence of imprisonment*), que consiste en la imposición de un período extendido de libertad vigilada (*licence*), dependiendo de lo que el Tribunal estime necesario para la protección de la comunidad, respecto de los delitos que se esperan del autor (§227.2). Al igual que en los casos vistos de prisión perpetua o prisión para la protección del público⁵⁴⁷, esta sentencia extendida tiene por requisito la comisión de un delito determinado (previsto en el *schedule 15* de la *Criminal Justice Act 2003*), aunque no deberá ser un delito grave (*serious offence*); es decir, su pena de prisión prevista deberá ser de entre dos y diez años. Por otra parte, se mantiene la exigencia de que el Tribunal entienda que el sujeto representa un riesgo para la comunidad ante la probabilidad de reiteración de tales delitos (§227.1). La sentencia extendida tendrá un límite máximo de cinco años de prisión para los delitos especificados como violentos (*specified violent offence*) y de ocho años para los delitos especificados como sexuales (*specified sexual offence*)⁵⁴⁸. En cada caso, la duración de la libertad vigilada extendida deberá estar fundada en el tiempo que el Tribunal considere necesario para la protección del público (§227.4), y comenzará a computarse una vez que el sujeto esté en condiciones de quedar en libertad y siempre que el gabinete de libertad condicional considere que no es necesaria la reclusión del sujeto para la protección del público (§247.3).

VII.2. Restricciones informáticas y vigilancia electrónica.

VII.2.A. El modelo estadounidense.

⁵⁴⁷ Véase la descripción realizada en el capítulo IV.2.B, sobre el régimen de reclusión extendida del Reino Unido.

⁵⁴⁸ El *Schedule 15* de la *Criminal Justice Act 2003*, está dividido en dos partes: la primera incluye los delitos violentos y la segunda los delitos sexuales.

VII.2.A.a. Restricción al uso de ordenadores e inspección y monitorización de los mismos.

1. Internet es una de las herramientas más utilizadas para la comisión de delitos contra la integridad sexual -destacándose como ejemplos casos de tenencia o distribución de pornografía infantil-, o bien como un medio para intentar localizar a las víctimas -sea a través de foros, comunidades o salas de chat-⁵⁴⁹. También se destaca la red como un elemento riesgoso en el tratamiento o rehabilitación de personas condenadas por delitos sexuales, debido a la cantidad de material pornográfico que contiene y su acceso mayormente ilimitado⁵⁵⁰. De aquí que se observe en el modelo estadounidense cómo en los últimos años los Jueces comenzaron a imponer restricciones al uso de ordenadores y la obligación de tolerar inspecciones o monitorización permanente sobre los mismos, entre las condiciones para la concesión de la *probation* o de libertades condicionales o vigiladas.

2. Si bien se trata de institutos distintos, se dará tratamiento a los mismos en forma conjunta dentro de este apartado dado que, generalmente, las inspecciones y monitorización son consecuencia de una restricción impuesta, con lo cual resultan de alguna manera complementarios. Por otra parte, si bien la prohibición del uso de ordenadores se asemeja en su naturaleza a una pena o medida de seguridad, lo que no

⁵⁴⁹ MCKAY, *West Virginia Law Review*, 2003, p. 209 y CURPHEY, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2005, p. 2269. Esta aserción fue reconocida por los legisladores federales de Estados Unidos y así la han expresado en los fundamentos de la *Adam Walsh Act* de 2006, ver *Public Laws* 109-248, título V, §501(1)(C).

⁵⁵⁰ MCKAY, *West Virginia Law Review*, 2003, pp. 206-209, efectúa un análisis con abundantes referencias sobre los efectos que puede tener la pornografía en los delincuentes sexuales y las dificultades que la informática puede suponer para la supervisión de los mismos.

Para entender los alcances de la pornografía en Internet puede verse TANNER, "Rethinking computer management", <http://www.kbsolutions.com/rem.pdf> (última visita 20/05/2017), quien estima que existen más de sesenta millones de páginas de Internet con contenido sexual y más de 1600 foros cuyos títulos indican contenido sexual. Asimismo, REGINA, *Seton Hall Circuit Review*, 2007, p. 189, afirma que los sitios *web* con contenido pornográfico representan el 12% de todo el contenido de Internet y el 25% del requerimiento de los usuarios en los motores de búsqueda. Por otra parte, calcula que existen unos 100.000 sitios *web* disponibles con pornografía infantil.

sucede con las intrusiones, su problemática es similar en tanto ambas representan privaciones a la libertad de la persona y al legítimo ejercicio de sus derechos.

VII.2.A.a.1. La imposición de restricciones al uso de Internet.

1. Si bien los Códigos Penales suelen determinar las condiciones que se pueden imponer al momento de conceder una *probation* o una libertad condicional o vigilada, muchas veces incluyen una cláusula abierta dejando a criterio de los Tribunales la aplicación de condiciones particulares, bajo ciertos criterios⁵⁵¹. Bajo esta amplia discrecionalidad, los Tribunales comenzaron a imponer dos tipos de condiciones a los delincuentes sexuales a quienes se les concedían tales beneficios, con independencia de su autorización legal expresa⁵⁵². Por un lado, comenzaron a imponerse restricciones al uso de Internet ejecutadas en algunos casos de modo absoluto, es decir, sin excepción alguna.

1.a. Un ejemplo fue el caso de Ronald Scott Paul, quien el 08 de mayo de 2000 llevó su ordenador portátil a reparar en Port Isabell, Texas. Mientras trabajaba en el mismo, el técnico asignado advirtió que contenía pornografía infantil (resultó haber más de 1200 imágenes) por lo que dio aviso al FBI. Iniciado el proceso se comprobó, además, que Paul tenía abundante material en su domicilio, incluyendo filmaciones de niños en lugares públicos, ropa de niños y que además había utilizado el ordenador para acceder a comunidades y foros de intercambios de ideas en materia de pedofilia, dando consejos sobre las mejores formas de identificar menores vulnerables con mayores posibilidades de acceso para su abuso. Asimismo, se verificó que aquel tenía un antecedente por el delito de tenencia de pornografía infantil. El imputado admitió haber descargado imágenes de pornografía infantil por Internet y fue condenado a cinco años de prisión seguidos por tres años de libertad vigilada, con la

⁵⁵¹ Véase por ejemplo 18 U.S.C. §3563(b)(22) “cumplir cualquier otra conducta que el Tribunal pueda imponer”, que debe interpretarse en conjunto con el §3583(d) en el cual se fijan los criterios a tener en cuenta para afianzar otras condiciones entre las que se destaca la de razonabilidad y la de servir el propósito de prevención y protección de la comunidad.

⁵⁵² HARROLD, *Mississippi Law Journal*, 2005, pp. 359-363, enumera los estados que introdujeron condiciones particulares de prohibición de uso de ordenadores y cita los textos legales.

prohibición absoluta de uso de ordenadores e Internet, entre otras condiciones que fueron confirmadas por la Cámara Federal de Apelaciones⁵⁵³.

2. En algunos casos, como se adelantó, se observó que la restricción impuesta no fue tan absoluta y se optó por aplicar filtros al uso de los ordenadores para impedir el acceso a ciertos sitios web⁵⁵⁴, o se exigió la autorización del supervisor asignado para el uso de Internet⁵⁵⁵, o bien se aceptó que únicamente lo utilizaran en sus respectivos trabajos⁵⁵⁶.

3. No existe unanimidad en la jurisprudencia respecto a la aceptación de tales restricciones, aunque pareciera que la mayoría de la Cámara Federal las acepta⁵⁵⁷. Sin perjuicio de ello se destaca que, en algunos casos, se ha advertido que las restricciones podían ser excesivas o contraproducentes, o se ha recurrido al principio de proporcionalidad para advertir que la imposición de prohibiciones al uso de Internet debe ser aplicada únicamente en aquellos casos en que esté demostrado que la red constituye una de las vías principales para la manifestación de la peligrosidad del sujeto, y aun así debería intentarse que la restricción no sea absoluta⁵⁵⁸.

⁵⁵³ U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, n°00-41299 de 19 de noviembre de 2001 (ponente King) (“*United States v. Paul*”). Como puede verse en el mismo, ya existían pronunciamientos similares de otros distritos (tercero y noveno en el mismo sentido y décimo en sentido contrario).

⁵⁵⁴ U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit, de 27 de marzo de 2001 (ponente Porfilio) (“*United States v. White*”), revocando la prohibición de poseer un ordenador con acceso a Internet impuesta y ordenando a la instancia inferior que analice la posibilidad de imponer como condición el uso de ordenadores con filtros para limitar el acceso de contenido. Un sector de la doctrina critica el recurso a los filtros de contenido, ya que los mismos no evitan el acceso a salas de chat o comunidades virtuales, como así tampoco el envío o recepción de correos electrónicos que pueden contener pornografía infantil, cfr. MCKAY, *West Virginia Law Review*, 2003, p. 235.

⁵⁵⁵ U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit, de 28 de diciembre de 2001 (ponente Seymour) (“*United States v. Walser*”).

⁵⁵⁶ U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, de 11 de agosto de 2005 (ponente Black) (“*United States v. Yuknavich*”).

⁵⁵⁷ Para un análisis de la jurisprudencia (hasta 2003), véase MCKAY, *West Virginia Law Review*, 2003, pp. 221-234.

⁵⁵⁸ FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, pp. 318, 322 y 332. Ver como ejemplo el ya citado caso “*United States v. Walser*” del distrito décimo de la Cámara Federal de Estados Unidos y ver también U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, de 28 de marzo de 2002 (ponente Newman) (“*United States v. Sofsky*”).

VII.2.A.a.2. Flexibilidades procesales. El consentimiento pleno a requisas injustificadas.

1. En segundo lugar, y en muchos casos en conjunto con las restricciones informáticas, algunos Tribunales comenzaron a exigir, como condición para la concesión de libertad vigilada o de una *probation*, la firma de consentimiento escrito para la realización, en cualquier momento, de monitorización e inspecciones sobre el uso de los ordenadores, sin necesidad de orden fundada ni de sospecha razonable. Para el análisis de esta cuestión debe tenerse en cuenta que, en muchos casos, las leyes estatales imponen a los beneficiarios de estos institutos, cualquiera sea el delito cometido, condiciones similares en materia de requisas personales y sobre las que la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado favorablemente sobre su validez⁵⁵⁹. A título de ejemplo, el Código de California establece que toda persona detenida en condiciones de acceder a la libertad condicional deberá prestar su consentimiento por escrito, para poderse requisar su ordenador en cualquier momento y sin causa justificante ni orden alguna por un oficial supervisor⁵⁶⁰.

2. En este contexto, parece probable que las condiciones particulares reservadas para la inspección injustificada del uso de ordenadores de ciertos delincuentes sexuales no reciba mayores cuestionamientos por parte de la jurisprudencia.

2.a. Suele citarse el caso de Brandon Lifshitz quien fue procesado en 2001 por recepción y distribución de pornografía infantil, para lo cual utilizaba el ordenador de su madre. Lifshitz fue sentenciado a tres años de *probation* y, entre las condiciones que se le impusieron figuró la obligación de consentir la instalación de sistemas que permitieran a su supervisor la monitorización y filtrado del uso de ordenadores por parte del condenado. Asimismo, se estableció que debía consentir inspecciones injustificadas y no anunciadas sobre cualquier ordenador que pudiera haber utilizado, pudiéndose hacer copias de los mismos o de soportes externos, e incluso, llevárselos para mayores análisis. La defensa recurrió a estas condiciones argumentando que, como consecuencia de ellas, se violaba la Cuarta Enmienda de la Constitución al habilitarse inspecciones y requisas sin sospecha ni orden fundada. La Cámara

⁵⁵⁹ Véase SCOTUS, de 19 de junio de 2006 (ponente Thomas), (“*Samson v. California*”) y SCOTUS, de 10 de diciembre de 2001 (ponente Rehnquist), (“*US v. Knights*”).

⁵⁶⁰ *California Penal Code*, §3067(a).

Federal de Apelaciones confirmó la posibilidad de efectuar las requisas e inspecciones, basando sus fundamentos en la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre los menores estándares de protección que tienen las personas en *probation* y, también, bajo la jurisprudencia de la especial necesidad (“*special needs*”⁵⁶¹), en tanto estaba en juego el interés sustancial en erradicar la pornografía infantil, junto con la necesidad de disuadir y rehabilitar a la persona. Sin embargo, la Cámara estableció que la inspección y monitorización debían ser limitadas en su alcance -“ajustadas a medida” (“*narrowly tailored*”)- de forma tal de no incluir materiales ajenos a la finalidad perseguida. En otras palabras, sólo debía monitorearse y filtrarse la información relacionada con pornografía infantil y no otra⁵⁶².

3. En el plano legislativo federal debe destacarse que este criterio se terminó confirmando, al adoptarse una cláusula expresa -dentro de las condiciones para la concesión de la *probation* y la libertad vigilada- autorizando los allanamientos en domicilios y la monitorización o inspecciones, en cualquier momento, de ordenadores o soportes digitales, con o sin orden judicial, ante la sospecha razonable de que se hubiese violado una condición impuesta o se hubiera obrado en forma ilegal⁵⁶³.

4. Es interesante lo ocurrido en Indiana, en donde se quiso extender la monitorización del uso de ordenadores e Internet a todas las personas del registro de delincuentes sexuales, con independencia de que estuvieran cumpliendo *probation* o

⁵⁶¹ Esta doctrina surge de SCOTUS, de 15 de enero de 1985 (voto concurrente de Blackmun) (“*New Jersey v. T.L.O.*”) y SCOTUS, de 26 de junio de 1987 (ponente Scalia) (“*Griffin v. Wisconsin*”). En el primero de los casos se destacó esa doctrina para flexibilizar la aplicación estricta de la Cuarta Enmienda de la Constitución, que exige que las intromisiones en la propiedad estén fundadas en causa razonable y sean avaladas por una orden judicial, una vez que el balance entre los intereses privados y públicos se incline en favor de estos últimos.

Por su parte, en “*Griffin*”, el voto de la mayoría advirtió que la *probation* es un instituto más dentro del abanico de sanciones del sistema penal, en virtud del cual sus beneficiarios no gozan del mismo grado de libertad que el resto de los ciudadanos. En este sentido, las restricciones que se les imponen están dirigidas a asegurar la rehabilitación de la persona y la protección de la comunidad, para lo cual emerge la “especial necesidad” del Estado en permitir un grado de impacto en la privacidad que no sería constitucional frente al público en general. Frente a ello, consideró legítimo reemplazar la exigencia de la orden judicial o de causa probable por el de bases razonables (“*reasonable grounds*”), para fundamentar la requisita o allanamiento.

⁵⁶² U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, de 30 de marzo de 2004 (ponente Katzmann) (“*United States v. Lifshitz*”). Puede verse un análisis de este caso en CURPHEY, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2005, passim.

⁵⁶³ 18 U.S.C. §3563(b)(23) y §3583(d). El artículo fue insertado en el año 2006 por la *Adam Walsh Act (Public Laws, 109-248)*.

libertad vigilada. En efecto, mediante una reforma del año 2008, la legislatura de dicho estado introdujo un párrafo dentro del artículo que establecía la información exigida a todos los registrados, en el que se dispuso que éstos deberían firmar una autorización dando su consentimiento para la requisita de su ordenador o dispositivo análogo en cualquier momento y permitiendo la instalación en el mismo de un *hardware* o *software* que pudiese monitorear el uso de Internet a expensas del sujeto⁵⁶⁴. La reforma generó que un grupo de personas registradas presentara una acción declarativa de inconstitucionalidad, antes de la entrada en vigencia de la norma, requiriendo su inaplicabilidad, debido a que ya habían agotado los plazos de su condena o libertad vigilada. El planteo fue acogido favorablemente por un Tribunal Federal de distrito de Indiana, quien resolvió que la norma no podía ser extendida a los accionantes por ser ello contrario a la Cuarta Enmienda de la Constitución. En sus fundamentos, el Tribunal advirtió que la norma contrariaba el derecho a la propiedad, ya que obligaba a consentir registros sin sospecha razonable ni orden fundada, so pena de incurrir en un delito, a personas que ya habían cumplido sus condenas y no se hallaban sujetas a ningún tipo de libertad vigilada ni de supervisión judicial, gozando por ello de todos sus derechos como ciudadanos⁵⁶⁵.

VII.2.B. Otro modelo: España.

1. Con anterioridad a la reforma introducida por la LO 5/2010, se reconocía que no existía ninguna sanción similar en la legislación de este país y que el único instituto que podría asimilarsele, aunque en forma remota y abierta a planteos de vulneración de garantías constitucionales, sería el de inhabilitación especial “para otras actividades” o para “cualquier otro derecho” (art. 39.b CPE)⁵⁶⁶. En este caso, como se vio en el apartado anterior, se trataría de una pena accesoria a la de prisión, en

⁵⁶⁴ *Indiana Statutes*, §11.8.8.8 (b); insertado por la *Public Laws*, 119-2008, Sec 6; vigente desde el 01/07/2008.

⁵⁶⁵ U.S. District Court, Southern District of Indiana -Indianapolis Division-, de 24 de junio de 2008, (ponente Hamilton), (“*Doe v. Prosecutor*”).

⁵⁶⁶ FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, p. 323.

aquellos casos de penas inferiores a diez años (art. 56.1.3 CPE), ya que en la parte especial debería estar legislada específicamente para un delito puntual, situación que no se da en la actualidad. Al igual que lo expresamos en el apartado correspondiente a las restricciones residenciales, el ejercicio de la actividad o el derecho objeto de la inhabilitación debe haber tenido relación directa con el delito cometido⁵⁶⁷. Claro que en este caso la pena de inhabilitación accesoria sólo tendría sentido si la ejecución de la pena principal se dejara en suspenso o si se le concediera al sujeto la libertad condicional o los beneficios propios del tercer grado, ya que sólo de esta manera podría la persona tener acceso a ordenadores o a Internet.

1.a. Sin embargo, se ponía en duda que la Justicia española pudiera imponer restricciones al uso de ordenadores o de Internet fundadas en la pena de inhabilitación especial accesoria “para cualquier otro derecho”, reseñada por vulnerar ello la garantía constitucional de la legalidad. Se hablaba así de un “sistema abierto de inhabilitaciones especiales” y se recordaba que el principio de legalidad de las penas implicaba que éstas estuvieran previstas expresa y previamente por la ley, con lo cual debería haber un catálogo de derechos susceptibles de restricción. Se sostenía por ello que únicamente era posible imponer restricciones de derechos que ya estuvieran expresamente descritas como principales en otros delitos⁵⁶⁸. Otros autores se mostraban abiertos a la posibilidad de fundar la restricción al uso de ordenadores en la fórmula de “cualquier otro derecho”, siempre que guardaren alguna relación con el sistema de penas genérico, poniendo como ejemplo relativo a este caso, las prohibiciones de comunicación o las inhabilitaciones para actividades para las cuales no hacía falta licencia previa⁵⁶⁹.

1.b. En segundo lugar, se preguntaba la doctrina si podía fundarse una restricción al uso de ordenadores o Internet en las reglas de conducta impuestas para los casos de penas en suspenso o de libertad condicional. Para ello se mencionaba la cláusula genérica prevista en el art. 83.1.6 (“cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”). Si bien podría haber, nuevamente, obstáculos desde el punto de

⁵⁶⁷ *Supra* VII.1.B.a.1. Lo destaca también FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, p. 324.

⁵⁶⁸ BOLDOVA PASAMAR, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 137-138 y también ROCA AGAPITO, *El sistema de sanciones en el Derecho penal Español*, pp. 212-213.

⁵⁶⁹ FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, p. 325 y nota 50.

vista del principio de la legalidad, parecía que si estaban claramente fijadas y motivadas en la decisión judicial podían llegar a ser aceptables⁵⁷⁰.

2. Debe destacarse que las dudas que podían existir con respecto a la posibilidad de imponer restricciones al uso de ordenadores o sistemas informáticos quedaron solucionadas a partir de la reforma prevista en la LO 5/2010, que introdujo la medida de seguridad de libertad vigilada. En efecto, a partir de la misma, como ya se vio el Juez sentenciador puede imponer a la persona condenada, al momento de cumplir la totalidad de la pena impuesta, la obligación de “no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza” (art. 106.1.i). Podría decirse que aquí estaría incluida la posibilidad de contacto por cualquier medio informático, no sólo con la víctima, sino además con otras personas que determine el Juez, entre los que perfectamente podrían incluirse en forma genérica a menores de edad, por ejemplo. Ello sería asimilable a una restricción al uso de ordenadores⁵⁷¹.

3. Pareciera que las restricciones de uso de ordenadores e Internet podrían estar fundadas perfectamente en esta norma, con lo cual se espera que aparezcan casos - hasta ahora inexistentes en la jurisprudencia española- de imposición de las mismas.

4. Finalmente, no se encuentran previsiones legales similares a las previstas en el Derecho estadounidense, relativas a la obligada prestación de consentimiento a aceptar la monitorización o inspección del ordenador sin orden fundada ni sospecha razonada.

⁵⁷⁰ FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, p. 328. El autor cita un interesante caso de jurisprudencia en el que se impuso como regla de conducta el seguimiento de un programa formativo de educación sexual y en el que bien pudo haberse agregado una restricción al uso de Internet.

⁵⁷¹ Al comentar esta norma se ha llamado la atención sobre la incoherencia de no haberse copiado el texto del artículo 48 CPE, que introduce como pena de alejamiento igual prohibición de comunicarse, aunque incluyendo expresamente medios informáticos. Cfr. ALCALÉ SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho*, pp. 196-197.

VII.3. Vigilancia electrónica y satelital.

VII.3.A. El modelo estadounidense .

1. No quisiera cerrar el estado de la cuestión en el modelo estadounidense sin hacer una mención, al menos breve, de otros sistemas de vigilancia electrónica implementados para el control de los delincuentes sexuales en la comunidad y, en especial, aquellos desarrollados mediante sistemas satelitales GPS (*Global Positioning System*).

2. Se estima que fue en abril de 1983 cuando se utilizó una modalidad de vigilancia electrónica, por primera vez, en Estados Unidos. En aquella oportunidad, un Juez ordenó colocar una *argolla* en la pierna de un interno de New Mexico, con el objeto de evitar que fuera a prisión. Nació así el uso de la “pulsera electrónica” como alternativa a la prisión, aunque a poco de ello comenzó a utilizarse con una finalidad distinta, de inocuización y protección de la víctima, principalmente, en cierto tipo de delincuentes vinculados a la violencia doméstica. El uso de este sistema se expandió rápidamente por todo el país, observándose que hacia 1988 eran ya cerca de treinta estados los que habían introducido programas de control electrónico⁵⁷².

VII.3.A.a. Modalidades.

1. Actualmente son varios los sistemas utilizados y las tecnologías disponibles para la restricción o vigilancia de condenados en libertad. El sistema tradicional que

⁵⁷² GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, 2007, pp. 60-62. Sin embargo, se considera a *Ralph Scwitzgebel*, profesor de biología de la Universidad de Harvard, como el fundador de la vigilancia electrónica para el control penitenciario, en los años sesenta, cuando propuso y diseñó medidas electrónicas como método de control de delincuentes y enfermos mentales; idem, p. 55. Ver también MEYER, en *Intermediate sanctions in corrections*, pp. 97-98.

comenzó utilizándose fue el que trabajaba con tecnología de radio frecuencia, bajo dos modalidades. En los sistemas pasivos de vigilancia electrónica, se realiza un contacto telefónico periódico con el vigilado para cerciorarse del lugar en el que se encuentra. Generalmente, es un sistema aleatorio llevado a cabo en forma automática por un ordenador y el sujeto vigilado debe ser quien conteste la llamada comprobándose esto mediante un sistema de reconocimiento de voz, o a través de un decodificador, o bien mediante contraseñas o sistemas biométricos. Por su parte, los sistemas activos funcionan imponiendo restricciones a la movilidad del sujeto, quien debe portar un dispositivo que emite señales en forma permanente a una base dentro de un radio o zona determinada, mientras que si se sale de ésta o se rompe el dispositivo, se emite una alarma. El dispositivo que porta el sujeto -como pulsera o tobillera- se comunica con la base mediante el sistema de radio-frecuencia y en éste se basaron las primeras formas de vigilancia electrónica.

2. A diferencia de este sistema, la modalidad satelital de localización global (GPS) permite conocer en forma milimétrica la ubicación de un sujeto que porta un dispositivo móvil. Este último sistema permite identificar, asimismo, zonas de exclusión, accionándose una alarma si se franquean⁵⁷³.

3. Generalmente, los dispositivos de rastreo de GPS tienen el tamaño de un ratón de ordenador y pesan menos de 200 gramos, siendo sujetados al tobillo. El sistema está preparado y sellado para que la persona no deba quitárselo nunca, ni siquiera al tomar contacto con el agua. Sin perjuicio de ello si llega a ser cortado, prevé la emisión de una alarma inmediata que notificará al supervisor y dará la última ubicación del sujeto⁵⁷⁴.

⁵⁷³ GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, *Cárcel electrónica*, pp. 46-48. Véase también ESCOBAR MARULANDA, en *Penas alternativas a la prisión*, pp. 201-203 y MEYER, en *Intermediate sanctions in corrections*, pp. 105-109. En poco tiempo, quizá, debamos hablar de un cuarto sistema consistente en el implante de dispositivos por vía intracutánea o microchips en el cuerpo de una persona; cfr. TORRES ROSELL, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2008, p. 76. Ver también algunos proyectos existentes, por ejemplo en el Reino Unido (<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/prisoners-to-be-chipped-like-dogs-769977.html>) (última visita 20/05/2017), y Oklahoma (<http://aftermathnews.wordpress.com/2007/05/26/2954/>) (última visita 20/05/2017).

⁵⁷⁴ JANICKI, *Boston University Public Interest Law Journal*, 2007, p. 295.

4. Existen tres modalidades de vigilancia por GPS: primero, *activa*, que transmite vía tecnología celular los movimientos del dispositivo de modo permanente, y se encuentra programado de forma tal que si el sujeto se aleja de las zonas de movimiento permitidas y, por ejemplo, se traslada a menos de 305 metros de una escuela, el sistema enviará una señal inmediata al oficial supervisor, notificando la transgresión. En virtud de ello, éste sabrá si la incursión en zona prohibida fue pactada con anterioridad debido a la necesidad de concurrir a dicha zona por una razón específica o, más bien, si se trata de un merodeo por lugares restringidos⁵⁷⁵.

5. A diferencia de ello, en la modalidad *pasiva*, si bien el sujeto es seguido durante las 24 horas, se emiten informes diarios que permiten identificar todos los movimientos efectuados a lo largo del día. Este último modelo es, obviamente, menos costoso, pero supone la imposibilidad de notificar inmediatamente de eventuales incumplimientos⁵⁷⁶.

6. Una variante intermedia es conocida como *híbrida*, en la que los movimientos de dispositivo no son transmitidos de modo inmediato pero sí con una frecuencia programable y de intervalos menores a un día. Sin embargo, el sistema está definido para transformarse en activo si se produce un acercamiento a un lugar restringido. De este modo, se reducen los costos del sistema activo, funcionando de un modo muy similar a aquel en cuanto a la eficacia del seguimiento⁵⁷⁷.

VII.3.A.b. Reglamentaciones.

1. California fue uno de los primeros estados en implementar el sistema de monitorización electrónico obligatorio de delincuentes sexuales, en 2006, específicamente mediante tecnología GPS⁵⁷⁸. Sin embargo, un año antes, ya las

⁵⁷⁵ ALBRECHT, “Electronic monitoring in Europe”, p. 7; y MELOY, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 166.

⁵⁷⁶ ALBRECHT, “Electronic monitoring in Europe”, p. 7.

⁵⁷⁷ MELOY, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 166.

⁵⁷⁸ Para tener una dimensión del alcance que tuvo esta medida en el modelo de California, debe observarse por ejemplo que, el 12/01/2009, el departamento de prisiones de ese estado informó que había logrado implementar el sistema de localización, mediante GPS, a la totalidad de los 6622 delincuentes sexuales en libertad condicional; <http://cdcr-star.blogspot.com.ar/2009/01/cdcr-news-entire-sex-offender-parolee.html> (última visita 20/05/2017).

normas sobre *probation* y libertad condicional autorizaban al supervisor asignado, la utilización de este sistema de vigilancia en forma genérica para los condenados en libertad⁵⁷⁹. Pero fue a partir de la reforma del año 2006 que se introdujo un apartado por el que se hizo obligatorio el control mediante GPS, de por vida, de aquellas personas que hubieren cometido un determinado delito sexual y estuvieren por recuperar su libertad⁵⁸⁰.

2. El estado de Florida también fue pionero en la implementación de sistemas de vigilancia electrónicos obligatorios para delincuentes sexuales, en septiembre de 2005, considerando que aquellas personas condenadas por delitos sexuales violentos -o con antecedentes de ese tipo- debían ser monitoreadas electrónicamente, mediante sistemas que identificaran su ubicación exacta e informaran si transgredía zonas de exclusión⁵⁸¹. Lo propio hizo Alabama, también en 2005, destacando que en aquellos casos de delincuentes sexuales considerados *depredadores*, como condición de libertad debían ser monitoreados electrónicamente por no menos de diez años, mediante un sistema que permitiera identificar su ubicación y reportar su acceso a lugares restringidos⁵⁸². Hacia 2007 se observó que veintitrés estados habían implementado reglamentaciones, incluyendo la vigilancia electrónica de delincuentes sexuales en libertad condicional o vigilada mediante GPS⁵⁸³.

VII.3.B. Otros modelos.

⁵⁷⁹ *California Penal Code*, §1203.016(b.3) y §1210.7(a) y (d); vigentes desde el 04/10/2005 (sin embargo, desde 1988 ya se había reglamentado el sistema de detención domiciliaria con monitorización electrónica). Para la historia y el análisis de la reforma de 2005 -en donde se aclara que ya se usaba GPS desde 1995 en programas piloto- véase EICHAR, *McGeorge Law Review*, 2006, pp. 284-293.

⁵⁸⁰ *California Penal Code*, §3004(b). Los delitos se encuentran enumerados en la §290(c).

⁵⁸¹ Florida House Bill 1877, introducida como Chapter 2005-28 vigente desde el 01/09/2005, denominada “Jessica Lunsford Act”. Ver *Florida Statutes*, §948.063 y 948.11(6).

⁵⁸² Alabama Public Act 301, Senate Bill 53, aprobada el 29/07/2005. Ver *Alabama Code*, §15-20-25.3(f) y §15-20-26.1.

⁵⁸³ JANICKI, *Boston University Public Interest Law Journal*, 2007, p. 294.

VII.3.B.a. España.

VII.3.B.a.1. El régimen penal y penitenciario.

1. Como se expuso más arriba, la legislación española prevé, como pena privativa de derechos, la denominada pena de alejamiento que puede implicar la prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos, y la prohibición de aproximarse o comunicarse a una persona determinada en cualquier lugar (art. 48 CPE). Respecto de esta pena, aplicable a delincuentes sexuales, se prevé que el Juez podrá establecer que su control sea llevado a cabo a través de los medios electrónicos que lo permitan (art. 48.4 CPE).

2. Por otra parte, el régimen penitenciario establece que desde el momento en que los condenados privados de su libertad ingresan en régimen abierto dentro del tercer grado⁵⁸⁴ podrán salir del establecimiento para desarrollar actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su reintegración social. En este sentido se dispone que, para poder permanecer más de ocho horas diarias fuera del establecimiento y siempre que el interno lo acepte de forma voluntaria, podrá controlárselo mediante dispositivos telemáticos adecuados (art. 86.1 y 86.4 RP).

3. El sistema de monitorización electrónica se encuentra reglamentado con una doble finalidad de tutela y control, y prevé la instalación domiciliaria de dispositivos adecuados para la localización telemática (receptor de señal conectado al teléfono y transmisor en la persona), complementada con un control presencial cada quince días⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Para la regulación del tercer grado y el régimen abierto véanse los arts. 72 de la LOGP y 80 a 88 del RP.

⁵⁸⁵ Véase la Instrucción 13/2001 de 10 de diciembre de 2001, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias; y también BOLDOVA PASAMAR, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 113-114, nota 61.

VII.3.B.a.2. La libertad vigilada.

1. Como consecuencia de la reforma operada por la LO 5/2010, al introducirse la medida de seguridad de libertad vigilada -ya suficientemente explicada⁵⁸⁶- se previó que, desde el cumplimiento total de la pena impuesta podrá imponerse al condenado la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente (art. 106.1.a CPE).

VII.3.B.b. Francia.

1. De singular interés es la incorporación en el *Code Pénal* y el *Code de Procédure Pénale* de un sistema de monitorización electrónica para condenados por delitos graves, como medida de seguridad post-delictual una vez agotada la pena, fundado en la peligrosidad de la persona. La reforma tuvo lugar en diciembre de 2005 y, tal como surge de sus antecedentes, estuvo especialmente pensada para delincuentes sexuales⁵⁸⁷.

2. La denominada medida de seguridad de vigilancia electrónica móvil (*surveillance électronique mobile à titre de mesure de sûreté*) está prevista para aquellos sujetos condenados a una pena privativa de la libertad igual o superior a siete años y es ejecutada una vez agotada dicha pena. Para su aplicación, el Juez deberá dictar una resolución fundada y luego de haberse dictaminado, pericialmente, la peligrosidad de la persona y medido el riesgo de comisión de nuevos delitos, determinándose así la necesidad de la medida para prevenir la reincidencia (art. 131-36-10, *Code Pénal*). El

⁵⁸⁶ *Supra* V.2.A, VI.3.B.a y VII.1.B.a.3.

⁵⁸⁷ Ley nº2005-1549 del 12/12/2005. Véase TORRES ROSELL, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2008, pp. 86-88, quien refiere a los antecedentes de la ley destacando la creación de un grupo de estudio, que hacia fines de 2004, elaboró una propuesta de ley para la supervisión móvil a delincuentes sexuales como medida de seguridad por un período de hasta veinte o treinta años, según la gravedad del delito.

examen deberá efectuarse al menos un año antes de la fecha prevista para la puesta en libertad del condenado.

3. Finalmente, se establece que la medida tendrá una duración de dos años, desde la fecha de finalización de la pena, aunque podrá ser prorrogable hasta dos veces, por idéntico término cada vez. Si bien se requiere el consentimiento del destinatario, se establece que en caso de éste negarse o de incumplir con las obligaciones impuestas, puede imponerse una nueva pena de prisión de entre tres y siete años (arts. 131-36-12 y 131-36-1 del *Code Pénal* y art. 763-10, del *Code de Procédure Pénale*).

VII.4. Recapitulación.

1. En esta segunda parte he estudiado los métodos más utilizados por el Derecho Penal frente a la delincuencia sexual. He intentado mostrar, primero, cómo el sistema optaba por no liberar a aquellos delincuentes sexuales que consideraba más peligrosos -a quienes en algunos sistemas se calificaba como *depredadores*- y los dejaba internados o reclusos en forma indefinida. En segundo lugar, analicé cómo los delincuentes sexuales eran sometidos a un sistema de registro de datos una vez liberados y, en algunos casos, de notificación de esos datos a la comunidad, bajo la lógica de que la gente tenía derecho a saber si dentro de su barrio residían personas con antecedentes por delitos sexuales. En tercer lugar, la evolución siguió con establecer que para cierto tipo de delincuentes sexuales era necesario implementar un procedimiento de tratamiento médico de supresión hormonal -conocido como castración química- para el momento en que quedasen en libertad.

2. En el cuarto y último capítulo de esta segunda parte, presté atención a un conjunto de restricciones pensadas para acotar la libertad ambulatoria o bien las actividades de los delincuentes sexuales en libertad. Se trata de modalidades de libertad vigilada, pensadas dentro de un modelo de prevención situacional en el que se pretenden limitar las oportunidades delictivas de estas personas como forma de inocuización. En un primer apartado presté atención a las regulaciones que limitan las zonas de

vivienda o trabajo de los condenados por un delito sexual. Ello, mediante dos modelos claramente diferenciados. En uno, se prevé expresamente un radio de exclusión de delincuentes sexuales. Dicho de otro modo, se establece que estas personas no podrán acercarse a una distancia mínima de lugares escogidos por la mayor presencia de menores que suponen, tales como escuelas, guarderías o parques, por ejemplo. Esta variante presenta diversas objeciones que serán desarrolladas en la tercera parte del trabajo, adelantando, por ejemplo, que atenta contra las necesidades de rehabilitación de los condenados en libertad al limitarles, seriamente, el radio de vivienda o de trabajo.

3. He diferenciado un segundo modelo de libertad vigilada, observando las reglamentaciones de España, Francia y el Reino Unido. He encontrado que en estos casos se prevén restricciones residenciales o ambulatorias para el delincuente sexual aunque no de un modo tan generalizado como en el modelo estadounidense. Por el contrario, en aquellos modelos, se prevén restricciones fundadas más en la protección de la víctima del delito. Para ello, se prohíbe al condenado acercarse a aquella o al lugar de comisión del delito. De todos modos, debería prestarse atención a la evolución y aplicación de las regulaciones sobre libertad vigilada que han surgido en los últimos años ya que, a la tradicional pena o medida de alejamiento, se le suman cláusulas genéricas e indefinidas tales como “abstenerse de acudir a un lugar previamente determinado”, o bien “prohibición de acudir a determinado territorio, lugar o establecimiento”. Una aplicación arbitraria de estas limitaciones podrá acercar los modelos al estadounidense y acumular las críticas que a éste se le formulan.

4. En el segundo apartado de este capítulo he detectado, como consecuencia jurídica, la posibilidad de restringir ciertas actividades específicas a los delincuentes sexuales, como el uso de ordenadores o dispositivos con acceso a Internet. Se trata, nuevamente, de prevenir situaciones en las cuales el delincuente sexual pueda encontrar incentivos u oportunidades para delinquir, con la experiencia de que en muchos casos el contacto del victimario con su víctima es realizado por este medio. Asimismo, a partir de la sanción de la medida de libertad vigilada y frente a la amplitud de algunas de sus variantes, considero que en España esta restricción

aparece como posible (art, 106.1.i CPE). Por otro lado, el modelo estadounidense presenta -nuevamente- una originalidad en el control de esta medida, ya que algunas reglamentaciones prevén la posibilidad de monitoreos o inspecciones en los domicilios de modo sorpresivo y sin necesidad de contar con una orden previa y fundada de un Juez. Esta flexibilización procesal no está exenta de cuestionamientos, sobre todo si permanece implementada *sine die*, lo que sería difícil de compatibilizar con el principio de proporcionalidad y el derecho a la privacidad de las personas.

5. En el último apartado de este capítulo, presté atención a las reglamentaciones consistentes en tener permanentemente ubicados a los condenados por delitos sexuales en libertad, mediante sistemas de vigilancia satelital o electrónica. Entre sus aciertos se destaca su utilidad para garantizar el cumplimiento de otras medidas restrictivas, como por ejemplo, las domiciliarias o de alejamiento. Asimismo, se pretende que la medida impuesta influya en la posibilidad misma de infringir la ley, dado que la persona sabe que está siendo controlada. Sin embargo, se adelanta como objeción que esta medida no debería ser impuesta en forma automática sino, únicamente, cuando exista peligro grave para la víctima y sea acompañada de medidas dirigidas a la rehabilitación⁵⁸⁸. Por ello, aparece como necesaria la previsión de mecanismos procesales que permitan a los sujetos demostrar su ausencia de peligrosidad.

6. Al finalizar la primera parte del trabajo, me permití compararlo con un cuadro y adelantaba que esta segunda parte trataría del contenido del mismo, su descripción, su técnica. Efectivamente, en estos cuatro capítulos, he seleccionado un conjunto de reacciones que el Derecho penal y la política criminal han desarrollado para responder, frente a los delitos sexuales. He intentado describirlas del modo más completo posible aunque cuidándome de no exceder el detalle y su extensión para no fatigar al lector. Después de todo, se trata ésta de una parte de transición entre la

⁵⁸⁸ CID MOLINÉ, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004, p. 230. Se destaca que el Consejo de Europa, en la Recomendación (2000) 22, del Comité de Ministros de los Estados Miembros, destacó como reglas a tener en cuenta para la aplicación de estas medidas, un deber de respeto a la intimidad y dignidad de los individuos y también de sus familias, junto al sometimiento de la supervisión a los fines de desarrollo personal y social tendientes a la reinserción del individuo; cfr TORRES ROSELL, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2008, pp. 78-79.

primera y la tercera, que sirve más bien como contenido y ejemplo en el análisis de legitimidad que pretendo definir en los apartados siguientes.

7. He guardado la tercera y última parte para trabajar sobre el análisis de legitimidad del Derecho penal, frente al agresor sexual y recurriré para ello al grupo de consecuencias jurídicas recién analizadas. Todas ellas me permitirán desarrollar mis diversas propuestas y contrastarlas con la práctica de ciertos sistemas, en la búsqueda de medidas que puedan superar los filtros de legitimidad y, finalmente, ser de utilidad en el sistema penal español o de cualquiera que pretenda su aplicación.

TERCERA PARTE

SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL DE

LA DELINCUENCIA SEXUAL.

ANÁLISIS PERSONAL Y PROPUESTAS.

1. Tal como se puso de manifiesto en el capítulo segundo de este trabajo, existen diversas teorías que intentaron dar justificación a la intervención del Estado fundada en términos de peligrosidad. Entiendo, junto con la doctrina dominante, que la posición correcta al momento de analizar la legitimidad de la imposición de medidas que rebasan la proporcionalidad con el hecho cometido y la culpabilidad de su autor es aquella que parte de la necesidad de atender a un interés preponderante de la sociedad. El interés consiste en ciertos casos excepcionales que despiertan la necesidad estatal de contención, de un alto riesgo de lesión de bienes jurídicos esenciales (vida e integridad física y sexual, en especial de menores), protegiendo así a sus ciudadanos, lo que además constituye un deber estatal.

2. Ahora bien, asumida la justificación excepcional de reaccionar penalmente por encima de la culpabilidad, fundado en ese interés preponderante, la atención de este riesgo -definido político-criminal- importará, sin duda, una injerencia extraordinaria sobre los derechos de la persona condenada que deberá sortear una valoración de legitimidad. En otras palabras, resta evaluar la legitimidad de los distintos modelos de reacción jurídica frente al agresor sexual, o bien, determinar si pueden ser ubicados dentro del marco del Estado de Derecho y si son compatibles con una determinada concepción de la persona humana.

3. No pierdo de vista que, tal como explica *Roxin*, un ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de medios para la prevención de delitos sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad penal, para que los ciudadanos no queden desprotegidos frente a posibles intervenciones arbitrarias o excesivas del Estado⁵⁸⁹. Así se sostiene que junto con la finalidad de prevención de delitos, coexiste una

⁵⁸⁹ ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., t. I, p. 137.

segunda finalidad que justifica el Derecho penal y que consiste en la reducción de la violencia estatal punitiva⁵⁹⁰. Este último objetivo complementa el primero y guarda relación con la necesidad de dotar de garantías y límites a la reacción estatal prevista para la comisión de un delito, de forma tal que la búsqueda de prevención no pueda ser alcanzada a cualquier precio.

4. Ahora bien, la dotación de garantías a la finalidad preventiva puede operar como un obstáculo para la consecución eficaz de dicha finalidad, cuestión que plantea una natural tensión entre ambas finalidades.

4.a. Es muy claro lo sostenido por *Lopera Mesa* quien recuerda que “el Derecho penal, en tanto sector del ordenamiento jurídico que administra el poder de castigar, constituye así una institución antinómica por definición, al pretender asegurar la libertad mediante la agresión de la libertad; de ahí que su justificación pase necesariamente por hacer frente a la contradicción que está en su origen”⁵⁹¹.

5. Se trata, entonces, de conciliar ambas finalidades desde la lógica de que las garantías impuestas a la finalidad preventiva nunca podrán ser consideradas como un impedimento sino, más bien, como una búsqueda de mayor libertad del individuo, no sólo del delincuente sino además de cualquier persona como potencial infractora.

⁵⁹⁰ Véase por todos, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 331-334; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., pp. 386-442; y LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 214-226, quien, además, efectúa un muy interesante análisis crítico de la doctrina del profesor italiano.

⁵⁹¹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 216.

VIII

La naturaleza jurídica de las reacciones frente al agresor sexual.

VIII.1. Consideraciones generales.

1. Si me propusiese analizar las consecuencias jurídicas previstas para los delincuentes sexuales que han sido evaluadas en este trabajo, desde la óptica de los principios tradicionales del Derecho penal que gobiernan las penas, muy probablemente debiera concluir sobre su incompatibilidad, en la mayoría de los casos. Ello debido a que, con sólo empezar, se encuentran reacciones que exceden los límites impuestos a la sanción por el principio de culpabilidad, al estar fundadas en la peligrosidad del sujeto. De ahí que, en estos casos aparezca como imposible cualquier intento de legitimación desde la lógica de las penas y sea necesario, por ello, trasladar el análisis al marco y los principios que regulan las medidas de seguridad⁵⁹².

2. En función de ello, comenzaré la tercera parte de este trabajo analizando la naturaleza jurídica de las reacciones frente al agresor sexual, con el objetivo de comprender si éstas pueden ser consideradas medidas de seguridad y poder dar comienzo al análisis de legitimidad. Para lograr este cometido, he optado por un acercamiento desde la *praxis*, aprovechando la riqueza de las discusiones jurisprudenciales de distintos Tribunales de Justicia que debieron juzgar sobre la legitimidad de estas medidas. En este sentido, tal como se podrá apreciar, cada vez que la jurisprudencia ha tenido que resolver una cuestión constitucional, atinente a uno de estos institutos, tuvo que determinar primero si lo que estaba analizando era

⁵⁹² *Supra* I.2.Cfr., por todos, ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, en particular pp. 5, 14-16 y 18-19.

una pena o una medida de seguridad o bien, si estaba encuadrada dentro del Derecho civil o el penal.

3. Entiendo que este enfoque tiene un riesgo, que asumo y oportunamente recordaré, consistente en la debilidad argumental de construir la legitimidad de un instituto a partir de su etiqueta. Sin embargo, he considerado imposible obviar este paso en la elaboración de mi propuesta ante la importancia y preeminencia que le han dado los propios Tribunales de Justicia a este enfoque. Si las últimas instancias de análisis jurisprudencial han seguido este camino -de definir, previamente, la naturaleza jurídica para analizar la legitimidad- entonces una propuesta que pretenda ser contemplada en la aplicación del Derecho penal no debería obviarla.

4. Sin embargo, mi análisis no se detendrá en la definición de la naturaleza jurídica de las reacciones frente al agresor sexual y avanzará en otras instancias. De este modo, en el capítulo siguiente daré un segundo paso en el que se pondrá el foco en el principio de proporcionalidad para cuestionar, caso por caso, la viabilidad de estas reacciones.

5. Por último, considero necesario hacer la siguiente salvedad. Si bien he optado por comenzar el análisis de legitimidad, definiendo previamente la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas existentes, ello no significa que la estructura de legitimidad que pretendo proponer dependa de la naturaleza que se asuma⁵⁹³.

6. Intento así omitir como punto de partida el encasillamiento en una rama jurídica o etiqueta determinada para la búsqueda de soluciones al análisis de legitimidad de la reacción frente al delincuente peligroso. Se trata de un acercamiento o análisis que será más bien funcional -si cabe la denominación- y ello sin perjuicio de asumir los lugares que le corresponde a cada institución en el ordenamiento jurídico⁵⁹⁴.

7. El acercamiento de corte funcional que aquí se plantea pretende que la aplicación de los principios y garantías establecidas en el ordenamiento jurídico, no dependa de la clasificación previa de una institución como penal o civil. Por el contrario,

⁵⁹³ Véase además lo que ya se dijo *supra* I.2.C.

⁵⁹⁴ Véase al respecto la posición temprana -1974- de RODRIGUEZ MOURULLO, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, p. 371.

pretendo que se ponga el foco en las consecuencias que un procedimiento determinado pueda tener sobre la persona, en el rol que las garantías jugarán, asegurando que se cumpla con el propósito del procedimiento específico y, finalmente, en los costes necesarios para proveer dicha garantía⁵⁹⁵.

7.a. De forma ilustrativa se ha dicho que “en verdad, no puede existir ninguna duda de que para establecer una diferencia entre pena y medida no puede atenderse a la denominación que se asigne al instituto en cuestión, sino que su contenido y forma de aplicación han de resultar criterios decisivos para formular una distinción plausible. Hellmuth Mayer presentaba el problema con claridad: «de otro modo, un Estado totalitario podría hacer desaparecer los campos de concentración llamándolos sanatorios»⁵⁹⁶.

VIII.2. La naturaleza jurídica de internar o recluir a una persona por razones de seguridad, ante la comisión de un delito.

1. Para el análisis de la naturaleza jurídica de esta institución he optado por comenzar valorando el acercamiento que la jurisprudencia ha efectuado cuando tuvo que resolver si las reformas penales de estos sistemas podían ser aplicadas en forma

⁵⁹⁵ SCHULHOFER, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1996 p. 79. Sin perjuicio de ello, como se vio, el profesor de New York advierte sobre la importancia de mantener la distinción entre lo civil y lo penal, aclarando que “*si bien es difícil vivir con la distinción civil-penal, sería más difícil aún vivir sin ella*” (p. 80).

Esta postura puede compararse también con lo que *Fletcher* denomina “motivo versus impacto”, refiriéndose a las dos perspectivas que pueden aparecer en una discusión sobre la naturaleza de la sanción. Por un lado, los motivos del Estado (ej. si es terapéutico no es punitivo), por el otro, el impacto (lo que realmente importa es el impacto que tenga el proceso en los intereses de la persona afectada por él); véase FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, pp. 54-55.

En España, véase FEIJOO SÁNCHEZ, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, pp. 15-16, quien refiere que “en un Estado de Derecho las garantías se encuentran como punto de partida vinculadas a la entidad de la restricción de los derechos, por lo que una medida de internamiento o de privación de libertad debe disponer de las máximas garantías con independencia de que califique como una medida perteneciente o no al Derecho Penal”.

⁵⁹⁶ ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, p. 45.

retroactiva. Seguidamente, me preguntaré si las dificultades o limitaciones en la ejecución de los internamientos pueden influir o no en la definición de su naturaleza.

VIII.2.A. Acercamiento a la solución desde la problemática de la aplicación retroactiva de la norma.

1. Caso 1: Una persona fue condenada en el año 1984 por abusar sexualmente de dos menores de trece años, por lo que cumplió diez años en prisión. Cuando ya se había iniciado su proceso de libertad condicional, la Fiscalía solicitó que se le impusiera un internamiento indefinido, instituto que había sido recientemente incluido en el ordenamiento legal para estos casos.

2. Caso 2: Una persona fue condenada a pena de prisión de cinco años y se le impuso una medida de custodia de seguridad complementaria, a cumplirse al agotar la pena de prisión. Al momento de cometer los hechos, la norma establecía que la medida de seguridad no podía superar los diez años. De este modo, transcurridos quince años de reclusión (cinco de la pena de prisión y diez de la medida de seguridad) el sujeto solicitó su libertad. Sin embargo, unos años antes se había reformado la norma y se había eliminado el tope de diez años para la custodia de seguridad, pasando a ser indeterminado.

3. La primera pregunta que surge de estos dos casos es la siguiente: ¿Puede ser modificada la regulación del internamiento o la custodia de seguridad durante su ejecución, o deberá aplicarse al condenado en todo momento la que regía cuando cometió el delito? A partir de este interrogante, y de acuerdo a la metodología escogida y ya explicada, abordaré la problemática de la naturaleza jurídica del internamiento o reclusión de seguridad.

4. Del análisis de Derecho comparado efectuado ha podido observarse, por un lado, un instituto pretendidamente civil (estadounidense) en el que no resultarían aplicables las garantías propias del Derecho penal y procesal penal. Por el otro lado, aparece un modelo penal (europeo continental), en el cual se discute, primero, sobre el carácter de pena o de medida de seguridad del instituto. Y, en segundo lugar, sobre la amplitud de las garantías penales, considerando la distinta naturaleza y finalidad que se deriva de su consideración como pena o medida.

5. No puede olvidarse, en este sentido, que las medidas de seguridad tienen su fundamento en la peligrosidad del sujeto y no en la culpabilidad demostrada por una persona en un hecho concreto. La medida de seguridad se relaciona con el riesgo de reiteración delictiva, antes que con el hecho pasado. Se agrega, además, que los efectos aflictivos o intimidantes -propios de la pena- son ajenos a la esencia de las medidas, a pesar de que puedan igualmente darse como un efecto colateral⁵⁹⁷.

6. De acuerdo a la diversidad de fundamentos entre ambos institutos, se plantea para las medidas de seguridad si no debiera regir la ley vigente al momento de valorar la imposición o el mantenimiento de la medida, antes que la ley del momento de comisión del delito. En función de ello, un sector muy importante -que supo ser mayoritario en Alemania⁵⁹⁸- considera que la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa, en lo que respecta a la consecuencia jurídica en sí misma⁵⁹⁹, rige

⁵⁹⁷ Véase en mayor profundidad lo dicho en la introducción del Capítulo III.

⁵⁹⁸ Cfr. sobre la doctrina SILVA SÁNCHEZ “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, *InDret*, 2010, p. 1. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán avaló esta posición en BVerfG, sentencia de 5 de febrero de 2004 (2 BvR 2029/01). Esta sentencia, luego, sería revocada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “M vs. Alemania”, de 17/12/2009, por lo que el Tribunal Constitucional alemán revisó su anterior posición -en el caso BVerfG, sentencia de 4 de mayo de 2011 (2 BvR 2365/09)- considerando que la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad era incompatible con el Estado de Derecho y la seguridad jurídica, cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Revista General de Derecho Penal*, 2012, pp. 30-31 y 34-38; también en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, pp. 187-188.

⁵⁹⁹ Esta distinción merece ser destacada ya que una cosa es que sea modificada la consecuencia jurídica -ya sea creándose una nueva medida de seguridad o agravándose una existente- y otra muy distinta es que lo que se derogue o modifique sea la propia conducta imputada. En este último caso, la discusión debería ser distinta toda vez que se trataría del mantenimiento de la privación de libertad de una persona por la comisión de un hecho que al día de la fecha no es considerado delictivo por el legislador. En función de ello sería difícil sostener la medida de seguridad en forma tan aislada del hecho cometido que ya no es típico. En la Argentina se planteó esta discusión respecto a la derogación del delito de desacato. Una persona imputada por aquél delito que había sido declarada inimputable se encontraba cumpliendo una medida de seguridad de internación a esa época. A pesar de que los informes psiquiátricos aconsejaban el mantenimiento de la medida por la peligrosidad persistente, el Juez de Ejecución optó por hacerla cesar. En sus fundamentos indicó que la peligrosidad no es el único fundamento de las medidas de seguridad, las que están además directamente vinculadas con el delito cometido. Asimismo, se observó que debía aplicarse -al igual que con las penas- la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna para las medidas de seguridad. Se afirmó que al desincriminarse una acción, la prevención penal no resultaba más necesaria, porque ya no se pretendía prevenir penalmente esa conducta. En virtud de ese efecto retroactivo se consideró que como el internado no había cometido ningún delito, no era justo ni legítimo que continúe la medida de seguridad y el control del Juez Penal. De esta manera se hizo cesar la medida de seguridad y se lo

únicamente para las penas y no para las medidas de seguridad. De todos modos, la postura asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir del año 2009 -conforme se verá a continuación- relativizará seriamente esta posición al indicar, esencialmente, la necesidad de observar la forma en la que es ejecutada la consecuencia jurídica, antes que su clasificación normativa.

7. Quienes no están de acuerdo con esta argumentación advierten que ello sólo sería coherente si el principio de legalidad influyera únicamente en la imposición de penas, lo que no es cierto, ya que el principio tiene un alcance mucho más amplio y debe proteger al individuo frente a todo tipo de consecuencia restrictiva de derechos que no fuere previsible antes de la comisión del hecho⁶⁰⁰. Es decir, incluye a las medidas de seguridad. Por otro lado, desde esta posición se advierte que la aplicación retroactiva de medidas de seguridad es incompatible con la idea de Estado de Derecho ya que, al igual que la pena, requiere una garantía de objetividad, fundamento del principio de legalidad por medio del cual se exige que el comportamiento punible y la medida de la sanción estén determinados por anticipado y con validez general⁶⁰¹.

8. A nivel legislativo también se advierten diferencias de trato. En Alemania, por ejemplo, el § 2 (6) del Código Penal dispone que, en materia de medidas de seguridad y corrección, y siempre y cuando no se disponga otra cosa, rige la ley vigente al momento de la decisión⁶⁰². Por su parte, la Constitución proclama la

puso a disposición de un Juez Civil; cfr. Juzgado Nacional de Ejecución Penal N°3, de 2 de mayo de 1995 (“L., G. J.”).

En este punto sirve recordar la discusión generada con relación a la posibilidad de imponer una medida de seguridad -curativa- en caso de que la acción hubiese prescripto. Ateniéndose estrictamente al fundamento de la medida -la peligrosidad del sujeto- parecería que ésta debiera ser igualmente impuesta. Sin embargo, tal como sostiene *Silva Sánchez*, las medidas de seguridad son postdelictuales y como tales no pueden distanciarse radicalmente del hecho cometido. Son consecuencias jurídico-penales del hecho y poseen, además, efectos colaterales aflictivos (restrictivos de derechos), con lo cual una solución que decida aplicar igualmente la medida, ante la constatación de la subsistencia de peligrosidad frente a un hecho prescripto, no sería conforme con un régimen general de garantías; cfr. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, p. 60.

⁶⁰⁰ ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. t. I, p. 164, críticamente respecto al texto del artículo 2 §6 del Código Penal alemán.

⁶⁰¹ JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. pp. 82 y 114-115.

⁶⁰² Sin embargo, se advierte que esta norma debe ser interpretada a partir de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Alemán -en el caso BVerfG, sentencia de 4 de mayo de 2011 (2 BvR

irretroactividad, únicamente, para los actos sancionados con penas (art. 103.2). Por el contrario, en España el Código Penal dispone expresamente en su artículo 2.1, que carecerán de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.

9. En el ámbito europeo, la prohibición de retroactividad de la ley penal se encuentra recogida en el artículo 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que sostiene:

“nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

10. Como puede verse, el texto no hace mención expresa a las medidas de seguridad, sino a las penas⁶⁰³. Sin embargo, es importante adelantar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado ampliamente esta norma, incluyendo a las medidas de seguridad para los casos en que su forma de cumplimiento las asemeje a una pena⁶⁰⁴.

11. A continuación se analizarán algunos precedentes jurisprudenciales que han abordado esta discusión.

VIII.2.A.a. La discusión en el modelo civil (caso 1). El fallo “Kansas v. Hendricks”⁶⁰⁵ de la Suprema Corte de Estados Unidos.

2365/09)- cuando consideró que la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad era incompatible con el Estado de Derecho y la seguridad jurídica.

⁶⁰³ La traducción española del Convenio es la que se encuentra publicada en la página de Internet del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (última visita 20/05/2017). Sin perjuicio de ello, se aclara que sólo se consideran auténticas las versiones inglesa y francesa. En ese sentido, la versión inglesa del Convenio refiere en el art. 7.1: “*Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed*”. También la francesa utiliza los términos: “*aucune peine plus forte*”. En tal sentido, parece claro que ambos términos -“*penalty*” y “*peine*”- no abarcan el concepto de medidas de seguridad.

⁶⁰⁴ En el caso “M vs. Germany” de 17 de diciembre de 2009 que será reseñado *infra* VIII.2.A.b.1.

⁶⁰⁵ SCOTUS, de 23 de junio de 1997 (ponente Thomas), (“*Kansas v. Hendricks*”).

1. La primera oportunidad que tuvo la Suprema Corte de Estados Unidos de revisar la constitucionalidad del *civil commitment*, previsto para los delincuentes sexuales violentos, fue el 23 de junio de 1997, en la decisión de un recurso presentado contra el estado de Kansas por un sujeto llamado Leroy Hendricks.

1.a. Hendricks había sido condenado en el año 1984 por abusar sexualmente de dos menores de trece años, por lo que cumplió diez años en prisión. Cuando ya se había iniciado su proceso de libertad condicional, la Fiscalía solicitó que se le impusiera el -recientemente sancionado- internamiento civil (*civil commitment*), lo que finalmente ocurrió⁶⁰⁶.

2. En los fundamentos del fallo se advirtió sobre el derecho de toda sociedad organizada a restringir la libertad de algunos con fundamento en el bien común. En este sentido se destacó que la norma cuestionada identificaba comportamientos sexuales violentos y una específica condición mental, que creaba la posibilidad de que dichas conductas se repitieran en el futuro si la persona no era inocuizada.

3. No se trataba de recluir a alguien por su sola peligrosidad, siendo ésta insuficiente para justificar una internación involuntaria, sino que debía ir precedida por una condición mental, la que ocasionaba que el sujeto no pudiese controlar por sí mismo aquella condición de peligroso. En este sentido, la norma valorada cumplía con este requisito de legitimidad, en tanto exigía que el sujeto tuviera una “anormalidad mental” o “trastorno de la personalidad”. Asimismo, se consideró que la diagnosticada condición de pedófilo de Hendricks lo incluía dentro del concepto legal de “anormalidad mental”, con lo cual se encontraba satisfecho el debido proceso legal.

4. A continuación, se dio tratamiento a la pretendida violación de las garantías de irretroactividad de la ley penal y de *ne bis in idem*. Para ello se tuvo en cuenta que

⁶⁰⁶ Durante el procedimiento, se invocó que tenía numerosos antecedentes por delitos contra la integridad sexual de menores, lo que implicaba su calificación como “depredador sexual violento” (*sexually violent predator*) en los términos de la ley de Kansas. Por otro lado, las declaraciones del propio Hendricks durante el procedimiento fueron utilizadas en su contra ya que, entre otras cosas, dijo que “la única forma segura que él veía para dejar de abusar sexualmente de menores era morir” y que “cuando se estresaba no podía controlar la necesidad de abusar de un menor”. Véase su testimonio transcripto en el voto del Justice Thomas, en p. 355; también en el voto disidente del Justice Breyer, p. 375.

los argumentos que alegaban la infracción de estas garantías partían de la base que la internación indefinida se trataba de un castigo. Con lo cual, evidentemente, se la estaba imponiendo en forma retroactiva y se estaba sancionando a la persona dos veces por un mismo hecho. Sin embargo, la Corte no estuvo de acuerdo con esa visión penal de la naturaleza del *civil commitment*, advirtiendo que la internación era claramente civil y por ello no le eran oponibles las excepciones alegadas que resultaban exclusivas del Derecho penal.

5. En sus fundamentos, el voto de la mayoría reparó en que nada en la ley de Kansas permitía suponer que el legislador había intentado construir un procedimiento y una sanción penales, sino que, por el contrario, se verificaba claramente que se trataba de una internación civil. En este sentido, si bien reconoció la Corte que una etiqueta civil no siempre resultaba dispositiva, de igual modo, para determinar que se trataba de un instituto penal, debió haberse probado que, sea en sus propósitos como en sus efectos, se encontraba ante un procedimiento penal, lo que no había sucedido.

6. Por otra parte, se advirtió que la internación no perseguía ninguno de los dos fines esenciales de todo castigo: retribución e intimidación. En efecto, dijo el fallo que el *civil commitment* no era retributivo, ya que no estaba basado en la culpabilidad, y no era intimidatorio dado que las personas a quienes se aplicaba, por definición, sufrían de una condición mental que impedía que ejerciesen un adecuado control de su comportamiento. Tales personas, por ende, eran incapaces de ser intimidadas por la amenaza del encierro. Argumentó la Corte, a su vez, que entre las funciones del Estado se encontraba la de disponer medidas que restringieran la libertad de personas peligrosas con enfermedades mentales. Se trataba de una tarea legítima y no necesariamente punitiva.

6.a. Debe destacarse el voto en disidencia⁶⁰⁷ que consideró que la internación indefinida era de naturaleza penal y, por lo tanto, violaba la garantía de irretroactividad de la ley. Tuvo en cuenta, primero, que el tratamiento -aunque inadecuado- era impuesto sólo después de cumplida la pena. Luego destacó las similitudes entre la ejecución de la prisión y la internación, ya que en ambos se trataba del encierro contra la voluntad de la persona en un lugar seguro dentro de una unidad penitenciaria. También tuvo en cuenta que en ambos

⁶⁰⁷ SCOTUS de 23 de junio de 1997 (ponente Breyer), (521 U.S. 373). El fallo fue de cinco votos contra cuatro.

casos se perseguía la incapacitación, y que la internación utilizaba procedimientos, partes y principios asociados tradicionalmente al Derecho penal.

VIII.2.A.b. El modelo penal.

VIII.2.A.b.1. Alemania y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso 2).

1. En Alemania, a un sujeto -"M"- se lo había condenado, en el año 1986 y se le había impuesto la custodia de seguridad, la que comenzó a ser ejecutada al agotar la pena aplicada en 1991. En dicha época, el Código Penal alemán preveía que la custodia de seguridad impuesta por primera vez no podría exceder los diez años (§ 67d (1) y (3)). Ahora bien, en el año 1998 se reformó el instituto de la custodia de seguridad, por intermedio de la Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros hechos punibles peligrosos, estableciéndose un límite temporal de diez años, luego de los cuales debería hacérsela cesar *"cuando no exista el peligro de que el internado cometa como consecuencia de su inclinación, relevantes hechos punibles mediante los cuales se ocasionen graves perjuicios psíquicos o corporales a la víctima"* (§ 67d (3)). Asimismo, en la propia ley de reforma se estableció que la misma sería aplicable, incluso, a los sujetos que estuviesen cumpliendo una custodia de seguridad impuesta con anterioridad al dictado de la ley. A partir de ello, el Juez de ejecución mantuvo la custodia de seguridad de "M", más allá de los diez años de duración (que se habían cumplido el 08/09/2001), atento a las condiciones de peligrosidad del sujeto.

2. En el presente caso, el Tribunal Constitucional alemán⁶⁰⁸ había considerado como legítima la aplicación retroactiva de una reforma penal más gravosa, que extendía la duración de la custodia de seguridad (regulada en el §66 StGB). En sus fundamentos, el BVerfG consideró que la prohibición de retroactividad era solamente aplicable a aquellas consecuencias jurídicas que expresaren la censura del Estado a conductas ilegales y culpables, por medio de una pena, no siendo ése el caso de la custodia de

⁶⁰⁸ BVerfG, de 5 de febrero de 2004, NJW 2004, p. 739, previamente citado.

seguridad⁶⁰⁹. En su decisión, enfatizó el Tribunal que las medidas de seguridad desde siempre han sido entendidas como de naturaleza diferente a la pena bajo el sistema de doble vía previsto en el Código Penal y que, el hecho de que aquellas estén conectadas con la comisión de delitos o que conlleven considerables interferencias al derecho de libertad, no son suficientes para equipararlas a las penas. De hecho sostuvo que a diferencia de la pena, la custodia de seguridad no fue prevista para castigar a una persona culpable, sino como una pura medida de prevención para proteger a la sociedad de delincuentes peligrosos.

3. Sin embargo, llegado el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶¹⁰, la decisión fue revocada condenándose al Estado alemán por violación al artículo 7 §1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁶¹¹.

4. En sus fundamentos el TEDH advirtió que el principio de legalidad exigía que los individuos pudieran conocer de antemano qué actos u omisiones los podrían convertir en responsables penalmente y qué penalidad cabría por la comisión de aquellos actos u omisiones. Asimismo, interpretó que si bien el artículo 7 §1 del Convenio refiere a la “pena” más gravosa al momento de prohibir su retroactividad y que, además, la legislación alemana consideraba a la custodia de seguridad como una medida de seguridad y no como una pena, ello no quitaría que en el caso concreto la consecuencia jurídica pudiese ser valorada como una pena a los efectos del

⁶⁰⁹ Cabe advertir que la Constitución alemana recoge el principio de legalidad en su artículo 103 §2 que establece que un acto podrá ser penado si su punibilidad estuviese establecida por ley anterior a la comisión del acto.

⁶¹⁰ TEDH, de 17 de diciembre de 2009, (“M. v. Germany”). Véase un análisis del caso en SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 2010, pp. 1-3. También véase ZIFFER, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2011, pp. 1340-1351. Se observa además que, con posterioridad a esta sentencia, el TEDH ratificó su posición en tres casos resueltos todos el día 13 de enero de 2011, “Kallweit v. Germany”, “Mauter v. Germany”, y Schummer v. Germany”; cfr. URRUELA MORA, *Cuadernos de Política Criminal*, 2015, p. 124.

⁶¹¹ Como se vio más arriba, el art. 7.1 del Convenio establece que, “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

principio de legalidad⁶¹². De hecho, tuvo en cuenta que en otros países -como en el caso de Bélgica- la misma medida es considerada una pena e incluso en otros casos - como en el de Francia- si bien es considerada una medida de seguridad, la jurisprudencia doméstica impide que sea impuesta retroactivamente.

5. En este sentido, valoró el Tribunal que la custodia de seguridad implica la misma privación de libertad que la pena y que, si bien puede haber algunas diferencias en la ejecución de ambas, ello no alcanza a enmascarar la realidad de que se trata de consecuencias sustancialmente idénticas en su concreción. Por otro lado, el TEDH advirtió que tampoco era suficiente la sola consideración de objetivos distintos por parte de la pena y la medida de seguridad ya que, en el caso de la custodia de seguridad, no se advertía la implementación de mecanismos tendientes a reducir la peligrosidad de la persona y limitar así la duración de la medida a lo estrictamente necesario para contener el riesgo de reincidencia⁶¹³. De aquí que el Tribunal de Estrasburgo concluyera que, si bien las finalidades podrían ser consideradas teóricamente distintas -lo que fundamentaría un régimen diversificado- lo cierto es que en la práctica se confundían elementos punitivos en la medida de seguridad analizada que llevaban a considerarla como un castigo adicional a la persona por el delito cometido, con un claro elemento de disuasión⁶¹⁴.

⁶¹² Nótese cómo el TEDH advirtió, al respecto, que no importaba la etiqueta que cada Estado le colocara a la sanción y que la decisión sobre su legitimidad, respecto al principio de legalidad protegido por el Convenio europeo, debía ser independiente de ello (*“The concept of “penalty” in Article 7 is autonomous in scope. To render the protection afforded by Article 7 effective the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision”*, -parágrafo 120-. Más adelante agregó, *“the concept of “penalty” in Article 7 is autonomous in scope and it is thus for the Court to determine whether a particular measure should be qualified as a penalty, without being bound by the qualification of the measure under domestic law. It notes in this connection that the same type of measure may be and has been qualified as a penalty in one State and as a preventive measure to which the principle of nulla poena sine lege does not apply in another”* -parágrafo 126-).

⁶¹³ Aquí efectuó una importante crítica a la comprobada inexistencia de mecanismos interdisciplinarios y de trabajo intensivo con los sujetos, en el marco de una estructura coherente con la necesidad progresiva de que la libertad sea una opción real. Sobre todo teniendo en cuenta de que se trata de personas en las que había sido comprobado que no cabía esperar esfuerzos individuales de su parte para salir adelante en materia de rehabilitación (parágrafo 129).

⁶¹⁴ Con relación a lo ocurrido en la legislación alemana luego de esta sentencia del TEDH, véase *supra* IV.2.A.

VIII.2.A.b.2. Francia y el *Conseil Constitutionnel*.

1. La discusión sobre la aplicación retroactiva de la reclusión de seguridad y su vinculación con la naturaleza jurídica se dio también en Francia.

1.a. Brevemente, cabe recordar que en febrero de 2008 entró en vigencia una reforma al *Code de Procédure Pénale* que introdujo, entre otros, los institutos de la custodia de seguridad (*rétenion de sûreté*), libertad vigilada de seguridad (*surveillance de sûreté*), libertad vigilada (*surveillance judiciaire*), agregándose un tratamiento médico específico previsto en el *Code de la Santé Publique* y el sometimiento a vigilancia electrónica móvil (*surveillance electronique mobile*) dirigida a aquellos delincuentes considerados peligrosos, condenados por determinados delitos⁶¹⁵.

1.b. Asimismo, la ley previó específicamente que algunas de las medidas serían aplicables a aquellas personas que estuvieren cumpliendo, a la fecha de su puesta en vigencia, una pena de prisión por uno de los delitos allí previstos y cumplieren con los criterios de peligrosidad; incluso previó para aquellos la posibilidad de internamientos de seguridad por un período determinado.

2. Analizado el caso por el *Conseil Constitutionnel*, y en lo que aquí interesa, se evaluó que, si bien la custodia de seguridad debía ser considerada una medida de seguridad, su naturaleza privativa de la libertad, su duración indeterminada y el hecho de que fuese pronunciada como consecuencia de la comisión de un delito, impedían que pudiera ser aplicada en forma retroactiva por delitos cometidos con anterioridad a su puesta en vigencia. En virtud de ello se declaró inconstitucional el artículo de la norma que posibilitaba su aplicación retroactiva⁶¹⁶.

VIII.2.B. Las dificultades en la ejecución, ¿influyen en la naturaleza jurídica? La pretendida inconstitucionalidad del internamiento por la forma en que es ejecutado .

⁶¹⁵ Ley n°2008-174 del 25/02/2008. Véase el resumen de esta legislación efectuada en el capítulo IV.

⁶¹⁶ *Conseil Constitutionnel*, de 21 de febrero de 2008; decisión n°2008-562 DC, en especial considerandos 9 y 10.

1. Merecen destacarse algunos planteos en los que se argumentó que la forma de ejecución de la internación podría transformarla en pena “por sus efectos”. Para ello, resulta interesante mencionar el reclamo que se presentó en Estados Unidos en el año 2001, por el cual la Suprema Corte de dicho país tuvo una nueva oportunidad de revisar la constitucionalidad del *civil commitment*, siendo esta vez la ley del estado de Washington la cuestionada⁶¹⁷.

1.a. Andre Brighman Young había sido condenado tres veces por el delito de violación en los últimos treinta años. En el mes de octubre de 1990, un día antes de agotar la pena del último de los delitos, el estado de Washington solicitó la internación de Young como “depredador sexual violento”, en los términos de la ley recientemente sancionada. Durante el proceso, el perito oficial determinó que el condenado poseía un severo trastorno de la personalidad combinado con una -también severa- parafilia. A ello se le agregó la valoración de la reincidencia de Young, su negación persistente de los hechos y su falta de remordimientos; todo lo cual motivó que el jurado concluyera en la imposición de la internación indefinida. Recurrida dicha decisión, en el año 1993, la Suprema Corte estadual confirmó la sentencia destacando que el *civil commitment* era de naturaleza civil, designado para tratamiento e inocuización⁶¹⁸.

1.b. En el año 1994, Young interpuso una acción de *habeas corpus* contra el superintendente Seling, del centro en el que estaba internado, argumentando que estaba detenido ilegalmente y que la ley era inconstitucional⁶¹⁹, fundando su reclamo en que la forma en que la internación se ejecutaba era punitiva. Para ello explicó que durante su encierro había sido sometido a condiciones más restrictivas que si hubiese estado internado bajo un régimen de internación civil, incluso más restrictivas que las de los prisioneros. Hizo hincapié en que el centro de internación estaba ubicado dentro de una unidad penitenciaria y manejado por personal del departamento de prisiones. En este sentido, la forma en que trataban a los internos -sostuvo- revelaba un objetivo de encierro claramente punitivo e incompatible con el propósito de tratamiento previsto en la ley.

⁶¹⁷ SCOTUS, de 27 de enero de 2001 (ponente O’Connor), (“*Seling v. Young*”, 531 U.S. 250).

⁶¹⁸ Este criterio sería avalado por la Corte Suprema de Justicia en el año 1997 en el fallo “*Kansas v. Hendricks*” recién analizado.

⁶¹⁹ La misma fue resuelta favorablemente por el Juez de Primera Instancia, concluyendo que la internación violaba el debido proceso y era de naturaleza penal, por lo que quebrantaba las garantías constitucionales de irretroactividad y “*ne bis in idem*”. Sin embargo, mientras el recurso interpuesto por el superintendente estaba pendiente de resolución, la Corte Suprema dictó el fallo “*Kansas v. Hendricks*”, recién analizado. En virtud de ello, la Cámara de Apelaciones devolvió el recurso al Juez de Primera Instancia para su reconsideración revocándose por ello el fallo, aunque luego el análisis fue modificado y pasó a evaluarse si la forma en que la internación de Young se ejecutaba permitía considerar que era de naturaleza penal.

1.c. La Cámara de Apelaciones acogió los argumentos de Young, afirmando que la forma en que se había efectivizado la internación, podía despojarla de su carácter civil y transformarla en penal por sus efectos, y dispuso un procedimiento probatorio a fin de acreditar los argumentos del recurrente. El asunto llegó a manos de la Corte Suprema con el propósito de resolver el conflicto, revocándose por mayoría la decisión.

2. En la máxima instancia, el voto de la mayoría comenzó por reafirmar los argumentos vertidos en “*Kansas v. Hendricks*”, para así recordar que la internación de delincuentes sexuales era civil por naturaleza y conforme a la Constitución. Seguidamente, valoró que la naturaleza de la internación no podía definirse en función de su efectiva ejecución, ya que por más dura que fuere, ésta no puede transformar en penal algo que es claramente civil de acuerdo al propósito del legislador. En este sentido, se manifestó que la forma impropia en que un órgano administrativo implementa una ley no puede modificar su naturaleza jurídica.

3. Asimismo, consideró que correspondía a las autoridades del estado verificar y controlar que los internamientos se realizaran de acuerdo al propósito y objetivos previstos en la ley, así como proveer los remedios necesarios cuando ello no ocurriese. Concluyó la Corte que, “una ley civil no puede ser considerada penal por su `forma de imposición´ a un individuo, de forma tal que configure una violación a las garantías de *ne bis in idem* e irretroactividad de la ley, proveyendo razones para su liberación”⁶²⁰.

3.a. Finalmente, el voto de la minoría⁶²¹ consideró factible que la forma de ejecución de un internamiento lo transformase en penal “por sus efectos”, citando jurisprudencia que avalaba que la cuestión de si un estatuto es `de hecho´ punitivo no podía resolverse únicamente con el texto de la ley, sino que debía también observarse la prueba de las condiciones de ejecución. Concluyó, por ello, que si las condiciones del internamiento erantales que la persona estaría siendo sancionada dos veces en violación de la garantía de “*ne bis in idem*”, resultaba irrelevante que la ley haya sido previamente etiquetada como civil sin pasar a analizar la forma en que se desplegaban sus efectos. En virtud de ello consideró que debía confirmarse el criterio de la Cámara de Apelaciones y abrir a prueba la cuestión para que el recurrente acreditara sus alegaciones.

⁶²⁰ SCOTUS, de 27 de enero de 2001 (“*Seling v. Young*”), p. 267.

⁶²¹ Ponente *Justice Stevens*.

4. Otro ejemplo interesante para identificar las dificultades que se presentan en la ejecución de la custodia de seguridad o de internamientos civiles indefinidos es lo sucedido en Estados Unidos, a partir del reclamo de unos internos de Washington, en el año 1994, ante las deficiencias en el sistema de ejecución del internamiento. Ello provocó que un Tribunal Federal de Washigton resolviese que se había violado la Enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos⁶²², advirtiendo que en virtud de la misma debía exigirse que los internos tuvieran acceso a un tratamiento que ofreciera oportunidades reales de cura o mejoramiento de las condiciones que causaron la reclusión⁶²³.

4.a. A partir de esta resolución, el Juez asumió la función de control de la ejecución de los internamientos, designando para ello a una persona encargada de inspeccionar periódicamente las instalaciones de reclusión y proponer medidas⁶²⁴.

4.b. Entre las dificultades que se advirtieron en la ejecución, y por ende en el tratamiento, se destacan: la falta de especialidad y entrenamiento adecuado de los profesionales; la falta de confianza suficiente en las relaciones entre los internos y los profesionales; la falta de planes individuales de tratamiento y objetivos que incluyan etapas de mejoramiento; la falta de planes de tratamiento que incluyan la participación de los familiares de los internos; la falta de un profesional de la salud experto en el diagnóstico y tratamiento de delincuentes sexuales que supervise a los terapeutas y a los programas de tratamiento; el porcentaje elevado de internos que se niegan a realizar el tratamiento⁶²⁵, que a su vez generan un ambiente negativo entre los que sí lo cumplen; la ubicación del centro de internamiento⁶²⁶ y la influencia

⁶²² Enmienda 14, sección 1: "...Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido proceso legal, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes".

⁶²³ U.S. District Court, Western District of Washington -Seattle-, de 3 de junio de 1994 (ponente Dwyer) ("*Richard G. Turay v. David B. Weston et. al.*"). Entre otros, lo cita LIEB, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, pp. 476-477.

⁶²⁴ El control efectuado por el Juez -*William Dwyer*- se extendió hasta su muerte en 2002. La persona designada por aquél para realizar el seguimiento e inspección periódica -cargo denominado "Special Master"- fue *Janice Marques*, profesional con experiencia en materia de salud mental y de delincuentes sexuales; cfr. LIEB, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, pp. 476 y ss.

⁶²⁵ A título de ejemplo, al año 2003 se estimaba que en California el porcentaje de internos que se negaban a recibir tratamiento era del 80%, mientras que en Minnesota era del 60%, cfr. LA FOND, *Preventing Sexual Violence*, p. 147.

⁶²⁶ Teniendo en cuenta que los lugares de internación deben cumplir con la condición de ser seguros, suelen elegirse pabellones separados de unidades penitenciarias, como el caso de Washington, cuyo primer centro se situó dentro del Monroe Correction Center. Si bien otros estados incluyeron cláusulas

negativa de la prisión en aquellos casos en que los centros se ubicaron dentro de estructuras penitenciarias; y la falta de programas de liberación graduales con residencia comunitaria vigilada, entre otros⁶²⁷.

5. Finalmente, debe traerse nuevamente en este punto el caso de la custodia de seguridad alemana, que fue llevado ante el TEDH, en el ya citado caso “M v. Germany”. Debe reiterarse que el Tribunal de Estrasburgo debió analizar si la extensión de los plazos máximos de la custodia violaba el artículo 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, al aplicarse retroactivamente. En tal sentido, la Convención habla de la imposibilidad de imponer “penas” (*penalty*) más graves en forma retroactiva. Por ello, el Tribunal debió interpretar si la custodia de seguridad podía ser entendida o no como una pena, a los efectos de esta norma.

6. En este sentido el TEDH determinó que, más allá de las definiciones contenidas en la norma, para resolver si la prohibición de retroactividad era extensible a la custodia de seguridad, debía analizarse cómo era ejecutada ésta en Alemania⁶²⁸. En la realidad, valoró el Tribunal, la custodia de seguridad implicaba la misma privación de libertad que la pena y si bien podía haber algunas diferencias en la ejecución de ambas, ello no alcanzaba a enmascarar la realidad de que se trataba de consecuencias sustancialmente idénticas en su concreción.

de internación en centros hospitalarios, Washington contaba con antecedentes de internación de psicópatas sexuales (bajo el régimen de “*sexual psychopath laws*”) en los cuales algunos internos se escaparon y protagonizaron hechos delictivos notorios con lo cual, de entrada, se quiso evitar repetir esta experiencia, Cfr. LIEB, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 480.

⁶²⁷ Para un resumen de los problemas de ejecución observados en Washington y encarados por el juez Dwyer y la “Special Master” Marques, véase LIEB, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003. Se destaca, además, que el seguimiento fue tan riguroso que se llegó a disponer -y ejecutar- el pago de una multa diaria por parte del estado en la medida en que no diese cumplimiento con las falencias advertidas. Todo ello generó una serie de mejoras y desarrollos importantes en materia de ejecución y tratamiento de los internados. En 2003, se calculó que las multas pagadas por el estado podrían llegar a U\$S 6.000.000; nuevamente LIEB, p. 486. Véase también LA FOND, *Preventing Sexual Violence* p. 152, quien informa sobre otras demandas impuestas y desembolsos efectuados.

⁶²⁸ Refiere el TEDH que: “*these privileges did not alter the fact that the execution of a preventive detention order did not differ significantly from that of a prison sentence (...) If one looked at the realities of detainees' situation rather than the wording of the Criminal Code, there was therefore no substantial difference between the execution of prison sentences and of preventive detention orders* (considerando 110). Más adelante agrega “*the concept of “penalty” in Article 7 is autonomous in scope and it is thus for the Court to determine whether a particular measure should be qualified as a penalty, without being bound by the qualification of the measure under domestic law* (considerando 126).

7. De aquí que si bien las finalidades podrían ser consideradas teóricamente distintas -lo que fundamentaría un régimen diversificado-, en la práctica se confundían elementos punitivos en la medida de seguridad analizada, que llevaban a considerarla como un castigo adicional a la persona por el delito cometido con un claro elemento de disuasión.

8. En conclusión, la forma de ejecución de la medida de seguridad en Alemania terminó siendo uno de los elementos que inclinó la resolución del TEDH para deslegitimar su imposición retroactiva.

VIII.2.C. Toma de posición respecto a la naturaleza del internamiento o reclusión de seguridad.

1. El internamiento o reclusión de seguridad es uno de los casos más claros de *fraude de etiquetas* que se pueden presentar en esta materia. En efecto, el análisis de la jurisprudencia permite observar cómo esta reacción ha sido asumida como pena o medida, según la intención de declararla o no constitucional por el Tribunal.

1.a. En la Argentina, por ejemplo, en el año 2001 la Corte Suprema consideró que la reclusión por tiempo indeterminado -prevista en el art. 52 CPA- era una medida de seguridad. En tal carácter validó que esté fundada en la peligrosidad y rechazó los planteos de inconstitucionalidad por vulneración a los principios de culpabilidad y de *ne bis in idem*⁶²⁹. Sin embargo, cinco años después -y habiendo cambiado la integración del máximo Tribunal constitucional- la Corte modificó su posición y concluyó ahora que se trataba de una pena de reclusión y no de una medida de seguridad. En virtud de ello, esta vez la declaró inconstitucional por su evidente contradicción con las garantías constitucionales del condenado⁶³⁰.

2. De ahí que deba tomarse cautela al asumir una posición respecto a la naturaleza jurídica de esta reacción y, sobre todo, no simplificar el análisis de legitimidad en

⁶²⁹ CSJN, de 09/08/2001, “Sosa, Marcelo”.

⁶³⁰ CSJN, de “Gramajo, de 05/09/2006, Marcelo Eduardo”.

función de la *etiqueta* elegida. En esto, resulta un ejemplo a seguir el del TEDH cuando analizó la aplicación retroactiva de la custodia de seguridad⁶³¹. En aquel fallo, el Tribunal no comenzó el análisis a partir de la naturaleza jurídica escogida por el legislador, sino que verificó la forma en que la custodia era ejecutada y si ello podía encuadrar en el término “pena”, utilizado por los tratados internacionales en la protección del principio de legalidad. Advirtió, además expresamente, que no debía uno guiarse por la *etiqueta* que cada Estado le coloque a la sanción y que la decisión sobre su legitimidad debía ser independiente de ello.

3. Formuladas estas aclaraciones considero que, en caso de aceptarse la reclusión de seguridad⁶³², ésta deberá asumir la naturaleza de una medida de seguridad complementaria de la pena. En efecto, la circunstancia de estar fundada en la peligrosidad de la persona y de extenderse por encima del principio de culpabilidad, necesariamente la excluyen del concepto de penas y la ubican dentro del Derecho de medidas de seguridad.

4. Luego -en un análisis subsiguiente- habrá que cuidar que la *etiqueta* de medida de seguridad no suponga un *fraude*, que esconda la realidad de estarse ejecutando una pena de prisión. Tampoco podrá permitirse el relajamiento de los principios constitucionales invocando su calidad de medida de seguridad, con fines y fundamentos diversos a los de la pena.

5. Deberá primar, en tal sentido, un análisis de legitimidad independiente del etiquetamiento, para asegurar que no sea éste el que termine validando la ejecución de una institución inconstitucional. Por ello, en el capítulo siguiente se verá qué extremos debe sortear el internamiento para ser considerado legítimo, por fuera de su consideración como una medida de seguridad.

6. Finalmente, no puedo dejar de asumir la posición de que esta consecuencia debería permanecer dentro del Derecho penal. Por más que reciba el nombre de internamiento o que sea incluido fuera del Código Penal, sigue siendo una consecuencia jurídica asociada a la comisión de un hecho delictivo. Asimismo, una

⁶³¹ *Supra* VIII.2.A.b.1.

⁶³² Cuestión que será analizada con mayor profundidad en el capítulo IX.

reclusión asegurativa vinculada a un diagnóstico de comisión de delitos no debería ser trasladada al Derecho civil, por más que se lo denomine como un internamiento. Tanto su base postdelictual como su objetivo de prevenir delitos graves confirman que se está dentro del Derecho penal. Por otro lado, considero que el único fundamento por el cual podría recurrirse al Derecho civil sería el caso de una persona declarada incapaz o considerada impedida de gobernarse por sí misma (arts. 199 y 200 Código civil). Sin embargo, pienso que la construcción estadounidense del “depredador sexual”, con limitaciones para controlar sus impulsos y que en función de ello comete agresiones sexuales, no es suficiente para transformar la naturaleza del internamiento en la de un incapaz civil. Sí entiendo su coherencia pero estimo que supone un “fraude agravado de etiquetas”, en el cual ya no se trata de confundir pena con medida de seguridad, sino que se va más allá y se quita de la órbita del Derecho penal una auténtica consecuencia jurídica del delito. Por si fuera poco, el resultado es más intenso aún que el caso de la pena encubierta bajo el ropaje de una medida de seguridad, ya que la forma en que los internamientos son ejecutados en el modelo estadounidense revela un porcentaje casi nulo de casos que han recuperado su libertad, luego de más de veinticinco años de vigencia del sistema⁶³³.

VIII.3. La naturaleza jurídica de las notificaciones a la comunidad y los registros de delincuentes sexuales.

1. Tal como ha podido ser explicado en la segunda parte de este trabajo⁶³⁴, el sistema de registro de delincuentes sexuales tiene dos modalidades claramente diferenciadas. En un caso, se crean registros de personas condenadas por delitos sexuales y se impone a éstas una serie de obligaciones vinculadas al contenido del registro y a la actualización que debe hacerse del mismo.

⁶³³ *Infra* Capítulo IX.2.B.d.

⁶³⁴ *Supra* Capítulo V.

2. Del otro lado, existe un segundo modelo llamado de notificación comunitaria que, en principio, únicamente es aplicado en Estados Unidos y prevé la publicidad -o bien la difusión activa- de los datos de las personas registradas, a fin de poder ser consultados por cualquiera que tuviese interés. Con ello se busca que la gente pueda estar enterada, por ejemplo, si un ex convicto por delitos sexuales viviese cerca de sus domicilios, de las escuelas donde van sus hijos, del lugar al que van a ir de vacaciones, o incluso, tener a mano esa información antes de darle un trabajo o bien de alquilarle un departamento o casa.

3. En el caso del sistema de registro de agresores sexuales se trata de un mecanismo arraigado en política criminal, sobre todo en materia de antecedentes y condenas penales⁶³⁵. Por su parte, la modalidad de notificación a la comunidad presenta una problemática y una valoración crítica de mayor envergadura que el sistema de registro de agresores sexuales. Nuevamente⁶³⁶, abordaré la cuestión de la naturaleza jurídica de esta reacción, mediante el análisis que se ha efectuado vinculado a la posibilidad de su aplicación retroactiva.

VIII.A. Problemas en la aplicación retroactiva del sistema de registro de agresores sexuales.

1. Numerosos delincuentes sexuales condenados con anterioridad a la sanción de las leyes que introdujeron el sistema de registro de agresores sexuales, recurrieron a los Tribunales -tanto en Estados Unidos como en Europa- demandando que estas obligaciones no les podían ser aplicados retroactivamente. El principal argumento refería que importaban un castigo más severo que aquel previsto en el momento de la comisión del delito. Este reclamo llevó a los juzgados a analizar la cuestión desde la óptica de la naturaleza jurídica del sistema. Si se trataba de una sanción, le era

⁶³⁵ Se observa en este punto que el Registro General de Penados y Rebeldes existe en España desde el año 1848.

⁶³⁶ Y por los mismos motivos explicados en la introducción de este capítulo VIII.

aplicable la garantía de irretroactividad, mientras que si no lo era, el obstáculo podía ser relativizado.

2. El análisis de esta problemática trae consigo la valoración de un conjunto de aspectos críticos de este instituto que merecen ser valorados, principalmente, desde la jurisprudencia desarrollada para resolver estos puntos controvertidos.

VIII.3.A.a. La jurisprudencia de Estados Unidos: el registro incluye a condenados con anterioridad a la sanción de la norma: “*Smith v. Doe*”⁶³⁷.

1. El Estado de Alaska sancionó su ley “*Megan*” en 1994⁶³⁸ y, como en muchos otros casos, se aplicó en forma retroactiva a personas condenadas con anterioridad a la misma. Dos sujetos que habían sido condenados por delitos sexuales contra menores y liberados en el año 1990 presentaron un recurso para evitar la imposición de la norma. Al momento de fundar su recurso, los solicitantes advirtieron que se les estaba aplicando una ley con efectos penales en forma retroactiva, estando ello prohibido por la Constitución.

2. La Suprema Corte de Justicia estadounidense centró su análisis en el precedente “*Hendricks v. Kansas*” -previamente analizado para el internamiento civil⁶³⁹-, en el cual se había validado la constitucionalidad de la reclusión indefinida de delincuentes sexuales violentos, partiendo de una toma de posición respecto de su naturaleza civil. En este caso se llegó a un resultado similar a partir de la consideración de que el registro de delincuentes sexuales no era concebido como una pena, sino como una medida civil o administrativa (“*regulatory measure*”).

3. En primer lugar, el voto del máximo Tribunal advierte que del texto de la ley y sus fundamentos se desprendía, claramente, que el legislador había querido sancionar un estatuto diseñado para la protección pública, de naturaleza civil⁶⁴⁰. En tal sentido se

⁶³⁷ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003, (ponente Kennedy) (“*Smith v. Doe*”).

⁶³⁸ El registro de delincuentes sexuales fue incluido, en el año 1994, dentro del título 12 que corresponde al Código Procesal Penal, bajo el nombre de “*Registration of Sex Offenders*”-; ver *Alaska Statutes* §12.63. Por su parte, el régimen de notificaciones fue incluido el mismo año dentro del título 18 -“*Health, Safety and Housing*”-, capítulo 65 -“*Police Protection*”- bajo el nombre de “*Central Registry of Sex Offenders*”; ver *Alaska Statutes* §18.65.87.

⁶³⁹ Ver epígrafe 2.A del presente capítulo VIII.

⁶⁴⁰ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (“*Smith v. Doe*”), p. 93.

valoró que, al momento de sancionar la ley, los legisladores habían advertido que los delincuentes sexuales tenían un alto riesgo de reincidencia e identificaron la protección pública como el objetivo principal de la ley. Siguió la Corte considerando que el legislador había observado también que revelar cierta información de los delincuentes sexuales a las agencias policiales y al público serviría para cumplir el objetivo de protección. La Corte destacó estos propósitos y reiteró que la imposición de medidas restrictivas a delincuentes sexuales, considerados peligrosos, era un objetivo no punitivo, perfectamente legítimo y así había sido considerado históricamente.

4. Uno de los argumentos de los recurrentes había sido que el capítulo correspondiente al registro de delincuentes estaba insertado dentro del Código Procesal Penal, lo que hablaba claro sobre su naturaleza. Sin embargo, la Corte aclaró que la ubicación de una norma no necesariamente condice con su naturaleza⁶⁴¹.

4.a. Para fundar esta afirmación se recurrió al precedente “*Kennedy v. Mendoza-Martinez*”⁶⁴², utilizado tradicionalmente por la Corte como estructura para determinar la naturaleza de una norma. En este sentido se tuvo en cuenta, primero, el factor histórico que indicaba analizar cómo se habían considerado a estatutos similares a lo largo de la historia. Para ello, trajo a colación castigos vergonzosos impuestos a ciertos delincuentes durante la época colonial, estableciendo un análisis comparativo con la notificación de los registros a la comunidad. Se valoró así que los estigmas que podían originarse como consecuencia de este proceder, resultaban una consecuencia lógica de la revelación de datos objetivos, tales como condenas recibidas y antecedentes penales. No se trataba, pues, de una ley que tendiese a provocar en el público reacciones de vergüenza o indignación, sino que se limitaba a revelar información pública en forma exacta con el objetivo de proteger a la comunidad y no de humillar a la persona. El hecho de que, eventualmente, se convirtiesen en humillantes obedecía a una consecuencia colateral de un reglamento válido⁶⁴³.

5. Seguidamente, la Corte analizó como factor de determinación de la naturaleza de la norma, las restricciones que podían resultar de su aplicación. Tuvo en cuenta, como ejemplo, las dificultades que implicaba la notificación en orden a encontrar

⁶⁴¹ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (“*Smith v. Doe*”), pp. 94-96.

⁶⁴² SCOTUS de 18 de febrero de 1963 (ponente Goldberg) (“*Kennedy v. Mendoza Martinez*”).

⁶⁴³ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (“*Smith v. Doe*”), pp. 97-99).

trabajo o residencia. Respecto de ello consideró que si bien la revelación de la información no debía tener estas dolorosas consecuencias, lo cierto es que éstas no respondían a la notificación en sí sino, antes, al hecho mismo de la condena recibida por el sujeto que, por otra parte, era una circunstancia pública⁶⁴⁴.

5.a. Es interesante repasar también los votos en disidencia, por el tratamiento de los puntos críticos. Se destaca primero el del -ya retirado- juez Stevens, quien se diferenció de la mayoría al determinar que las obligaciones de registro y la notificación sí resultaban estigmas severos sobre la persona a quien se aplicaban, afectando su derecho a la libertad. Asimismo, aclaró que la institución poseía tres características que la hacían diferente a cualquier reacción civil, a saber: (1) constituía una privación severa de la libertad; (2) era impuesta a cualquiera que sea condenado por un delito determinado; (3) era aplicada únicamente a tales delincuentes.

5.b. Incluso, el magistrado valoró que el registro y la notificación se imponían por el sólo hecho de haber sido condenados por un delito determinado. Estas circunstancias reflejaban, claramente, que se trataba de un componente del castigo, por lo que no podía ser impuesto en forma retroactiva a aquellas personas condenadas con anterioridad a la sanción de la ley⁶⁴⁵.

5.c. Finalmente, se destaca el segundo voto disidente⁶⁴⁶ que además de concluir que el registro y la notificación eran claramente punitivos agregó un argumento interesante al debate, consistente en que la ley se aplicaba, indiscriminadamente, a todos los delincuentes condenados por una lista fija de delitos. Ahora bien, en ningún momento se analizaba la posible rehabilitación o resocialización de la persona, sino que se le imponía la consecuencia en forma automática. Esto hablaba -para los disidentes- de una exclusiva relación con la condena anterior antes que hacia la peligrosidad actual, o bien a la necesidad de prevención futura. En este sentido, por más que el sujeto pudiese demostrar que se encontraba plenamente rehabilitado y que no representaba un riesgo para la sociedad, se le impondría igualmente el registro y la notificación. En virtud de ello, siendo una consecuencia jurídica de naturaleza punitiva en sus efectos, no podía ser aplicada en forma retroactiva.

⁶⁴⁴ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (“*Smith v. Doe*”), pp. 99-101.

⁶⁴⁵ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (“*Smith v. Doe*”), pp. 110-114). Se aclara que el *Justice* Stevens no se pronunció en contra del registro y la notificación como sanciones sino que, por el contrario, expresó su conformidad con las mismas. Su disidencia tuvo que ver únicamente con que las consideraba punitivas y, por ende, sostuvo su inaplicabilidad en forma retroactiva.

⁶⁴⁶ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (ponente Ginsburg), (“*Smith v. Doe*”), pp. 114-118.

VIII.3.A.b. La jurisprudencia europea.

1. Es importante recordar que los modelos europeos no suponen la difusión de los datos de los registros a la comunidad. Efectuada esta salvedad, se verá a continuación la consideración que los Tribunales europeos han efectuado de la naturaleza de los registros de delincuentes sexuales.

VIII.3.A.b.1. La opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

1. Poco tiempo después de la sanción de la ley de registro de delincuentes sexuales en el Reino Unido, un ciudadano británico recurrió a la Comisión Europea de Derechos Humanos demandando la inaplicabilidad de la norma para su caso particular⁶⁴⁷.

1.a. Se trató de Robert Ibbotson quien había sido condenado en mayo de 1996 por seis cargos de posesión de pornografía infantil a pena de prisión de tres años y medio, aunque fue liberado en forma condicional en agosto de 1997. Al momento de sancionarse la *Sex offenders act*, Ibbotson aún estaba ejecutando su pena por lo que fue requerido a registrarse.

1.b. El recurrente argumentó que en su caso se estaba violando el art. 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶⁴⁸, al aplicársele una pena más grave que aquella prevista al momento de la comisión del delito. Entre los argumentos para intentar demostrar que la institución del registro era de naturaleza penal, Ibbotson alegó que la exigencia del registro sólo podía suceder a una condena penal; su incumplimiento era sancionado con pena de prisión y la duración del registro dependía de la gravedad de la pena impuesta.

2. La Comisión rechazó la demanda de Ibbotson. En sus fundamentos comenzó por precisar que, a pesar de suceder el registro a una condena, el Juez que impuso ésta nada tenía que ver con la obligación posterior de registrarse que constituía una

⁶⁴⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, Sala I, de 21 de octubre de 1998 (*Ibbotson vs. UK*).

⁶⁴⁸ Tal como ya se analizó, la norma indica: Art. 7.1:“... *Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida*”.

obligación legal, independiente de la voluntad del Juez de la sentencia y ajena a procedimiento penal alguno. Asimismo, precisó que si bien el sujeto registrado podía sentir esta obligación como una pena, ello no era suficiente para considerar de tal manera la naturaleza del registro. En este sentido, valoró el efecto preventivo del registro, en el interés de disuadir a la persona de cometer nuevos delitos, dado que sus datos eran registrados por la policía.

3. Finalmente, la resolución destacó que la conducta de registrarse con la policía no constituía una pena -en el sentido del art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos-, recordando además que la información de la condena del sujeto podía resultar disponible para las autoridades por otros medios que el propio registro.

VIII.3.A.b.2. La opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. La opinión de la -desaparecida⁶⁴⁹- Comisión Europea de Derechos Humanos, fue mantenida por el Tribunal Europeo en un reclamo similar efectuado por un ciudadano británico condenado, en 1995, a cinco años de prisión por el delito de agresión indecente (*indecent assault*).

1.a. En efecto, luego de la entrada en vigencia de la ley, en 1997, David Adamson recurrió ante el Tribunal Europeo reclamando la inaplicabilidad de la obligación de registrarse⁶⁵⁰. En sus argumentos, el recurrente alegó que la norma cuestionada violaba el citado art. 7.1 de la Convención -por los mismos motivos que en “Ibbotson”-.

2. El Tribunal Europeo rechazó el recurso interpuesto por Adamson, confirmando la constitucionalidad de la *Sex offenders act*. En sus argumentos reprodujo, en su totalidad, lo dicho por la Comisión Europea en “Ibbotson”, considerando que el

⁶⁴⁹ La modificación operada en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por el Protocolo nº11 del 1 de noviembre de 1998 sustituyó la Comisión de Derechos Humanos por el nuevo Tribunal Europeo, reemplazando el anterior doble sistema jurisdiccional.

⁶⁵⁰ TEDH, sección tercera, de 26 de enero de 1999 (*Adamson v. UK*).

registro de delincuentes sexuales no era una pena sino una medida (*measure*⁶⁵¹) para prevenir o reducir las tasas de reincidencia de este tipo de delincuencia, por el efecto disuasorio que podría lograr en la persona del registrado. Agregó también, que el sistema contribuía con la actividad policial, respecto de las probabilidades de una detección más efectiva de los autores de delitos sexuales.

3. Seguidamente, el TEDH dio respuesta a los otros argumentos del recurrente, consistentes en la violación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos⁶⁵² -por constituir una interferencia indebida en su vida privada-; art. 3⁶⁵³ -al marcarlo como un delincuente sexual de por vida, siendo ello inhumano y degradante; finalmente el art. 5.1⁶⁵⁴ -al poner en riesgo a él y a su familia, citando como ejemplo casos de *vigilantismo*-.

4. En respuesta a todas estas objeciones, el Tribunal Europeo advirtió que el objetivo buscado por el sistema de registro de delincuentes sexuales -la prevención de delitos y la protección de los derechos y libertades de otros- era perfectamente legítimo, proporcionado y necesario en una sociedad democrática. Por otra parte, se tuvo en cuenta la falta de evidencias respecto a que la obligación de registrarse importe un riesgo particular de humillación pública, para el registrado o su familia. Seguidamente, se destacó el grave perjuicio que este tipo de delincuencia ocasionaba a sus víctimas y el deber de los Estados de adoptar medidas para proteger a los individuos de tales interferencias. Por todo ello, el sistema de registro no fue considerado desproporcionado por el Tribunal de Estrasburgo.

⁶⁵¹ Es importante aclarar el uso, por parte del TEDH del término “*measure*” no refiere a la consecuencia jurídica medida de seguridad. Por el contrario, el TEDH está considerando el registro como una medida para la prevención del delito, es decir, en su acepción que la define como “disposición, prevención” (por ejemplo, adoptar una medida determinada). Sostiene el TEDH, “*the Court considers that the purpose of the measures in question is to contribute towards a lower rate of reoffending in sex offenders*”.

A diferencia de ello, en el citado caso “*M. v. Germany*” (*supra* VIII.2.A.b.1), para definir a la custodia de seguridad, el TEDH utilizó la expresión “*measures of correction and prevention*” (medidas de corrección y prevención). Ello evidencia que al considerar el registro como una medida para prevenir la delincuencia no la está calificando como una medida de seguridad.

⁶⁵² Art. 8.1: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”.

⁶⁵³ Art. 3: “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

⁶⁵⁴ Art. 5.1: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad...*”.

VIII.3.B. Toma de posición sobre la naturaleza jurídica.

1. Tanto el registro de agresores sexuales -incluyendo sus obligaciones accesorias- como la notificación comunitaria se imponen por el sólo hecho de haber sido condenados por un delito determinado. A mi criterio, esta circunstancia refleja, claramente, que se trata de una consecuencia que termina de componer al castigo⁶⁵⁵. En efecto, toda persona que comete un delito contra la integridad y libertad sexuales deberá contar con que, además de la pena de prisión, será incluida en un registro creado específicamente para delincuentes sexuales. Y le seguirá un grupo de obligaciones vinculadas a su situación en dicho registro que, incluso, podrán acarrear su reingreso en prisión en caso de incumplimiento.

2. Tal como pudo ya adelantarse⁶⁵⁶, a pesar de la diversidad de los sistemas y el mayor o menor contenido aflictivo para sus destinatarios, es evidente la conexión de los registros con la condena por el delito cometido. Tanto el modelo de registro como el de notificación a la comunidad implican la imposición de una serie de obligaciones que el condenado debe seguir cumpliendo, luego de ser puesto en libertad y, en muchos casos, superando ampliamente los plazos de la pena impuesta. En tal sentido, los registros de delincuentes sexuales dependiendo de la modalidad que adopten tienen un claro componente inocuizador.

3. No estoy de acuerdo en considerar que el fundamento único de este tipo de registros es el derecho de la ciudadanía a tener información y a auto- protegerse. Por el contrario, considero que su objetivo principal es controlar al sujeto para que no reincida. ¿Cómo no atribuirle un componente inocuizador a una publicación de información y antecedentes de una persona? Pienso que ello trasciende el derecho a la información del público. Se trata de un auténtico sistema de “cartelería” y por ello inocuiza, porque coloca al sujeto en una situación de ostracismo y ocultamiento.

⁶⁵⁵ Ésta es la posición disidente del Justice Stevens, en SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (“*Smith v. Doe*”), pp. 110-114. Coincide el otro voto disidente de Ginsburg y Breyner, pp. 114-118.

⁶⁵⁶ *Supra*, V.3.

4. El control que se ejerce sobre la persona puede encontrarse tanto en la información permanente y actualizada que las autoridades públicas tienen sobre su domicilio y lugar de trabajo, como así también en el traslado de la información a la sociedad, que podrá extremar sus cuidados para prevenir situaciones favorables a la reincidencia. Es por ello por lo que considero que los registros comunitarios no pueden ser equiparables a un registro de antecedentes y condenas. Se trata de auténticas consecuencias jurídicas por el hecho cometido debiendo ser calificadas como medidas de seguridad⁶⁵⁷.

5. Considero que es impropio adoptar este tipo de registros comunitarios, con el argumento de que no son más que el despliegue de la potestad estatal de recopilar información y datos objetivos sobre las personas. Por el contrario, la selectividad de los registros, las obligaciones que suponen para los condenados, la estigmatización que en algunos modelos implica e, incluso, las consecuencias en caso de incumplimiento, revelan que se trata de algo más que una mera potestad administrativa. Se trata de auténticas consecuencias jurídicas frente al delito.

VIII.4. La naturaleza jurídica de la llamada castración química.

1. Procede despejar en este punto la naturaleza jurídica de la castración química. Es importante advertir que, en este caso, me apartaré de la metodología que vengo siguiendo para el análisis de la naturaleza jurídica. En efecto, tanto en el caso de la reclusión de seguridad como así también respecto de los registros de delincuentes sexuales, consideré que el mejor acercamiento era desde la praxis, ya que constaté que éste era el abordaje seguido por los Tribunales de Justicia en los sistemas penales que vengo analizando, frente a cuestionamientos constitucionales vinculados a estos

⁶⁵⁷ Se citó allí la posición de otros autores que consideran los registros de delincuentes sexuales como auténticas medidas de seguridad, HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal*, p. 120; y ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. 237.

institutos. Sin embargo, en el caso de la castración química no existen, de momento, pronunciamientos de Tribunales constitucionales que hayan tenido la oportunidad de analizar su naturaleza, frente a los debates sobre su legitimidad o los alcances de su imposición.

2. En virtud de ello, comencé por segmentar los distintos problemas que presentaba la castración para resolver cuál de ellos me permitiría analizar con mayor precisión su naturaleza jurídica. Y en este ejercicio advertí que se presentaba aquí una dificultad adicional, ya que la reacción aparece como una injerencia directa sobre una funcionalidad de la persona, o mejor dicho, sobre su cuerpo a quien se le aplica una medicación que no tiende a curar una dolencia, sino a producir una limitación física al sujeto mediante la supresión hormonal. Y en este sentido, concebí que se trataba de una restricción esencialmente distinta a la que puede significar el encierro -como límite de la libertad ambulatoria-, o bien la recopilación o exposición de los datos personales -como límite de la privacidad-.

3. De este modo, adelantando mi posición, consideré que la castración química únicamente podía ser asumida si se la pudiese considerar como un tratamiento médico en su esencia. Sólo en caso de poder confirmar este punto de partida, podré preguntarme si, además, es posible presentarla como una medida de seguridad con sus particulares condiciones.

VIII.4.A. Toma de posición: la castración química es un tratamiento médico.

1. Asumido este punto de partida de entender si la castración química reunía las condiciones para ser considerada un tratamiento médico, decidí analizar, luego, si existía algún desarrollo teórico que se hubiese ocupado de seleccionar algún grupo de factores que sirviesen para distinguir un tratamiento de una sanción. Y encontré que en la jurisprudencia estadounidense existía un arraigado desarrollo sobre el tema a partir de la identificación de cuatro factores: primero, si la droga tiene valor terapéutico y su uso es aceptado por la práctica de la medicina; segundo, si fue

utilizada como parte de un programa psicoterapéutico en curso; tercero, relación de proporcionalidad entre los efectos y beneficios de la droga; cuarto, si se trata de una droga experimental⁶⁵⁸.

2. Incluso, en función del análisis de estos cuatro factores, encontré que un sector de la doctrina se mostraba favorable a la aceptación de la castración química como un legítimo tratamiento médico. Para ello -siguiendo el análisis propuesto por los cuatro factores- esta posición advierte, en primer lugar, que el acetato de medroxiprogesterona tiene valor terapéutico en cuanto disminuye la testosterona eliminando las fantasías sexuales. Seguidamente, se destaca que se lleva a cabo mediante supervisión médica como parte de un tratamiento en curso. En tercer lugar, se observa que sus efectos secundarios son de corto plazo y comparativamente menores a los beneficios -evitar el encarcelamiento y vivir en la comunidad con posibilidades de trabajo y rehabilitación-. Por último, se estima que la droga no es considerada como experimental debiendo ser vista como una medicina innovadora⁶⁵⁹.

3. Por el otro lado, aparece una posición antagónica que sostiene que -en las condiciones en las que es aplicada en algunos sistemas- la castración es estrictamente sancionatoria siendo su finalidad incapacitadora, y rechaza pensar que la misma sea ofrecida en beneficio de la persona condenada, siendo exclusivamente impuesta para la protección de la sociedad. Se agrega como paradigmático que la castración sólo puede ser impuesta por la comisión de un delito determinado y luego de que la persona haya sido declarada culpable, sin que se exija condición mental alguna. Finalmente, se destaca que los reglamentos que la prevén están insertos dentro de los Códigos Penales, lo que refleja claramente su naturaleza sancionatoria⁶⁶⁰.

4. En esta línea, una de las críticas que se formula a las reglamentaciones sobre castración química es que éstas no suelen prever ninguna terapia previa, ni tampoco

⁶⁵⁸ Esta construcción fue hecha por un Tribunal Federal de New Jersey. Véase, U.S. District Court, District of New Jersey, de 9 de noviembre de 1978 (ponente Brotman), ("*Rennie v. Klein*"), a partir del análisis de la jurisprudencia hasta ese momento. Ver en doctrina, FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, pp. 32-33.

⁶⁵⁹ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, pp. 33-34.

⁶⁶⁰ LA FOND, *Preventing sexual violence*, pp. 182 y 192.

un acompañamiento del sujeto en tratamiento. Ello, incluso, va en contra de lo sostenido por la doctrina y los estudios que descubrieron la efectividad del Depo-Provera, sólo en cierto tipo de delincuentes sexuales⁶⁶¹. Se advierte por ello que si el objetivo de la norma fuese realmente reducir la peligrosidad que el delincuente sexual representa para el público, mediante su tratamiento, tendría sentido que la aplicación de la medicación vaya acompañada de un programa terapéutico diseñado para modificar el comportamiento antisocial. Esto refleja para este sector de la doctrina, que la verdadera intención del legislador es sancionatoria y no de tratamiento⁶⁶².

5. Otro acercamiento posible para la definición de la naturaleza jurídica de este instituto se dirige desde la órbita del sujeto autorizado a imponer la castración. En este sentido, si se considera que se trata de una sanción, parecería obvio que la aplique un Juez; en cambio si se entiende que es un tratamiento, no cabría otra opción que su prescripción por un psiquiatra. Sin embargo, del estudio de los reglamentos puede concluirse que son pocos los que dejan en manos de un psiquiatra la decisión de que la persona sea o no candidata a recibir el tratamiento.

6. Esto se presta a posibles críticas en la medida en que, como se verá⁶⁶³, el tratamiento farmacológico no es idóneo para todos los delincuentes sexuales, sino únicamente para aquellos que sufran de algún trastorno asociado a la parafilia. En función de ello, casos como el de California, en Estados Unidos, en donde el único criterio de imposición de la castración viene dado por la ley a partir del delito cometido y su imposición es dejada en manos del Juez, parecen más vulnerables a planteos de legitimidad, al menos dentro de su consideración como tratamiento⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 9 y BERLIN, *New England Journal of Medicine*, 1997, pp. 1030-1031.

⁶⁶² En concreto sobre las leyes de Florida y California ver SPALDING, *Florida State University Law Review*, 1998, p. 126 y DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, pp. 338-339. Ver también FARKAS/STICHMAN, *Criminal Justice Review*, 2002, p. 270 y HARRISON, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2007, p. 22.

⁶⁶³ *Infra* IX.2.A.b.

⁶⁶⁴ Véase la crítica de la AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, en *Dangerous sex offenders*, pp. 179-180.

7. Al momento de tomar posición, considero que la castración química no puede ser entendida como una medida de seguridad -sanción- tradicional ya que ésta por su calidad de consecuencia jurídica debe necesariamente ser impuesta de modo coactivo en función de una valoración de peligrosidad de la persona condenada. En tal sentido, considero que la castración química jamás podría ser legitimada si fuese aplicada de modo coactivo. De hecho, estimo que únicamente podrá aspirar a ser legítima si se la asume como un tratamiento médico y, como tal, necesariamente voluntaria y consentida. A primera vista, estas dos características (voluntaria y consentida) aparecen como incompatibles con la naturaleza de las medidas de seguridad.

7.a. A favor de esta posición se manifiesta *Gracia Martín*, quien refiere que: “la utilización de la castración química como una consecuencia penal coactiva y forzosa, esto es, ya sea como pena principal, accesoria, sustitutiva de otra, como condición de la obtención de beneficios penales o penitenciarios o como medida de seguridad penal o policial, debe rechazarse por su carácter atentatorio contra la dignidad y los derechos humanos. La castración química supone un menoscabo de la integridad corporal y una alteración de la personalidad del individuo, y aunque desprendida de todo efecto de mutilación físico-anatómico no puede dejar de ser vista sino como una intervención corporal”⁶⁶⁵.

8. No descarto tampoco una posición intermedia, en la que la castración química sea concebida como una medida de seguridad híbrida condicionada a la aceptación previa del sujeto. Esta concepción de la castración química podría compatibilizar su esencia de tratamiento médico con su ubicación dentro de la segunda vía del Derecho penal. Volveré sobre esta idea más adelante⁶⁶⁶.

VIII.4.B. Derecho a rechazar el tratamiento impuesto.

⁶⁶⁵ GRACIA MARTÍN, “Castración”, www.encyclopedia-bioderecho.com/voces/57 (última visita 20/05/2017). En el mismo sentido, ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente peligroso*, p. 243.

⁶⁶⁶ *Infra* VIII.4.C.

1. Corresponde analizar ahora los problemas que surgen de considerar a la castración química como un tratamiento médico.

2. El análisis de legitimidad de la castración química, en este punto, comienza por responder el interrogante general sobre si una persona puede ser obligada a recibir un tratamiento médico contra su voluntad. La respuesta negativa es contundente.

2.a. Desde la doctrina⁶⁶⁷ se advierte que este principio general ofrece algunas pocas excepciones en las cuales se autorizan intervenciones coactivas sobre la persona. Se trata de casos en los que la obligatoriedad del tratamiento no depende tanto del peligro que pueda representar para el afectado, sino más bien para la comunidad. Se ponen como ejemplo enfermedades infectocontagiosas, medidas preventivas de erradicación de epidemias o tratamientos médicos impuestos por médicos militares a la tropa. En todos estos casos debe haber un respaldo legal que imponga el tratamiento curativo del paciente, lo que ocasiona que el médico obre justificado en cumplimiento de un deber.

3. En el plano normativo, el principio general de voluntariedad de toda intervención médica se encuentra definido de este modo, en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁶⁶⁸. La norma proclama la autonomía de toda persona como elemento clave en la relación médico-paciente y refiere, que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento informado de los pacientes o usuarios. Debe observarse, además, que estos principios se encuentran recogidos internacionalmente en el Convenio de Oviedo sobre Biomedicina⁶⁶⁹. Finalmente, la jurisprudencia ha puesto de resalto que el consentimiento informado es un derecho humano fundamental, consecuencia necesaria de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, Tomo I, pp. 425-426.

⁶⁶⁸ Para un análisis de esta normativa, véase SEUBA TORREBLANCA / RAMOS GONZÁLEZ, *InDret*, 2003, pp. 1-17. Véase también, CANCIO MELIÁ, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2015, pp. 899-901.

⁶⁶⁹ Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina”, aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1997. En vigor en España desde el 1/1/2002, BOE núm. 251, de 20/10/1999.

⁶⁷⁰ STS, de 12 de enero de 2001 (ponente Martínez-Pereda Rodríguez), FJ. 1º.

4. Como puede inferirse, este paso del análisis posee una enorme complejidad y trasfondo ético. Con sólo verse la discusión doctrinaria⁶⁷¹ y jurisprudencial, podrá advertirse que los Tribunales han debatido esta cuestión en el marco de circunstancias tales como la eutanasia⁶⁷², los tratamientos médicos prohibidos por una religión determinada⁶⁷³, las intervenciones médicas coactivas en casos de ayuno voluntario prolongado⁶⁷⁴ o la imposición de psicotrópicos a pacientes internados, entre otros casos⁶⁷⁵.

5. Sin ánimo de siquiera sintetizar tal discusión, puede referirse -dentro del contexto de la valoración crítica de la castración- que debe prevalecer el derecho fundamental de toda persona a rechazar un tratamiento médico no querido, lo cual, obviamente, lleva a concluir que el delincuente sexual tiene derecho a rechazar la castración. El punto de partida entonces es que para la imposición de cualquier tratamiento médico, o bien, para tolerar intervenciones sobre su cuerpo se requerirá siempre el consentimiento informado del paciente.

6. Por otro lado, en el análisis no debe perderse de vista que la voluntariedad del tratamiento además de ser una exigencia para su legitimidad es una condición misma para su eficacia. En tal sentido, los investigadores que han trabajado en tratamientos de delincuentes sexuales mediante la imposición de Depo-Provera consideran que únicamente podría ser efectiva si es impuesta en forma voluntaria⁶⁷⁶.

7. Finalmente, dependiendo del modo en que se encuentre legislada la castración, la voluntariedad de la decisión puede estar condicionada a una disyuntiva del condenado entre salir en libertad castrado o permanecer encarcelado. Ello desde el momento en que, en algunos sistemas -principalmente en el modelo estadounidense,

⁶⁷¹ Es fundamental el trabajo de ARRUEGO RODRÍGUEZ al respecto, en *InDret*, 2009, pp. 1-27, con amplias citas de jurisprudencia española.

⁶⁷² Véase SCOTUS de 25 de junio de 1990 (ponente Rehnquist) (“*Cruzan v. Missouri*”).

⁶⁷³ Véase U.S. Court of Appeals, District of Columbia, de 3 de febrero de 1964 (ponente Skelly Wright) (“*Application of President & Directors of Georgetown College, Inc*”), (la sentencia quedó firme ese mismo año ante el rechazo del recurso interpuesto, SCOTUS 377 U.S. 978 (1964)).

⁶⁷⁴ STC, de 27 de junio de 1990, (ponentes García-Mon y González-Regueral, Díaz Eimil y Gimeno Sendra).

⁶⁷⁵ Véase SCOTUS de 27 de febrero de 1990 (ponente Kennedy) (“*Washington v. Harper*”).

⁶⁷⁶ BERLIN, *New England Journal of Medicine*, 1997, pp. 1030-1031.

como por ejemplo el estado de California-, se prevé como condición para recuperar la libertad en forma condicional o anticipada, que el sujeto acepte someterse al tratamiento de castración.

8. Esta imposición de la castración química como condición para recuperar la libertad de modo anticipado, es aceptada por un sector de la doctrina que, si bien pone de resalto la importancia del consentimiento informado, opone como contracara que el riesgo que el delincuente sexual en libertad genera para la sociedad es lo suficientemente intenso como para justificar la intromisión en su libertad personal e imponerle un tratamiento médico si quiere recuperar su libertad⁶⁷⁷.

9. Aquí es donde entra a cuestionarse la verdadera libertad del consentimiento del sujeto que acepta la castración ante la amenaza de cumplir una pena privativa de libertad de larga duración⁶⁷⁸. Se advierte por ello que deberían exigirse especiales cautelas, con la finalidad de que el consentimiento resulte viciado⁶⁷⁹. ¿Puede decirse que esta decisión es voluntaria?

Me inclino por la posición de quienes afirman la voluntariedad de quien acepta el tratamiento, aunque -como explicaré más abajo- con ciertas reservas en el procedimiento en el que sea aplicado. Acepto que en verdad la opción de la castración amplía el espacio de libertad del sujeto, ya que se trata de una situación de elección entre dos opciones que antes no tenía. En otras palabras, sin la opción de la castración, la persona debería permanecer encerrada, con lo cual de no existir la posibilidad de la castración no habría opción de libertad alguna⁶⁸⁰.

10. Puede admitirse que en toda elección humana subyace un sistema de incentivos. También es correcto que, en la medida en que éstos sean más importantes, podría parecer que las elecciones son coaccionadas. Pero ello no implica que se carezca de voluntad. Desde esta óptica, el problema pasa por preguntarse si es legítimo ofrecer como incentivo la posibilidad de reducir la condena o conceder un beneficio a

⁶⁷⁷ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 49. En una posición más radical véase DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, pp. 325-326. Ver también ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 10.

⁶⁷⁸ ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 11.

⁶⁷⁹ URRUELA MORA, *Cuadernos de Política Criminal*, 2015, p. 147.

⁶⁸⁰ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 22 y ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 11.

cambio de la castración. ¿Es éticamente aceptable colocar al delincuente en esa situación?⁶⁸¹.

11. Las reservas que anticipé pasan por asegurar que el procedimiento no suponga una elección coaccionada. En primer lugar, me posiciono siempre con relación a una situación de privación de libertad que no sea verdaderamente perpetua. Dicho de otro modo, parto de la consideración de una persona que acepta la imposición del tratamiento para recuperar anticipadamente la libertad. Es decir, no de un caso en el que se acepta el tratamiento o no se recuperará jamás la libertad. En esa circunstancia no podría nunca considerarse que la decisión sea realmente libre, ya que se estaría ante la compleja disyuntiva de morir encerrado o salir en libertad con el tratamiento de supresión hormonal.

VIII.4.C. La posibilidad de imponer el tratamiento de supresión hormonal como una medida de seguridad de libertad vigilada.

1. Habiendo tomado posición respecto a la naturaleza jurídica de la castración química, argumentando que se trata de un auténtico tratamiento médico, corresponde destacar ahora que, en el Código Penal español se previó la posibilidad de imponer, como medida de seguridad de libertad vigilada, la de seguir un tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico (art. 106.k).

2. Esta previsión -se dijo⁶⁸², - trajo consigo una discusión con relación a si el Juez o Tribunal sentenciador podría disponer (a propuesta del Juez de vigilancia penitenciaria) que el condenado, a quien se le hubiese impuesto la medida de libertad vigilada, reciba -como un tratamiento médico- el suministro de anti-andrógenos u otros agentes hormonales para reducir el nivel de testosterona⁶⁸³.

⁶⁸¹ BAILEY/GREENBERG, *Northwestern University Law Review*, 1998, pp. 1242-1244.

⁶⁸² *Supra* Capítulo VI.3.B.a

⁶⁸³ ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente peligroso*, p. 205. El autor propone que únicamente pueda ser aplicado a sujetos inimputables y sugiere, además, la posibilidad de que el

3. Tal como se adelantó, existe un obstáculo esencial para la introducción de la castración química como una medida de seguridad dentro de esta norma. En tal sentido, se puso de resalto la falta de referencia alguna a la exigencia del consentimiento informado por parte del condenado -a quien pretende imponérsele la castración-, lo que dificulta la compatibilidad del sistema con la citada Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente. Dicho de otro modo, cualquier tratamiento médico que pretenda imponerse a un sujeto imputable deberá ajustarse al principio de voluntariedad, materializado en la autonomía del paciente⁶⁸⁴. Sin embargo, la norma nada dice sobre el consentimiento del sujeto.

4. De todos modos, debe tenerse en cuenta que el art. 100.3 del CPE -a partir de la misma reforma operada por la LO 5/2010-, advierte que la negativa de un sujeto a someterse a un tratamiento médico o de continuar uno inicialmente consentido no podrá ser interpretada como un quebrantamiento de la medida de seguridad. La norma indica que ante un caso así, el Juez podrá acordar la sustitución del tratamiento por otra de las opciones previstas dentro de la regulación de la libertad vigilada. Se advierte aquí una toma de posición contundente del legislador español, con relación a la imposición de medidas de seguridad consistentes en la realización de tratamientos médicos. Esa postura indica que cualquier clase de tratamiento médico incluyendo la castración química deberá ser presentado como voluntario y no podrá ser impuesto de ningún modo, como así tampoco sancionarse el abandono del mismo.

5. Una posible interpretación que permitiría el recurso al tratamiento de supresión hormonal requiriendo el consentimiento del sujeto para su imposición surgiría del procedimiento para la concesión de esta medida de seguridad, previsto en el CPE. En efecto, allí se indica que cuando la medida de seguridad deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de la libertad, el Juez deberá resolver sobre su imposición luego de haber escuchado a la propia persona que se pretende someter a la medida, al Ministerio Fiscal y a la víctima -si lo hubiese solicitado- (art. 98.3). En este sentido, cabe plantear -aunque la norma no es clara al respecto- si la obligación

tratamiento de supresión hormonal se incluya en el CPE, aunque como una medida de seguridad autónoma de la libertad vigilada (pp. 206-207).

⁶⁸⁴ URRUELA MORA, *Cuadernos de Política Criminal*, 2015, p. 147.

del Juez de escuchar a la persona sometida a la medida podría ser interpretada como una exigencia de consentimiento informado, en caso de que la medida evaluada fuese la del tratamiento de supresión hormonal (que incluyo dentro del art. 106.1.k CPE).

6. Pareciera que, en el marco de este procedimiento, sí podría legitimarse la imposición de un tratamiento médico, bajo la naturaleza de medida de seguridad, siempre que respete la exigencia del consentimiento -informado- previo del condenado. Si pudiera avalarse este criterio -que entiendo razonable-, entonces no cabría oponer objeciones referidas a la autonomía de la persona-paciente-.

VIII.5. La naturaleza jurídica del control judicial posterior a la liberación definitiva del penado.

1. Nuevamente, procede hacer una salvedad metodológica para evitar incoherencias en el desarrollo de este apartado. En efecto, en el caso de la libertad vigilada -o de los mecanismos de prevención situacional- he encontrado una avanzada discusión en España, vinculada a la determinación de la naturaleza jurídica de estas reacciones. Por otro lado, desde el sector legislativo, el CPE no ha facilitado el esclarecimiento del debate, sino más bien todo lo contrario.

2. En virtud de ello, me acercaré al análisis de la naturaleza jurídica de esta institución comenzando por precisar los vaivenes que ha tenido el debate en el plano legislativo y doctrinario en España. Sin embargo, no perderé de vista que en el modelo estadounidense se ha mantenido la tendencia a definir la naturaleza jurídica de estos institutos, desde la jurisprudencia de casos en los cuales se reclamaba la afectación de una garantía constitucional en su imposición.

VIII.5.A. Naturaleza jurídica de la libertad vigilada española.

1. Es interesante recordar que, en España, el Anteproyecto de reforma de 2006 diseñó originariamente la libertad vigilada con una naturaleza híbrida, previéndose su imposición como pena sustitutiva de la prisión y, a la vez, como medida de seguridad de posible imposición -acumulada a la pena-, para casos específicos de reincidencia y habitualidad⁶⁸⁵. Así podía encontrársela en el texto del Anteproyecto de 2006 y en el Proyecto de 2007⁶⁸⁶.

2. Al año siguiente, en el Anteproyecto de reforma de 2008 -aprobado el 14 de noviembre-, el instituto de la libertad vigilada pasó a ser considerado exclusivamente como una pena accesoria⁶⁸⁷.

2.a. En la exposición de motivos del Anteproyecto de reforma de 2008 se refería: “si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delinquentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan, al mismo tiempo, una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria denominada libertad vigilada cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad”.

2.b. Se agregaba más adelante que, “en la medida en que el fin prioritario que persigue la aplicación de la pena accesoria de libertad vigilada es la prevención especial, la aplicación de la misma durante un plazo prolongado no es susceptible de lesionar derechos fundamentales, puesto que se trata de una mínima restricción de las libertades que se mantendrá, en tanto la pena aún no haya podido satisfacer el fin de rehabilitación que se propone”.

3. El Anteproyecto de 2008, finalmente, dio lugar a la sanción de la LO 5/2010. Como es sabido, en su versión final la naturaleza jurídica de la libertad vigilada quedó consolidada como una medida de seguridad. Esta circunstancia venía siendo reclamada por un sector de la doctrina, ante el convencimiento de que sus

⁶⁸⁵ MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 266. En ese mismo trabajo la autora sostiene, además, que “el particular iter prelegislativo de la libertad vigilada no puede ser valorado sólo como un ejemplo (más) de un criterio errático en materia político-criminal. Antes bien, a mi juicio es una muestra de que la naturaleza jurídica de la libertad vigilada (como pena o como medida de seguridad) sigue sin estar clara...”, p. 268.

⁶⁸⁶ Véanse, en particular, los arts. 33, 39, 88.1.d y 94.3.4ª.

⁶⁸⁷ Véanse, en particular, los arts. 49 bis y 57 bis.

fundamentos respondían a la peligrosidad de la persona y agregando que se trataba de una consecuencia penal independiente y autónoma respecto a la pena principal⁶⁸⁸.

4. Es saludable que la libertad vigilada haya asumido su condición de medida de seguridad, como también lo es el procedimiento del que está rodeada, que permite su sustitución o cese en caso de morigeración de la peligrosidad. No tengo dudas de que se está ante una medida de seguridad diseñada para controlar o mitigar la peligrosidad de la persona condenada, al momento de quedar en libertad.

VIII.5.B. Naturaleza de las restricciones domiciliarias.

1. En el modelo español, tal como ha sido advertido⁶⁸⁹, existe un claro solapamiento entre diversas consecuencias jurídicas con identidad de contenido⁶⁹⁰. En efecto, la posibilidad de restringir la residencia de una persona puede ser encuadrada en diversas naturalezas jurídicas: como pena privativa de derechos⁶⁹¹, como regla de conducta -tanto para los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena como de libertad condicional, como medida de seguridad y, finalmente, como medida cautelar.

2. El Código Penal español aumenta la confusión cuando establece que, al momento de otorgarse la libertad condicional, podrán imponerse como reglas de conducta “una

⁶⁸⁸ LEAL MEDINA, *diario La Ley*, 2010, pp. 2-3. También, URRUELA MORA, *Cuadernos de Política Criminal*, 2015, p. 127 y BOLDOVA PASAMAR, *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la Universitat de Valencia*, 2009, p. 309. Claro que, además, se encuentran relevantes que se han mostrado partidarios de configurarla como una pena, cfr. lo indica MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 268, refiriendo a la propuesta del Grupo de estudios de política criminal de 2010. Véase también, en esta posición, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 383.

⁶⁸⁹ Véase *supra* Capítulo VII.1.B.a

⁶⁹⁰ MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 270.

⁶⁹¹ En este caso, además, el Código Penal prevé su imposición obligatoria en caso de delitos contra la vida, integridad física o libertad sexual cometidos contra el cónyuge o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos. La norma fue declarada constitucional en el caso STS, de 7 de octubre de 2010 (ponente Delgado Barrio).

o varias de las (...) medidas previstas en los artículos 83 y 96.3” (art. 90.2, CPE)⁶⁹². Por otro lado, es paradójico que el Código indique que la pena accesoria de privación de derechos deberá ser fundada en “el peligro que el delincuente represente” (art. 57.1)⁶⁹³.

3. En cambio, en el modelo estadounidense, al igual que para el caso del registro de delincuentes sexuales y notificación comunitaria, se argumenta que se trata de restricciones civiles no punitivas, aunque la jurisprudencia de algunos estados ha advertido que deberían ser consideradas auténticas consecuencias jurídico-penales por sus efectos⁶⁹⁴.

3.a. Una persona que cometió en el año 1995 un delito contra la libertad e indemnidad sexuales en Kentucky, Estados Unidos, cumplió una pena de cinco años de prisión. Años más tarde, en 2006 se sancionó una norma estatal⁶⁹⁵ que restringía a los delincuentes sexuales vivir a menos de 305 metros de una escuela, guardería o parque, tipificando su incumplimiento.

3.b. La norma fue impuesta a esta persona, a quien se detuvo y procesó como autora del delito de incumplimiento de la norma de restricción domiciliaria. El sujeto cuestionó la aplicación retroactiva de la ley, lo que motivó un análisis sobre su naturaleza jurídica, con el objeto de determinar si había sido bien o mal aplicada al caso.

3.c. Intervino en última instancia la Suprema Corte del estado de Kentucky⁶⁹⁶ que determinó que, si bien la norma que imponía la restricción de residencia era de naturaleza civil sus

⁶⁹² Lo advierte MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 271.

⁶⁹³ La norma es aplicada por la jurisprudencia sin cuestionamientos. A título de ejemplo se cita el caso de abuso sexual resuelto por la Audiencia de Barcelona, de 20 de enero de 2009, conocido como el caso del monitor del comedor de Cubellas. En este caso, se impuso en la sentencia, como pena accesoria de inhabilitación, una restricción a prestar cualquier actividad que comporte la atención o el cuidado de menores. Del mismo modo, se le impuso la pena de privación del derecho a residir o acudir a la localidad de Cubellas, o a aquella en que resida la víctima y sus familiares llegado el caso en que se muden. En sus fundamentos se apreció que la pena debía fundarse en la peligrosidad que pone de relieve la actuación del acusado”. Cabe aclarar que la sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo, en STS, de 20 de octubre de 2009 (ponente Maza Martín).

⁶⁹⁴ Véase, Supreme Court of Kentucky, de 1 de octubre de 2009 (“Kentucky v. Baker”); y Supreme Court of Georgia, de 21 de noviembre de 2007 (ponente Hunstein), (“*Mann v. Georgia Department of Corrections*”).

⁶⁹⁵ *Kentucky Revised Statutes* 17.545, vigente desde el 12/07/2006.

⁶⁹⁶ Supreme Court of Kentucky, de 1 de octubre de 2009 (“Kentucky v. Baker”).

efectos tornaban imposible considerarla como tal. En virtud de ello concluyó que le era aplicable la prohibición de aplicación retroactiva de la norma penal.

4. Tal como vengo sosteniendo, cualquier valoración de la peligrosidad del acusado debería ser trasladada al ámbito de las medidas de seguridad y no de las penas⁶⁹⁷. De este modo, contando con la posibilidad de imponer las restricciones domiciliarias como una medida de seguridad de libertad vigilada, parece preferible optar por este último encuadre. En función de ello, la asociación de pena y peligrosidad sería ventajoso dejarla de lado y reservar este pronóstico, exclusivamente, para la imposición de medidas de seguridad.

5. En efecto, resulta evidente -y completamente legítimo- que la finalidad de estas restricciones es la protección de la víctima frente a la peligrosidad del agresor. En virtud de ello, su naturaleza no puede ser otra que una medida de seguridad y permitirse que el Juez pueda ser quien decida la intensidad de la medida, así como también su posible flexibilización en caso de disminución de la peligrosidad. Esto último no debería poder suceder si se la asume como pena.

6. Del mismo modo, no estoy de acuerdo en que se traslade este tipo de restricciones a sede civil. Nuevamente, se trata de reacciones asociadas a la comisión de un delito y a la necesidad de controlar la reincidencia penal. De aquí que el Derecho civil nada tenga que ver en esta materia y termine siendo una forma de desconocer garantías que deberían ser aseguradas plenamente.

VIII.5.C. Naturaleza de la restricción del uso de Internet.

1. Resulta interesante traer también el debate sobre la naturaleza jurídica de la prohibición de utilizar el ordenador o acceder a Internet. Las posibilidades de encuadramiento nuevamente son variadas. Por un lado se considera que la restricción

⁶⁹⁷ Cfr. SOUTO GARCÍA, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, p. 182, la que además hace un interesante análisis histórico en relación con la calidad de medida de seguridad que ostentara la prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos y su reconocimiento, con ese encuadre, por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

podría ser encuadrada como una pena privativa de un derecho, prevista -por ejemplo- en el Código Penal español (artículos 39 al 49). Resulta evidente que el impedimento de utilizar el ordenador o de acceder a Internet puede ser visto como un perjuicio, tanto económico como psicológico, debido a la generalización y necesidad que esta tecnología representa hoy en día. En este sentido, hasta podría cuantificarse a los fines de realizar un juicio de proporcionalidad con el hecho, y estimarla tanto desde una finalidad retributiva como también preventiva⁶⁹⁸.

2. En segundo lugar, estas restricciones podrían ser vistas como una medida de seguridad. En efecto, la prohibición del uso de ordenadores o de acceder a Internet se encuentra basada en la peligrosidad del sujeto, siendo que el mismo utiliza el ordenador para cometer o facilitar delitos contra la integridad sexual. Desde este punto de vista, sostiene un sector de la doctrina que se ha ocupado de analizar este instituto, que “la peligrosidad criminal de los infractores, es decir, el riesgo de que vuelvan a cometer hechos delictivos está muy vinculado a las posibilidades de uso (del ordenador o del acceso a Internet)”⁶⁹⁹. De aquí que, para controlar el riesgo que representa la persona, deba restringírsele el acceso a Internet. Esto respondería a la lógica de las medidas de seguridad y bien podría ser encuadrada como una medida no privativa de la libertad prevista -por ejemplo- en el Código Penal español (artículos 96 inciso 3º y 105 a 108).

3. Del mismo modo, podría ser considerada dentro del proceso penal, como una medida cautelar comparable -por ejemplo- a la inhabilitación provisoria para conducir y a la prohibición de residir o a acudir a determinado lugar, previstas en los artículos 529 bis y 544 bis de la Ley de enjuiciamiento criminal.

4. Finalmente, al igual que en el Derecho estadounidense, podría ser catalogada simplemente como una regla de conducta establecida dentro de las condiciones impuestas para la concesión de una suspensión de la pena privativa de la libertad, *probation*, libertad vigilada o libertad condicional. En este sentido, nótese que las leyes suelen fijar un catálogo de condiciones para la concesión de estos beneficios, viéndose el ejemplo del Código Penal español (artículo 83).

⁶⁹⁸ FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, pp. 310-311.

⁶⁹⁹ FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, p. 311.

5. Por mi parte, insisto con mantener la discusión dentro del derecho de medidas de seguridad. Me parece evidente la asociación de estas reacciones al delito cometido y a la peligrosidad que se pronostica del sujeto. Por ello, se pretende que mediante la restricción del uso de ordenadores se controlará la posibilidad de que vuelva a cometer delitos. Se trata, evidentemente, de una reacción inocuizadora e impropia de la esencia de la pena.

VIII.6. Recapitulación.

1. He decidido comenzar esta tercera parte del trabajo analizando la naturaleza jurídica de las reacciones frente al delincuente sexual. Entendí que ello resultaba un primer paso fundamental y previo a la pretensión de elaborar una estructura de análisis de legitimidad válida, concibiendo que este punto de partida me permitiría elaborar luego, con coherencia, un sistema de reglas para la evaluación de las reacciones institucionales frente a estos delitos.

2. En el caso de la reclusión de seguridad y de los registros de delincuentes sexuales, partí por reseñar unos casos de jurisprudencia que considero esenciales, ya que han abordado conflictos de constitucionalidad vinculados a estas medidas, poniendo el foco en su naturaleza jurídica.

3. Comenzando por la reclusión de seguridad he precisado que se trataba de uno de los casos más claros de *fraude de etiquetas*, si se observan las diferentes interpretaciones de la jurisprudencia. En efecto, en el modelo estadounidense se pretende su naturaleza civil y, de ese modo, se han relajado importantes garantías penales, como la prohibición de retroactividad de normas más gravosas. En Alemania, en cambio, se ha pretendido encuadrar el internamiento como una medida de seguridad, aunque el TEDH ha intervenido para cuestionar esta conclusión y advertir que la forma en la que la reclusión era ejecutada la convertía en una auténtica pena.

4. Por mi parte, he considerado que esta consecuencia jurídica -de ser aceptada- debe necesariamente encuadrarse como una medida de seguridad. Ello, teniendo en cuenta sus fundamentos y la imposibilidad constitucional de extender el encierro proporcional con motivo de un pronóstico de peligrosidad. Sin embargo, deberá prestarse especial cuidado a la ejecución de esta medida para evitar su asimilación a la pena. Ello jamás podría ser convalidado. Por último, con relación a la pretensión de trasladar este instituto al Derecho civil, no concibo esa posibilidad ya que considero que se trata, en esencia, de una consecuencia jurídica complementaria del delito. Nada tiene que hacer el Derecho civil en este caso, en el que la persona no ha sido declarada incapaz ni tampoco está considerada impedida de gobernarse por sí misma.

5. De más está decir que, en mi concepción -y ya desde un análisis funcional en donde prescindo de la etiqueta que cada sistema elija colocarle a esta reacción⁷⁰⁰-, ni la pretendida naturaleza civil, ni tampoco la evidente calificación como medida de seguridad por parte de la reclusión o custodia de seguridad, pueden evitar la aplicación plena del principio de legalidad para este instituto.

6. En segundo lugar, he analizado la naturaleza jurídica de los registros de delincuentes sexuales. He tenido en cuenta que las obligaciones y cargas que se imponen al sujeto registrado se aplican por el sólo hecho de haber sido condenado por un delito determinado -que revela una supuesta peligrosidad de la persona-. A su vez, tanto el modelo de registro de delincuentes sexuales como el de notificación a la comunidad implican la imposición de una injerencia sobre el condenado luego de ser puesto en libertad y que trasciende los límites de la pena impuesta. Es por ello por lo que consideré que los registros de delincuentes sexuales dependiendo de la modalidad que adopten tienen un claro componente inocuizador, ya que su objetivo principal es controlar al sujeto para que no reincida.

7. El control que se ejerce sobre la persona puede encontrarse tanto en la información permanente y actualizada que las autoridades públicas tienen sobre su domicilio y lugar de trabajo, como así también en el traslado de la información a la sociedad -

⁷⁰⁰ Véase lo dicho al respecto al comienzo del presente capítulo.

muy limitadamente en el modelo español-, que podrá extremar sus cuidados para prevenir situaciones favorables a la reincidencia. Es por ello por lo que considero que los registros de delincuentes sexuales no pueden ser equiparables a un simple registro de antecedentes y condenas. Las particularidades que poseen revelan que se trata de auténticas consecuencias jurídicas por el hecho cometido, debiendo ser calificadas como medidas de seguridad⁷⁰¹.

8. Toda persona que comete un delito sexual deberá contar con que, además de la pena de prisión, será incluida en un registro creado específicamente para delincuentes sexuales, junto con obligaciones vinculadas a su situación en dicho registro que, incluso, podrán acarrear su reingreso en prisión en caso de incumplimiento. Por otro lado, deberán saber que, en ciertas oportunidades, les podrá ser requerido que acrediten no estar inscriptos en aquel registro como condición para acceder a un trabajo o espacio determinado. Por todo ello estimo que esta institución se trata de algo más que una mera potestad administrativa. Se trata de una auténtica consecuencia jurídica frente al delito.

9. En tercer lugar, he analizado la naturaleza de la castración química. Existen al menos dos argumentos que me inclinan a considerarla un tratamiento médico y no una consecuencia jurídica. En primer lugar, tratándose de una intervención corporal, es necesario que la misma sea impuesta de modo voluntario y no forzoso. Este requisito aparece como incompatible con la esencia misma de las consecuencias penales que son coactivas. Por otro lado, como se insistirá más adelante, la necesidad de constatar que esta reacción sea voluntaria y consentida es una exigencia de su idoneidad, ya que si un tratamiento pretende tener un mínimo de eficacia, debe asegurarse que el mismo sea recibido de modo voluntario por el paciente y no forzado. Confluyen aquí tanto razones de eficacia como de dignidad de la persona.

10. De todos modos, aparecen algunas dificultades a tener en cuenta. Primero, que algunos modelos reglamentan la castración química como una auténtica condición para recuperar la libertad de los condenados. De esta forma, parece imposible que

⁷⁰¹ Se citó allí la posición de otros autores que consideran los registros de delincuentes sexuales como auténticas medidas de seguridad, HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal*, p. 120; y ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p. 237.

pueda hablarse de un tratamiento voluntario y consentido, sin perjuicio que se reglamente la necesidad del consentimiento informado casi como una concesión a los detractores del sistema. Segundo, debe ponerse el acento en que la castración química aparece como un tratamiento farmacológico con ciertas particularidades que lo hacen distintivo. Confluyen en éste la necesidad de que lo imponga un Juez -ya que no deja de ser una consecuencia del delito cometido- junto con la intervención de un psiquiatra que evalúe al sujeto previamente y recomiende que se trate de un candidato idóneo.

11. Es por ello por lo que concluyo, en este apartado, con la posibilidad de pensar en la castración química como una medida de seguridad de naturaleza híbrida distinta a la tradicional, en la que se imponga un procedimiento que asegure, realmente, el consentimiento informado del condenado y la acreditación de que se trata de un tratamiento elegido de modo voluntario y sin relación con las mayores o menores posibilidades de acceder a la libertad.

12. Por último, se valoró la naturaleza jurídica de la libertad vigilada o bien de aquellos mecanismos de incapacitación del condenado en libertad. Al respecto, me he nutrido de las discusiones que aparecieron en España desde el año 2006, cuando comenzaron a redactarse los primeros proyectos de reforma del Código Penal que introducían esta consecuencia jurídica. En efecto, algunos la consideraban una pena accesoria, mientras que otros no dudaban de su naturaleza de medida de seguridad -posición que finalmente prevaleció en la sanción de la ley que reformó el Código Penal, del año 2010.

13. He diferenciado en el análisis de la libertad vigilada, aquellas restricciones vinculadas al domicilio o trabajo de los condenados de otras destinadas a coartar ciertas actividades, como el uso de ordenadores o dispositivos con acceso a Internet. Sin embargo, en ambos casos he llegado a la conclusión de que esta institución se encuentra necesariamente fundada en la peligrosidad del acusado. De este modo, dentro de la estructura de las consecuencias jurídicas, cualquier valoración de la peligrosidad debería ser trasladada al ámbito de las medidas de seguridad y no de las penas.

14. En consecuencia, su naturaleza jurídica debe definirse como una medida de seguridad y permitirse que el Juez pueda ser quien decida la intensidad de la medida, así como también su posible flexibilización en caso de disminución de la peligrosidad. Nada de esto podría ocurrir si se la considera como pena. Por otro lado, debo insistir en que el Derecho civil nada tiene que ver con este instituto que supone una auténtica consecuencia jurídica frente a la comisión de un delito y asociada a la necesidad de controlar e inocular a la persona considerada responsable por la comisión del delito.

15. Habiendo tomado postura por la naturaleza jurídica de las reacciones penales frente al delincuente sexual, me introduciré en el último capítulo de este trabajo, en el cual analizaré la legitimidad de cada uno de los institutos desde la lógica del principio de proporcionalidad. Tal como podrá advertirse a continuación, este último paso no podría ser asumido sin haber definido previamente la naturaleza y ubicación sistemática de las reacciones. Siempre sin olvidar que, en todos los casos, debe darse preeminencia a la forma en que la consecuencia jurídica termina siendo implementada para comenzar a definir la legitimidad desde sus efectos antes que desde su ubicación.

IX

Análisis de proporcionalidad.

IX.1. Consideraciones generales.

1. En este capítulo se dará un particular énfasis al análisis de legitimidad desde la dogmática de los derechos fundamentales que gira en torno del principio de proporcionalidad. Ello obedece a dos razones⁷⁰²: por un lado, a la consideración de que esta estructura ofrece la forma más perfecta de interpretar la legitimación de las consecuencias jurídico-penales⁷⁰³. En segundo lugar, dado que se trata de la metodología analítica aplicada, mayoritariamente, tanto por los Jueces⁷⁰⁴ como por la doctrina⁷⁰⁵, al evaluar la constitucionalidad de las restricciones de derechos en general.

⁷⁰² Debo esta valoración sobre la importancia del principio de proporcionalidad a una sugerencia del Prof. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

⁷⁰³ Cfr. LAGODNY, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, pp. 129-136. También HASSEMER, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, p. 194, refiere que el principio domina en igual medida la práctica y la teoría, para determinar los límites de la intervención sancionadora en un Estado de Derecho. En contra de utilizar el principio de proporcionalidad como criterio de legitimación de la intervención penal, véase Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 127-131. Escéptico respecto a su capacidad de rendimiento, NEUMANN, en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, p. 210.

⁷⁰⁴ Sobre la vinculación de la actividad judicial al principio de proporcionalidad véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, pp. 183-185. Véase también BARNÉS VÁZQUEZ, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, p. 33, quien habla de la irrenunciabilidad del juicio de proporcionalidad en el mundo de los derechos y libertades. A título de ejemplo, sobre el empleo de este principio por parte de la jurisprudencia véase STC, de 7 de octubre de 2010, (ponente Delgado Barrio), en donde el Tribunal Constitucional analizó la constitucionalidad de la pena de alejamiento. Volveré sobre este fallo más adelante.

⁷⁰⁵ Como ejemplo de ello, véase la tesis doctoral de LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 29, nota 3, en donde efectúa una enumeración de los trabajos más importantes escritos en España sobre el principio de proporcionalidad. Considero que han resultado fundamentales para la consolidación del principio en España -en su orden de aparición-, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO,

2. Debo advertir que emplearé en todo momento la noción amplia de proporcionalidad⁷⁰⁶. La misma constituye un principio general del Derecho, al estar su concepto integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir la licitud de los límites normativos de las libertades, desde el punto de vista de su utilidad, necesidad y equilibrio del sacrificio⁷⁰⁷. Este principio rige con todo su vigor en el Derecho penal en el que por definición existen normas restrictivas de la libertad, siendo así uno de los principios limitadores sustanciales de las consecuencias jurídico-penales⁷⁰⁸.

Proporcionalidad y derechos fundamentales en el derecho penal (1990); BARNES VÁZQUEZ (coord.), *Cuadernos de Derecho público*, 1998; AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal* (1999); y DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal* (2007).

⁷⁰⁶ La noción de proporcionalidad aparece utilizada, generalmente, de tres formas distintas. En primer lugar se habla de proporcionalidad de la sanción, haciéndose referencia a la exigencia de equilibrio entre la gravedad de la conducta y la gravedad de la sanción. Tal como ilustra *Mir Puig*, no sólo es preciso que pueda “culpase” al sujeto de aquello que motiva la sanción, sino también que la gravedad de esta última resulte proporcionada al hecho que cometió; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., p. 132. Este aspecto de la proporcionalidad “proyecta sus consecuencias exclusivamente en el plano de la determinación legal y judicial de la clase de sanción a imponer”; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 227.

En segundo lugar, se habla de proporcionalidad en sentido amplio, que es la que se empleará en esta parte del trabajo. Finalmente se habla de proporcionalidad en sentido estricto, como un subprincipio del sentido amplio, en el cual se efectúa un balance entre los costos y beneficios de la medida analizada, para resolver si la misma es desproporcionada en función del fin buscado.

⁷⁰⁷ Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, pp. 16-23. Aunque excede los límites de este capítulo, cabe observar que existen tres distintas posiciones respecto al estatus jurídico del principio de proporcionalidad y la función que desempeña en el control de constitucionalidad de las leyes. La primera de ellas lo define como un principio general del Derecho (*González-Cuellar Serrano/Barnés Vázquez*); la segunda como un “límite de límites” a los derechos fundamentales (*Medina Guerrero/Barnés Vázquez*); y la tercera sostiene que aquél funciona como una estructura argumentativa que permite al Juez constitucional determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales (normas adscritas) y estructurar la fundamentación externa del juicio de constitucionalidad (*Bernal Pulido/Lopera Mesa*), cfr. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 133-135 y 507. Véase también LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 43-44.

⁷⁰⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, p. 160. El autor considera allí que se trata, sobre todo, de un principio de legitimidad democrática del Derecho, en tanto encausa hacia la norma penal y hacia su aplicación judicial, el grupo de valores fundantes del criterio democrático de legitimidad (considerando como tales la dignidad de la persona, la libertad, la justicia, la igualdad y la seguridad). Véase también YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales* pp. 333 y ss, que ubica al principio de proporcionalidad como uno de los principios que llama “derivados” del Derecho penal, recibiendo ese nombre porque “representan un criterio normativo de valoración acerca de la presencia e injerencia de la potestad penal en la vida ciudadana, a partir de la configuración de los principios materiales” (que en su tesis son el bien común político y la dignidad humana). Fundamental también,

3. Por otro lado, el estudio del principio de proporcionalidad en el marco de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito suele ser asociado más a las medidas de seguridad, en tanto las penas encuentran su límite en la culpabilidad. De hecho, tal relevancia adquiere la proporcionalidad con referencia a aquéllas que la doctrina justifica el nacimiento -o bien un mayor desarrollo- de este principio en la necesidad de encontrarles un límite a las medidas. Sobre todo, para limitar la orientación puramente preventiva especial de las medidas⁷⁰⁹.

3.a. Sobre esto dice *Mir Puig* que, a pesar de tratarse de un principio general de todo el Derecho penal, “se trata de una exigencia que no nació para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva”⁷¹⁰.

4. Tal como su propio nombre indica, el objetivo de este principio puede establecerse en evitar que el medio utilizado por el Estado para la consecución de un fin de interés general sea desproporcionado, innecesario o inútil⁷¹¹. En este sentido se explica que “la proporcionalidad es utilizada como *test* de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales”⁷¹².

DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 57-69 y, más recientemente, *El mismo*, en *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 204-207.

⁷⁰⁹ DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 131-132.

⁷¹⁰ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., pág. 127.

⁷¹¹ Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, p. 19.

⁷¹² CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, p. 23. En verdad, el principio de proporcionalidad gira en torno a un constante conflicto entre democracia y derechos, que se traduce en una tensión entre las competencias del legislador y del órgano de control de constitucionalidad, tal como lo pone de manifiesto *Lopera Mesa*, agregando: “Así, por un lado, al legislador se le atribuye la competencia para impulsar la acción pública mediante decisiones que en su mayoría tendrán incidencia sobre los derechos fundamentales: limitándolos en aras de garantizar su coexistencia o de alcanzar objetivos sociales que se juzguen valiosos, o bien estableciendo regulaciones que hagan posible su efectividad, siendo la propia Constitución la que otorga al legislador tales competencias, ya sea genéricas o específicas, de intervención en los derechos fundamentales. Pero, por otra parte se atribuye al Tribunal

5. En este trabajo se acude, entonces, a la estructura propia del análisis de proporcionalidad para intentar dar una respuesta a la pregunta sobre la validez de ciertas reacciones estatales contra el delincuente sexual. Se advierte, además, que el principio goza de jerarquía constitucional, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional⁷¹³, por lo que la respuesta dada al *test* de proporcionalidad será, en definitiva, una conclusión sobre la constitucionalidad de las consecuencias jurídicas analizadas⁷¹⁴.

IX.2. Análisis de legitimidad desde el principio de proporcionalidad.

1. Es ya tradicional el estudio de la estructura del juicio de proporcionalidad, de acuerdo a su conocida formulación procedente de la dogmática alemana en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; que juzgan, de forma sucesiva, escalonada y desde distintos enfoques la relación de medio a fin⁷¹⁵.

Constitucional la competencia para interpretar y concretar los derechos fundamentales a fin de verificar la constitucionalidad de las decisiones del legislador”, en LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 76-77.

⁷¹³ Véase por todas, STC, de 8 de junio de 1992 (ponente Díaz Eimil), FJ 4º; STC, de 23 de febrero de 1995 (ponente de Mendizábal y Allende), FJ 7º; y STC, de 28 de marzo de 1996 (ponente Viver Pi-Sunyer), FJ 3º.

⁷¹⁴ Para una evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en este punto, véase AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, pp. 125-137. Véase también BARNÉS VÁZQUEZ, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, p. 19, reforzando la conclusión de que el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor Justicia proclamado por el art. 1.1 de la Constitución.

De igual modo, en Alemania se entiende que la exigencia de proporcionalidad deriva del principio del estado de derecho, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que no pueden ser limitados por el Poder Público, más allá de los que sean imprescindibles para la protección de los intereses públicos; cfr. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, p. 55 transcribiendo el criterio establecido en BVerfGE, nº19, pp. 342 y 348.

⁷¹⁵ Cfr. BARNÉS VÁZQUEZ, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, p. 25 y BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 692-693.

IX.2.A. Juicio de idoneidad- presupuestos.

1. Aplicando esta estructura de análisis al objeto concreto del presente trabajo, puede decirse que el juicio de idoneidad exige que las medidas asumidas para enfrentar la delincuencia sexual sean adecuadas para el cumplimiento de dicha finalidad. Como se adelantó, ello requiere observar la cuestión en términos de eficacia, que debe analizarse prioritariamente, ya que este requisito importa que para justificar un acto éste deba ser, primeramente, capaz de cumplir el objetivo que pretende⁷¹⁶. En este sentido, en caso de comprobarse la no adecuación al fin perseguido de una medida particular, se entiende que no podría seguir avanzándose en el análisis de legitimidad -recuérdese el carácter escalonado de los subprincipios-. Dicho de otro modo, si la medida no es idónea para la consecución del fin propuesto, entonces ésta no estará justificada y por ello no tendrá sentido analizar su necesidad o proporcionalidad estricta.

2. El juicio de idoneidad tendrá en cuenta, mayormente, la idea de eficacia como éxito, intentando determinar si las medidas analizadas son conducentes para el cumplimiento de su finalidad preventiva. Se aclara que, en esta instancia, el análisis de la eficacia como éxito será únicamente entre el medio empleado y su finalidad, sin recurrir a medios alternativos para comparar, ya que este tipo de evaluación se verá recién en el juicio de necesidad. También se aclara que, si bien el examen de idoneidad debería diferenciar el enjuiciamiento de la norma primaria o de conducta de la norma secundaria o de sanción, aquí se hará especial hincapié en la segunda, por ser éste el objeto concreto del trabajo de investigación -el análisis de legitimidad de las medidas sancionatorias previstas para personas condenadas por delitos sexuales-⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Se habla de tres tipos distintos de eficacia: la eficacia como cumplimiento, que refiere a la norma de sanción que induce a las personas a actuar conforme lo previsto en la norma de conducta; la eficacia como aplicación, que evalúa la aplicación de la norma de sanción por parte de los Jueces a quienes infringen lo dispuesto en la norma de conducta; la eficacia como éxito, que analiza si la norma de sanción sirve a la finalidad perseguida por el legislador; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 410-411.

⁷¹⁷ Ello, sin perjuicio de que el encuadre de algunas de las medidas analizadas como propias de la norma de sanción sea francamente relativo, ya que no en todos los casos se trata de medidas de naturaleza sancionadora. Sin embargo, al estar hablando siempre de sujetos condenados por la

3. Al hablar en términos de eficacia, inevitablemente se ingresa en el debate sobre el alcance del sacrificio efectuado, por razones de *utilidad*, sobre los derechos individuales de aquellos delincuentes sexuales considerados peligrosos. Esto, inevitablemente, presupone una definición ética, ya que podría plantearse una dicotomía entre una orientación a las consecuencias por sobre determinados valores de la persona. Tal como sostiene *Silva Sánchez*, para el utilitarismo, “el sacrificio de los derechos individuales de una minoría podría quedar perfectamente justificado por el bienestar de la mayoría. La cuestión es si eso resulta consustancial a la noción de eficiencia o si, por el contrario, es posible asignar un valor tan fundamental en el cálculo de coste-beneficio a tales derechos individuales, que pueda concluirse que su sacrificio es ineficiente por superar los costes de la decisión los beneficios reportados por la misma”⁷¹⁸. La importancia de esta pregunta formulada por el profesor de Barcelona guarda relación con la determinación de si la política criminal encuentra límites -por ejemplo, en la persona humana, su dignidad y sus derechos- o si, en cambio, está relacionada sólo a criterios de eficiencia, o peor aún, meramente simbólicos.

3.a. Sobre esta cuestión es interesante hacer una breve reflexión, con *Ortiz de Urbina Gimeno*, para poder aclarar -primero- que la doctrina del utilitarismo no necesariamente significa la pura y exclusiva orientación a las consecuencias, aspecto que si bien le es propio, lo comparte con todas las teorías éticas consecuencialistas (género del cual el utilitarismo es una especie). En este sentido, analiza el autor en su tesis doctoral⁷¹⁹ que, si bien el utilitarismo como teoría ética normativa tiene por criterio rector el aumento de la felicidad general, esta búsqueda no necesariamente será incompatible con el respeto por ciertos valores, en especial con la noción de individuo y de sus derechos y garantías, ilustrando sobre ciertas variantes que se han desarrollado para intentar matizar las consecuencias extremas que pueden surgir de la aplicación de raciocinios puramente utilitarios. Ello sin perjuicio de explicar el autor por qué estas posiciones no alcanzan para justificar la defensa del utilitarismo que, en definitiva, “sigue(n) siendo esclavo(s) de la idea de maximización de la

comisión de un delito, entiendo preferible mantenerme en la estructura propia de la norma de sanción, a riesgo de incurrir en defectos analíticos.

⁷¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, pp. 79-80.

⁷¹⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, 2002, inédita, en especial en su segunda parte, capítulo III (“La vertiente normativa del Análisis Económico del Derecho”).

utilidad y que ésta no reconoce límites”, concluyendo que “seguirá fracasando en su intento de justificar los derechos”⁷²⁰.

3.b. En segundo lugar, se intenta derribar la mala fama que posee el término consecuencialismo, cuestionando la adjetivación peyorativa de algunas políticas criminales como “consecuencialistas”, queriendo decir con ello que se prescinde de garantías o no se les otorga demasiada importancia. En este sentido, aclara *Ortiz de Urbina Gimeno*, que “no es cierto que las teorías éticas de estructura consecuencialista prescindan de valores. De hecho, aunque quisieran no podrían toda vez que las consecuencias de las acciones no son buenas o malas hasta que se las juzga conforme a un determinado marco de valores”. A partir de ello, aclara el autor, sólo tendrá sentido discutir sobre el tipo de consecuencia a la que lleva una determinada política criminal y la adecuación de ésta a ciertos requisitos normativos⁷²¹.

4. Interesaba efectuar estas aclaraciones conceptuales, dado que toda política criminal tiene consecuencias en la medida en que pretende resultados concretos. En este sentido, en coherencia con la justificación del Derecho penal aquí defendida⁷²², se asume en este análisis un criterio consecuencialista, respecto del cual el juicio de legitimidad de una medida idónea y necesaria sólo podrá avanzar si se comprueba que los efectos positivos sobre la persona a la que se aplica son mayores que los negativos. Ahora bien, para llevar a cabo dicha comprobación, se determinarán primero las consecuencias, -su legalidad y la eficacia de los medios previstos para conseguirlas-, para luego analizar el respeto por determinados valores que, en mi opinión, deberían tener una política criminal específica. Ambas instancias de análisis, reitero, serán decisivas para poder determinar la legitimidad de la medida concreta.

⁷²⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales*, pp. 399-400.

⁷²¹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales*, pp. 475-476.

⁷²² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., pp. 183-187, sobre la necesidad de complementar el consecuencialismo con referencias a fines valorativos. Dicho de otro modo, de acuerdo al profesor Silva Sánchez, se sigue una perspectiva teleológica, cuyo punto de partida “es entender que la legitimidad del Derecho penal no se produce sólo por razones de eficacia empírica, sino también, y sobre todo, por su conformidad con una dimensión de valor” (p. 186).

IX.2.A.a. Determinación de la finalidad perseguida.

1. El primer paso para efectuar el juicio de idoneidad será tener claramente identificada la finalidad perseguida, para luego poder empezar a entender si los medios escogidos son aptos para dicha consecución.

2. Frente a la elección de la finalidad concreta de una medida adoptada por el legislador -cuestión propia de cada sistema- surge un primer presupuesto a analizar consistente en la justificación teleológica del principio de proporcionalidad en sentido amplio. En este primer momento debe ser analizada la legalidad del fin buscado⁷²³. Esto implica que si la finalidad buscada es considerada ilegítima -por ejemplo, y por más burdo que parezca, si el objetivo es incapacitar físicamente mediante internamiento a toda persona condenada por un delito sexual - el análisis debiera quedar concluido ya en sus presupuestos, resolviéndose la ilegalidad de la medida sin avanzar más. Por ello el análisis de proporcionalidad de la finalidad buscada partirá necesariamente de verificar, primero, su compatibilidad con la estructura constitucional del sistema jurídico en el cual el analista se posicione, sin descuidar luego su coherencia con el concepto y función de Derecho penal que se asuma⁷²⁴.

⁷²³ Otros autores, como *Lopera Mesa*, prefieren separar el análisis de la legitimidad del fin y llevarlo a una instancia previa a la idoneidad. Así, la autora sostiene la preferencia de “separar el juicio acerca de la legitimidad del fin como una etapa previa y distinta del examen de idoneidad del medio legislativo, debido a que ambos juicios son de distinta naturaleza: mientras en el primero predominan las premisas normativas y analíticas, en el segundo intervienen ante todo premisas de naturaleza empírica”, *LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 67, nota 110.

⁷²⁴ Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 67-68 quien, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional español -sostenida, entre otros precedentes en STC, de 2 de octubre de 1997(ponente Viver Pi-Sunyer), FJ 10º-, habla del “prius” lógico de proporcionalidad, que permite rechazar de entrada todas aquellas medidas de control que no respondan a un fin constitucionalmente legítimo.

Véase asimismo el desarrollo que hace BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 694-706.

Por otra parte, relacionado a la vinculación del fin con la Constitución, resulta interesante tener en cuenta las diversas funciones que pueden asignarse a la Constitución de un país en este punto. Así, *LOPERA MESA, Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 77-100 y pp. 249-252, diferencia entre la constitución-procedimiento, constitución-programa y constitución-marco, inclinándose por esta

2.a. Es interesante el análisis que hace *Díez Ripollés* respecto a las posibles finalidades legítimas de la sanción, refiriendo que “presupuestos de los efectos a producir serían que con ellos se pretenda prevenir directa, indirecta o mediatamente delitos; que se incida sobre delincuentes reales, potenciales o simplemente ciudadanos susceptibles de ser delincuentes; que la pretensión sea impedir materialmente comportamientos, alterar pautas de conducta, producir representaciones mentales o suministrar información relevante; que se trate de efectos que estemos en condiciones reales de producir mediante la pena. A partir de lo anterior, los efectos podrían consistir en la inocuización del sujeto, en su resocialización o reinserción, en la intimidación individual o colectiva, en mejoras de socialización individual o colectiva defectuosa, o en confirmación de pautas de comportamiento, los cuales podrían tener lugar durante la conminación, la imposición o la ejecución de la pena, sin que sean supuestos excluyentes”,⁷²⁵.

3. En relación con la finalidad de las medidas penales impuestas contra personas condenadas por delitos sexuales, la respuesta obvia parece ser la que trata de la inocuización, en tanto se busca incapacitar a los delincuentes peligrosos. Sin embargo, considero que esta finalidad -para ser considerada legítima- deberá estar complementada por un objetivo ineludible que define la Constitución española en su artículo 25.2: la reinserción social.

4. De este modo, la instauración de una medida complementaria a la pena para personas condenadas por delitos sexuales, únicamente podrá aprobar el primer paso en su examen de legitimidad si puede acreditar junto a la finalidad inmediata de impedir la reiteración delictiva del penado, una mediata de ofrecerle programas de tratamiento que provean de herramientas de resocialización a la persona.

última concepción según la cual “la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas que definen el espacio de lo constitucionalmente *necesario* y lo constitucionalmente *imposible*, un marco en cuyo interior coexisten diversos “*mundos constitucionalmente posibles*” (siguiendo en esta última expresión a *José Juan Moreso*), dentro de los cuales el legislador tiene plena libertad de elección en tres márgenes estructurales: margen para la fijación de fines, margen para la elección de medios y margen para la ponderación. Debe advertirse, tal como lo hace la profesora colombiana, que la idea de los márgenes de acción estructurales y la ponderación, es extraída del Epílogo escrito por *Alexy* a la edición inglesa en 2002 de su *Teoría de los derechos fundamentales*. Véase ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 520-546.

⁷²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, pp. 160-161. Se aclara que el autor parte de un esquema de legitimidad distinto, ya que analiza la justificación teleológica de las medidas dentro de un conjunto de principios de la sanción que pertenecen al primer nivel de racionalidad ética penal.

4.a. En esta posición debo anticiparme a una importante crítica que podría efectuarse vinculada a los alcances que pueden darse al tratamiento resocializador. En efecto, resulta una cuestión ya superada la que advierte que mediante la invocación de la finalidad resocializadora no puede pretender modificarse coactivamente la personalidad del condenado o inculcarle valores distintos a los que él ha decidido adoptar⁷²⁶. Rige, en este sentido, el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 10, CE). Por ello será fundamental que los programas terapéuticos se presenten como ofertas de tratamiento a disposición del condenado y nunca se impongan de modo coactivo.

5. Retomando, esta acumulación de finalidades tendrá a su vez incidencia en el análisis de idoneidad de la medida concreta. En este sentido, siguiendo con el ejemplo de la custodia de seguridad, si se estimase que su principal finalidad fuese la incapacitación, habría que poder comprobar, en segunda instancia -finalidad mediata-, qué tratamiento podrá ofrecerse a esa persona en particular y cuál sería su eficacia. En esta línea, volviendo al consecuencialismo inicial y avanzando un paso más en el análisis, si se comprobase que el tratamiento impuesto a los delincuentes sexuales durante el internamiento o custodia de seguridad diseñado para prevenir la reincidencia no incidiese en los índices de reiteración delictiva, ¿cuál sería el sentido de su aplicación? Ya no interesaría preguntarse por su conveniencia en términos de injerencia o de extensión dado que, antes que nada, se impondría su inutilidad. En otras palabras, si el encierro tiene por finalidad mediata el tratamiento, mas éste no resulta positivo en términos de prevención de reincidencia, debería analizarse si es posible legitimar la idoneidad de la medida a partir de una única finalidad de encierro e incapacitación⁷²⁷.

5.a. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos parece no percibir como un problema la eventual ineficacia del tratamiento. En este sentido, en el fallo “*Kansas v. Hendricks*” -previamente estudiado⁷²⁸- el Superior Tribunal de Kansas -al declarar la inconstitucionalidad de la ley de delincuentes sexuales- había argumentado que si el tratamiento no era posible, debido a la condición especial de la persona, entonces la única finalidad de la internación era inocuizadora, con lo cual el recurrente no podía ser legítimamente encerrado contra su voluntad.

⁷²⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 271; y HEGGLIN, *Los enfermos mentales en el Derecho penal*, pp. 194-201.

⁷²⁷ Respecto al análisis de más de una finalidad, véase GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 68-69.

⁷²⁸ *Supra* VIII.2.A.a.

5.b. Al revocar el fallo, la Suprema Corte nacional refutó este razonamiento aclarando que cuando el tratamiento no fuese posible la internación civil podía tener por único fundamento la incapacitación. Agregó, entonces, que no era razonable pensar en la obligación de liberar a aquellos sujetos que, por su condición, no estuviesen en condiciones de recibir un tratamiento eficaz⁷²⁹.

IX.2.A.b. Verificación de la homogeneidad del grupo destinatario de la medida.

1. Tal como se adelantó en el punto anterior, luego de definir las finalidades perseguidas por una medida concreta, aparece una segunda instancia de análisis consistente en verificar si la reacción propiamente dicha es conducente para el logro del fin pretendido⁷³⁰.

Interesa efectuar, aquí, algunas consideraciones que sirvan para definir la estructura del examen de idoneidad respecto a personas condenadas por delitos sexuales⁷³¹. En esta línea, cabe resolver si para juzgar la idoneidad de una medida, el análisis deberá obedecer a situaciones generalizadas y estandarizadas (“todos los delincuentes sexuales”) o bien, por el contrario, deberán esperarse casos específicos (“quienes hubiesen cometido un delito sexual contra un menor”).

2. Se trata de verificar posibles reglas generales de idoneidad, o bien, si resulta necesario atender a grupos diversos de delincuentes sexuales con problemáticas

⁷²⁹ SCOTUS, de 23 de junio de 1997 (ponente Thomas), (“Hendricks v. Kansas”), pp. 366-367. En sentido crítico ver SIMON, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, p. 466. Por otra parte, en SCOTUS, de 27 de enero de 2001 (ponente O’Connor), (“Seling v. Young”), p. 265, se confirmó esta doctrina precisando que en aquellos casos en los que el centro de internación fallare en cumplir con la finalidad de tratamiento, los internos tendrían habilitada la vía civil para demandar al Estado.

⁷³⁰ No se entrará aquí en las consideraciones propias del examen de idoneidad, alcanzando lo dicho más arriba al resumir la estructura. Sí resulta interesante seguir aquí la versión débil del juicio de idoneidad y destacar que para analizar la evidencia empírica de idoneidad debe estarse a que “la falta de idoneidad de la norma legal debe ser evidente” y que, “en caso contrario, debe considerarse que ésta es idónea”, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 737.

⁷³¹ Sin embargo, no me detendré en las características que definen a los agresores sexuales. Véase en tal sentido -por todos- GARRIDO GENOVÉS/STANGELAND/REDONDO ILLESCAS, *Principios de criminología*, pp. 532-550.

específicas y, por ende, medios diversos para el alcance del fin buscado. Dicho de otro modo, habrá que ver si, a fin de analizar la idoneidad de una medida, los sujetos destinatarios de la misma conforman un grupo homogéneo o bien se presenta la posibilidad de establecer diversos subgrupos a quienes deberán imponerse diferentes medidas para lograr la esperada idoneidad.

3. Y aquí es necesario comenzar por advertir que las evidencias sugieren que los delincuentes sexuales no conforman un grupo homogéneo de personas y, por ende, no poseen igual riesgo de reincidencia⁷³². *Doris MacKenzie* diferencia dos posturas respecto al modo de abordar el tratamiento a los delincuentes sexuales. Una primera distingue entre delincuentes sexuales con o sin trastorno de personalidad, considerando que debe haber tratamientos diferenciados para uno u otro caso. Advierte así la profesora de criminología de la Universidad de Maryland que “la mayoría de los profesionales especializados en el trabajo con delincuentes sexuales creen que un tratamiento especializado es necesario para personas con esta clase de trastornos sexuales. Para quienes no los presentan hay otros tipos de tratamientos o programas, tales como herramientas cognitivas o “*victim awareness*”⁷³³.

4. Sin embargo, los programas de tratamiento de la Justicia Penal utilizados sobre delincuentes sexuales no siempre hacen la distinción entre personas condenadas por delitos sexuales y delincuentes sexuales con trastorno sexual⁷³⁴. Esta última frase se dirige a la segunda de las posturas, es decir, aquella que no diferencia entre delincuentes sexuales con o sin trastorno y que, a lo sumo, establece grupos diversos en función del delito cometido. Esta posición minoritaria considera que no debería haber un acercamiento diferenciado, ya que los factores de riesgo son iguales a los de cualquier delincuente⁷³⁵.

5. Como pudo verse en la segunda parte de este trabajo, del estudio de algunas de las medidas aplicadas a personas condenadas por delitos sexuales, la mayoría de las reacciones se aplica indiscriminadamente con el único *estándar* del delito cometido o

⁷³² EVANS/LYTLE/SAMPLE, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 149.

⁷³³ MACKENZIE, *What works in corrections*, p. 141.

⁷³⁴ MACKENZIE, *What works in corrections*, p. 141.

⁷³⁵ MACKENZIE, *What works in corrections*, p. 143.

de la cantidad de delitos. Éste es el caso, por ejemplo, de los registros públicos. Por otro lado, también puede observarse que, en algunos casos, se intenta establecer una especificación de los sujetos destinatarios de la norma, creando una categoría específica de delincuentes a quienes, por ejemplo, se llama “depredadores sexuales” -como en el caso de internamiento civil-. La definición de esta categoría está dada, no sólo por el delito cometido (sexual y con violencia), sino además por una relación de la conducta con un trastorno de personalidad y con un pronóstico de reincidencia. Finalmente, debe destacarse que algunas legislaciones prevén un previo estudio psiquiátrico o psicológico del sujeto, para determinar si resulta un candidato idóneo para el tratamiento puntual (por ejemplo, el caso de la castración en el estado de Texas).

6. Esto me lleva a considerar otro de los presupuestos a tener en cuenta, antes de comenzar a juzgar la idoneidad de una medida aplicada a una persona condenada por un delito sexual y es que puede haber distintas clases de comportamiento sexual típico o de delincuencia sexual. Ello en la medida que, para saber si una reacción penal específica es apropiada para un grupo de sujetos, antes debo aclarar cuáles son las características puntuales de los integrantes de cada grupo que reflejen que aquella medida en particular podrá ser eficaz.

6.a. A título de ejemplo puede verse, en este sentido, cómo los estudios sobre la castración química advierten que ella sólo resultaría eficaz en casos de parafilia y no en delitos asociados a la violencia, en los cuales el deseo sexual no sería el principal motivador para actuar⁷³⁶. En este sentido, antes de evaluar la legitimidad de la castración, parecería apropiado saber si al sujeto a quien se la pretende aplicar le será útil o no dicha medida.

7. De aquí que corresponderá analizar los diferentes grupos de delincuentes sexuales para entender mejor la eficacia de las reacciones estatales institucionalizadas. Desde una posición mayoritaria la criminología apunta que para comprender el

⁷³⁶ BERLIN, *New England Journal of Medicine*, 1997, pp. 1030-1031. Respecto a la precisión de la parafilia, MACKENZIE - *What works in corrections*, p. 141- advierte que, de acuerdo a la mayoría de los libros psiquiátricos, este trastorno es caracterizado por una intensa y recurrente excitación, fantasías eróticas y necesidades que involucren objetos inapropiados y relaciones forzadas. Éstas están generalmente dirigidas a objetos, sufrimiento o humillación, menores u otras personas que no consientan; otros deseos eróticos pueden ir dirigidos a comportamientos invertidos (travestidos o fetichistas) o exhibicionistas; e incluso otros pueden involucrar a animales o a menores.

comportamiento sexual delictivo debe considerarse que los factores que dan cuenta de este tipo de delincuencia no pueden reducirse a un solo grupo. Se habla por ello de una combinación de factores inherentes al propio individuo (dando como ejemplo la excitación sexual mediante violencia), factores sociales (como los valores sexistas de una sociedad) y factores situacionales (oportunidades para el delito). Se aclara, entonces, que “los delincuentes sexuales no tienen una entidad única ni su conducta es el resultado de un único factor etiológico que los convierta a todos ellos, sin más discriminaciones, en monstruos sociales”⁷³⁷.

8. Asimismo, para comenzar a hablar de la utilidad del tratamiento, debe trazarse una distinción entre las distintas motivaciones sexuales, dado que si bien la sexualidad se presenta como una característica esencial de la naturaleza humana, se destacan diferencias en las características de dicho impulso. De esta manera, se advierten distinciones; en primer lugar, entre el tipo preferente de conductas que excitan y satisfacen a las personas; también se observan diferencias en el tipo de parejas sexuales que resultan más atractivas; en tercer lugar difiere también la intensidad del impulso sexual; en cuarto lugar se observan diferencias individuales en la percepción y las actitudes de cada sujeto sobre la sexualidad y la importancia que tiene ésta en su vida⁷³⁸.

9. El caso de la castración química merece ser traído, nuevamente, en este punto por tratarse de un ejemplo claro en el que influye la heterogeneidad de los destinatarios de la norma. Como ya se ha dicho, la aplicación periódica de acetato de medroxiprogesterona provoca una reducción en los niveles de testosterona, a consecuencia de la cual el sujeto experimenta disminuciones en el deseo sexual, en la producción de esperma, eyaculaciones y orgasmos⁷³⁹. Se trata por ello de un tratamiento que, *a priori*, se presenta como idóneo.

10. Se discute si cualquier delincuente sexual es un candidato apropiado para este tratamiento, o bien, si el mismo es idóneo para una categoría específica de delitos o delincuentes. En este sentido, parecería haber consenso en que la droga sería eficaz

⁷³⁷ REDONDO ILLESCAS, en *Delincuencia sexual y sociedad*, p. 43.

⁷³⁸ REDONDO ILLESCAS, en *Delincuencia sexual y sociedad*, pp. 43-44.

⁷³⁹ WRIGHT, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p. 46.

únicamente en los casos de parafilia⁷⁴⁰. La parafilia supone que el sujeto es llevado a cometer delitos en virtud de un elevado deseo sexual, que es consecuencia de su recurrente imaginario erótico. En virtud de ello, su comportamiento respondería a la realización de una particular fantasía. El tratamiento mediante acetato de medroxiprogesterona lograría disminuir las razones de su actuar criminal y el sujeto podría controlar su comportamiento.

11. Sin embargo, en los delitos sexuales asociados a la violencia, en los que el deseo sexual no es el principal motivo del actuar, pareciera que el Depo-Provera no tendría mayores efectos, ya que la disminución de este elevado deseo no tendrá consecuencias sobre el componente agresivo del sujeto⁷⁴¹. La parafilia es una condición que debe ser adecuadamente diagnosticada y este diagnóstico no deberá estar basado únicamente en la conducta sexual, ya que ésta podrá responder a un número diferente de causas⁷⁴².

12. En función de ello, parecerían preferibles las reglamentaciones que exigen una evaluación médica previa, a fin de determinar si el sujeto es candidato idóneo para el tratamiento, en virtud de su especial condición. Por el contrario, no deberían validarse casos como el de California, donde la ley se limita a establecer que en los delitos sexuales cometidos contra menores de trece años se utilizará la castración química como condición de la libertad.

13. Por último, se destaca desde la criminología y resulta importante tenerlo en cuenta para la cuestión de la idoneidad de las reacciones frente al delincuente sexual, que existen dos tipos de factores de riesgo o predictores de delincuencia: los estáticos -que generalmente pertenecen al pasado del sujeto, como sus experiencias infantiles de victimización sexual-, que no pueden modificarse, y los dinámicos, del sujeto y su entorno que sí pueden ser modificados asociándose ello a la disminución de riesgo de reincidencia. Entre los ejemplos de estos últimos se destacan deficiencias en el comportamiento sexual (excitación sexual a través de estímulos de violencia o de

⁷⁴⁰ BERLIN, *New England Journal of Medicine*, 1997, pp. 1030-1031.

⁷⁴¹ Cfr. FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, pp. 4-5; DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, pp. 303-305; SPALDING, *Florida State University Law Review*, 1998, pp. 122-123.

⁷⁴² FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 5.

relaciones con niños), en el pensamiento (distorsiones en la realidad, pensamientos erróneos) y en el comportamiento social general (abuso de alcohol, problemas laborales y dificultades en las relaciones afectivas)⁷⁴³.

IX.2.A.c. El tratamiento de las personas internadas o en reclusión de seguridad y su eficacia.

1. Tanto en el modelo civil como en el penal, una de las finalidades del internamiento o reclusión de seguridad debe ser el tratamiento -como se vio en este punto, se trataría de una finalidad mediata⁷⁴⁴-. Sólo de este modo y siempre que se pretenda algo más que la exclusiva inocuización, podrá legitimarse la medida y, además, acreditarse su idoneidad.

2. En el modelo civil, a título de ejemplo, algunas leyes estatales estadounidenses destacan que toda persona sujeta a este régimen tiene el derecho de recibir tratamiento individualizado y advierten que el lugar de internamiento debe proveer supervisión y tratamiento⁷⁴⁵. Un sector de la doctrina, incluso, le otorga carácter constitucional a este derecho junto con otro, de igual jerarquía, a estar recluido en condiciones de internación o reclusión no punitivas⁷⁴⁶. Se entiende que el derecho a las “condiciones no punitivas de internación o reclusión”, como se lo llama, es inherente al principio que indica que la internación es de naturaleza civil y que ni aun en sus efectos deberá ser punitiva. De ello se deduce que las condiciones de

⁷⁴³ REDONDO ILLESCAS, en *Delincuencia sexual y sociedad*, pp. 49-51.

⁷⁴⁴ *Supra* IX.2.A.a.

⁷⁴⁵ Ver, en el modelo estadounidense, *Washington Revised Code Annotated* § 71.09.080 (2) y § 71.09.020 (17). La ley de Kansas, en el mismo sentido, establece como una obligación del funcionario a cargo de la ejecución (*secretary*), el compromiso de proveer tratamiento a los internos, cfr. *Kansas Statutes Annotated* §59-29a07(a). También puede verse dicha obligación en §59-29a01 y 09.

⁷⁴⁶ JANUS, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 256. El carácter constitucional del derecho al tratamiento puede deducirse también de lo establecido en el parágrafo §59-29a 09 del Código de Kansas, “*The involuntary detention or commitment of persons under this act shall conform to constitutional requirements for care and treatment*”.

internación deben ser compatibles con su objetivo, es decir, con el interés en “tratar” al sujeto⁷⁴⁷.

3. Desde el modelo penal, deberían realizarse idénticas consideraciones, dado que la medida impuesta debe ser idónea, no sólo para la protección de la sociedad (asegurativa) sino también para la resocialización del sujeto, siendo incluso esta última una exigencia constitucional en muchos países, como es el caso de España (art. 25.2. CE).

3.a. De este modo, se ha referido que el instrumento penal “no puede apartarse nunca de su sentido personalista; esto es, de recuperación de la persona al contexto social dentro de sus posibilidades”⁷⁴⁸.

4. En virtud de ello, partiendo del respeto al texto constitucional y una determinada e ineludible concepción de la persona humana⁷⁴⁹, no cabría admitirse una reclusión de seguridad sin tratamiento -al menos sin la oferta del mismo-. Aceptarlo implicaría suponer un encierro estrictamente asegurativo, en el que pretendiera excluirse al sujeto de por vida o bien redimirse su peligrosidad -fundamento del encierro- con el mero paso del tiempo. Considero que si ha de tolerarse que el Estado encierre personas para evitar el riesgo de reincidencia, entonces debería poder exigirse -y ser un derecho del recluso- que el Estado hiciese algo para cumplir con dicho objetivo, más allá del mero encierro prolongado.

5. Recapitulando, son -al menos- tres las razones que fundamentan estas consideraciones. En primer lugar, como recién se sostuvo, la exigencia constitucional de orientar las consecuencias jurídicas hacia la resocialización. Ello de por sí es incompatible con un encierro exclusivamente asegurativo, sin miras a la progresividad, por más lejana que aparezca. Segundo, los mandatos constitucionales

⁷⁴⁷ JANUS, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 256, citando el precedente SCOTUS, de 1 de julio de 1986 (ponente Rhenquist) (“*Allen v. Illinois*”), que, analizando las antiguas leyes de internamiento civil, antecedentes de las actuales, había convalidado su constitucionalidad argumentando que preveían la obligación de proveer tratamiento a los internados, tendiente a su recuperación. Sin embargo debe observarse que en precedentes posteriores de la Suprema Corte no se mantuvo este criterio; cfr. SCOTUS, de 27 de enero de 2001 (ponente O’Connor) (“*Selling v. Young*”).

⁷⁴⁸ YACOBUCCI, *La deslegitimación de la potestad penal*, p. 334.

⁷⁴⁹ *Supra* I.1.A y II.4.B.

y convencionales de respetar la dignidad e igualdad de las personas⁷⁵⁰. Considero por ello que el encierro de una persona sin oferta alguna de tratamiento ni perspectivas de rehabilitación evidencia una sanción indigna, de exclusión y segregación permanente, fuera del marco de una política criminal respetuosa del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales⁷⁵¹. Finalmente, un tercer argumento vinculado a los dos primeros consiste en la necesidad de enmarcar el análisis en un Derecho penal “incondicionalmente inclusivo”⁷⁵². En este sentido -siguiendo a *Duff*- entiendo que aun frente a casos excepcionales en los que el encierro podrá ser *presuntamente* permanente no significa que deba ser *irreversiblemente* permanente. Por lo que también, en estos supuestos, la sociedad deberá tratar a estas personas dignamente, reconociéndoles la posibilidad de redimirse y reinsertarse en la sociedad⁷⁵³.

6. En función de lo expuesto, deberá quedar comprobado en todo momento que la medida impuesta, además de ser idónea para el aseguramiento perseguido, tenga por objeto la reinsertión del sujeto en la sociedad y no su estricta incapacitación.

7. Aceptando, entonces, la premisa de que toda persona internada o recluida por razones de seguridad tiene derecho a recibir tratamiento y que el Estado tiene la obligación de proveerlo, se presentan como conflictivos aquellos casos en los que el tratamiento no es posible, sea por ineficaz o bien porque el sujeto se niega a recibirlo. En este sentido, la eficacia de los programas de tratamiento aumenta en la medida en que exista mayor motivación terapéutica por parte del delincuente sexual⁷⁵⁴. Dicho de otro modo, resulta más difícil que un tratamiento coactivo -además de los cuestionamientos sobre su legitimidad- pueda tener resultados favorables⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ He desarrollado esta posición en el capítulo II.4.B al que nuevamente remito.

⁷⁵¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, p. 28.

⁷⁵² DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, p. 49.

⁷⁵³ DUFF, *Punishment, communication and community*, p. 172.

⁷⁵⁴ REDONDO ILLESCAS/MARTÍNEZ CATENA, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2011, p. 6.

⁷⁵⁵ Por otro lado, la voluntariedad de los tratamientos es una exigencia prevista en los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”, de la ONU (principio 11).

8. No pierdo de vista, sin embargo, que se ha considerado que los agresores sexuales suelen mostrar escasa motivación para cambiar, debido a su tendencia a negar, minimizar o justificar sus acciones. De todos modos, para superar estas dificultades, los programas terapéuticos más avanzados -como por ejemplo el llamado transteórico (*transtheoretical model*)-, logran adaptarse al momento motivacional de los participantes, o bien, aplican programas preliminares motivacionales para reducir la resistencia inicial y avanzar hacia el reconocimiento delictivo⁷⁵⁶.

9. También aparece como un obstáculo la falta de incentivos del tratamiento, motivo por el cual éstos debieran ser asociados a la posibilidad de obtener permisos de salidas, por ejemplo⁷⁵⁷. Por ello, sobre todo en el marco de un internamiento indefinido, ya que el interno no podrá tener una expectativa del tiempo que deberá estar recluso, deberían explicársele los beneficios de participar de los programas de tratamiento en materia de progresividad del régimen de internamiento. Desde ya que los principios que regulan los internamientos indican la necesidad de avanzar hacia alternativas menos restrictivas, por lo que el sujeto deberá poder comprender -y el sistema efectivamente realizar- que formar parte de los programas de tratamiento disponibles tendrá sus beneficios, traducidos en la posibilidad de acceder a regímenes abiertos o semiabiertos de encierro. Todo ello serviría para fomentar la voluntariedad y el compromiso del tratamiento⁷⁵⁸.

10. Resta pensar en los problemas prácticos que puede acarrear el internamiento de sujetos a quienes no se les brinda tratamiento alguno y la incidencia que éstos podrían tener en la idoneidad del internamiento. En este sentido, se plantea como dificultosa la convivencia de internos que reciben tratamiento con aquellos que se niegan a ello, en función de la influencia negativa que los segundos puedan tener sobre los primeros. Del mismo modo, también se alerta sobre las condiciones de internamiento de quienes no reciben tratamiento, teniendo en cuenta que si van a

⁷⁵⁶ REDONDO ILLESCAS/MARTÍNEZ CATENA, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2011, pp. 7-8.

⁷⁵⁷ RIVERA GONZÁLEZ/ROMERO QUINTANA/LABRADOR MUÑOZ/SERRANO SAIZ, *El control de la agresión sexual. Programa de intervención en el medio penitenciario*, pp. 22-23.

⁷⁵⁸ Así opina, por otro lado, la Asociación de Psiquiatras de Estados Unidos, haciendo hincapié en la posibilidad de tratamiento de algunas clases de parafilia; AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Dangerous sex offenders*, pp. 174-176.

estar recluidos en forma indefinida, al menos deberían brindárseles condiciones dignas de reclusión que contemplen su desarrollo personal dentro de un régimen lo menos restrictivo posible, a fin de que su internación no se limite a estar encerrados. De esta manera debería intentar buscarse un balance entre la protección de la comunidad y el derecho a la libertad de la persona⁷⁵⁹ que no podría estar internada hasta su muerte. Insisto entonces que, aun en estos casos, no deberá cesar nunca la oferta de programas de tratamiento y, por más que haya sujetos que no los acepten, igualmente deberán ser parte del régimen de progresividad y candidatos a morigerar el grado de encierro para poder reinsertarse gradualmente en la sociedad.

11. Resta referirme a las comprobaciones empíricas que han sido realizadas respecto de la eficacia del tratamiento del delincuente sexual, es decir, su incidencia sobre las tasas de reincidencia. En este sentido, mientras algunos primeros informes mostraron la escasa influencia de los distintos métodos de tratamiento en la reducción de reincidencia⁷⁶⁰, otros posteriores vienen reflejando resultados positivos que alientan el recurso a las posibilidades terapéuticas⁷⁶¹.

12. Con relación a estos últimos estudios, no pueden dejar de mencionarse los resultados favorables verificados en el programa de tratamiento desarrollado en España, denominado “Control de la agresión sexual”. El mismo tiene su origen en un primer trabajo realizado por *Garrido y Beneyto* en 1996, comenzando su aplicación ese mismo año en los centros penitenciarios Quatre Camins y Brians⁷⁶², aunque luego fue modificado e implementado nacionalmente por un grupo de psicólogos del

⁷⁵⁹ QUINSEY, “Review of the Washington State Special Commitment Center Program”, document n°156568, 1992, p. 6.

⁷⁶⁰ Respecto a la ineficacia del tratamiento, es conocida la conclusión a que llegó FURBY *et. al.*, - *Psychological Bulletin*, 1989, p. 27- luego de un análisis de numerosos estudios sobre la materia, a propósito de la falta de evidencias respecto a que el tratamiento clínico reduzca los índices de delitos sexuales. Ello fue confirmado por HANSON *et. al.*, *Canadian Journal of Behavioural Science*, 2004, p. 87, quien luego de un seguimiento durante doce años de un grupo de 724 delincuentes sexuales en la comunidad, comparando aquellos que recibían tratamiento de aquellos que no, concluyó que no había diferencias estadísticas en cuanto a los índices de reincidencia de uno y otro grupo.

⁷⁶¹ Pueden verse al respecto MACKENZIE, *What Works in corrections*, pp. 149-163 y MARSHALL, *Agresores sexuales*, pp. 139-147.

⁷⁶² REDONDO ILLESCAS, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006, p. 6. Véase también, REDONDO ILLESCAS/GARRIDO GENOVÉS, *Psicotherma*, 2008, p. 5; y GONZÁLEZ COLLANTES, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 543.

cuerpo superior de técnicos de instituciones penitenciarias⁷⁶³. En tal sentido se han realizado al menos dos verificaciones empíricas respecto a la idoneidad de este programa de tratamiento.

12.a. En primer lugar se destaca un estudio realizado en Cataluña, que informó sobre los resultados positivos del seguimiento durante un período promedio de tres años y ocho meses de un grupo de condenados por delitos sexuales diferenciando aquellos que siguieron el programa de tratamiento integral (grupo de tratamiento) de aquellos que no lo hicieron (grupo de control). En este sentido, se informó que de los primeros reincidieron en delitos sexuales un 4,1% mientras que aquellos que no recibieron tratamiento lo hicieron en un porcentaje del 18,2%⁷⁶⁴.

12.b. Un segundo estudio fue promovido desde la Universidad Complutense de Madrid y analizó un grupo de cuarenta y tres personas condenadas por delitos sexuales que cumplieron su pena en el Centro Penitenciario Madrid-IV de Navalcarnero. De este grupo, hubo veintitún reclusos que participaron del programa de control de la agresión sexual. El estudio pudo comprobar que del grupo que estuvo en tratamiento, reincidió en delitos sexuales un 4,5%, mientras que del segundo grupo lo hizo un 13%⁷⁶⁵.

13. Finalmente, debe ser destacado un reciente modelo de tratamiento pensado para el momento en el que los condenados recuperan su libertad, denominado proyecto COSA (“*Circles of support and accountability*”) ideado originariamente en Canadá, aunque con presencia ya en diversos sistemas y resultados sumamente favorables. Se trata de un modelo de rehabilitación impulsado por grupos de voluntarios - multidisciplinares y con participación comunitaria-, que asisten a los delincuentes sexuales y los acompañan en su reinserción social, conteniéndolos y asistiéndolos permanentemente. En Cataluña, el programa fue puesto en marcha entre los años 2013 y 2014 y se encuentra en ejecución bajo el nombre “CerclesCat”⁷⁶⁶.

⁷⁶³ RIVERA GONZÁLEZ/ROMERO QUINTANA/LABRADOR MUÑOZ/SERRANO SAIZ, *El control de la agresión sexual. Programa de intervención en el medio penitenciario, passim*.

⁷⁶⁴ REDONDO ILLESCAS, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2006, pp. 1-22. Véase también, REDONDO ILLESCAS/GARRIDO GENOVÉS, *Psicotherma*, 2008, p. 7.

⁷⁶⁵ VALENCIA/ANDREU/MÍNGUEZ/LABRADOR, *Psicopatología clínica legal y forense*, 2008, pp. 7-18.

⁷⁶⁶ NGUYEN/FRERICH/GARCÍA/SOLER/REDONDO-ILLESCAS/ANDRÉS-PUEYO, *Boletín Criminológico*, 2014, pp. 1-5. El artículo indica que se estima una eficacia del 82% en la reducción de reincidencia, mediante la implementación de estos “Círculos de apoyo y responsabilidad”. Puede verse información oficial del proyecto en su sitio europeo www.circles4.eu (última visita 20/05/2017).

IX.2.A.d. La eficacia de los registros de agresores sexuales.

1. Al momento de analizar la eficacia de estas normas, la mayoría de la doctrina comienza por poner de resalto que el sistema de registro de agresores sexuales y notificación comunitaria se encuentra basado en premisas falsas, tales como un supuesto mayor índice de reincidencia de estos delincuentes, y sin que se hubiese realizado una investigación previa que demuestre la idoneidad de esta medida⁷⁶⁷.

2. De hecho, la mayoría de los estudios realizados para verificar su eficacia concluyen en que el sistema tiene muy poca o ninguna influencia en la prevención de la reincidencia de agresores sexuales⁷⁶⁸.

3. En un temprano estudio realizado en Washington, se comparó un grupo de noventa delincuentes sexuales sujetos al régimen de notificación comunitaria, con otro grupo de igual número que no estaba incluido en el régimen. Como consecuencia del seguimiento efectuado, durante cincuenta y cuatro meses, se comprobó que no hubo diferencias estadísticamente sustanciales entre los índices de reincidencia en delitos sexuales de uno u otro grupo (19% y 22%); como así tampoco en la comisión de cualquier delito (47% y 57%)⁷⁶⁹. Tiempo después se efectuó una misma verificación que arrojó resultados similares, tanto en la categoría de cualquier delito (48,9% y 49,3%), como en delitos sexuales (19% y 12%)⁷⁷⁰.

3.a. Sin embargo, lo que sí advirtieron las investigadoras del primero de los estudios realizado, fue que el grupo de delincuentes sujetos a notificación comunitaria fue arrestado más rápidamente que los otros. En otras palabras, se reincidió en menos tiempo. Al resaltar esta verificación, las investigadoras evaluaron que ello podía obedecer a que el sistema de notificación comunitaria promovía que los delincuentes fuesen vigilados más de cerca y que

⁷⁶⁷ EVANS/LYTLE/SAMPLE, en *Sex offender laws*, 2ª ed., pp. 154-159.

⁷⁶⁸ WELCHANS, *Criminal Justice Policy Review*, 2005, p. 135. Más recientemente, EVANS/LYTLE/SAMPLE, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 158-159; y MUSTAINE/TEWKSBURY/CONNOR / PAYNE, *Justice System Journal*, 2015, p. 64.

⁷⁶⁹ SCHRAM/MILLOY, "Community notification: a study", pp. 17-19.

⁷⁷⁰ ZEVITZ, *Criminal Justice Studies* 2006, pp. 193 y 200.

este incremento en la atención influiría en la comisión de nuevos delitos y su identificación temprana⁷⁷¹.

3.b. Un sector crítico de la doctrina se ocupó de analizar este hallazgo de mayor rapidez en el arresto y advirtió que el estudio no había podido determinar cómo se llegó a los arrestos en cada caso, lo que sí permitiría concluir sobre la influencia del sistema de notificación en la comunidad. Por ello se advirtió que las razones de los rápidos arrestos bien pudieron ser otras, referidas por ejemplo a la información que surgió de los registros antes que a la vigilancia comunitaria⁷⁷². Las críticas parecieran ser acertadas, dado que el estudio posterior no logró comprobar, nuevamente, la mayor rapidez en el arresto del grupo de los sujetos a notificación comunitaria⁷⁷³.

4. Una de las críticas que se le hace al sistema de las leyes “*Megan*” es sobre el impacto negativo que produce sobre la persona, restringiendo las posibilidades de reinserción social, laboral y familiar, o produciendo sobre ellos ambientes de rechazo social, de amenazas, estigmatización y vulnerabilidad⁷⁷⁴. Un sector de la doctrina argumenta por ello que el sistema puede fomentar el riesgo de reincidencia, en tanto les quita a las personas posibilidad de empleo, socialización y de ambientes que los contengan⁷⁷⁵.

5. Pareciera que los dos estudios arriba citados sobre la comparación entre grupos de delincuentes sexuales uno sólo de los cuales está sujeto a notificación comunitaria se han encargado de verificar empíricamente esta hipótesis sin éxito. En virtud de ello, quizá sería más prudente una posición intermedia que sostenga que, si bien esta suposición de favorecimiento de la reincidencia no ha sido comprobada, tampoco existe evidencia que demuestre que el sistema de notificación a la comunidad esté cumpliendo con sus objetivos de aumentar la seguridad pública y colaborar con la Justicia en el esclarecimiento de delitos sexuales⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ SCHRAM/MILLOY, “Community notification: a study”, p. 19.

⁷⁷² LOGAN, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 342 y LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 108.

⁷⁷³ ZEVITZ, *Criminal Justice Studies* 2006, pp. 201-204.

⁷⁷⁴ EVANS/LYTLE/SAMPLE, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 158.

⁷⁷⁵ LA FOND, *Preventing sexual violence*, pp. 108-109.

⁷⁷⁶ FINN, *NCJ 162364*, 1997, p. 16.

IX.2.A.e. La eficacia de la castración química.

1. Existen diversos estudios que han verificado la eficacia de la castración química⁷⁷⁷. Suele encabezar la lista aquel iniciado en 1977, en la Universidad de Texas, que fue continuado -años más tarde- en la clínica Rosenberg del mismo estado. Consistió en la selección de cuarenta hombres adultos, dentro de un marco de 153 pacientes de la clínica referidos allí para evaluación de comportamientos sexuales, que aceptaron recibir inyecciones semanales de acetato de medroxiprogesterona (generalmente dosis de 400 mg), en conjunto con psicoterapia.

2. Por otro lado, dentro de ese universo, veintiún pacientes se negaron a recibir el tratamiento médico pero participaron del programa terapéutico. Los resultados del seguimiento demostraron que doce de ellos volvieron a cometer actos sexuales (58%). Respecto de la tasa de reincidencia, de los cuarenta pacientes que sí recibieron la medicación, se encontró que reincidieron diecisiete, aunque se estableció una diferencia entre diez que lo hicieron luego de abandonar el tratamiento (35%) y siete que recayeron mientras estaban en tratamiento (18%)⁷⁷⁸.

3. En segundo lugar, se destaca un estudio realizado en el estado de Oregón, sobre 134 condenados por delitos sexuales y evaluados, favorablemente, como candidatos a recibir castración química. De este grupo, se verificó que setenta y nueve personas efectivamente recibieron tratamiento con medroxiprogesterona, pudiéndose comprobar que no hubo ningún caso de reincidencia en delitos sexuales. Por el otro lado, del segundo grupo de cincuenta y cinco personas que no recibieron la medicación, volvió a reincidir un tercio de ellos. Asimismo, de esa tercera parte, un 58,8% fue por delitos sexuales⁷⁷⁹.

4. Otros estudios se han ocupado de comparar la eficacia de la medroxiprogesterona con el acetato de ciproterona. Los resultados aquí fueron disímiles. Mientras en

⁷⁷⁷ SCOTT/DEL BUSTO, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 212.

⁷⁷⁸ MEYER III/COLE/EMORY, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 1992, pp. 249-255.

⁷⁷⁹ MALETZKY/TOLAN/MCFARLAND, *Sex Abuse*, 2006, pp. 309-311.

algunos casos se encontró equivalencia de resultados, en otros se llegó a la conclusión de que los sujetos que recibieron medroxiprogesterona reincidieron en un 27%, mientras que los de acetato de ciproterona, sólo un 3%⁷⁸⁰.

5. También se han encontrado estudios en materia de castración quirúrgica, positivos en cuanto a resultados. Así, un estudio realizado en Dinamarca que examinó 900 delincuentes castrados entre 1929 y 1959 comprobó que las tasas de reincidencia fueron del 1,1%⁷⁸¹. Análisis similares se llevaron a cabo en Noruega (2,9%), Suiza (7,44%) y Alemania (2,6%)⁷⁸².

5.a. Del mismo modo se destacan algunos estudios empíricos realizados sobre pacientes con cáncer testicular o de próstata, dado que la orquiectomía es un tratamiento empleado en estos casos, en los que se comprobó que si bien había marcadas reducciones del deseo y la actividad sexual -concretamente de la libido y en erecciones espontáneas- hubo resultados positivos en casos de estimulación mediante reproducción de imágenes eróticas. También se registró actividad sexual -estimulada- en supuestos de aplicación de inyecciones intramusculares de testosterona⁷⁸³.

6. En orden a la perdurabilidad de los efectos, se observan estudios que han comprobado que el deseo sexual puede reaparecer hasta un mes después del cese del tratamiento⁷⁸⁴. Queda evidenciado, entonces, que la castración por sí misma no será suficiente para la contención del sujeto.

7. De esta manera, a pesar de lo favorables que puedan ser los efectos biológicos -obvios- de la castración, un sector de la doctrina advierte que no debería confiarse plenamente en las estadísticas para otorgar la libertad condicional de un delincuente sexual castrado, exclusivamente en función de esta condición. Es por ello por lo que

⁷⁸⁰ SCOTT/DEL BUSTO, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 197.

⁷⁸¹ Un estudio posterior realizado en Dinamarca se basó en el seguimiento de cuarenta y tres delincuentes sexuales, internados en Herstedvester en el período que va de 1935 a 1970. Del total había veintiún delincuentes sexuales castrados, de los cuales dos sujetos reincidieron después de quince años y ambos habían recibido inyecciones de testosterona. De los restantes -no castrados- reincidieron diez (de los veinticuatro originalmente no castrados, dos sujetos terminaron por someterse a la intervención luego de reincidir, de ahí que terminaron siendo veintidós los no castrados al final del estudio); cfr. HANSEN/LYKKE-OLESEN, *Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 1997, p. 196.

⁷⁸² WEINBERGER *et. al.*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 2005, p. 28.

⁷⁸³ WEINBERGER *et. al.*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, pp. 24-27.

⁷⁸⁴ HARRISON, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2007, p. 21.

se aconseja, entre otras cosas, revisar -desde un abordaje terapéutico- si existe evidencia reciente de factores sexuales o preocupación por cuestiones de la infancia. También se propone analizar, como posibilidad, que la persona intente acceder al suministro de testosterona. Finalmente, se aconseja ofrecer en todos los casos un tratamiento psicológico que acompañe al sujeto durante su reinserción comunitaria⁷⁸⁵.

IX.2.A.f. La eficacia de las restricciones domiciliarias.

1. La finalidad perseguida por las restricciones domiciliarias o laborales consiste en la prevención de ataques sexuales a menores, por parte de delincuentes sexuales, reduciendo la oportunidad de que los aborden cerca de las escuelas, guarderías o parques. Parten de la presunción de que si un delincuente sexual reside en las cercanías de una escuela o parque, se incrementan sus posibilidades de abusar de menores⁷⁸⁶.

2. Sin embargo, se han realizado estudios en Estados Unidos que comprobaron que las restricciones residenciales carecían de efectos preventivos. Se interpreta de sus resultados que si una persona que está determinada a secuestrar de la calle a un niño no se verá limitada o disuadida por una restricción residencial⁷⁸⁷.

3. El primero de los estudios, llevado a cabo por el departamento de prisiones del estado de Minnesota en 2003 concluyó que no existían pruebas de que la proximidad residencial a una escuela o parque sea un factor que contribuya a la delincuencia sexual. En su estudio -de seguimiento de la totalidad de los delincuentes sexuales registrados bajo el nivel III de peligrosidad- quedó comprobado que, en aquellos casos en los que los delincuentes sexuales atacaban a sus víctimas en un parque,

⁷⁸⁵ WEINBERGER *et. al.*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, pp. 34-35. Véase también HANSEN/LYKKE-OLESEN, *Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 1997, p. 199; y MALETZKY/TOLAN/MCFARLAND, *Sex Abuse*, 2006, p. 313.

⁷⁸⁶ ZANDBERGEN/LEVENSON/HART, *Criminal Justice & Behavior*, 2010, p. 483.

⁷⁸⁷ SINGLETON, *University of Saint Thomas Law Journal*, 2006, p. 611.

aquellos se habían trasladado lejos de su domicilio con ese objetivo. Asimismo se comprobó que, en la totalidad de los individuos que reincidieron, el factor de proximidad con un parque o escuela no tuvo incidencia alguna⁷⁸⁸.

4. A similares conclusiones llegó un estudio realizado en 2004 por el departamento de seguridad pública del estado de Colorado, sobre un seguimiento durante quince meses de delincuentes sexuales liberados en la ciudad de Denver, concluyendo que la implementación del sistema de restricción domiciliaria podría no tener efectos disuasorios y no debería ser considerado un método de control para la reincidencia en delitos sexuales⁷⁸⁹. En los años posteriores y en diversos estados, se realizaron nuevos estudios que confirmaron la falta de efectos preventivos de las restricciones residenciales⁷⁹⁰.

5. En tercer lugar, se cuestiona además que la restricción de vivir cerca de escuelas o parques, obligando a los ex convictos a reubicarse, logre una verdadera reducción de las oportunidades delictivas. Dicho de otro modo, pareciera que los delincuentes sexuales no abusan de menores porque viven cerca de escuelas o parques, sino que generan ellos mismos las oportunidades para hacerlo⁷⁹¹. En este sentido, en un estudio realizado en el estado de Ohio se comprobó que de doce delincuentes sexuales a quienes se les aplicó la ley de restricción domiciliaria y tuvieron que

⁷⁸⁸ Minnesota Department of Corrections, “Level three sex offenders residential placement issues”, 2003 Report to the Legislature, <https://www.leg.state.mn.us/docs/2003/mandated/030175.pdf> (última visita 20/05/2017).

⁷⁸⁹ Colorado Department of Public Safety, Division of Criminal Justice, “Report on safety issues raised by living arrangements for and location of sex offenders in the community”, 2004, <https://docs.google.com/file/d/0B67htTDuFr48RkxLNmNua0QzS2s/edit> (última visita 20/05/2017). Estas conclusiones fueron confirmadas por estudios posteriores, cfr. el informe de Colorado Sex Offender Management Board, de 2009 publicado en el sitio de Internet <http://www.csom.org/pubs/CO%20Residence%20Restrictions%202.pdf> (última visita 20/05/2017).

⁷⁹⁰ ZANDBERGEN/LEVENSON/HART, *Criminal Justice & Behavior*, 2010, p. 497 (analizando un estudio realizado en el estado de Florida). Véase también NOBLES/LEVENSON/YOUSTIN, *Crime & Delinquency*, 2012, p. 505 (el estudio verifica los efectos de la regulación en el condado de Jacksonville, que implementó una restricción -762 metros- mucho más amplia que la del estado de Florida -305 metros- y, aun así, no logró efectividad). Idéntico resultado surge de un estudio realizado sobre la aplicación de las restricciones en los distintos condados del estado de Nueva York (que no posee una regulación estatal al respecto); cfr. SOCIA, *Crime & Delinquency*, 2012, p. 624 (destacando sin embargo la verificación de un efecto de prevención general en materia de prevención de delincuentes sexuales primarios).

⁷⁹¹ LEVENSON/ZGOBA, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 186.

reubicarse, siete se mudaron a zonas en donde había mayor densidad de menores que en sus hogares anteriores y en los otros cinco la densidad fue menor. De esta manera se comprobó que el efecto neto de la reubicación sobre la totalidad de los individuos reubicados fue un incremento de 1,64 niños por acre en las nuevas residencias⁷⁹².

6. También deben destacarse negativamente, en el análisis de eficacia, algunos resultados o efectos de las restricciones residenciales, tales como la convivencia de los sujetos controlados en zonas con un alto grado de desorganización social. Por un lado, ello ocurre porque han podido advertirse auténticas formaciones de comunidades de delincuentes sexuales. Del mismo modo se ha vinculado, como un efecto negativo de las restricciones y potencial favorecedor de la reincidencia-, el aumento de ex convictos “sin techo”, sumado a posibles incumplimientos de las obligaciones propias del registro y las dificultades para seguir los tratamientos terapéuticos⁷⁹³. Todo ello de acuerdo a lo expuesto puede influir negativamente sobre la rehabilitación de las personas incrementando los índices de reincidencia⁷⁹⁴.

6.a. Una muestra de esto último es el reporte presentado por el “*Sex Offender Management Board*” de California, a la legislatura de dicho estado, en enero de 2009 (que llegó a requerir la urgente modificación del Código Penal en la materia). En sus hallazgos, se argumentó que las restricciones residenciales, además de significar un gasto anual de 25 millones de dólares, no tenían efectos comprobados sobre la reducción de reincidencia y más bien podían ser contraproducentes ya que generaban una gran cantidad de personas con antecedentes por delitos sexuales viviendo en la calle, sin hogar, y en situaciones inestables que muy probablemente los traerían de vuelta al delito. En el informe se advirtió, además, que a raíz de la sanción de las restricciones residenciales el estado tuvo que hacerse cargo del alojamiento y gastos de un total de 800 delincuentes sexuales en libertad condicional. Asimismo, se apuntó que debería evaluarse la conveniencia de diferenciar a los delincuentes

⁷⁹² El estudio se realizó en el marco del caso: Court of Common Pleas Clermont County, Ohio, de 10 de agosto de 2006 (ponente Ringland), (“*State v. Billings*”), FJ nº18 (sin embargo se reconoció que los resultados podían matizarse si se tenía en cuenta la cantidad de menores que había en las zonas de exclusión durante las horas de clase). Lo advierte también SINGLETON, *University of Saint Thomas Law Journal*, 2006, pp. 612-613.

⁷⁹³ YUNG, *Washington University Law Review*, 2007, pp. 140-146.

⁷⁹⁴ Sobre la relación entre la inestabilidad residencial y el incremento de la reincidencia véase también ZANDBERGEN/LEVENSON/HART, *Criminal Justice & Behavior*, 2010, p. 485.

sexuales según su riesgo al momento de aplicar la restricción, para así lograr mayor efectividad⁷⁹⁵.

7. Finalmente, se han encontrado críticas vinculadas más a cuestiones de eficiencia pero que merece la pena reproducir en este apartado. En tal sentido, se ha puesto de resalto que en un 93% de las veces, los agresores sexuales de menores tenían una relación previa con la víctima -sea familiar (34,2%) o conocido (58,7%)-⁷⁹⁶. En virtud de ello, se ha valorado que las leyes de restricción domiciliaria estarían dirigidas a un universo muy menor de agresores sexuales (7%), en los que el abordaje del menor se realiza por un extraño⁷⁹⁷. Dicho de otro modo, si la mayoría de los agresores sexuales son familiares o conocidos de sus víctimas no se van a ver prevenidos por la restricción zonal, ya que la oportunidad del ataque estará ligada a una situación de conocimiento previo, antes que a un encuentro casual.

IX.2.A.g. La eficacia de las restricciones informáticas.

1. Interesa analizar en este punto la forma en que se concreta la vigilancia de las restricciones impuestas al uso de ordenadores. Es decir, no evaluaré aquí la eficacia en términos de prevención, sino respecto del control y detección de incumplimientos que es en definitiva lo que asegurará el cumplimiento de las restricciones impuestas al uso de ordenadores y generará los pretendidos efectos preventivos.

1.a. En el caso “*United States v. Lifshitz*”, una Cámara Federal de Apelaciones estadounidense consideró que la justificación de la monitorización y requisas debía cumplirse

⁷⁹⁵ California Sex Offender Management Board, “Homelessness among registered sex offenders in California: the numbers, the risks and the response”, 2008, passim. El comité “*Sex Offender Management Board*” (SOMB) fue creado en 2006, con la finalidad de evaluar las políticas legislativas sobre el tratamiento de los delincuentes sexuales en la comunidad; cfr. Bill nºAB 1015 y *California Penal Code*, §9000-9003. Véase su sitio web <http://dcj.somb.state.co.us/> (última visita 20/05/2017). Véase la repercusión periodística del tema en el artículo “Panel: Take another look at sex offender restrictions”; *Los Angeles Times* del 14/01/2009; <http://www.latimes.com/news/local/la-me-offenders14-2009jan14,0,1944251.story> (última visita 20/05/2017).

⁷⁹⁶ Las cifras provienen de un informe elaborado por el Departamento de Justicia estadounidense del año 2000, disponible en <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/saycrle.pdf> (última visita 20/05/2017).

⁷⁹⁷ SINGLETON, *University of Saint Thomas Law Journal*, 2006, pp. 610-611.

con tres postulados. En primer lugar, debería alegarse una especial necesidad de proceder de tal modo, en relación al contexto particular del sujeto a quien se impone la restricción. Segundo, la persona debía tener una expectativa de privacidad disminuida, por estar gozando de una libertad condicional, vigilada o una suspensión de la ejecución de una pena y, además, debía estar notificada con antelación de la posibilidad de las requisas infundadas. Finalmente, y en lo que aquí interesa, el programa de inspección o monitorización debía estar concretado de forma tal que significara una intrusión mínima en la privacidad del sujeto junto con un máximo de efectividad⁷⁹⁸. Esto último es lo que nos interesa destacar en este punto.

2. Se observa que existen tres métodos de monitorización o control del uso de ordenadores⁷⁹⁹. En primer lugar, se menciona el *software* forense (“*forensic software*”), diseñado para hacer una copia del contenido de un disco rígido, incluyendo archivos ocultos y eliminados y analizar su contenido. A esta modalidad se le critica su máxima intensidad de intrusión y la necesidad de ingresar físicamente a la residencia del sujeto o lugar adonde se encuentra el ordenador⁸⁰⁰.

3. En segundo lugar, se menciona como método el *software* de monitorización (“*monitoring software*”). Se trata de un programa instalado en el ordenador de una persona que permite informar sobre toda la actividad que se ejecuta en el mismo. Una versión activa del *software*, incluso, puede notificar los resultados al supervisor del liberado -sea a su dispositivo móvil o a su ordenador-. Se le critica a este método que puede ser demasiado amplio, ya que permite rastrear incluso los correos electrónicos e información no relacionada a contactos con fines sexuales⁸⁰¹.

4. El tercer y último método es el denominado *software* de filtro o bloqueo (“*filtering software*”) que como su nombre lo indica impide el acceso a ciertas páginas de Internet. Puede ser implementado en forma local, mediante la instalación del programa en el ordenador, o bien por el ISP (*Internet service provider*) es decir, a través del proveedor de Internet del ordenador. Se le critica que puede tener un alcance limitado, ya que periódicamente surgen nuevos sitios que pueden quedar

⁷⁹⁸ U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, de 30 de marzo de 2004, (ponente Katzman), (*United States v. Lifshitz*”).

⁷⁹⁹ Para un análisis más profundo de los métodos de control, véase HARROLD, *Mississippi Law Journal*, 2005, pp. 341-345.

⁸⁰⁰ CURPHEY, *Loyola Law Review*, 2005, pp. 2263-2264.

⁸⁰¹ CURPHEY, *Loyola Law Review*, 2005, pp. 2264-2265.

fuera del alcance del filtro, o bien que puede no bloquear el uso de correos electrónicos o acceso a foros o comunidades virtuales específicas⁸⁰².

5. Si bien cada uno de estos métodos tiene sus eventuales objeciones respecto de su pretendida efectividad, pareciera que por encima de todo debería evaluarse la situación particular de la persona a quien se va a imponer la condición, en especial sus habilidades y pericia en el uso de los ordenadores, y también de la agencia que va a supervisar. En función de ello, podrían pronosticarse burlas o fallos en el sistema de control y establecerse así condiciones específicas para cada caso.

6. En este sentido, la doctrina pone como ejemplos, para asegurar la efectividad del sistema, la obligación de que el sujeto únicamente pueda utilizar un solo ordenador en su domicilio que previamente haya sido revisado por el supervisor. Lo mismo, respecto de un solo proveedor de servicios de Internet, la prohibición u obligación de utilizar ciertos programas o sistemas operativos, proscripción de entrar en cibercafés, locutorios o bibliotecas o, incluso, de utilizar teléfonos móviles con acceso a Internet⁸⁰³.

IX.2.A.h. La eficacia de los sistemas de vigilancia electrónica.

1. Pareciera no haber uniformidad en la opinión sobre la efectividad de los sistemas de monitorización electrónica tradicionales aplicados como alternativas a las penas de prisión o como métodos de control de la libertad durante el proceso⁸⁰⁴. La presunción que subyace a todo sistema de vigilancia electrónica parte de la base que los sujetos monitoreados se verán disuadidos a cometer delitos, en tanto puedan ser

⁸⁰² CURPHEY, *Loyola Law Review*, 2005, pp. 2265-2266.

⁸⁰³ CURPHEY, *Loyola Law Review*, 2005, pp. 2266-2267 y FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, p. 319. Sin embargo, nótese que el acceso a Internet en países como Estados Unidos está tan desarrollado que hasta es posible acceder en forma inalámbrica en algunos parques, cfr. REGINA, *Seton Hall Circuit Review* 2007, p. 204 y nota 89.

⁸⁰⁴ Es crítico al respecto, TONRY, *Sentencing matters*, en especial pp. 100-133.

fácilmente ubicados en el lugar del crimen a la hora del mismo⁸⁰⁵. Sin embargo, de los estudios empíricos realizados, pareciera surgir que la vigilancia electrónica es eficaz durante su imposición, aunque sus efectos sobre la reducción de reincidencia sean mínimos o irrelevantes, una vez concluido el programa. En virtud de ello se sostiene que a fin de lograr efectos preventivos, los programas deben ir acompañados de otros medios o técnicas útiles para reducir la reincidencia, tales como programas formativos, laborales, de desintoxicación, entre otros)⁸⁰⁶.

2. En relación con los sistemas de vigilancia mediante GPS, se han realizado diversas verificaciones empíricas a fin de comprobar su efectividad, arrojando resultados diversos. La mayoría de los estudios realizados no han detectado diferencias significativas en los índices de reincidencia de las personas sujetas a vigilancia electrónica, respecto de aquellos sin monitoreo. Suele citarse, en primer lugar⁸⁰⁷, un estudio realizado entre los años 2006 y 2007 por autoridades del estado de Tennessee que, luego de seguir a un grupo de 900 delincuentes sexuales liberados, de los cuales 493 se encontraban bajo vigilancia satelital, no encontró diferencias significativas en los índices de reincidencia de ambos grupos⁸⁰⁸. Estudios posteriores coincidieron en estos resultados⁸⁰⁹.

3. Por su parte, se han encontrado dos estudios que sí han verificado tasas de reincidencia distintas en ambos grupos. En primer lugar, un estudio de Florida indicó que en un seguimiento realizado a un grupo de delincuentes sexuales durante dos años, la tasa de reincidencia fue del 3,3%, comparada con el 7,7% de un grupo no

⁸⁰⁵ Para un análisis criminológico de los distintos motivos que pueden llevar al cumplimiento de las obligaciones impuestas durante una libertad vigilada, véase BOTTOMS, en *Community penalties. Changel and challenges*, pp. 90-98, entre los que destacan las “razones coercitivas” (*constraint-based compliance*). Lo nota también CID MOLINÉ, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004, p. 230.

⁸⁰⁶ GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2006, pp. 139-140 y los numerosos estudios empíricos citados. Véase también GENDREAU/CULLEN/BONTA, en *Community corrections. Probation, parole, and intermediate sanctions*, pp. 198-206.

⁸⁰⁷ Cfr. MELOY, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 170.

⁸⁰⁸ TENNESSEE BOARD OF PROBATION AND PAROLE/MIDDLE TENNESSEE STATE UNIVERSITY, <http://www.correctechllc.com/uploads/document39.pdf> (última visita 20/05/2017).

⁸⁰⁹ En particular, se realizó un estudio en California con diversas etapas de seguimiento (seis y dieciocho meses) y similar verificación al de Tennessee. Los resultados fueron publicados en TURNER *et al*, http://ucicorrections.seweb.uci.edu/files/2013/06/HRSO_GPS_Pilot_Program.pdf (última visita, 20/05/2017) y TURNER *et al*, <http://ucicorrections.seweb.uci.edu/files/2013/06/HRSO-GPS-Pilot-Working-Paper.pdf> (última visita, 20/05/2017).

controlado mediante GPS⁸¹⁰. En segundo lugar, un estudio realizado en California y publicado en 2012 se ocupó de efectuar un seguimiento durante un año a 516 delincuentes sexuales, de los cuales la mitad se encontraba bajo vigilancia con sistema GPS. En este caso, se verificó que el grupo que no estaba sujeto a control fue tres veces más propenso que el otro grupo a violar las condiciones de libertad y hasta dos veces más propenso a ser arrestado nuevamente⁸¹¹.

IX.2.A.i. Balance sobre la idoneidad de las reacciones frente al agresor sexual.

1. A lo largo de este subepífrage, he intentado plantear los diversos problemas que se presentan en el análisis de idoneidad de las reacciones jurídicas frente a los agresores sexuales y, de ese modo, ofrecer mi posición en cada caso. A modo de recapitulación y balance final, cabe puntualizar las siguientes afirmaciones.

2. Como no todas las personas condenadas por delitos sexuales son iguales, antes de evaluar la idoneidad de una específica reacción, debería poder puntualizar cuáles son las características de la persona que reflejen que aquella medida en particular podrá ser eficaz.

3. Este análisis de idoneidad deberá plantearse con particular énfasis en las medidas de reclusión de seguridad y de castración química. En ambos casos deberá existir una evaluación médica previa sobre la persona, que aconseje un tratamiento específico y sus particularidades.

4. En segundo lugar, al momento de evaluar la idoneidad de la reclusión o internamiento de seguridad, será fundamental tener en consideración el derecho a las “condiciones no punitivas de internación o reclusión”. Del mismo se deduce que las condiciones de internación deben ser compatibles con el interés en “tratar” al sujeto.

⁸¹⁰ JANICKI, *Boston University Public Interest Law Journal*, 2007, p. 297.

⁸¹¹ GIES *et al*, “Monitoring high-risk sex offenders with GPS technology”, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/238481.pdf> (última visita, 20/05/2017).

5. Es inaceptable concebir una reclusión de seguridad sin tratamiento -al menos sin la oferta del mismo-, ya que ello implicaría suponer un encierro estrictamente asegurativo en donde pretendiera redimirse la peligrosidad del sujeto -fundamento del encierro- con el mero paso del tiempo.

6. En virtud de ello, partiendo del respeto al texto constitucional español y adoptando determinada concepción de la persona humana, no cabría pensarse en una reclusión de seguridad sin la oferta de tratamiento.

7. Al momento de valorar la eficacia de los programas de tratamiento existentes para delincuentes sexuales, se destaca el Programa de control de la agresión sexual, desarrollado en España y con una eficacia significativa en materia de prevención de la reincidencia en delitos sexuales.

8. Con relación a la idoneidad de la llamada castración química, la aplicación periódica de acetato de medroxiprogesterona provoca una reducción en los niveles de testosterona, a consecuencia de la cual el sujeto experimenta disminuciones en el deseo sexual. Se trata por ello de un tratamiento que, *a priori*, se presenta como idóneo.

9. Sin embargo, se aconseja en todos los casos proveer de un tratamiento psicológico que acompañe a la persona durante su reinserción comunitaria y no limitarse a la aplicación periódica de la supresión hormonal.

10. Al momento de evaluar la idoneidad de los registros públicos de delincuentes sexuales, los estudios empíricos no han podido comprobar diferencias estadísticamente sustanciales -en materia de prevención- entre personas que figuren en los registros, de aquellas que no lo integren. Sin embargo, en el análisis de eficacia se han argumentado otros efectos positivos del registro vinculados, sobre todo, a las facilidades en la comprobación de los autores del delito y a su ubicación.

11. Con relación a las restricciones y medidas de control impuestas a los delincuentes sexuales, se destaca que la prohibición de residir o transitar por un lugar determinado no ha demostrado ser eficaz.

12. Sin embargo, algunos estudios han podido comprobar la idoneidad del resto de las opciones de prevención situacional, como las restricciones informáticas o la vigilancia electrónica, más allá de los problemas que surjan de su implementación o control.

IX.2.B. Juicio de necesidad.

1. Aclarando nuevamente la intención de aplicar la estructura de análisis del principio de proporcionalidad al objeto concreto del presente trabajo, debe entenderse que el juicio de necesidad exige que las medidas asumidas para enfrentar la delincuencia sexual sean imprescindibles para el cumplimiento de dicha finalidad. Ello requiere poder determinar que no existen otras medidas igualmente idóneas, aunque de menor intensidad en su injerencia sobre los derechos de la persona. En este sentido, en caso de comprobarse la existencia de medios alternativos menos gravosos que, como mínimo, tengan igual eficacia que la medida concreta analizada, no podría seguir avanzándose en el análisis de legitimidad. Dicho de otro modo, si la medida analizada es igualmente idónea para la consecución del fin propuesto que otra medida de menor intensidad restrictiva, entonces aquella será innecesaria y, por ello, ilegítima⁸¹².

2. En primer lugar, voy a efectuar algunas consideraciones sobre las consecuencias que la aplicación de este subprincipio tiene, en concreto, sobre la imposición de medidas de tratamiento terapéutico, así como también del encuadre de las medidas menos restrictivas como un derecho del sujeto. Luego de ello, me referiré a algunas premisas asumidas por el legislador al momento de sancionar medidas coercitivas contra delincuentes sexuales. Ello, con el objeto de analizar la necesidad de las medidas desde un punto de vista comparativo, propio de este juicio. Finalmente,

⁸¹² Refiere esto último a la llamada exigencia de subsidiariedad interna, en la norma de sanción, que prohíbe el recurso a las sanciones penales más gravosas allí donde basten otras menos graves con idéntico efecto disuasorio; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 459-460.

utilizaré el principio para analizar algunos problemas concretos de los institutos analizados.

IX.2.B.a. La medida menos restrictiva como un derecho y sus implicancias en materia de tratamiento terapéutico.

1. Entiendo que el subprincipio de necesidad viene a generar, al menos, dos derechos en la persona a la que se le impone la restricción. El primero es la necesidad de que el sistema penal prevea la posibilidad de sustitución de medidas de seguridad por opciones menos restrictivas. Es decir, que no debería imponerse la ejecución de una medida única, sino más bien preverse la facultad del Juez de sustituir una medida por otra menos restrictiva, siempre que el grado de peligrosidad de la persona lo amerite. La legislación española ofrece esta posibilidad (arts. 97, 98 y 106.3, CPE), tanto en materia de medidas de seguridad para inimputables, como así también en el caso de la libertad vigilada prevista para imputables peligrosos.

2. En definitiva, considero que si existe una medida con menor injerencia -tanto en términos cuantitativos como cualitativos- e igual grado de eficacia, entonces, una concepción respetuosa del subprincipio de necesidad generará un derecho de la persona a que se le imponga esa medida y no otra.

3. Un matiz de esta idea sería que, cuando no pudiere asegurarse la aplicación automática de la medida menos gravosa, al menos sería imprescindible que se le asegurasen, al sujeto, medidas que permitan evolucionar hacia otras menos restrictivas. Y aquí es cuando se introduce el segundo de los derechos a los que hice referencia al comienzo de este punto y que ya he adelantado al referir a la idoneidad de la reclusión de seguridad⁸¹³.

4. Visto con un ejemplo, un delincuente sexual que se encuentra cumpliendo una custodia de seguridad o internamiento debería contar con la posibilidad de recibir un

⁸¹³ *Supra* IX.2.A.c.

tratamiento determinado que fomente la disminución de su peligrosidad y le permita el tránsito hacia una medida menos restrictiva que la que se esté ejecutando en ese momento.

De hecho, el sujeto debería poder exigir y el Estado poder asegurar la disponibilidad de aquel tratamiento. De esta manera es que concluyo que la persona tiene un verdadero derecho a recibir el tratamiento que disminuirá su encierro⁸¹⁴.

5. Ahora bien, la pregunta que sigue en este análisis es desde cuándo podrá ser ejercido este derecho. No puede olvidarse que, en caso de imputables peligrosos, lo primero que se ejecuta es la pena y recién una vez concluida ésta comienza la medida de seguridad. Por otro lado, debe advertirse que la finalidad constitucional de resocialización es operativa, tanto para las penas como para las medidas de seguridad. Aunque también debe sopesarse que durante el cumplimiento de la pena no podrá jamás imponerse un tratamiento particular, sino que se trata de ofertas que el sistema penitenciario debe asegurar para coadyuvar la progresividad del régimen.

6. Partiendo de estas premisas, debo proponer mi desacuerdo con la dilación del tratamiento, criticando que éste comience recién al agotarse el cumplimiento de la pena⁸¹⁵. De esta manera planteo los siguientes interrogantes críticos: ¿por qué se analiza la necesidad de tratamiento recién cuando el sujeto está cerca de cumplir la pena impuesta? ¿Por qué no comienza desde un principio?

6.a. A título de ejemplo, en el modelo estadounidense, la ley de Arizona establece el marco de tiempo -en el cual debe evaluarse si la persona debe ser considerada peligrosa y merecedora del tratamiento- en no más de 180 días y no menos de treinta antes del cumplimiento total de la pena⁸¹⁶.

7. Sospecho que la razón de ello es que el verdadero objetivo del internamiento es la incapacitación antes que el tratamiento. Si de verdad importase “tratar” al sujeto, ello

⁸¹⁴ Véase ROBINSON, *Distributive principles of criminal law*, p. 130. Como se vio, un sector de la doctrina incluso le otorga carácter constitucional al derecho a recibir tratamiento junto con otro, de igual jerarquía, a estar recluido en condiciones de internación no punitivas, cfr. JANUS, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 256.

⁸¹⁵ Cfr. QUINSEY, “Review of the Washington State Special Commitment Center Program”, document n°156568, 1992, pp. 3-4.

⁸¹⁶ *Arizona Revised Statutes Annotated* § 36-3702(A).

debería hacerse de inmediato y no esperar a que esté por quedar en libertad⁸¹⁷. El problema es que mediante la lógica de incapacitación exclusiva, queda al desnudo una real intención de extender el castigo del sujeto. Y ello resulta imposible de legitimar.

8. Me pregunto si restringirle al sujeto el abanico de posibilidades para disminuir su riesgo de reincidencia y postergarlas hasta el momento en que ya agotó la pena de prisión no atenta contra el principio de necesidad⁸¹⁸.

Si las reacciones penales frente al delincuente sexual tienen que ser imprescindibles, entonces, durante la ejecución de la pena ya se deberían implementar herramientas que tiendan a influir sobre esa necesidad -que evaluaré el día de mañana-. Por eso no veo la lógica de que el tratamiento comience recién una vez concluida la pena. ¿Qué se hizo durante todo este tiempo? ¿No debería haberse comenzado a trabajar antes con la persona? ¿Por qué esperar tanto tiempo? Recuérdese que, por mandato constitucional, la pena de prisión también debe ser ejecutada dentro del marco de la finalidad de resocialización. Por todo ello, mi posición es que, en estos casos, debería *mezclarse* la finalidad de la medida de seguridad durante la ejecución de la pena.

9. En esta línea, la consideración de la medida menos restrictiva como un derecho plantea la cuestión de la obligación por parte del Estado de brindar un tratamiento progresivo desde el momento mismo de la condena, que incluya etapas menos restrictivas que otras. Ello, a su vez, puede entrar en conflicto con la naturaleza voluntaria que ha de tener todo tratamiento, en el que no se puede forzar al sujeto destinatario del mismo a que lo reciba, al menos no en la concepción personalista

⁸¹⁷ Este razonamiento es el núcleo de los argumentos del voto en disidencia del Justice Breyer, en SCOTUS, de 23 de junio de 1997 (“Hendricks v. Kansas”), p. 374. La American Psychiatric Association, también advierte sobre la necesidad de implementar tratamientos voluntarios durante la ejecución de la pena, AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Dangerous sex offenders*, pp. 177-178.

⁸¹⁸ Debe destacarse, además en este punto, la crítica que realiza *Borja Jiménez* sobre lo que llama “Medidas de seguridad a posteriori” refiriéndose a los casos en los que la medida no es impuesta en la sentencia sino una vez agotada la pena, a partir de un pronóstico de peligrosidad realizado por organismos penitenciarios. El autor advierte que el riesgo para la sociedad debería ser valorado por el Tribunal, al momento de dictar sentencia y con una mínima vinculación al hecho enjuiciado. De lo contrario, estima que se dará un supuesto de “ulterior prisión encubierta como medida de seguridad impuesta sin hecho alguno”; BORJA JIMÉNEZ, *Revista General de Derecho Penal*, 2012, p. 29.

que se maneja en este trabajo. Y mucho menos durante la ejecución de la pena. En definitiva, el principio de necesidad obliga a considerar que las condiciones en que se impone una medida -por ejemplo la de internación- deben ser compatibles con el objetivo de ésta, es decir con el interés en “tratar” al sujeto, ya que debe poder demostrarse que las mismas tienden a disminuir el riesgo de reincidencia y evolucionan hacia medidas menos restrictivas⁸¹⁹. Y ello incluye un derecho de la persona a que sean impuestas desde un comienzo.

10. La negativa a utilizar métodos alternativos o menos lesivos para conseguir un objetivo no punitivo puede ayudar, entonces, a demostrar que el verdadero objetivo tenido en cuenta por el legislador fue punitivo y esto sí que no sería válido, ya que no podría concebirse una reacción con naturaleza punitiva por fuera del marco de la culpabilidad. Para que se entienda, si existen disponibles medidas menos restrictivas e igual de eficaces en el objetivo principal de aseguramiento y se opta por no aplicarlas, se estará demostrando que únicamente interesa la incapacitación. Y si ello es así, es decir si no se contempla una finalidad -aunque sea secundaria- de tratamiento o resocialización, considero que se daría una lógica afflictiva, propia del sentido retribucionista de la pena.

11. Nuevamente, una medida que rebase los alcances del principio de culpabilidad no podrá tener fundamento exclusivamente inocuizador, sino que deberá demostrar que tiende a reducir el riesgo de reincidencia del sujeto y una forma de lograrlo es acreditar la oferta de programas de tratamiento idóneos desde un comienzo y que evolucionen hacia niveles de restricción más atenuados⁸²⁰.

⁸¹⁹ Esta línea fue seguida por algunos precedentes de la Suprema Corte de Estados Unidos, al analizar la internación indefinida, SCOTUS, de 18 de junio de 1982 (ponente Powell) (“*Youngberg v. Romeo*”), y SCOTUS, de 1 de julio de 1986 (ponente Rhenquist) (*Allen v. Illinois*), citados por JANUS, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 256.

⁸²⁰ En doctrina, también con sentido crítico ver SIMON, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, p. 466.

En contra, véase SCOTUS, de 23 de junio de 1997 (ponente Thomas), (“*Hendricks v. Kansas*”), en especial pp. 366-367, considerando que hay casos en los que la internación puede tener por único fundamento la incapacitación, cuando el tratamiento no sea posible y que no sería razonable la obligación de liberar a estos sujetos que, por su condición, no están en condiciones de recibir tratamiento eficaz. Por otra parte, en SCOTUS, de 27 de enero de 2001 (ponente O’Connor), (“*Seling v. Young*”), en especial p. 265, el máximo Tribunal estadounidense confirmó esta doctrina precisando

12. De este modo, considero que la oferta del tratamiento debe comenzar desde el mismo momento en que se considere necesario y si ello ocurre durante la ejecución de la pena -incluso en el comienzo de la misma- deberá estar disponible para el convicto. Reitero que ningún tratamiento podrá ser impuesto obligatoriamente durante la ejecución de la pena, porque ello sería incompatible con el cumplimiento de esta sanción, pero sí deberá implementarse su ofrecimiento. Este razonamiento encuentra apoyo en un sector de la jurisprudencia estadounidense que, al momento de valorar la constitucionalidad del internamiento civil de seguridad⁸²¹, objetó que el “tratamiento” recién esté previsto una vez que quede agotada la pena. Ello, de acuerdo a los magistrados, no hacía sino confirmar que el tratamiento no era un objetivo primordial para los legisladores. También se argumentó allí que la inexistencia de tratamientos menos restrictivos que la internación indefinida demostraba, de alguna manera, que sólo interesaba la incapacitación.

IX.2.B.b. La cuestión de la supuesta mayor reincidencia de los delincuentes sexuales, como factor de evaluación de necesidad.

1. Una de las características más comunes que suele atribuirse al delincuente sexual es su alta peligrosidad, es decir, su elevada probabilidad de reincidencia⁸²². Esto incluso suele ser volcado en los fundamentos de muchas de las leyes penales que se sancionan dirigidas a esta clase de delincuencia. A título de ejemplo, es común encontrar en los fundamentos de las leyes de registro de delincuentes sexuales y notificación a la comunidad frases del estilo: “*la legislatura encuentra que los delincuentes sexuales generalmente tienen un alto riesgo de reincidencia...*”⁸²³.

que en aquellos casos en los que el centro de internación falle en cumplir con la finalidad de tratamiento, los internos tendrán habilitada la vía civil para demandar al Estado y que una internación no puede transformar su naturaleza jurídica en penal “por sus efectos”.

⁸²¹ SCOTUS de 23 de junio de 1997 (ponente Breyer -voto minoritario-), (“*Kansas v. Hendriks*”).

⁸²² ZIMRING, *An american travesty. Legal responses to adolescent sexual offending*, p. 29.

⁸²³ Ver a título de ejemplo *Washington Laws*, 1990 Capítulo 3, §117 y §402 y *Louisiana Revised Statutes* §15.540. Ello no es privativo del modelo estadounidense, como puede verse de los fundamentos del Real Decreto 95/2009 de España (“...*aunque este registro no está concebido como*

2. Si bien esta presunción suele presentarse como irrefutable, existen estudios que demuestran lo contrario. En este sentido, al momento de estudiar la cuestión de la reincidencia de los delincuentes sexuales, un sector de la doctrina advierte sobre dos enunciados tradicionalmente falsos: a) es falso que los delincuentes sexuales tengan altas tasas de reincidencia, y b) es falso que los delincuentes sexuales tengan mayores tasas de reincidencia que el resto de los delincuentes⁸²⁴.

3. Se entiende que esta cuestión interesa al juicio de necesidad, dado que los operadores suelen justificar la utilidad de las medidas, en función de la elevada probabilidad de reincidencia que poseen las personas condenadas por delitos sexuales, mas podrá verse a continuación que dicha previsión no necesariamente es tal. En este sentido, entiendo que al momento de evaluar los medios alternativos, debe tenerse en cuenta la precisa determinación del riesgo que se espera de la persona. En otras palabras, si asumo como dogma que el sujeto condenado tiene un grado elevado de posibilidad de reincidencia, ello influirá de un modo determinado en la búsqueda de medios alternativos. En cambio, si hago caso a los estudios que indican un grado de peligrosidad menos exagerado, entonces la cantidad de las alternativas menos lesivas será, sin duda, mayor.

4. Al respecto se observa que, entre los estudios más importantes que se han ocupado de verificar empíricamente las tasas de reincidencia de los delincuentes sexuales, se ha comprobado que la misma sería de un promedio de 13,4%, como resultado del seguimiento durante cuatro o cinco años y del 20% luego de diez años. Asimismo, se estima que aun prolongando el seguimiento e incluyendo los registros de reincidencia como método de análisis, el promedio de reincidencia rara vez excedería del 40%⁸²⁵.

registro específico de agresores sexuales, sin duda alguna su puesta en funcionamiento contribuirá a prevenir la especial reincidencia que se produce en estos tipos delictivos.”).

⁸²⁴ Cfr. WRIGHT, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p. 26.

⁸²⁵ HANSON/BUSSIERE, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 1998, p. 357; y HANSON *et al.*, *Canadian Journal of Behavioural Science*, 2004, p. 87. Ello sin perjuicio de remarcar que Hanson advierte también que existe un pequeño subgrupo con mayor propensión a la comisión de delitos sexuales, cuya tasa de reincidencia puede ser estimada razonablemente entre un 70 u 80%, cfr. HANSON, *Psychology, Public Policy & Law*, 1998, pp. 67-68. Estos datos se mantienen en estudios

5. Se advierte, de todas formas, que algunos estudios han dado cifras distintas⁸²⁶. Ello puede deberse a distintos factores, entre los que destacan el tiempo de seguimiento, el concepto de reincidencia que se maneje, los criterios de selección del grupo de personas a seguir e, incluso, la distinción por especie medida de delito sexual. Tampoco debería pasarse por alto que, en la mayoría de los estudios sobre reincidencia en delitos sexuales, se advierte sobre la gran cantidad de delitos no denunciados con lo cual las cifras no deberían ser valoradas en términos absolutos⁸²⁷.

6. A título de ejemplo, para remarcar la diversidad de cifras que se manejan, se destaca un estudio realizado en Estados Unidos sobre un grupo de condenados por delitos sexuales una vez que son puestos en libertad o en *probation*. Del seguimiento efectuado durante tres años, pudo comprobarse un índice de reincidencia en delitos sexuales del 4,5%⁸²⁸.

7. Frente a la diversidad de estudios sobre reincidencia en delitos sexuales, algunos autores -como el profesor canadiense *Quinsey*- se han mostrado críticos sobre su fiabilidad, poniendo de manifiesto que, “claramente si uno contemplara selectivamente varios estudios, podría concluir lo que quisiese”⁸²⁹.

más recientes, cfr. NGUYEN/FRERICH/GARCÍA/SOLER/REDONDO-ILLESCAS/ANDRÉS-PUEYO, *Boletín Criminológico*, 2014, p. 2.

Por otra parte, debe mencionarse que las cifras han sido muy distintas en cuanto a la reincidencia en delitos sexuales de delincuentes menores de edad (43%), cfr. SCHRAM/MILLOY, “Community notification: a study”, p. 13. Nótese que, en este último estudio, el grupo de delincuentes adultos reincidió en un 14% en delitos sexuales, con lo cual la diferencia con los menores es importante (p. 14).

⁸²⁶ Es muy citado el artículo de FURBY *et. al*, *Psychological Bulletin*, 1989, pp. 3-30 que sistematizó y comparó todos los estudios sobre reincidencia de delitos sexuales existentes hasta ese año (cuarenta y dos de fuentes primarias y trece de fuentes secundarias).

⁸²⁷ Cfr. FURBY *et al*, *Psychological Bulletin*, 1989, p. 4; AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Dangerous sex offenders*, pp. 129 y 132-133; LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 45; y MELOY, *Criminal Justice Policy Review*, 2005, p. 212.

⁸²⁸ MELOY, *Criminal Justice Policy Review*, 2005, pp. 226-227. No pierdo de vista que el hecho de que los sujetos evaluados hayan sido merecedores de “*probation*” puede indicar que se trata de un grupo de sujetos menos propensos a la reincidencia.

⁸²⁹ QUINSEY, en *Law and mental health: international perspectives*, vol. I, p. 101. Lo cita también FURBY *et. al*, *Psychological Bulletin*, 1989, p. 27. Véase también CRIMALDI, *Rutgers Law Journal*, p. 174 quien cita a su vez un trabajo de *Mary A. Kircher*.

De todos modos, a pesar de la falta de coincidencia en las cifras, parece haber consenso en concluir que los índices no son tan altos como suponen los fundamentos de las leyes, mediante las cuales se debate la sanción de medidas contra las personas condenadas por delitos sexuales. Siempre posicionándose frente a estudios previos a la introducción de las reacciones penales analizadas, con lo cual tampoco podría refutarse esta objeción, argumentando que los niveles de reincidencia se deben a la eficacia de las medidas.

8. En segundo lugar, respecto a la creencia de que los condenados por delitos sexuales reinciden en un grado mayor que otra clase de delincuentes, también encontramos trabajos que refutan esta presunción. Así, sobre un estudio realizado a 10.000 delincuentes sexuales liberados en quince estados estadounidenses en 1994, se comprobó que menos de la mitad (43%) fueron detenidos nuevamente por la comisión de delitos (cualquiera), dentro de los tres años de su liberación. Realizado un estudio similar sobre delincuentes liberados por delitos contra la propiedad o de estupefacientes, la tasa de reincidencia pasó a ser de dos tercios⁸³⁰.

9. En este sentido, un estudio de Massachusetts del año 1999 efectuó un seguimiento durante tres años de todas las personas puestas en libertad ese año. Allí se comprobó una tasa de re-encarcelamiento del 28% entre delincuentes sexuales, muy por debajo de los delitos contra la propiedad (52%) y delitos contra las personas (40%)⁸³¹. Nuevamente premisas falsas.

10. Una tercera afirmación, que sigue la línea de lo tratado en el juicio de idoneidad respecto a la diversidad de factores que definen a las personas condenadas por delitos sexuales, cuestiona si éstas son parte de un grupo homogéneo que reincide en forma uniforme, o si por el contrario, se trata de un grupo heterogéneo en el cual es posible destacar algunos delincuentes con más probabilidad de reincidir que otros. Si esta

⁸³⁰ Cfr. MIETHE *et. al.*, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 2006, p. 207.

⁸³¹ MATTHEWS HOOVER, "Recidivism of 1999 released Department of Correction inmates", pp. 17-18 y tabla 8. Ver también p. 24, tabla 14. El estudio consistió en un seguimiento, durante tres años, de los 2912 presos liberados en el año 1999 en el estado de Massachusetts, destacando que, del total, reincidieron 1126 y sobre este número en concreto se efectuó una discriminación de acuerdo a la clase de delitos.

segunda opción es la más acertada -como parece ser⁸³²- entonces debería pensarse en respuestas estatales selectivas en vez de indiscriminadas.

11. A título de ejemplo, se habla de la conveniencia de un sistema de registro y notificación más selectivo, capaz de ser aplicado únicamente a aquellas personas que estén dentro del subgrupo más peligroso⁸³³. En esta línea, las leyes “*Megan*” del modelo estadounidense estuvieron inicialmente pensadas para los casos de personas con antecedentes por delitos sexuales contra menores. Sin embargo, los delitos cubiertos fueron ampliándose cada vez más y, en consecuencia, también creció el número de personas registradas y monitoreadas, lo cual generó -además de injusticias- importantes dificultades de ejecución del sistema y menores oportunidades de eficacia y eficiencia. Es por ello por lo que parece considerarse que la aplicación indiscriminada del sistema de registro de delincuentes sexuales y notificaciones a la comunidad dificulta los efectos preventivos que pudiere tener, en función del amplio abanico de personas que deben contenerse por parte de las agencias policiales o patronatos de liberados. Como consecuencia de ello se pone en duda su carácter necesario.

11.a. Sobre la cuestión de la heterogeneidad de los delincuentes sexuales, se publicó en el año 2006, un estudio realizado en Illinois -Estados Unidos- que analizó el seguimiento de 17.000 personas detenidas por delitos sexuales entre 1990 y 1997, clasificando a los delincuentes sexuales en siete categorías para intentar determinar si los índices de reincidencia variaban en una u otra⁸³⁴. Las categorías de delitos utilizadas fueron las siguientes: pornografía infantil, abuso de menores, pedofilia (sexo con menores de doce años), “*hebophilia*” (sexo con niños de entre trece y dieciocho años), violación (a mayores de dieciocho años), infracciones al sistema de registro de delincuentes sexuales y otros.

11.b. Primero se analizó la tasa de reincidencia en cualquier delito, comprobándose que para el período de cinco años, quienes más reincidieron fueron los de la categoría de abuso de menores (51,9%), seguida de los violadores (49,1%), otros (48,6%), “*hebophilia*” (37,4%), pornografía infantil (34,6%) y pedofilia (31,4%).

⁸³² FURBY *et. al*, *Psychological Bulletin*, 1989, p. 27 y QUINSEY, en *Law and mental health: international perspectives*, vol. I, p. 101.

⁸³³ Cfr. SAMPLE/BRAY, *Criminal Justice Policy Review*, 2006, p. 84.

⁸³⁴ SAMPLE/BRAY, *Criminal Justice Policy Review*, 2006, pp. 83-102.

11.c. A continuación, analizaron la tasa de reincidencia del muestreo de personas re-arrestadas por el mismo delito sexual, verificándose nuevamente diferencias importantes entre las distintas categorías. Así, en un período de cinco años, quienes más reincidieron en el mismo delito fueron los violadores (5,8%), seguidos de otros (5,4%) y de pornografía infantil (3,8%). Aquellos incluidos en la categoría de pedofilia y “*hebophilia*” apenas superaron el 1%.

11.d. Finalmente, se analizó la tasa de reincidencia en cualquier delito sexual. Para el período de cinco años quienes más reincidieron fueron los de la categoría de pornografía infantil (10%), seguidos de otros (poco menos de 10%), violadores (aproximadamente 7%), “*hebophilia*” (poco menos de 6%), pedófilos (poco más del 4%) y abusadores de menores (cerca del 4%). Como puede verse, en este caso se observó que las diferencias de reincidencia -en cualquier delito sexual- no eran sustanciales entre las distintas categorías.

11.e. Si bien esto último parecería indicar homogeneidad entre los distintos delincuentes sexuales, lo cierto es que los estudios comprobaron sustanciales variaciones entre las distintas categorías de delincuentes sexuales, para los casos de reincidencia en cualquier delito -no necesariamente sexual- o en el mismo delito sexual.

12. En función de ello, pareciera que si bien algunos estudios destacan cierta similitud en las tasas de reincidencia de cualquier delito sexual, la misma no es de un grado tal que justifique el tratamiento igualitario de todos los delincuentes sexuales en los términos del sistema de registro y notificación comunitaria. Esta circunstancia no podrá ser dejada de lado en el análisis de necesidad. De ahí que, al momento de evaluar la aplicación de una medida determinada a una persona condenada por cualquier delito sexual, deba tenerse en cuenta su concreto historial delictivo y la especie de delito sexual que de él se espera, para poder entender si la medida es realmente necesaria o no. En suma, estimo que los estudios sobre reincidencia en delitos sexuales deberían ser tenidos en cuenta para definir la necesidad de imposición o mantenimiento de algunas medidas impuestas, en aquellos casos de bajo riesgo.

13. No puede dejarse de lado, como ha podido verse, que existen diferentes criterios para medir la reincidencia de los delincuentes sexuales (sea por edad, por re-encarcelamiento, en comparación con otros delitos, por tiempo de seguimiento, por clasificaciones de delitos, etc.). En virtud de ello, los índices de reincidencia serán

relativos, en función de qué es lo que se está queriendo medir⁸³⁵. De todas formas, los estudios empíricos parecen indicar que las premisas sobre las que se fundan las modernas leyes de delincuentes sexuales, esto es las altas tasas de reincidencia de esta clase de delincuentes a diferencia del resto, no son generalmente válidas y que, por el contrario, la persona que ha cometido un delito sexual puede tener, incluso, menores chances de repetir su conducta que otros delincuentes.

14. Como contrapeso de este argumento, algunos autores ponen el foco en los efectos de la reincidencia y remarcan que la naturaleza del crimen sexual y el daño esperado es mayor que el de otros delitos con índices de reincidencia más altos. En función de ello, la circunstancia de comprobarse que los delincuentes sexuales no poseen una mayor tasa de reincidencia que la de los delitos comunes -de ser conocida- no generaría mayores cambios en la actitud del público que demanda respuestas más intensas para este tipo de crímenes⁸³⁶.

IX.2.B.c. Los pronósticos de peligrosidad y su eficacia.

1. Una cuestión que debe ser definida en este punto es la referida a la eficacia de la predicción de peligrosidad, ya que se vincula con la necesidad de la medida de seguridad. Dicho de otro modo, si existe un error en la identificación de una persona peligrosa -o en su grado-, entonces la medida que se le esté imponiendo no será realmente imprescindible.

2. En este sentido, se suele adjudicar mayor eficacia a los métodos actuariales o mixtos que a los clínicos, aunque de todos modos se conserva un margen de error considerable⁸³⁷. Cabría preguntarse si la medida impuesta en función de un pronóstico ineficaz continúa siendo legítima -por su falta de necesidad- o si bien

⁸³⁵ Cfr. WRIGHT, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p. 28.

⁸³⁶ ZIMRING, *An american travesty*, p. 29.

⁸³⁷ *Supra* Capítulo II.2.

debería resignarse a la idea de que en materia de probabilidad la certeza queda excluida por definición⁸³⁸.

3. La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad es uno de los grandes problemas de legitimación que afronta cualquier reacción penal fundada en la peligrosidad. Es que, superadas las concepciones deterministas de la persona y partiendo del reconocimiento de su autonomía y su libertad, pareciera insalvable la crítica que objeta la imposibilidad de imponer una consecuencia jurídica fundada en el pronóstico de reiteración delictiva que, para peor, es realizado con un alto margen de error. ¿Cómo poder sostener que la persona sobre la que recae el pronóstico no será un falso positivo si es libre y autónoma en sus decisiones, en tanto persona responsable?⁸³⁹.

4. Por otro lado la desconfianza en la eficacia de la predicción tendrá efectos en la propia legitimación de la reacción penal. Así, en el caso de la fundamentación mayoritaria del interés preponderante, no puede olvidarse que ésta supone la existencia de un “peligro amenazante” que debe ser prevenido por intermedio de la medida preventiva. Por lo tanto, si ese peligro puede ser determinado de un modo convincente, sería difícil mantener algunas de las objeciones que se le efectúan a este recurso y la discusión prácticamente se debería centrar en los límites y la medida aceptable de la reacción penal⁸⁴⁰.

5. La resignación por la búsqueda de certezas en materia de pronóstico parece ser el camino elegido por los sistemas que se basan en la presunción de peligrosidad por la gravedad del delito cometido. Por otro lado, un sector de la doctrina advierte sobre un gran porcentaje de pronósticos que son de “zona media”, es decir, que no son claramente positivos ni claramente negativos, lo cual genera el problema fundamental de determinar la aplicación del principio procesal de *in dubio pro reo*, por medio del cual esa duda debería conllevar a la solución de no peligrosidad⁸⁴¹.

⁸³⁸ TERRADILLOS, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, p. 25.

⁸³⁹ Véase por todos MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 65. Va más allá en su análisis CARUSO FONTÁN, *El delincuente imputable y peligroso*, pp. 102-106.

⁸⁴⁰ ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, p. 98.

⁸⁴¹ SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, pp. 103-105.

Ello, en la medida en que al tratarse de la imposición de una consecuencia jurídica, necesariamente, debería poder ser de aplicación esta tradicional garantía procesal. Por el otro lado, esta limitación podría ser vista como un obstáculo para el cumplimiento de la finalidad inocuizadora que fundamenta la imposición de estas sanciones.

6. En la práctica, al no estar determinado el estándar que debe alcanzar la prueba de peligrosidad o bien de su ausencia, se advierte una inversión del principio procesal mencionado para determinar que ante la duda el sujeto será peligroso. De este modo, así como en el Derecho penal de culpabilidad el acusado estará protegido por la presunción de inocencia y estándares probatorios basados en certezas para condenar, no sucede lo mismo en el Derecho penal de la peligrosidad donde se le exige al acusado tener que demostrar algo que no hará en el futuro y los estándares probatorios no están determinados⁸⁴².

7. Si bien, desde el punto de vista político-criminal, parece aceptable que el punto de partida del legislador sea la selección de un delito determinado para la imposición de una medida de seguridad, ello requerirá un paso más si pretende superarse cualquier análisis de legitimidad. En tal sentido, la regla general debería ser siempre la presunción de inofensividad de la persona⁸⁴³ y la carga judicial de la prueba de fundar un pronóstico de peligrosidad al momento de hacer efectiva la medida de seguridad -es decir, al momento de finalizar el cumplimiento de la pena-. Asimismo, el pronóstico de peligrosidad (y la carga judicial de efectuarlo) deberá ser reeditado periódicamente, con el objeto de determinar la necesidad de mantener la medida, o bien, de sustituirla por otra.

7.a. El método escogido para valorar la peligrosidad no será indiferente. Al respecto se mantienen las objeciones realizadas, principalmente al método actuarial⁸⁴⁴. En particular -se reitera aquí- que el hecho de que una persona tenga determinadas características (sexo, edad, desempleo, relaciones familiares y uso de drogas) lo ubica dentro de un grupo en el que hay evidencias de comisión de delitos. Incluso puede cuantificarse el grado de probabilidad de que cometa un delito. Pero no puede utilizarse tal evidencia (pertenencia a un grupo

⁸⁴² MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 73.

⁸⁴³ DUFF, en *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, pp. 153-55.

⁸⁴⁴ Véase, en particular, *supra* Capítulo II.2.A.

actuarial) para incapacitarlo, dado que hasta último momento debería predominar la capacidad de decisión que toda persona posee⁸⁴⁵.

IX.2.B.d. La necesidad del internamiento o reclusión de seguridad.

1. Para verificar la necesidad de continuar con el internamiento o la reclusión de seguridad, los distintos modelos de internamiento o reclusión establecen variadas formas de control. Los puntos salientes a tener en cuenta, en cada sistema, hacen a la periodicidad del control del encierro y a la existencia de determinados impedimentos para que la persona solicite su liberación.

2. En cuanto a lo primero, en algunos casos -y parece recomendable que así sea-, se imponen revisiones obligatorias -generalmente anuales-, a fin de determinar si la reclusión continúa estando justificada. En segundo lugar, se observan ejemplos en los que se prevé que sean los funcionarios, a cargo de la ejecución de la internación, quienes en cualquier momento determinen que el sujeto se encuentra en condiciones de requerir la liberación. Finalmente, en otros casos, el propio interno tiene derecho a solicitar su liberación en cualquier momento, o bien con períodos mínimos de seis meses⁸⁴⁶.

3. Por su parte, los procedimientos para evaluar las solicitudes de externación también son variados y pueden incluir la realización de audiencias con intervención del Fiscal, el defensor, los psicólogos, los peritos y los testigos -incluyendo pruebas del procedimiento anterior por el cual se le impuso la internación-. En teoría, se coloca en cabeza de la Fiscalía la carga de probar que el sujeto continúa representando un peligro para la sociedad y sigue reuniendo los requisitos legales para ser considerado peligroso o bien un delincuente sexual violento. Sin embargo, en la práctica ello no funciona así y resulta una de las críticas que más se le efectúan

⁸⁴⁵ CARUSO FONTÁN, *El delincuente imputable y peligroso*, pp. 102-106.

⁸⁴⁶ Ver, en Estados Unidos, *Washington Revised Code Annotated* § 71.09.070, 080(4) y 090; *Kansas Statutes Annotated* §59-29a08, 10 y 11. Véase también JANUS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2013, p. 334.

al sistema, es decir, que se imponga al propio recluso la carga de probar su falta de peligrosidad⁸⁴⁷.

4. Finalmente, en algunos ejemplos del modelo estadounidense se prevé el derecho - tanto del sujeto como de la Fiscalía- a convocar a un jurado para que resuelva la cuestión. Desde ya que en, en cualquier caso que se acredite que la persona no representa un peligro para la sociedad, se ordenará su liberación que podrá ser condicional, restringida o total⁸⁴⁸.

5. Por lo que puede verse de la práctica, el porcentaje de libertades es extremadamente bajo, sobre todo si se lo compara con los ingresos que ocurren cada año. Ésta es una de las principales dificultades que se advierten no sólo en materia de legitimidad -ya que evidencia un objetivo claro de encierro permanente- sino además de eficiencia y de costos proyectados. En este sentido, en el modelo estadounidense, hacia el año 2000 se estimaba que los índices de libertad eran de un promedio del 1%, con variaciones importantes según los estados⁸⁴⁹.

6. Esta problemática refleja, por un lado, la ineficacia de los tratamientos y, asimismo, la poca disposición para autorizar libertades.

6.a. De hecho, éste ha sido uno de los principales puntos por los cuales se declaró la inconstitucionalidad del internamiento civil del estado de Minnesota, por parte de un Juez Federal, que tuvo en cuenta que en veintidós años de implementación se recluyeron más de 714 personas y no se liberó plenamente ninguna. Por el contrario, la forma en que se implementó el modelo en aquel estado resultó la más estricta de todo el país, con la tasa más baja de liberaciones⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ JANUS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2013, p. 334.

⁸⁴⁸ Ver, en Estados Unidos, *Washington Revised Code Annotated* § 71.09.090; *Kansas Statutes Annotated* §59-29a 08 y 10.

⁸⁴⁹ JANUS, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 257. Advierte que, según el informe, en Arizona el índice era del 15%, en Washington del 4% y en Minnesota sólo se había liberado a un interno de los 183. Hacia el año 2003 el número de internos liberados o en vigilancia comunitaria se estimaba en ochenta y seis, cfr. LA FOND, *Preventing Sexual Violence*, p. 146. En los años siguientes la tendencia se mantuvo, cfr. JANUS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2013, pp. 331-334 y SMITH, *Oklahoma Law Review*, 2015, p. 653.

⁸⁵⁰ US District Court of Minnesota, de 17/06/2015 (ponente Frank), § 25-27.

7. Este punto no es menor y atenta contra el funcionamiento del sistema, ya que el esfuerzo de los reclusos y las recomendaciones por parte de los terapeutas, ya sea de poner en libertad o de conceder alternativas menos gravosas al internamiento, generan un efecto muy positivo en el compromiso de los internos en el tratamiento. Si, por el contrario, los sujetos ven que no hay libertades ni promociones a alternativas menos estrictas, ello influirá negativamente, dado que descreerán de las posibilidades de libertad y concluirán que da lo mismo cumplir con las pautas de tratamiento que no hacerlo⁸⁵¹.

8. En segundo lugar, una de las críticas tempranas que se le hicieron a la reclusión por tiempo indeterminado, fue la falta de previsión de mecanismos alternativos que aseguren el reingreso gradual del internado a la comunidad⁸⁵². A partir de allí se formuló la necesidad de creación de establecimientos de transición entre los centros de internación y la comunidad. Sin embargo, en algunos casos, las comunidades comenzaron a manifestarse en contra de la elección de un barrio determinado generando actitudes reacias a tolerar que se instale un delincuente sexual en su vecindario⁸⁵³.

9. Evidentemente, todo ello atenta contra el principio de necesidad y condiciona las posibilidades reales de éxito en el tratamiento de las personas que están internadas, sin una legítima aspiración a reinsertarse -siquiera gradualmente- en la comunidad.

9.a. Se destaca, por ejemplo, que en el caso de Washington, la legislatura dispuso que las distintas alcaldías del estado debieran adecuar sus regímenes municipales para desarrollar facilidades para la transición segura de los internados en la comunidad. Sin embargo, no hubo iniciativas de parte de las autoridades locales, con lo cual el propio estado tuvo que

⁸⁵¹ LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 147.

⁸⁵² En el caso de Washington, tanto QUINSEY, “*Review of the Washington State Special Commitment Center...*”, p. 5, como los sucesivos informes de la “*Special Master*” Janice Marques -ver LIEB, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, p. 478- remarcaron entre las críticas, la falta de programas y lugares adecuados para una transición segura de los internos a la comunidad. De hecho, Washington reformó su ley en el año 1995 a fin de agregar regímenes alternativos o menos estrictos de internación -Washington 1995 Legislative Service, Chapter 216 §7-, ya que hasta ese momento no existían.

⁸⁵³ Cfr. LIEB, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, pp. 484 y 486.

tomar cartas en el asunto y requerir que determinadas municipalidades se hicieran cargo de cumplir con el desarrollo necesario para contar con un sistema de transición ordenada⁸⁵⁴.

9.b. También surgieron dificultades desde el punto de vista legal, ya que se exigió que los lugares de transición de los internos a la comunidad no estuvieran cercanos a lugares de actividades o establecimientos riesgosos, como escuelas, paradas de autobús escolar, guarderías, parvularios, iglesias, parques, campos de deportes y bibliotecas, entre otros; aunque por el otro lado se exigió que estuviesen ubicados en sitios en donde la policía pudiera llegar en cinco minutos (*five-minute response time*)⁸⁵⁵, con lo cual resultó sumamente complicado encontrar un lugar que cumpliera con tales requerimientos. A todo esto hay que sumarle los enormes costos que estas dificultades suponen y que resumiremos a continuación⁸⁵⁶.

10. Estas críticas resultan aplicables, también, al modelo británico de pena indeterminada en el que es el delito el indicador objetivo de peligrosidad que ocasiona la imposición de una pena indefinida. De aquí que el condenado dependerá de la gracia que pueda concederle el gabinete de libertad condicional o el Juez. Sin embargo, el modelo no prevé la implementación de mecanismos alternativos, ni siquiera graduales, como así tampoco tratamientos que favorezcan una progresividad en la ejecución de la pena indefinida. Se revela así un trasfondo netamente asegurativo que en ningún momento apunta a la persona condenada y a su reinserción.

IX.2.B.e. La necesidad de los registros de agresores sexuales - La presunción de peligrosidad obligatoria.

⁸⁵⁴ Así por ejemplo, se estableció un sistema mediante el cual se eligieron los partidos con más delincuentes residentes internados, como el caso de King County que -hacia el año 2002- tenía más de un 30% del total de internados; cfr. LIEB, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, pp. 485-486.

⁸⁵⁵ LIEB, *Annals New York Academy of Sciences*, 2003, pp. 484 y 486.

⁸⁵⁶ En particular, sobre los costos y dificultades de implementar sistemas de liberación o vigilancia comunitaria véase LA FOND, en *Protecting society from sexually dangerous offenders. Law, justice and therapy*, pp. 293-294.

1. Tal como se explicó con mayor profundidad en la primera parte de este trabajo⁸⁵⁷, la determinación de la peligrosidad puede ser analizada desde distintos enfoques. Por un lado, pueden estudiarse los métodos desarrollados para pronosticar la reiteración delictiva que son en principio tres: clínico, actuarial y mixto.

2. Desde otro punto de vista, puede valorarse la predicción de la peligrosidad según sea discrecional u obligatoria. En el primer caso, se impone la necesidad de individualizar un pronóstico de peligrosidad (*risk-based approach*), que se delega en un funcionario, sea el Juez, un cuerpo pericial o, incluso, un organismo penitenciario.

3. El segundo supuesto trata de sistemas en los que se considera que el pronóstico de peligrosidad viene determinado, normativamente, a partir de una circunstancia objetiva que se plantea como indicativa de un pronóstico de reiteración delictiva (*conviction-based approach*). Por ejemplo, por el tipo de delito cometido, o bien, por la cantidad de condenas anteriores por delitos similares. En estos casos, ante la presencia de la circunstancia objetiva corresponde un deber de imposición de determinada consecuencia jurídica. De este modo se establece una verdadera presunción *iuris et de iure* de peligrosidad, en la cual la ley determina las condiciones objetivas para considerar peligrosa a una persona y el Juez u operador se limitan a constatar la concurrencia de esa circunstancia, en cuyo caso tendrán el deber de imponer la medida de seguridad prevista.

4. El sistema de internación o reclusión de delincuentes sexuales, tal como pudo verse, exige un procedimiento para determinar la concurrencia de este instituto. Ello sucede tanto en el modelo civil –en el cual se practica un procedimiento para determinar la condición de “depredador sexual violento”–, como en el penal, –en el que el Juez debe fundar un pronóstico de peligrosidad luego de una apreciación conjunta del autor y de sus hechos. Se trata, entonces, de un enfoque discrecional de la predicción de peligrosidad.

5. No sucede lo mismo en materia de registro de delincuentes sexuales, ya que esta medida se impone a todo aquél que haya cometido un delito determinado, sin importar las circunstancias personales del sujeto, ni si el mismo es capaz de

⁸⁵⁷ *Supra* II.2.B.

demostrar que carece de una estructura tal que lo transforme en peligroso. Se trata, por ello, de un sistema de peligrosidad obligatoria o abstracta⁸⁵⁸, en función del delito cometido. Y ello atenta contra la necesidad de la medida que el legislador no se plantea en ningún caso.

6. Ésta es una de las críticas que se le hacen al sistema de registro de delincuentes sexuales y notificación a la comunidad, el de su presunción *iuris et de iure* de peligrosidad⁸⁵⁹. El enfoque de registro y notificación obligatorio lleva al sujeto a tener que tolerar que sus datos sean divulgados a la comunidad por el sólo hecho que haya cometido un delito determinado, siendo ese mero dato objetivo criterio suficiente para encuadrar en los términos de la ley. En este sentido, el régimen - además de innecesario- puede llegar a ser suficientemente restrictivo y, en algunos sistemas perpetua su duración. De aquí que se exija garantizar el derecho de defensa por parte del individuo, para que pueda demostrar que no constituye una persona peligrosa, o bien, que la medida no resulta necesaria⁸⁶⁰.

7. Nuevamente, resulta interesante resumir este argumento crítico a través de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Se trata del precedente “*Connecticut v. Doe*”⁸⁶¹, fallo en el que se analizó si una ley que preveía el registro y la notificación de delincuentes sexuales debía establecer una audiencia en donde poder discutirse la peligrosidad de la persona y la necesidad de la medida.

7.a. El recurrente había fundado su presentación en esos términos, sin referencias a la inconstitucionalidad del registro o notificación en sí mismas, alegando únicamente que no era un delincuente sexual peligroso y que, por lo tanto, la ley de Connecticut violaba su derecho al debido proceso, en tanto le imponía una medida restrictiva de su libertad y su reputación, sin el derecho a ser oído al respecto.

7.b. En la instancia anterior, la Cámara de Apelaciones había hecho lugar al recurso, considerando que el debido proceso exigía que las personas tuvieran derecho a una audiencia en la cual poder valorar si eran o no peligrosas, antes de ser etiquetadas como tales en un registro públicamente distribuido. En este sentido se había advertido que, así como la ley de Connecticut podía restringir la libertad de las personas -en cuanto a su estigmatización como

⁸⁵⁸ Así lo considera HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal*, p. 117.

⁸⁵⁹ LOGAN, *Knowledge as power*, pp. 141-147.

⁸⁶⁰ Cfr. LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 103

⁸⁶¹ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (ponente Rehnquist) (“*Connecticut v. Doe*”).

peligrosas y también respecto de las obligaciones de registro impuestas-, a ello se contraponía la obligación del estado de darle al sujeto la posibilidad de demostrar que no era peligroso.

8. La Suprema Corte de Estados Unidos concluyó que el enfoque de presunción obligatoria de peligrosidad, previsto en las normas de registro público de delincuentes sexuales era constitucional. En sus fundamentos comenzó por aclarar que la garantía constitucional del debido proceso no obligaba a la realización de una audiencia para determinar la inexistencia de peligrosidad, ni la necesidad de la medida. En este sentido, aclaró que el sistema cuestionado se limitaba al registro y publicación de datos relativos a personas condenadas por determinados delitos, sin valorar si éstos eran o no peligrosos. Por el contrario, el único hecho que interesaba era el de la condena por un delito determinado que la norma permitía registrar y publicar⁸⁶². Y se destacó que el debido proceso, en todo caso, había sido protegido mediante el debate oral y público oportunamente efectuado para juzgar a la persona finalmente condenada.

9. La Corte finalizó argumentando que, aun en el caso en que el sujeto demostrare que no era peligroso, ello no impedía al estado llevar adelante su decisión de registrar la información de determinados condenados y darla a publicidad. No había en ello ninguna violación al debido proceso. Incluso, agregó que intentar demostrar su falta de peligrosidad constituiría un ejercicio inútil o innecesario⁸⁶³.

10. Resumiendo, esta posición considera que el registro de datos de personas condenadas por ciertos delitos -y su difusión- no supone un juicio de peligrosidad, sino una potestad estatal de conservación de datos de condenas y difusión de las mismas. Pareciera que esta argumentación omite tomar en consideración el efecto sancionatorio que el registro de delincuentes puede llegar a alcanzar en algunas de sus modalidades. En este sentido, valorarlo como una sanción puede llevar a

⁸⁶² SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (ponente Rehnquist), (“*Connecticut v. Doe*”). El fallo destaca, positivamente, además, que el sitio donde se publicaban los datos del registro de delincuentes sexuales transcribía una cláusula de exención de responsabilidad (*disclaimer*) que indicaba: “El Ministerio de Seguridad de Connecticut no ha realizado ninguna determinación que indique que las personas incluidas en el presente registro sean actualmente peligrosas”.

⁸⁶³ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (ponente Rehnquist), (“*Connecticut v. Doe*”): “...*any hearing on current dangerousness is a bootless exercise*”.

fundamentar la necesidad de ciertas garantías básicas para su imposición y para la definición de su necesidad.

11. De ahí que la presunción obligatoria de peligrosidad pueda resultar incompatible con los principios fundamentales del Estado de Derecho. Es por ello por lo que debe poder asegurarse que el sujeto contradiga aquella presunción, que se defienda de la misma, y que se exija al Juez una mínima fundamentación de las razones por las cuales se impone aquella medida de seguridad que puede no ser necesaria.

12. Una crítica adicional a los registros de delincuentes sexuales como presunciones obligatorias de peligrosidad se apoya en un argumento que había advertido uno de los votos de la minoría de la Suprema Corte estadounidense, en el precedente “*Smith v. Doe*”⁸⁶⁴. Allí se había observado que el sistema se presentaba cerrado a la opción de rehabilitación del sujeto, es decir, no se preveía la posibilidad de desaparición o atenuación de la necesidad de la medida.

12.a. Sostuvo aquel voto, críticamente, que: “la norma no contiene ninguna previsión vinculada a la posibilidad de rehabilitación del sujeto: los condenados no podrán acortar la obligación de estar registrados públicamente, aun ante una clara demostración de rehabilitación, ni tampoco ante pruebas contundentes de estar físicamente incapacitados. Por más evidente que sea que un ex convicto no supone ninguna amenaza de reincidencia, permanecerá de todos modos sujeto a control y humillación durante un largo plazo”⁸⁶⁵.

13. Ello, para los magistrados disidentes era un argumento más para considerar que los registros eran sancionatorios, con lo cual debía asegurarse el respeto por ciertas garantías o procedimientos en su imposición. Se trata de un razonamiento importante a ser tenido en cuenta y se vincula, nuevamente, a un límite que toda medida de seguridad debe respetar, relacionado al sub principio de necesidad.

14. En efecto, la medida de seguridad debe ser imprescindible en todo momento de su ejecución. Si deja de serlo, o bien, se atenúa su necesidad -apareciendo otras alternativas menos gravosas-, la medida debe cesar o ser sustituida. Esta exigencia

⁸⁶⁴ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003, (“*Smith v. Doe*”), ver el voto de Justice Ginsburg seguido por Justice Breyer, pp. 114-118

⁸⁶⁵ SCOTUS, de 5 de marzo de 2003, (“*Smith v. Doe*”), ver el voto de Justice Ginsburg seguido por Justice Breyer, p. 117.

debe poder ser aplicada, en especial para ciertas modalidades del registro de delincuentes sexuales que incluyen la publicación de información. Debe poder preverse la situación de personas que se encuentren completamente rehabilitadas, y respecto de las cuales no existan ya razones para que la comunidad deba estar pendiente de ellas. Debe poder garantizarse que esta persona cuente con las mismas condiciones que cualquier otra para desenvolverse en sociedad, sin arrastrar el estigma de aparecer en algún sitio de Internet o registro en el que se refresque permanentemente su pasado.

IX.2.B.f. La necesidad de las restricciones situacionales - presunción de peligrosidad por el delito cometido.

1. Tal como se viene argumentando, existe una presunción generalizada, aunque no comprobada, respecto a una supuesta mayor reincidencia de los delincuentes sexuales, como factor de evaluación de necesidad de imponerles medidas de seguridad y, así, contener el riesgo de reincidencia. Incluso pudieron destacarse estudios que llegaron a comprobar que los índices de reiteración delictiva de los delincuentes sexuales eran menores a los del resto de los delincuentes⁸⁶⁶.

2. En función de ello -en una línea similar a la crítica efectuada al registro de delincuentes-, se objeta respecto de la medida de seguridad de libertad vigilada, la circunstancia de que se haya circunscripto al universo de personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Se cuestiona la supuesta necesidad agravada de controlarlos en libertad, cuando se encuentra comprobado que éstos tienen, incluso, menos probabilidad de reincidencia que el resto de los delincuentes⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Lo nota también MARTÍNEZ GARAY, en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, p. 280.

⁸⁶⁷ Lo nota URRUELA MORA, *Cuadernos de Política Criminal*, pp. 122 y 139. También BOLDOVA PASAMAR, *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la Universitat de Valencia*, 2009, p. 308.

3. En definitiva, se reitera la objeción de estructurar este tipo de medidas, a partir de una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad. En tal sentido, pareciera que al legislador -en algunos sistemas- le alcanza con prever que a todo condenado por un delito contra la libertad sexual le corresponderá una medida de seguridad de control judicial, una vez que haya extinguido la pena principal impuesta. Así al menos está pensado en el modelo estadounidense⁸⁶⁸.

4. Sin embargo, toda medida de seguridad para ser legítima deberá estar fundada, en primer lugar, en una elevada posibilidad de riesgo para los bienes jurídicos. Seguidamente, deberá poder determinarse que los delitos esperados sean de suma gravedad y, por último, que la medida aplicada sea imprescindible para la evitación de los peligros esperados.

5. La regulación del modelo español sobre la libertad vigilada ha recibido comentarios favorables⁸⁶⁹ -a los que me sumo-. En tal sentido, la norma establece que si bien el Juez deberá imponer la medida de libertad vigilada en la sentencia, ésta podrá ser dejada sin efecto luego de una evaluación de su falta de necesidad, efectuada al momento de extinguirse la pena (art. 106.2 y 3, CPE).

6. Este procedimiento permite sortear las objeciones a la legitimidad de un sistema que presume la peligrosidad por la sola circunstancia del delito cometido y pretende fundar, así, la imposición de medidas de seguridad inculcadoras destinadas al control de la persona en libertad.

7. Un punto importante es el de la previsión de procedimientos que permitan asegurar determinadas garantías al sujeto evaluado, al momento de la extinción de la pena principal. En este sentido, por más que la norma que establece un método de predicción presuma que la comisión de un delito específico sea un síntoma de peligrosidad e imponga una reacción distinta o complementaria a la pena ajustada a la culpabilidad, parecería que la persona debería tener derecho a refutar esa presunción con las medidas de prueba que estime oportunas. Aparenta más difícil asegurar el ejercicio de este derecho frente a un método de predicción obligatorio, ya

⁸⁶⁸ Véase *supra* capítulo VII.1.A.

⁸⁶⁹ URRUELA MORA, *Cuadernos de Política Criminal*, 2015, pp. 142-144.

que en éste no suele permitirse el cuestionamiento del carácter peligroso que viene dado por las características previstas normativamente. Debe destacarse, sin embargo, que en algunas reglamentaciones se prevé un procedimiento contradictorio a fin de asegurar esta posibilidad de contrarrestar la predicción⁸⁷⁰.

8. Esta lógica debiera aplicarse a la posibilidad de imponer restricciones residenciales -que son una sub especie de medidas dentro de la libertad vigilada-. En tal sentido, debiera poder probarse que resultan imprescindibles en el caso concreto, no sólo por su idoneidad para lograr el fin buscado, sino además por tratarse de medidas imprescindibles en función del nivel de peligrosidad de la persona condenada.

IX.2.B.g. Los costes económicos.

1. Como se verá en el punto siguiente, al momento de analizar la proporcionalidad en sentido estricto se realiza un balance entre costes y beneficios. Ahora bien, en esta última ecuación se tendrán en cuenta, únicamente, los costes previsibles en términos de afectación de derechos fundamentales que se producen a través de las sanciones⁸⁷¹. Distinto lugar ocupa la consideración de los costes económicos de aplicación de la medida, ya que éstos deben ser valorados en términos de eficiencia al comparar las posibles medidas alternativas.

2. De aquí que deba hacerse un alto dentro del principio de necesidad para tener en cuenta los costes de implementación que tienen las medidas previstas para personas condenadas por delitos sexuales, dado que si una medida alternativa fuese considerada más idónea que la analizada, pero sus costes financieros la superasen

⁸⁷⁰ En el caso español que se puso como ejemplo varias veces, si bien la medida de seguridad de libertad vigilada deberá ser impuesta -vacía de contenido- por el Juez sentenciador al momento de dictar sentencia, una vez cumplida la pena de prisión, el Juez deberá disponer qué obligaciones o prohibiciones le impone al sujeto. En este momento se prevé un procedimiento en el que debe asegurarse la posibilidad de escuchar a la persona, junto con el Fiscal y la víctima (art. 98.3 CPE).

⁸⁷¹ cfr. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 241.

considerablemente, entonces no debería ser tenida en cuenta en el examen de necesidad⁸⁷².

3. Si bien esta información podría no resultar suficiente para comparar los costes respecto de medidas alternativas, sí será imprescindible su consideración sobre todo en la medida en que, como se vio en algunos casos, atenta contra la eficacia de la propia medida. En este sentido, no puede dejar de ser tenido en cuenta que la sanción de algunas medidas, como por ejemplo el seguimiento satelital de todos los delincuentes sexuales liberados, importa una inversión sumamente importante de dinero que no muchos estados están en condiciones de efectuar, con lo cual la idoneidad de la medida termina siendo una cuestión abstracta desde el momento en que las posibilidades de aplicación son muy bajas. Ello debe ser valorado al comparar la medida legislativa con los medios alternativos.

IX.2.B.g.1. Los costes del sistema de internamiento o reclusión de seguridad.

1. En este caso, se parte por considerar que esta consecuencia jurídica implica el cumplimiento de funciones que son las propias de cárceles y de hospitales. Como es de suponer ello genera altos costes, iguales o incluso mayores a los de las prisiones⁸⁷³.

2. En la doctrina estadounidense, se encuentran algunos estudios que han analizado esta problemática intentando ilustrar, en cada caso, los factores que deberían tenerse en cuenta para computar los costes del sistema de internamiento de delincuentes sexuales. Por ejemplo, dentro de los costes de implementación del sistema, se tienen en cuenta las construcciones de establecimientos apropiados para el alojamiento de

⁸⁷² BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 747-748 y LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 444-445. Una posición distinta tiene LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, pp. 168-169, para quien los costos económicos deben analizarse en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al momento de evaluar los costos y beneficios de la norma analizada.

⁸⁷³ LA FOND, en *Protecting society from sexually dangerous offenders. Law, justice and therapy*, p. 291.

estas personas; el desarrollo de sistemas que permitan valorar eficientemente los antecedentes por delitos sexuales que un sujeto pueda tener, al momento de decidir la procedencia de la imposición de la medida; la contratación de profesionales idóneos y suficientes para la seguridad y tratamiento de los sujetos reclusos; y, en aquellos modelos que lo prevén, los costes judiciales de los procesos específicos de imposición de la medida -incluidos los jurados en algunos casos- y de sus recursos. A ello se le agregan, claro está, las dificultades planteadas en materia de ejecución y de reintegro a la comunidad que, como vimos, son importantes y tienen gran repercusión en los costes del sistema.

2.a. En el modelo estadounidense, al momento de establecer los costes anuales por persona internada, los distintos estados suelen manifestar cifras que oscilan los U\$S100.000, en promedio, sólo de internamiento⁸⁷⁴. Estos números no tienen en cuenta, como dijimos, los costes que son consecuencia de la implementación del sistema, tales como los procesos judiciales o la construcción de establecimientos especiales.

IX.2.B.g.2. Los costes del sistema de registro de delincuentes sexuales.

1. No se han encontrado estudios que hayan verificado un alto coste para el funcionamiento de los registros de delincuentes sexuales. Por otro lado, no puede dejar de reiterarse que, en este modelo, algunos estados le cobran al propio sujeto

⁸⁷⁴ Arizona U\$S 70.000, el Distrito federal de Columbia U\$S 165.000, Minnesota U\$S 150.000, Wisconsin U\$S 87.000, California U\$S 107.000 y Florida U\$S 85.000. Desde ya que también son altos los costos de las personas sujetas a esta medida de seguridad que son puestos en libertad vigilada, ya que por su situación particular debe implementarse un sistema de seguimiento, tratamiento, monitorización y vigilancia permanentes, informando por ejemplo Wisconsin un rango de entre U\$S 27.500 y 129.000 anuales, Illinois U\$S 91.000 y California U\$S 115.000; cfr. LA FOND, en *Protecting society from sexually dangerous offenders. Law, justice and therapy*, pp. 291 y 293. Estudios más recientes fijan el costo del internamiento de seguridad en U\$S 120.000 anuales por persona, cfr. *New York Times* -Editorial Board- “*Sex offenders locked up on a hunch*”, de 15/08/2015 <http://www.nytimes.com/2015/08/16/opinion/sunday/sex-offenders-locked-up-on-a-hunch.html> (última visita 20/05/2017).

registrado un costo anual de mantenimiento⁸⁷⁵. De este modo, no pareciera que este factor debiera ser analizado para cuestionar la necesidad de la medida.

1.a. Sí resulta interesante destacar en los costos la influencia de la residencia de los delincuentes sexuales sobre el valor económico de las viviendas. En este sentido hay estudios que han demostrado que si una persona con antecedentes por delitos sexuales se instala en un barrio, el precio de los inmuebles a su alrededor desciende un promedio de un 4%, pudiendo llegar hasta 12% en las casas linderas⁸⁷⁶.

IX.2.B.g.3. Los costes de la castración química.

1. Pareciera no haber demasiada uniformidad en cuanto a los costes de implementación de la castración química. Algunos estudios refieren que costaría unos U\$S 2.380 anuales por persona, aunque otros consideran que se elevaría a U\$S 7.000⁸⁷⁷. En lo que sí habría consenso es en considerar que los costes son sensiblemente menores a los del encarcelamiento. En este sentido, un estudio determinó que en Montana el costo de la aplicación de inyecciones equivalía a U\$S 21 diarios, contra los U\$S 44 que representan los costos de encarcelamiento; sin embargo se aclara que si bien la comparación parece ser obvia, el coste de las inyecciones no tiene en cuenta los gastos en terapia y supervisión; aunque tampoco debe perderse de vista que, por el hecho de estar en libertad, el sujeto puede trabajar y contribuir de ese modo a los costes del tratamiento⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ En la segunda parte del trabajo se citó el caso de Louisiana, cfr. *Louisiana Revised Statutes* § 15.542.D. En este caso el abono anual es de U\$S60 y su incumplimiento es tratado como si fuera el incumplimiento de la obligación de registrarse. También se mencionó, como ejemplo, el caso de Kansas, ver *Kansas Statutes Annotated* §22-4904(e).

⁸⁷⁶ LINDEN/ROCKOFF, National Bureau of Economic Research, working paper 12253, pp. 3-4. Ver también DURLING, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2006, p. 333.

⁸⁷⁷ DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, p. 324.

⁸⁷⁸ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 3 y HARRISON, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 2007, pp. 20 y 22.

2. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que algunas legislaciones colocan en cabeza del condenado parte de los gastos del tratamiento, como es el caso de Iowa, Louisiana y Oregón⁸⁷⁹.

2.a. Respecto a los costos de la castración quirúrgica, se observa consenso respecto de que se trata de una cirugía común, de bajo costo, que incluso se puede efectuar con anestesia local, realizada mediante una pequeña incisión en el escroto para la remoción de los testículos. En algunos casos, se colocan implantes prostáticos que impiden notar la ausencia de testículos⁸⁸⁰.

IX.2.B.g.4. Los costes de la libertad vigilada y restricciones situacionales.

1. En algunos casos, se miden en función de las consecuencias que producen sobre el ex convicto, en materia de problemas de residencia. En efecto, se han encontrado muchos casos en los cuales el Estado debió intervenir para hacerse cargo del alojamiento de exconvictos sin hogar o bien para la implementación de viviendas destinadas para el alojamiento conjunto de éstos.

1.a. Si bien no encuentro estudios que, específicamente, analicen los costes que el sistema de restricciones residenciales puede tener para el Estado, existen informes que mencionan que los gastos que se deben afrontar son cercanos a los 25 millones de dólares por año⁸⁸¹.

1.b. Tampoco puede ignorarse -aunque esto debería ser computado como una afectación en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto- que el impacto económico de las restricciones residenciales recae, también, sobre el delincuente sexual. Es éste quien puede verse en la situación de abandonar su casa para alquilar o comprar otra y hasta tener que

⁸⁷⁹ *Iowa Statutes* § 903B.10(5), *Louisiana Revised Statutes*, 15 §538.C.5 y *Oregon Revised Statutes*, 14 §144.629.

⁸⁸⁰ WINSLADE, et. al., *SMU Law Review*, 1997, p. 369 nota 111, explicando los distintos procedimientos. Artículos médicos precisan que la operación puede durar unos diecisiete minutos, no requiere internación y su costo es bajo; véase DE PAULA et. al., *International Brazilian Journal of Urology*, 2003; pp. 127-132.

⁸⁸¹ Véase el artículo periodístico del Diario *Los Angeles Times*, ya citado: “Panel: Take another look at sex offender restrictions”, <http://www.latimes.com/news/local/la-me-offenders14-2009jan14.0,1944251.story> (última visita 20/05/2017).

soportar la manutención de dos residencias⁸⁸². Es éste quien puede estar obligado a comprar una residencia en una zona residencial más cara que lo que él elegiría, dado que la zona de exclusión impide generalmente acceder a las zonas más céntricas.

2. Por otra parte, en el modelo estadounidense, algunas regulaciones municipales prevén un sistema administrativo de aviso a la persona que se encuentre en infracción. Es probable que, en estos casos, los costes que ello implica se satisfagan con las penas de multa que generalmente prevén los ordenamientos locales.

3. Tampoco puede olvidarse que el control judicial, en muchos casos, se inserta dentro de los sistemas de supervisión de la libertad condicional. De este modo, muchas veces son los oficiales de supervisión asignados al sujeto quienes se dedican a investigar los alcances de zonas de exclusión determinadas, o incluso se abocan ellos mismos a la búsqueda de vivienda para los liberados. En estos casos, la imputación de los costos se confunde y podrían ser atribuidos, tanto al sistema de restricción domiciliaria como así también al de supervisión y control de las personas en libertad condicional. Si bien no es éste un argumento que determine la falta de legitimidad de la medida, sí debe ser tenido en cuenta para mejorar su eficiencia.

4. Hay quienes mencionan dentro de los costos de las restricciones residenciales la vigilancia electrónica vía sistemas de GPS que, en algunos casos, se establece para controlar el cumplimiento de las restricciones⁸⁸³. En este sentido, como su implementación tiene que ver con la verificación del cumplimiento de las zonas de

⁸⁸² Ello fue destacado por la jurisprudencia estadounidense en Supreme Court of Georgia, de 21 de noviembre de 2007 (ponente Hunstein) (“*Mann v. Georgia Department of Corrections*”). Vale la pena explicar que este caso, trató de un delincuente sexual registrado, quien compró una casa cuando no existía ninguna escuela, iglesia o área de reunión de menores, dentro del radio de 305 metros. Poco después, el sujeto adquirió el 50% de un restaurante para dirigirlo, sin que tampoco existiesen lugares de referencia prohibidos luego por la ley de restricción residencial dentro del radio de 305 metros. Sin embargo, unos años después, se detectó que se habían instalado guarderías dentro del radio de la zona de exclusión, tanto del domicilio como del negocio del recurrente. En virtud de ello, el oficial de libertad condicional del sujeto le requirió que mudara su domicilio y renunciara a su trabajo.

El Tribunal Supremo de Georgia tuvo en cuenta que, normas como la cuestionada, implicaban la restricción de amplias zonas para poder vivir y que el recurrente, al momento de comprar su casa, cumplía perfectamente con lo requerido por la zona de exclusión, hasta que una guardería se instaló dentro de su radio de exclusión. En virtud de ello, obligarlo a mudarse importaba una situación análoga a la expropiación, por lo que debía compensárselo.

⁸⁸³ Ejemplo de ello son, en el modelo estadounidense, las leyes de Alabama, California y Florida; cfr. YUNG, *Washington University Law Review*, 2007, p. 124.

exclusión, sus altos costos deberían también ser aplicados en el cálculo de efectividad del sistema restricciones residenciales.

5. De hecho, el principal problema del sistema de vigilancia electrónica o satelital son sus elevados costos, sobre todo en su modalidad activa⁸⁸⁴. Esto no era visto como una dificultad dentro de los sistemas de monitorización telemáticos tradicionales, en los que se veía que por su intermedio se reducía el coste financiero del sistema penitenciario⁸⁸⁵. Sin embargo, el uso de tecnologías GPS activas es considerablemente mayor aunque es menor al del encarcelamiento (se estima que el GPS activo puede costar entre U\$S 15 y 35.95 diarios, frente a los U\$S 80 a 130 del servicio penitenciario)⁸⁸⁶. De todos modos, evidentemente, los altos costes de los sistemas de GPS activos pueden atentar contra su efectividad, en supuestos en los que no alcance a cubrirse a la totalidad de las personas sujetas a control, o bien, que se restrinja el monitoreo de los mismos.

6. Si bien algunas de las leyes establecen que los sujetos deberán cargar con los gastos de implementación, lo cierto es que es muy poca la población de delincuentes sexuales que puede hacerse cargo de ello, con lo cual los costos recaen en el Estado⁸⁸⁷. Se estima que el coste diario de monitorización es cercano al doble de lo que se gasta en la supervisión ordinaria de un sujeto en libertad condicional. Sin embargo, comparado con los costes de encarcelamiento el costo es mucho menor⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ *Supra* VII.3.A.a. Los estados arrojan cifras disímiles. En algunos casos se habla de U\$S 15 diarios por GPS activo, frente a 13 por el sistema pasivo. En otros, las cifras aumentan a U\$D 35.96 y U\$S 27.45, respectivamente. Cfr. MELOY, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 167.

⁸⁸⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2006, p. 141.

⁸⁸⁶ MELOY, en *Sex offender laws*, 2ª ed., p. 167.

⁸⁸⁷ YUNG, *Washington University Law Review*, 2007, p. 144. Para ver ejemplos de normas que disponen que sean los sujetos quienes carguen con los costos véase *California Penal Code* § 3004(c) y *Alabama Code* § 15-20-25.3(f) y §15-20-26.1(e). Entre los autores que critican que los costes del control de una pena repercutan sobre el penado, véase BOLDOVA PASAMAR, en *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, p. 114.

⁸⁸⁸ JANICKI, *Boston University Public Interest Law Journal*, 2007, p. 296. Se indica en esta nota que el costo diario de monitorización de una persona mediante GPS es de U\$S 9,70 y se lo compara asimismo con los U\$S 45 diarios que se necesitan para tener encarcelada a una persona. El departamento de prisiones de California, por su parte, indica que el costo es de U\$S 1500 por equipo y U\$S 6 diarios por persona; ver el informe “California leads Nation in GPS”, publicado en video en la página de Internet de dicho organismo, http://www.cdcr.ca.gov/parole/Sex_Offender_Facts/index.html (última visita 20/05/2017).

IX.2.B.g.5. Los costos de las restricciones informáticas.

1. La constante evolución que se observa en el uso de programas informáticos y las dificultades de implementar sistemas de control respecto de los cuales se buscan fallas en forma permanente exige no sólo un seguimiento estricto, sino además capacitación constante del personal y auxilio de expertos externos.

2. Ello obliga a mencionar los costes que la implementación del sistema puede significar. Si bien no se observan estudios empíricos al respecto, pareciera que, por encima de todo, las restricciones informáticas implicarían costos de capacitación y disposición de las últimas tecnologías en forma permanente, los cuales podrían no ser significativos en sistemas desarrollados tecnológicamente como Estados Unidos. Aunque sí, quizá, en otros países en los que no se cuente con un desarrollo tan importante.

3. Por otra parte, pareciera que la tendencia sería a cargar los costos de implementación de los programas informáticos de monitorización en cabeza del delincuente sexual en libertad, como se ve en el ejemplo del Código de Indiana⁸⁸⁹, lo cual implicaría una reducción en el balance de los mismos; aunque siempre persisten las reservas para aquellos casos (la mayoría) en los que la persona no tuviera recursos suficientes.

IX.2.B.h. Balance sobre la necesidad de las reacciones frente al agresor sexual.

1. A lo largo de este subepífrase, he intentado plantear los diversos problemas que se presentan en el análisis de necesidad de las reacciones jurídicas frente a los agresores sexuales y, de ese modo, ofrecer mi posición en cada caso. A modo de recapitulación y balance final cabe puntualizar las siguientes afirmaciones.

⁸⁸⁹ *Indiana Statutes* §11.8.8.8 (b.2). Ver también FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, p. 318.

2. Toda persona condenada tendrá derecho a la imposición de la medida con menor injerencia -tanto en términos cuantitativos como cualitativos- y siempre que la misma asegure igual grado de eficacia.
3. Como consecuencia de este derecho deberá asegurarse al sujeto un programa que le permita disminuir su peligrosidad y evolucionar hacia medidas menos restrictivas. Por ello, el tratamiento es un derecho de la persona condenada y deberá ser ofrecido en forma voluntaria como tal.
4. Asimismo, esta oferta de tratamiento no deberá comenzar recién al agotarse el cumplimiento de la pena. Por el contrario, deberá estar disponible desde el momento mismo de la condena. Lo contrario revelará que el objetivo exclusivo de la medida es la incapacitación, quedando al desnudo una real intención de extender el castigo del sujeto, luego de su extinción. Y ello resulta imposible de legitimar.
5. En virtud de ello, deberá existir desde un comienzo -y en todo momento- una oferta de programas de tratamiento que tiendan a la evolución de la persona y le permitan acceder a medidas alternativas de menor restricción.
6. Para evaluar la necesidad de las reacciones frente a los agresores sexuales, no podrá partirse de la premisa genérica de una supuesta elevada probabilidad de reincidencia que poseen las personas condenadas por delitos sexuales.
7. Al momento de evaluar la aplicación de una medida determinada a una persona condenada por cualquier delito sexual, deberá tenerse en cuenta su concreto historial delictivo y la especie de delito sexual que de él se espera para poder entender si la medida es realmente necesaria o no.
8. La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad es uno de los grandes problemas de legitimación que afronta cualquier reacción penal fundada en la peligrosidad. La resignación por la búsqueda de certezas en materia de pronóstico parece ser el camino elegido por los sistemas que se basan en la presunción de peligrosidad por la gravedad del delito cometido. Así como en el Derecho penal de culpabilidad, el acusado estará protegido por la presunción de inocencia y estándares probatorios basados en certezas para condenar, no sucede lo mismo en el Derecho

penal de la peligrosidad, en el que se presume la peligrosidad del condenado y se le exige tener que demostrar algo que no hará en el futuro.

9. Considero que esta lógica debe ser derribada y que la regla general debería ser siempre la presunción de inofensividad de la persona.

10. Para verificar la necesidad del internamiento o la reclusión de seguridad, deberá estar prevista expresamente la periodicidad del control del encierro y la inexistencia de impedimentos para que la persona solicite su liberación.

11. Asimismo, deberá prestarse atención a los porcentajes de liberación o de flexibilización de la reclusión, dado que si los sujetos ven que no hay libertades ni promociones a alternativas menos estrictas, ello influirá negativamente, pues descreerán de las posibilidades de libertad y concluirán que da lo mismo cumplir con las pautas de tratamiento que no hacerlo.

12. En los sistemas de registro de delincuentes sexuales se observa un enfoque no discrecional de la predicción de peligrosidad. Ya que esta medida se impone a todo aquél que haya cometido un delito determinado, sin importar las circunstancias personales del sujeto, ni si el mismo es capaz de demostrar que carece de una estructura tal que lo transforme en peligroso. Se trata, por ello, de un sistema de peligrosidad obligatoria o abstracta en función del delito cometido. Y ello atenta contra la necesidad de la medida, que el legislador no se plantea en ningún caso y la presume siempre.

13. De ahí que, para aspirar a legitimar la necesidad de esta medida, debe poder asegurarse que el sujeto tenga la posibilidad de contradecir aquella presunción, que se defienda de la misma; y que se exija al Juez una mínima fundamentación de las razones por las cuales se impone -o se mantiene- aquella medida de seguridad, que puede no ser necesaria.

14. En una línea similar a la crítica efectuada al registro de delincuentes, se objeta respecto de la medida de seguridad de libertad vigilada, la circunstancia de que se prevea de modo genérico para el universo de personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Se cuestiona la supuesta necesidad agravada de

controlarlos en libertad, cuando se encuentra comprobado que éstos tienen, incluso, menos probabilidad de reincidencia que el resto de los delincuentes.

15. Considero apropiada, sin embargo, la regulación del modelo español, en tanto establece que si bien el Juez deberá imponer la medida de libertad vigilada en la sentencia, ésta podrá ser dejada sin efecto luego de una evaluación de su falta de necesidad, efectuada al momento de extinguirse la pena (art. 106.2 y 3, CPE). Este procedimiento permite sortear las objeciones a la legitimidad de un sistema que presume la peligrosidad por la sola circunstancia del delito cometido y pretende dar un fundamento mínimo a la imposición de medidas de seguridad inocuizadoras.

IX.2.C. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

1. Superado el análisis de idoneidad y necesidad resta traspasar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Aquí se prestará especial atención a los derechos afectados por las medidas que se vienen analizando. De este modo, se buscará concluir si los beneficios que cada una de estas reacciones -supuestamente- ocasionan, justifican los sacrificios producidos a los derechos fundamentales de los agresores sexuales. Dicho de otro modo, abordar la problemática del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, requiere poder determinar si las restricciones que comportan la injerencia guardan una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés que se trata de salvaguardar.

1.a. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, según lo define *Bernal Pulido*, impone que “las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”⁸⁹⁰. De un modo similar, refiere *Aguado Correa*, que “cuando se controla el respeto de la proporcionalidad en sentido estricto por parte del legislador se trata de contrapesar: por una parte, el menoscabo de derechos fundamentales que implica toda

⁸⁹⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 763-764.

amenaza penal; por otra, la mejora que a través de la misma se consigue para la protección del bien jurídico⁸⁹¹.

2. El contenido del principio de proporcionalidad en sentido estricto se asienta por ello en un juicio de ponderación entre dos objetos normativos que son, por un lado el derecho fundamental afectado (costes) y, por el otro, el derecho fundamental o principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa (beneficios)⁸⁹².

IX.2.C.a. La medición de los costes y los beneficios para su ponderación.

1. Para llevar a cabo esta ponderación entre costes y beneficios, se debe comenzar por determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental -que se mide como un coste- y la importancia del fin perseguido por la intervención, junto con su realización, -que se mide como un beneficio-⁸⁹³.

1.a. Es interesante la advertencia que formula *Lacuraín Sánchez*, respecto a que los parámetros del juicio de proporcionalidad son distintos para las normas penales que prevén medidas de seguridad. Por empezar, en los beneficios, deberá partirse de un modo de protección del bien desde la prevención especial y no olvidarse que el objetivo es el desarrollo de la personalidad del destinatario de la medida. Tampoco podrá olvidarse que los costes son sustancialmente diferentes, ya que no se estará ante una norma de prohibición general, ni tampoco ante un reproche, sino que se trata de un mandato aplicativo al Juez, que deberá ser ejecutado del modo menos aflictivo posible⁸⁹⁴.

2. Deberán poder individualizarse lo más concretamente posible los costes y beneficios de las medidas aplicadas sobre las personas condenadas por un delito sexual. Esto permitirá realizar el balance propio de este esquema. De aquí, en los puntos siguientes me ocuparé de precisar cuáles son los derechos afectados en su contenido esencial, por cada una de las reacciones frente al agresor sexual. Deberá

⁸⁹¹ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 307.

⁸⁹² BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 763-764.

⁸⁹³ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 764-765.

⁸⁹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 308-309, nota. 69.

tenerse en cuenta, además, que los beneficios de estas medidas ya fueron abordados en el juicio de idoneidad, cuando desarrollé la eficacia de cada una de ellas.

3. En línea con esto último, en el caso de las reacciones frente a los delincuentes sexuales, una opción para medir los beneficios generales o abstractos puede consistir en tratar de medir la cantidad de delitos evitados, o en otras palabras, en una estimación de la prevención generada. La medición de la variable -número estimado de delitos prevenidos- parecería que pasa por estudiar los índices de reincidencia, tanto en términos generales como así también diferenciando entre grupos sujetos o no a una determinada medida. Ello permitirá inferir la cantidad de delito prevenido.

3.a. Por poner un ejemplo, propio de la castración de los delincuentes sexuales: dentro de los estudios realizados para verificar la efectividad de la castración química, suele citarse el iniciado en 1977 en la Universidad de Texas que fue continuado luego en la clínica Rosenberg, del mismo estado. La evaluación consistió en la selección de cuarenta hombres adultos, dentro de un marco de 153 pacientes de la clínica referidos allí para evaluación de comportamientos sexuales, que aceptaron recibir inyecciones semanales de acetato de medroxiprogesterona (generalmente dosis de 400 mg), en conjunto con psicoterapia. Por otro lado, veintiún pacientes se negaron a recibir el tratamiento médico pero participaron del programa terapéutico. Los resultados del seguimiento demostraron que, doce de los veintiún pacientes que se negaron a recibir tratamiento volvieron a cometer actos sexuales (58%). Respecto de la tasa de reincidencia de los cuarenta pacientes que sí recibieron la medicación, se encontró que reincidieron diecisiete, aunque se estableció una diferencia entre diez que lo hicieron luego de abandonar el tratamiento (35%) y siete que recayeron mientras estaban en tratamiento (18%)⁸⁹⁵.

3.b. Sin perjuicio de la existencia de otros estudios con cifras que pudieren diferir, un ejemplo como éste permitiría cuantificar que, de un grupo de diez condenados por delitos sexuales liberados que no fueron medicados con Depo-Provera ni recibieron tratamiento terapéutico, 5.8 volverán a delinquir; mientras que de otros diez, que sí recibieron ambos tratamientos, sólo volvieron a reincidir 1.8 (o 3.5 en caso de abandono del tratamiento). En términos de prevención de delito entonces, en el primer caso se habrán prevenido 4.2 delitos mientras que en el segundo 8.2 o 6.5. O lo que es igual, la medida 1 (M_1 = sólo liberación) conduce a un fin (F = prevención de delitos) igual a 4.2; mientras que M_2 (aplicación de castración química) conduce a $F= 8.2$ o 6.5 (en caso de abandono del tratamiento). Lo expongo en un cuadro:

⁸⁹⁵ MEYER III/COLE/EMORY, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 1992, pp. 249-255.

Prevención (F)

$$M_1=4,2$$

$$M_2=8.2 \text{ o } 6.5$$

4. Claro que una ecuación como ésta no refleja todavía el nivel de lesividad o restricción ocasionado por la medida que aquí se engloba dentro de los costes y que - se adelanta- presenta serias dificultades de medición⁸⁹⁶.

5. Respecto de los costes, debe diferenciarse entre costes económicos y no económicos. Los primeros se miden por los costes de implementación de las medidas en particular, que debe afrontar el Estado (¡o en algunos casos el propio sujeto!⁸⁹⁷) y que ya he podido analizar dentro del principio de necesidad al comparar la eficiencia entre diversas medidas alternativas.

6. Cuestión difícil resulta aquí medir los costes previsibles en materia de afectación de derechos fundamentales sobre la persona condenada y, en muchos casos, también sobre su familia.

IX.2.C.b. Algunas propuestas de medición de la intensidad de los objetos a ponderar. La inalterabilidad del contenido esencial.

⁸⁹⁶ En verdad todo balance entre costos y beneficios supone la dificultad de jerarquizar los bienes enfrentados con arreglo a alguna escala que es difícil precisar, cfr. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, p. 96. Véase también SÁNCHEZ LÁZARO, *InDret*, 2010, p. 11 y ss. incluyendo esta cuestión como una objeción a las justificaciones utilitaristas de las medidas de seguridad.

⁸⁹⁷ El traslado de los costos de implementación del control judicial al sujeto rememora las palabras que dijera *Garófalo* en 1885: “no se explica por qué los ciudadanos, y, por consecuencia, las familias mismas de las víctimas, hayan de pagar un impuesto a fin de dar albergue y alimento a los enemigos irreconciliables de la sociedad”, EL MISMO, *La criminología*, p. 320.

1. Corresponde aquí destacar, someramente, algunas de las propuestas efectuadas por los teóricos del Derecho para efectuar la difícil medición de la intensidad de los costes y beneficios, necesaria para el balance final del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

2. Los modernos estudios de la doctrina parten del desarrollo propuesto por *Alexy*, en su ley de la ponderación que establece, en primer lugar, que cuanto mayor sea el grado de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro y luego que cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan⁸⁹⁸. A partir de estas leyes se traza una estructura argumentativa en tres etapas: la primera, la atribución de peso a cada uno de los principios en colisión; la segunda, la comparación entre ambas magnitudes, a fin de establecer una “relación de precedencia condicionada”⁸⁹⁹; la formulación de una regla de decisión que expresa el resultado de la ponderación.

3. La etapa que aparece difícil de concretar es la atribución de peso a las variables en comparación, es decir, la medición de la intensidad de la afectación del derecho fundamental y de la satisfacción de los principios que justifican la intervención.

⁸⁹⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 138, 529-546 y 551-553, en donde además, a partir de esta premisa, el profesor alemán propone una fórmula para calcular el peso de un principio. En dicha fórmula, G representa el peso concreto del derecho afectado (Pi) bajo las circunstancias de un caso concreto (C); el cual equivale a la división entre los principios contrarios, es decir I_{Pi}C representa a la intensidad de la intervención en el caso concreto y W_{Pj}C, se trata de la importancia de la satisfacción del principio que justifica la intervención.

$G_{Pi, jC} = \frac{I_{Pi}C}{W_{Pj}C}$
--

Recuérdese que para la división entre la intensidad e importancia de los principios contrarios, *Alexy* utiliza la escala triádica en la cual los rangos son leve, medio y grave. a los cuales adscribe las cantidades numéricas 1, 2 y 4 respectivamente. Se expresa así que sólo en los casos en los que Pi sea mayor a 1 tiene precedencia sobre Pj.

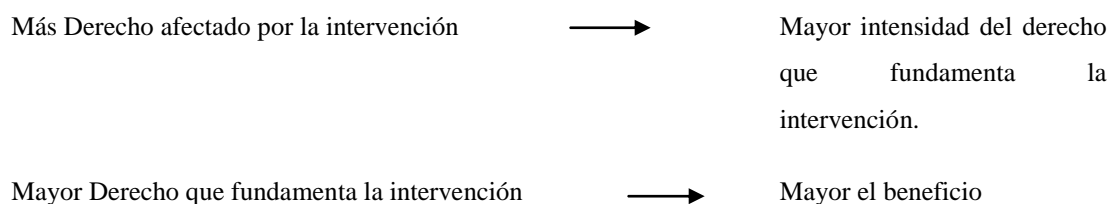
Otros autores, como *Lopera Mesa*, proponen una escala más refinada para dar cuenta de la mayor intensidad de las intervenciones dentro del Derecho Penal; cfr. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 532.

⁸⁹⁹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 499.

4. Para resolver esta dificultad se han propuesto algunas reglas o criterios tendientes a dotar de racionalidad la asignación de peso a los objetos ponderados. Una de las propuestas surge de la tesis doctoral de *Bernal Pulido*, quien sugiere diferenciar los criterios para determinar los costes y beneficios en dos niveles distintos, uno analítico-normativo y otro empírico⁹⁰⁰.

4.a. En primer lugar, en el plano del nivel analítico-normativo, se enumera una serie de criterios comunes, tanto a la medición de los costes como a la de los beneficios, entre los que podemos citar la consideración de la parte del ámbito normativo afectado -negativa y positivamente- o, en otras palabras, el alcance de la intervención. En este punto, cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho afectado por la intervención legislativa, mayor será la intensidad del coste y el peso que deberá otorgarse al derecho en la ponderación. Correlativamente, cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho que fundamenta la intervención, mayor será la realización del beneficio y mayor el peso que deberá otorgársele en la ponderación⁹⁰¹.

4.b. Gráficamente:



4.c. Un ejemplo -adaptado de *Lopera Mesa*⁹⁰²- para entender este criterio puede verse si se compara el distinto alcance de la intervención en derechos fundamentales que puede tener un internamiento de seguridad contra una localización permanente. El primero importa una afectación de la libertad más intensa que la última, ya que la localización permanente restringe la libertad de locomoción, pero no comporta la ulterior restricción de la libertad que supone el internamiento indefinido.

4.d. Continuando con la propuesta de *Bernal Pulido*, se analizan otros criterios comunes entre los que cabe destacar la consideración de mayores costos teniendo en cuenta los efectos que la afectación del derecho fundamental pueda tener sobre otros derechos y,

⁹⁰⁰ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 768.

⁹⁰¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 768-772. Ver también LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 505.

⁹⁰² LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 505.

correlativamente, mayores serían los beneficios cuando el fin logrado por la intervención tuviere efectos sobre otros derechos fundamentales⁹⁰³.

4.e. Finalmente, cabe citarse como otro de los criterios comunes el mayor peso que se le hubiere dado al derecho afectado sobre el fin buscado, en decisiones institucionales anteriores y, correlativamente, la mayor importancia que se hubiere dado, en casos previos, al fin por sobre el derecho⁹⁰⁴.

5. Por otro lado, se destacan otros criterios utilizados para medir la intensidad de la afectación sobre el derecho fundamental (costes). En primer lugar, se analiza si la injerencia ha significado una alteración del contenido esencial de un derecho fundamental, interpretándose que, de suceder esto último, el costo deberá ser considerado como altamente intenso en la ponderación⁹⁰⁵.

5.a. Se sostiene, en este sentido, que “a cada derecho fundamental corresponde un ámbito central de aplicaciones o modos de ejercicio paradigmáticos dotados de una especial resistencia, frente a la acción de los poderes públicos y cuya afectación estaría siempre sometida a mayores exigencias de justificación; ello a fin de garantizar que siempre quede en todo derecho un reducto de contenido normativo cuya restricción difícilmente podrá considerarse legítima”⁹⁰⁶.

5.b. Sobre la idea de “contenido esencial” cabe resaltar, además, el concepto brindado por el Tribunal Constitucional español, en tanto sostuvo la posibilidad de seguir dos caminos complementarios para ello. El primero es acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho, concluyendo que “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”. El segundo posible camino para definir el contenido esencial “consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede, entonces, hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesario, para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones

⁹⁰³ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 774-775.

⁹⁰⁴ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 775 y LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 524-525.

⁹⁰⁵ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 776.

⁹⁰⁶ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, p. 520.

que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁹⁰⁷.

6. Siguiendo con el análisis de los criterios para la medición de los costes, se destaca el análisis de la afectación a la dignidad humana ocasionado por la intervención legislativa. Esta advertencia también se encuentra recogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cuando requiere que la relación de proporcionalidad nunca podrá sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la Justicia, propio de una actividad pública respetuosa de la dignidad de la persona⁹⁰⁸.

6.a. En orden a los criterios de medición que operan en el nivel empírico, se trata de establecer el grado de certeza acerca de las premisas empíricas que respaldan los argumentos a favor y en contra de la intervención legislativa. Se aclara que las premisas favorables son aquellas que tienden a probar la idoneidad de la intervención legislativa respecto al fin buscado y, también, su necesidad, en comparación con otras alternativas igualmente idóneas y menos restrictivas. Del otro lado, las premisas empíricas contrarias a la intervención son aquellas que demuestran la intensidad con que la intervención legislativa afecta un derecho fundamental y su falta de necesidad⁹⁰⁹.

7. A continuación, se desarrollarán separadamente cuáles son los derechos afectados por cada una de las reacciones frente a los agresores sexuales. Ello permitirá una toma de posición en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, definiendo su legitimidad o no, desde este último escalón (y en la medida en que se hayan aprobado con éxito los juicios anteriores de idoneidad y necesidad).

⁹⁰⁷ STC, de 8 de abril de 1981 (ponente Díez Picazo y Ponce de León), FJ 8º. Lo destaca GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Derecho penal*, p. 103, nota 13. Véase también CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, pp. 261-272.

⁹⁰⁸ STC, de 28 de marzo de 1996 (ponente Viver Pi-Sunyer), FJ. 9º y véase BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 778-779.

⁹⁰⁹ LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, pp. 525-526. Véase también BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp. 780-783.

IX.2.C.c. Los derechos afectados por la reclusión de seguridad. Remisión a los principios que regulan la legitimidad de los internamientos forzados.

1. En materia de internamiento forzoso de personas con padecimientos mentales, hayan cometido o no un delito en los últimos años, se ha delineado una serie de exigencias y condiciones para legitimar la reclusión en función de cómo es ejecutada⁹¹⁰. Vale la pena resaltarlos, ya que se presentan como un conjunto de derechos de las personas internadas necesarios de especial protección. Si bien en algunos casos se hace referencia a enfermos mentales, resultan enteramente aplicables ya que regulan por sobre todo los internamientos coactivos fundados en una especial condición mental, de los cuales la reclusión o custodia de seguridad resulta ser una especie.

2. En primer lugar debe mencionarse la existencia de un convenio internacional, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas, denominado, “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”⁹¹¹. El mismo consta de veinticinco principios reguladores de los derechos de las personas con padecimientos mentales. De este marco normativo debe destacarse, por su vinculación a la custodia de seguridad, el derecho de toda persona a recibir un tratamiento lo menos restrictivo posible y, del mismo modo, a recibir el tratamiento menos restrictivo que corresponda a sus necesidades y a la necesidad de protección de terceros. Asimismo, el tratamiento deberá estar siempre destinado a preservar y estimular la independencia personal (principio 9).

3. También se regula el necesario consentimiento informado, para la administración de cualquier tratamiento (principio 11)⁹¹². En cuanto al lugar de internamiento, se

⁹¹⁰ Debe en este punto advertirse la existencia de un trabajo publicado del autor sobre el tema, aunque vinculado estrictamente al internamiento de inimputables, cfr. SEITÚN, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, vol. 11, pp. 66-95.

⁹¹¹ Asamblea General de la ONU, en su resolución 46/119, del 17/12/1991. Incluso en algunos países, como en el caso de la Argentina, se considera -expresamente- parte integrante de sus legislaciones locales (Ley 26.657, artículo 2°).

⁹¹² Se prevén allí algunas excepciones puntuales a la obligatoriedad del consentimiento de la persona. Ello será posible cuando concurren las siguientes circunstancias: 1) Que lo dé un representante

prevé que las instituciones deberán contener instalaciones y estímulos que permitan a los pacientes emprender ocupaciones activas, que permitan aplicar medidas apropiadas de rehabilitación para promover su reintegración a la comunidad (principio 13). Por otro, se establece que en toda reclusión involuntaria deberá comprobarse un padecimiento mental que suponga un riesgo grave e inminente de daño para sí o para terceros (principio 16). Finalmente, deberá asegurarse la posibilidad de que sea un órgano judicial e imparcial, el que evalúe las solicitudes de alta o de atenuación del régimen de tratamiento de la persona. También deberá preverse una instancia judicial de apelación (principio 17).

4. Del mismo modo, hay una serie de fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no pueden ser omitidos en la consideración de los límites existentes para la reclusión involuntaria de una persona⁹¹³. A partir de los mismos, la jurisprudencia europea ha puesto límites a los internamientos, exigiendo proporcionalidad entre la medida impuesta y la condición mental; graduando la duración de la reclusión; evaluando los criterios de los informes periciales en los que se basó el encierro; exigiendo controles judiciales periódicos; requiriendo remedios procesales para que la persona pueda requerir la revisión de su internamiento, o bien, acceder a medidas menos restrictivas en su encierro.

5. Desde ya que estos principios y exigencias aplicables a los internamientos deberán ser requeridos para evaluar los derechos afectados por cualquier reclusión o custodia de seguridad que pretenda imponerse en forma complementaria al cumplimiento de la pena.

personal facultado por ley para dar el consentimiento, o que una autoridad independiente compruebe que el paciente esté incapacitado para dar o negar su consentimiento informado al plan de tratamiento propuesto o, si así lo prevé la legislación nacional, teniendo presente la seguridad del paciente y la de terceros, que el paciente se niega irracionalmente a dar su consentimiento. En este caso, la autoridad independiente deberá comprobar que el plan de tratamiento propuesto sea el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente. 2) También se podrá aplicar un tratamiento a cualquier paciente sin su consentimiento informado si un profesional de salud mental calificado y autorizado por ley determina que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas. Ese tratamiento no se aplicará más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito.

⁹¹³ Se destacan los precedentes “Winterwerp c. Países Bajos”, del 24/10/1979; “X. c. Reino Unido”, del 5/11/1981; “Luberti c. Italia”, del 23/02/1984; “Hutchinson Reid c. Reino Unido”, del 20/05/2003; y “HL. c. Reino Unido”, de 05/10/2004.

6. Finalmente, aquellos modelos -como el inglés- que prevén la imposición de penas indeterminadas frente a la comisión de ciertos delitos sexuales suponen una consecuencia jurídica catalogada como pena aunque con la lógica de una medida de seguridad, ya que su duración e intensidad guardan relación con la peligrosidad, antes que con la culpabilidad. Asimismo, este modelo de pena indeterminada afecta directamente la finalidad de resocialización que debe guiar la ejecución de la pena, de acuerdo a las previsiones de diversos textos constitucionales o internacionales. De hecho, si bien esta finalidad en la ejecución de las sanciones no debe operar, necesariamente, con exclusividad, sí es claro que no podrá estar completamente ausente en la ejecución de una sanción en la cual primen objetivos asegurativos. De aquí que, el derecho de resocialización deberá subyacer siempre bajo la concepción de una consecuencia jurídica ejecutada con miras a crear en el sujeto las condiciones de una adecuada rehabilitación en la sociedad.

IX.2.C.d. Los derechos afectados por algunas modalidades de registro de delincuentes sexuales.

1. No parece posible discutir que el sistema de notificación comunitaria genera humillación y estigmatización sobre la persona registrada y, eventualmente, sobre su familia. Sobre todo, ello ocurre en algunos estados del modelo estadounidense, en el cual los datos, además de ser publicados suelen ser reproducidos por los medios de comunicación y hasta distribuidos en volantes o carteles en la calle. De esta manera, lógicamente, se humilla y estigmatiza a la persona a quien se señala, de inmediato, como un sujeto peligroso, del que es mejor no estar cerca.

2. Si bien podría coincidirse con el razonamiento de la Suprema Corte estadounidense, a propósito de que el sistema de notificación comunitaria no tiene por objeto provocar esa humillación o estigmatización -que terminan siendo efectos colaterales-⁹¹⁴, poco importa en el análisis de legitimidad si, en definitiva, hayan o no

⁹¹⁴ “The purpose and the principal effect of notification are to inform the public for its own safety, not to humiliate the offender. Widespread public access is necessary for the efficacy of the scheme, and the attendant humiliation is but a collateral consequence of a valid regulation”, SCOTUS, de 5 de marzo de 2003, (ponente Kennedy) (“*Smith v. Doe*”), p. 99.

sido buscados. Se trata de efectos que se producen igualmente y afectan a la persona de modo directo. En virtud de ello, no pueden ser obviados en la valoración del sistema.

3. En este sentido, los llamados efectos colaterales generados por el sistema plantean un dilema, entre el derecho del público a ser informado sobre la residencia de un delincuente sexual peligroso y el derecho de este último, no sólo a su dignidad sino también a su honor, su privacidad y a reintegrarse en la sociedad⁹¹⁵.

4. La notificación comunitaria, ya se dijo, debe ser entendida como una consecuencia jurídica, en concreto como una medida de seguridad. Ahora bien, el modo en que la notificación comunitaria es difundida puede catalogarla como una sanción vergonzosa y humillante. En este caso, la humillación de la sanción conlleva, además, una afrenta a la dignidad humana de la persona, que no podrá ser tolerada legítimamente, por su insalvable contradicción con el art. 10 de la Constitución española. Se ha sostenido, en este sentido, que si una sanción está dirigida a estigmatizar a una persona, ello lo hace portador de una etiqueta que la degrada y este resultado es incompatible con la noción de que las personas tienen derecho a ser tratadas con igual consideración y respeto. Éste es un elemento esencial de la noción de dignidad humana, un bien básico del individuo y de la sociedad⁹¹⁶.

5. Parecería adecuado un acercamiento a la cuestión desde la teoría del etiquetamiento (*labeling approach*).

5.a. Esta teoría criminológica asume que la *desviación* no es una cualidad del acto que realiza una persona, sino una consecuencia de la aplicación de una etiqueta; se estudia, por ello, cuáles son los efectos que tiene para una persona el hecho de que se la etiquete como desviada, determinando que ese etiquetamiento importa una nueva identidad y facilita la continuación de sus actos desviados. La premisa aquí es que la reacción (tanto formal como informal) crea la identidad del delincuente, asumiendo que la autoimagen se forma en la interacción con los demás y que en la medida en que éstos me traten de una forma, nosotros

⁹¹⁵ ZEVITZ/FARKAS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2000, p. 376.

⁹¹⁶ PEREZ TRIVIÑO, *Isonomía*, 2001, pp. 205-206. Véase también ALONSO RIMO, en *Revista General de Derecho penal*, 2012, pp. 582-583.

mismos terminaremos asumiendo esta nueva identidad (proceso que denominan como desviación secundaria)⁹¹⁷.

6. Sirve traer este esquema, creo, para tener en cuenta al analizar los efectos negativos (costos) que algunas medidas tienen sobre las personas condenadas por delitos sexuales, asumiendo que estas reacciones comportan una degradación de la persona y un estigma que dificultan cualquier proceso de estabilización⁹¹⁸.

6.a. Suele citarse el planteo *Braithwaite* como continuador de esta teoría criminológica a propósito de las penas públicas infamantes como mecanismo de control social. En este sentido, se distingue entre penas degradantes reintegratoras (*reintegrative shaming*) y excluyentes (*desintegrative shaming*), aclarando que sólo las primeras que se limitan al cumplimiento de la pena tendrán efectos preventivos, al permitírsele al condenado -una vez agotada la pena- su reingreso bienvenido a la sociedad. Por el contrario, sostiene el autor, una pena degradante excluyente que ocurre con posterioridad a la liberación de la persona condenada logra que el estigma tenga un efecto propio de las teorías del etiquetamiento, desde el momento en que el sujeto no es bienvenido en la sociedad, siendo rechazado y estigmatizado, lo que coadyuva a que asuma la etiqueta impuesta, su nueva identidad⁹¹⁹.

7. Entiendo que este esquema debe ser utilizado como un factor más en la ponderación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, al observar los efectos que tienen algunas de las reacciones impuestas a los delincuentes sexuales. Estas consecuencias negativas que las reacciones puntuales generan contra los derechos fundamentales de algunas personas condenadas por delitos sexuales luego de su liberación deben entrar en el balance de los costos al momento de evaluar la razonabilidad de las medidas. Todas ellas deben ingresar en el juicio de

⁹¹⁷ CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Teorías criminológicas*, pp. 199-201 y 205-206. Asimismo, sostienen que -siguiendo la obra troncal de *Howard Becker* sobre esta teoría- “la persona, al aislársela del mundo convencional, se adentra en el mundo de los desviados y de esa forma se producen diversas consecuencias: neutraliza su vínculo con el orden normativo de la sociedad, repudia a las personas convencionales, racionaliza el porqué de su desviación, aprende a comportarse de forma desviada para evitar problemas con la policía, y en definitiva, se forja una identidad de desviado”⁹¹⁷.

⁹¹⁸ CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Teorías criminológicas*, pp. 208-209, aclaran que, si bien algunas investigaciones empíricas no han logrado comprobar que la reincidencia tenga vínculos exclusivos con el impacto de la etiqueta, de todas formas la teoría del etiquetamiento no pretende explicar solamente los efectos de la etiqueta sobre la reincidencia sino, antes, la alteración de la identidad personal y la exclusión de oportunidades convencionales. De ahí que consideren, como una hipótesis plausible, que este mecanismo facilite la comisión de ulteriores actos delictivos.

⁹¹⁹ ROBERTS, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2009, pp. 5 y 7 y CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Teorías criminológicas*, p. 222.

proporcionalidad en sentido estricto para poder corroborar si los beneficios obtenidos de las medidas justifican la tolerancia de aquellas.

8. Las consecuencias colaterales, se reitera, recaen además sobre la familia de la persona, que también se ve humillada en público y constantemente señalada y expuesta. En este sentido, los efectos de la estigmatización se extienden a todo el núcleo familiar del sujeto -incluso sus hijos-, que nada tienen que ver con el delito por él cometido. Lo mismo surge con las relaciones personales de los delincuentes sexuales, sean de amistad o pareja, todo lo cual conlleva a los sujetos al ostracismo⁹²⁰.

9. Por otro lado, la humillación puede extenderse, además, a las propias víctimas. En efecto, si bien las leyes “*Megan*” suelen tener restricciones sobre la difusión de los datos de las víctimas, se advierte sobre las consecuencias que puede tener el incumplimiento de ello o, por ejemplo, la dificultad de restringir la información cuando se da cuenta de que el delito cometido es de incesto. En este caso, es inevitable que la difusión de los datos del sujeto termina impactando sobre sus propios hijos, víctimas de los abusos⁹²¹.

10. Además de afectar la dignidad de las persona, la notificación comunitaria puede incidir también en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, protegida por el art. 18 de la CE. En tal sentido, se ha discutido si la difusión de los datos de una condena puede significar una afrenta al honor y a la intimidad del condenado. En España existen precedentes del Tribunal Constitucional que permiten analizar la cuestión, cuando quien divulga la información es un periódico. En este sentido se sostuvo que, si bien la divulgación de antecedentes penales de una persona puede constituir una intromisión en el derecho al honor del afectado por la información, prevalece igualmente el derecho de libertad de expresión, siempre que la información

⁹²⁰ ZEVITZ/FARKAS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2000, pp. 382-383.

⁹²¹ ZEVITZ/FARKAS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2000, pp. 383-384.

sea verídica, relevante para el público y necesaria para la comprensión de la noticia que se está publicando⁹²².

11. También aparece un caso del Tribunal Supremo en el que se analizaba la validez de la publicación en una página web de un listado de condenados por el delito de torturas. En su resolución, el Tribunal Supremo consideró que la publicación del listado era ilegítima, siendo un tratamiento indebido de datos de carácter personal reservado a las Administraciones Públicas⁹²³.

12. Sobre esta base se ha sostenido -y lo compartimos- que la mera publicación de un listado de delincuentes sexuales convictos -sea en un registro público o en un medio- no quedaría legitimada, desde el punto de vista de los derechos constitucionales al honor y a la intimidad de las personas⁹²⁴. Es evidente que cuando se difunden los datos personales de una persona condenada por delitos sexuales, no se está garantizando un derecho a la libertad de expresión ni a la información, sino que se está afectando la intimidad, estigmatizando y humillando a la persona. No comparto la tesis que viene de Estados Unidos para objetar que, en definitiva, se están publicando datos objetivos, sin agregar juicios de valor sobre la peligrosidad de la persona.

13. La Constitución garantiza al ciudadano una esfera que puede proteger del escrutinio público; la divulgación y la difusión activa de esta información lesiona ese derecho a la privacidad⁹²⁵. Puede discutirse luego, si los antecedentes penales están o no protegidos por esa esfera de privacidad, pero lo que parecería claro es que una cosa es la difusión de una sentencia condenatoria y otra muy distinta es dar a conocer los datos personales del sujeto condenado.

⁹²² STC, de 25 de febrero de 2002 (ponente Conde Martín de Hijas). Véase además el análisis que hacen JACOBS/LARRAURI PIJOAN, *InDret*, 2010, pp. 13-14 y ALONSO RIMO, *Revista General de Derecho Penal*, 2012, pp. 577-582.

⁹²³ STS, de 26 de junio de 2008 (ponente Robles Fernández). Lo comentan JACOBS/LARRAURI PIJOAN, *InDret*, 2010, p. 15.

⁹²⁴ JACOBS/LARRAURI PIJOAN, *InDret*, 2010, p. 32 y ALONSO RIMO, *Revista General de Derecho penal*, 2012, p. 581.

⁹²⁵ JACOBS/LARRAURI PIJOAN, *InDret*, 2010, pp. 25-26.

14. La notificación de los datos de delincuentes sexuales a la comunidad ha generado casos de reacciones violentas para con ellos y sus familiares. En lengua inglesa se utiliza el término *vigilantism* para englobar los comportamientos de vigilancia callejera, el maltrato, el acoso, la injuria y los daños, por parte de los ciudadanos, a los delincuentes sexuales vecinos de sus barrios.

14.a. Entre los casos más extremos se advierte que en Estados Unidos, en abril de 2006, un ciudadano de Nova Scotia ubicó a dos personas en el registro de delincuentes sexuales publicado en Internet, fue a sus domicilios y los asesinó⁹²⁶. También se destacan casos de vecinos que irrumpieron en la casa de una persona registrada y se tomaron a golpes con el primero que encontraron adentro -que por lo demás no era el sujeto registrado-⁹²⁷ y otros supuestos más graves de incendios en los domicilios de las personas registradas⁹²⁸. Se dieron, además, casos de lesiones, ataques con piedras, disparos de arma de fuego a los domicilios, piquetes y acoso de la prensa⁹²⁹.

15. En este sentido, una de las objeciones fundamentales que se le hace al sistema de notificación comunitaria es que se basa en la transferencia del manejo del riesgo a la comunidad. Ello refleja un modelo de Estado como mero proveedor de información que delega la responsabilidad por la reducción del riesgo en sectores privados y no especializados⁹³⁰. Eso se agrava, como sostiene un sector de la doctrina, con la circunstancia de que se “deja en manos de los particulares el procesar el alcance y significado de tales datos, lo que unido al alarmismo inherente de la lógica de la seguridad lleva necesariamente a la estigmatización y exclusión permanente de la vida social de quienes ya han cumplido su condena. Toda una invitación a las

⁹²⁶ WRIGHT, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2008, p. 31. En este estudio se cita, además, otro caso de doble tentativa de homicidio, en 2004, de dos delincuentes sexuales registrados de New Hampshire y otro doble homicidio en Seattle en 2005, también de dos personas registradas. En este último caso, si bien no se llegó a comprobar fehacientemente que el acto respondiese a un acto de *vigilantismo*, sí se sospechó de ello.

⁹²⁷ CRIMALDI, *Rutgers Law Journal*, p. 176. El hecho sucedió en New Jersey en 1995.

⁹²⁸ LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 113, relatando el caso de Joseph Gallardo un delincuente sexual de Washington, a quien los vecinos le prendieron fuego su casa familiar y se tuvo que mudar a New Mexico de donde también fue obligado a mudarse.

⁹²⁹ LA FOND, *Preventing Sexual Violence*, p. 114. Ver también el voto del *Justice Souter*, SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (“*Smith v. Doe*”).

⁹³⁰ SIMON, *Law & Social Inquiry*, 2000, p. 1140.

llamadas “reacciones informales” que están muy lejos del pretendido ideal de seguridad”⁹³¹.

16. Esta crítica fue llevada ante la Suprema Corte de Justicia estadounidense, con el argumento de que producía que la consecuencia jurídica fuese punitiva en sus efectos. En particular, se destacaron las consecuencias humillantes y estigmatizadoras que ella provocaba sobre la persona, su familia y sus relaciones laborales y sociales. Sin embargo, como ya se dijo, la Corte consideró que estos efectos no podían ser valorados como punitivos ya que eran colaterales, siendo el único objetivo de estas leyes el de informar al público para su propia seguridad y que de ningún modo se buscaba la humillación⁹³².

17. Por otro lado, la objeción a la notificación comunitaria como favorecedora de reacciones informales violentas puede perder peso al observar que este tipo de enfrentamientos no son privativos de sistemas que contienen registros públicos de delincuentes sexuales. Por el contrario, la realidad demuestra brutales agresiones comunitarias a condenados por delitos sexuales en libertad, evidenciando que la sociedad posee un muy escaso nivel de tolerancia a la reinserción de este tipo de agresores.

17.a. Un caso notorio fue el ocurrido en la Argentina, frente a una persona condenada a treinta años de prisión por abusar sexualmente de cinco alumnos de un jardín de Merlo que quedó en libertad luego de que le redujeran la pena. En ocasión en la que el liberado participaba como trompetista en un concierto que se desarrollaba en una catedral de la Provincia de Buenos Aires, fue brutalmente agredido por un grupo de familiares y amigos de las víctimas, provocándole la muerte luego de una larga agonía de más de treinta días⁹³³.

18. Además de los impactos colaterales en materia de humillación, estigmatización y *vigilantismo*, también es necesario destacar el impacto que puede tener la

⁹³¹ ROBLES PLANAS, *InDret* 2007, p. 17.

⁹³² SCOTUS, de 5 de marzo de 2003 (ponente Kennedy), (“*Smith v. Doe*”). La excepción fue el voto concurrente del *Justice* Souter, quien se diferenció de la mayoría por considerar que además de informar al público, estas leyes cumplían el propósito de humillar y condenar a la persona al ostracismo, con reminiscencias a las penas vergonzosas de la época colonial (pp.109-110 y nota al pie).

⁹³³ Ver <http://www.lanacion.com.ar/1962484-lincharon-en-la-catedral-de-moron-a-un-profesor-de-musica-que-habia-cumplido-una-condena-por-abuso-de-menores> (última visita 20/05/2017).

notificación comunitaria respecto de las posibilidades de conseguir trabajo o residencia⁹³⁴. En un estudio realizado mediante entrevistas, a un grupo de delincuentes sexuales grado III, el 57% manifestó dificultades para encontrar o mantener su trabajo a raíz de la notificación a la comunidad, explicando que muchas posibilidades de conseguirlo se esfumaban en cuanto el empleador se enteraba de que se trataba de un delincuente sexual⁹³⁵. No es necesario ahondar en las consecuencias indirectas negativas que estos problemas acarrearán, no ya por lo indigno de no poder trabajar, sino por la falta de dinero y medios de subsistencia que lógicamente sucederán.

19. En el informe citado, el 83% de los entrevistados manifestó, además, problemas para conseguir residencia. Por un lado, en la medida en que los propios inquilinos se negaban a alquilarles sus departamentos al enterarse de sus antecedentes y, por el otro, a raíz de las restricciones legales que surgían por el hecho de estar la vivienda cercana a una escuela o a un parque⁹³⁶.

20. Finalmente, entre las consecuencias negativas que puede traer el sistema de notificaciones a la comunidad se destacan que puede implicar restricciones al comportamiento de los sujetos, limitando su libertad ambulatoria. En este sentido, ¿qué pasaría si un sujeto registrado, que no tiene reglas de conducta fijadas porque ya agotó el plazo de libertad condicional y que tampoco pesa sobre él ninguna restricción residencial o de presencia física, decide un día de calor concurrir a la piscina pública de su barrio? Imagínese que al ingresar es reconocido por un grupo de padres que da la alerta y obliga a sus hijos a salir de aquella, llamando de inmediato a la policía. ¿Debería ésta obligar a la persona a retirarse de un lugar

⁹³⁴ Este tema es igualmente tratado a partir del surgimiento de los llamados “zoning” que implican restricciones legales a los delincuentes sexuales para vivir o trabajar en un determinado lugar. Ver *supra* Capítulo VII e *infra* IX.2.C.f.1

⁹³⁵ ZEVITZ/FARKAS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2000, p. 381. Las cifras se mantuvieron en estudios posteriores, cfr. ROBERTS, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2009, p. 16.

⁹³⁶ ZEVITZ/FARKAS, *Behavioral Sciences & the Law*, 2000, pp. 381-382. Véase también TRAVIS, *But they all come back*, pp. 224-227.

público con el único pretexto del miedo del resto de la gente?⁹³⁷ Por supuesto que no, pero es lo que terminará sucediendo porque el sistema de registros comunitarios lleva a este tipo de situaciones. Se insistirá sobre este tema más adelante.

IX.2.C.e. Los derechos afectados por la castración química⁹³⁸.

1. Al momento de analizar cuáles pueden ser los derechos vulnerados por la castración química, aparecen dos estructuras de análisis con similar capacidad de rendimiento. En primer lugar, resulta de interés seguir la posición de quienes aprovechan la dogmática del derecho a la libertad o autonomía individual⁹³⁹. En este sentido, la doctrina muestra que este derecho fundamental, protegido por la generalidad de las Constituciones⁹⁴⁰, tiene una doble vertiente. Por un lado, importa la libertad de pensamiento del sujeto (*mental autonomy*) y su contrapartida en la prohibición de restricciones a dicha libertad (*mental integrity*). La segunda vertiente de este derecho se detiene en la autodeterminación sobre el propio cuerpo, es decir, la posibilidad de manejar las opciones que uno quiera respecto a qué hacer o dejar de hacer con su cuerpo (*bodily autonomy*) y su reverso en la prohibición de tener que tolerar castigos crueles e inusuales (*bodily integrity*).

2. En segundo lugar, considero razonable analizar la cuestión desde la óptica del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Este esquema supone una previa toma de posición que el anterior no exigía; esto es, partir de que la castración química es un tratamiento médico y no otra cosa. Y recién a partir de allí analizar si, en su calidad de tratamiento, la castración química vulnera el derecho a la integridad física y moral.

⁹³⁷ Este caso es descrito en una novela de ficción de un autor estadounidense, Tom Perrotta, *Little Children* -llevada al cine y estrenada en España como *Juegos Secretos*-, que también retrata otros actos de histeria pública, por ejemplo, ante la concurrencia del sujeto el domingo a la iglesia.

⁹³⁸ Existe un trabajo publicado del autor en donde se enumeraron y trataron, brevemente, algunos de los derechos que ahora se reproducen como vulnerados por el sistema de castración química, SEITÚN, *El Derecho*, 2010, pp. 786-795.

⁹³⁹ Este esquema de análisis es trazado, por ejemplo, por FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 25.

⁹⁴⁰ En España se considera que la libertad encuentra protección en los arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 16.1, CE.

3. A continuación se esbozarán ambas estructuras de análisis, con el objeto de poder evaluar cuáles son los posibles derechos vulnerados por la castración química y cómo afecta ello su legitimidad.

IX.2.C.e.1. Derecho a la libertad o autonomía individual.

IX.2.C.e.1.1. Primera Vertiente. Autonomía e integridad de pensamiento.

1. Ya se ha dicho que la aplicación de acetato de medroxiprogesterona provoca una reducción en los niveles de testosterona, a consecuencia de la cual el sujeto experimenta disminuciones en el deseo sexual. Desde el punto de vista del derecho fundamental de la autonomía e integridad de pensamiento, ello puede leerse críticamente, como una injerencia en el derecho a la libre personalidad o a la libertad de pensamiento de los ciudadanos.

2. El libre desarrollo de la personalidad y la libertad de pensamiento de los ciudadanos son principios constitucionales arraigados. Se encuentran protegidos en los arts. 10.1 y 16.1, CE. El primero de estos principios, de acuerdo a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, protege la configuración autónoma del propio plan de vida⁹⁴¹. Respecto a la libertad de pensamiento, se sostiene que este derecho implica no sólo el dominio de la propia conciencia, sino la libertad en los propios gustos y en la determinación de los propios fines; es decir, la libertad para trazar el plan de vida⁹⁴². Según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, este derecho -protegido en la Primera Enmienda de su Constitución- abarca además la libertad de recibir información e ideas, más allá de su contenido y la imposibilidad del Estado de controlar esa libertad, a pesar de que se la considere inmoral o nociva⁹⁴³.

⁹⁴¹ STC, de 7 de octubre de 2010 (ponente Delgado Barrio), FJ 8º.

⁹⁴² MILL, *Sobre la libertad*, pp. 68-69.

⁹⁴³ SCOTUS, de 7 de abril de 1969 (ponente Marshall) (“*Stanley v. Georgia*”).

3. El análisis pasará aquí por determinar si la intromisión en la psiquis de la persona, causada por la aplicación del tratamiento de supresión hormonal (Depo-Provera o el que fuere) debe considerarse alcanzada por la protección de los derechos constitucionales invocados.

4. Un sector de la doctrina⁹⁴⁴ favorable a la castración química considera que ésta no vulnera la autonomía individual, argumentando que, en verdad, la medicación no restringe los pensamientos de la persona, sino que los lleva a parámetros normales. Asimismo, se agrega que en verdad la droga no altera el funcionamiento de la mente, sino que trabaja sobre la condición orgánica que genera los pensamientos desviados reduciéndolos. Por otra parte, se pone de manifiesto que el tratamiento se debería imponer en forma voluntaria y que, de esta forma, el sujeto estará optando por ampliar sus pensamientos, dado que en verdad sus fantasías sexuales lo limitan. Finalmente, desde esta posición se advierte que el Estado tiene un interés general en proteger a los ciudadanos de futuros delitos sexuales, así como también en rehabilitar a las personas, en virtud del cual está legitimado a exigir la imposición de un tratamiento como condición de libertad de las mismas.

IX.2.C.e.1.2. Segunda Vertiente. Autonomía e integridad corporal.

1. En esta segunda vertiente del derecho a la libertad o autonomía individual, se pueden analizar como posibles derechos vulnerados por la castración química, el derecho de procreación e intimidad sexual y, en segundo lugar, la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

⁹⁴⁴ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, pp. 29-30.

IX.2.C.e.1.2.1. Derecho a la procreación y a la intimidad sexual.

1. Al momento de valorar la legitimidad de la castración surge como uno de los posibles derechos en crisis el de la procreación, dado que mientras dura el tratamiento, el sujeto tiene impedida su capacidad de tener relaciones sexuales.

2. En oportunidad de analizar la constitucionalidad de la esterilización de deficientes psíquicos⁹⁴⁵, el Tribunal Constitucional pudo advertir que la libertad de procreación es un derecho constitucional que se deriva del libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el art. 10.1, CE⁹⁴⁶.

3. La Suprema Corte estadounidense también tuvo oportunidad de destacar el derecho a la procreación como un derecho fundamental, que se veía afectado en caso de esterilización coactiva impuesta a los delincuentes habituales y a delincuentes sexuales de principios del siglo XX, en el modelo estadounidense⁹⁴⁷.

3.a. Tal como se analizó en la segunda parte de este trabajo⁹⁴⁸, la castración química encuentra como antecedente algunas normas de principios del siglo XX, por medio de las cuales se imponía la esterilización como sanción a ciertos delincuentes. Una de estas normas fue la del estado de Oklahoma, que motivó el precedente “*Skinner v. Oklahoma*”⁹⁴⁹ de la Suprema Corte de Justicia, que declaró su inconstitucionalidad. En aquel fallo, la Suprema Corte sostuvo que uno de los derechos constitucionales vulnerados por la esterilización punitiva era el de la procreación -en palabras del Tribunal uno de los derechos civiles más básicos del hombre-⁹⁵⁰.

⁹⁴⁵ Se recuerda que el segundo párrafo del art. 428 del CP -anterior a la reforma de 1995- manifestaba que los Jueces podían autorizar la esterilización de personas con graves deficiencias psíquicas, a instancias de sus representantes legales.

⁹⁴⁶ STC, de 18 de agosto de 1994 (ponente García-Mon y González-Regueral), FJ 4°. La ajustada votación de la mayoría (seis votos contra cinco), determinó la constitucionalidad de la norma que preveía la esterilización de deficientes psíquicos.

⁹⁴⁷ SCOTUS, de 1 de junio de 1942 (ponente Douglas) (“*Skinner v. Oklahoma*”).

⁹⁴⁸ Véase *supra*, Capítulo VI.1.

⁹⁴⁹ SCOTUS, de 1 de junio de 1942 (ponente Douglas) (“*Skinner v. Oklahoma*”).

⁹⁵⁰ El derecho de procreación fue mantenido en precedentes posteriores de la Suprema Corte entre los que se cita SCOTUS, de 7 de junio de 1965 (ponente Douglas) (“*Griswold v. Connecticut*”) y SCOTUS, núm. 70-17, de 22 de marzo de 1972 (ponente Brennan) (“*Eisenstadt v. Baird*”); cfr. FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, pp. 41-42.

4. En relación con la castración química debe observarse que los tratamientos no son permanentes. En tal sentido, su calidad de reversible supone que la capacidad de procreación no se ve suprimida de un modo definitivo. De hecho, sólo la castración quirúrgica es irreversible ya que la química no lo es, al igual que tampoco lo es la vasectomía que también puede ser revertida mediante una intervención quirúrgica. En función de ello, podría sostenerse que, de manera absoluta, sólo la castración quirúrgica violaría definitivamente el derecho de procreación, ya que resulta evidente que -en el caso de la química- sólo mientras el sujeto esté siendo sometido al tratamiento médico mediante la aplicación periódica de la medicación, no tendrá capacidad de engendrar.

5. Por esta razón algunos autores consideran que aquí el derecho de procreación no quedaría eliminado definitivamente, sino sólo suspendido mientras dure la medicación, aunque al mismo tiempo reconocen que, en algunos estados, el tratamiento puede prolongarse durante toda la vida del sujeto⁹⁵¹.

6. Un sector de la doctrina partidaria de la castración química advierte que el derecho a la procreación -como todo derecho- no es absoluto y que el interés del Estado en proteger al público y rehabilitar a los delincuentes es suficiente para justificar la limitada intromisión a este derecho⁹⁵². Se agrega, además, que la persona no se vuelve impotente sino eróticamente apática, con lo cual dependiendo de la dosis aplicada podrá mantener relaciones sexuales y engendrar hijos⁹⁵³.

7. Finalmente, desde una posición contraria a la castración química se recuerda que no sólo elimina el derecho a la procreación sino también el derecho a la intimidad sexual con una pareja adecuada⁹⁵⁴. En este sentido, destacan el carácter fundamental de este derecho, e incluso, le conceden valor preventivo para el reingreso del delincuente a la sociedad. En función de ello estiman que deberían implementarse métodos menos drásticos que la eliminación del deseo sexual.

⁹⁵¹ ROBLES PLANAS, *InDret*, 2007, p. 10. Ver también SPALDING, *Florida State University Law Review*, 1998, pp. 129-130.

⁹⁵² DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, pp. 320-324.

⁹⁵³ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 44.

⁹⁵⁴ LA FOND, *Preventing sexual violence*, pp. 187-188.

IX.2.C.e.1.2.2. Prohibición de tratos degradantes o castigos crueles.

1. Este derecho es considerado por el Tribunal Constitucional como uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas⁹⁵⁵ y uno de los derechos más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado⁹⁵⁶. Se encuentra protegido en el art. 15 de la CE y en la mayoría de las Constituciones comparadas, sirviendo a título de ejemplo la Constitución de Estados Unidos, en su Octava Enmienda. También es garantizado a nivel internacional, habiéndose aprobado -el 10 de diciembre de 1984- la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁹⁵⁷.

2. En cuanto a la consideración de una sanción como inhumana o degradante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha podido referir que ello dependerá no sólo de su duración, “sino que exige un contenido material, pues "depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ STC, de 30 de marzo de 2000 (ponente Vives Antón), FJ 8º.

⁹⁵⁶ STC, de 2 de noviembre de 2004 (ponente Casas Baamonde), FJ, 13º.

⁹⁵⁷ En rigor desde el 26/06/1987 y para España el 20/11/1987 -BOE, núm. 268, de 9/11/1987-. No puede dejar de citarse, además, que la prohibición de tratos inhumanos se encuentra receptada también en otros tratados internacionales ratificados por España, como el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁹⁵⁸ STC, de 30 de marzo de 2000, (ponente Vives Antón), FJ 9º. Se transcribe allí lo sostenido en el STC, de 22 de mayo de 1986 (ponente Latorre Segura), FJ 4º, considerado por el propio Tribunal Constitucional como el primer caso en el que se analizaron los alcances de esta garantía -cfr. STC 181/2004, de 2 de noviembre de 2004, (ponente Casas Baamonde), FJ 13º-. Se citan, además, fallos del TEDH (“Tyrrer c. Reino Unido”, de 25/04/1978; y “T. y V. c. Reino Unido”, de 16/12/1999). Esta posición se ha venido reiterando en fallos posteriores, pudiéndose citar al respecto, STC, de 24 de noviembre de 2010, (ponente Gay Montalvo), FJ 2º.

2.a. Parece no haber dudas respecto a que la castración quirúrgica vulnera el derecho fundamental a la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes⁹⁵⁹. En tal sentido, ya se ha citado el precedente “*Weems v. United States*” de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos -siendo éste uno de los *leading cases* en materia de interpretación de la Octava Enmienda-, en donde ésta se refirió, tangencialmente, a la castración quirúrgica como “barbárica”⁹⁶⁰. Lo propio hicieron, como también pudo verse, Tribunales inferiores, tanto Federales como estatales⁹⁶¹. La doctrina española tampoco ha dudado en referir a la castración quirúrgica como un ejemplo evidente de sanción inhumana o degradante, incluso sin importar que a través de aquella puedan alcanzarse beneficios en materia de prevención de reincidencia⁹⁶².

3. Al momento de valorar la compatibilidad de la castración química con la prohibición de sanciones inhumanas o tratos crueles, pareciera no haber consenso en la doctrina. En efecto, algunos autores sostienen que el tratamiento médico no representa un castigo inherentemente cruel⁹⁶³. Tienen en cuenta que los efectos de la medicación no son permanentes ni irreversibles y que no representan ninguna clase de humillación, degradación o infamia en sus destinatarios. En segundo lugar, se valora que no se trata de una reacción desproporcionada en relación con el delito cometido, ya que no podrá extenderse más allá del tiempo previsto por la condena; tercero, que no es excesivo en función del objetivo perseguido, siendo además necesario en tanto no existen medios menos lesivos e igualmente eficaces⁹⁶⁴.

IX.2.C.e.2. Derecho a la integridad física y moral.

⁹⁵⁹ LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 178. Esto es aceptado, incluso, por doctrina partidaria a la castración química, cfr. FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 37.

⁹⁶⁰ Véase *supra* Capítulo VI.2.A.

⁹⁶¹ *Idem*.

⁹⁶² Véase, por todos, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 34.

⁹⁶³ Este argumento fue asumido por el Tribunal Constitucional en el citado caso de la esterilización de deficientes psíquicos -STC, de 14 de julio de 1994 (ponente García-Mon y González-Regueral), FJ 5°.

⁹⁶⁴ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, pp. 36-39 y WONG, *Oregon Law Review*, 2001, pp. 283-290. Se sigue en esto la estructura utilizada por la Suprema Corte estadounidense para determinar si una sanción es inhumana o degradante, principalmente en los paradigmáticos casos SCOTUS, de 2 de mayo de 1910, (ponente McKenna), (“*Weems v. United States*”) y SCOTUS, de 29 de junio de 1972 (votos concurrentes) (“*Furman v. Georgia*”).

1. Tal como enseña el Tribunal Constitucional⁹⁶⁵, el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15, CE) protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, el Tribunal advierte que este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que exista una justificación constitucional.

2. Es por ello por lo que el derecho a la integridad física y moral constituye el fundamento constitucional último del principio de autonomía del paciente y la exigencia de su consentimiento para legitimar cualquier tratamiento⁹⁶⁶. De aquí que cualquier medida de seguridad o restricción que suponga una intervención invasiva sobre el cuerpo o la psiquis de una persona, sin su consentimiento, podrá vulnerar este derecho fundamental⁹⁶⁷.

3. Si se asume que la castración química no puede ser encuadrada como una medida de seguridad y se le reconoce una naturaleza de tratamiento médico, entonces aquella deberá ser compatible con el derecho a la integridad física y moral.

IX.2.C.e.3. Secundarios.

1. Al momento de advertir sobre las desventajas de la aplicación de Depo-Provera se suelen mencionar, como efectos secundarios comprobados, atrofia testicular, aumento de peso, pesadillas, calores intensos, enfriamientos, pérdida de masa muscular, hipertensión, disnea, trombosis, insomnio, hipogonadismo, fatiga, problemas de vesícula biliar y síntomas diabéticos⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ STC, de 27 de marzo de 1990, (ponentes García-Mon y González-Regueral, Díaz Eimil y Gimeno Sendra), FJ. 8°.

⁹⁶⁶ ARRUEGO RODRÍGUEZ, *InDret*, 2009, p. 11.

⁹⁶⁷ ARMAZA ARMAZA, *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, p.159.

⁹⁶⁸ LA FOND, *Preventing sexual violence*, p. 171 y DRUHM, *Albany Law Review*, 1997, p. 298.

2. Si bien no están estudiados los efectos a largo plazo⁹⁶⁹, sí es interesante destacar que la FDA periódicamente ha ido publicando diversas advertencias sobre los efectos secundarios de esta droga⁹⁷⁰.

2.a. Entre éstas cabe destacar una particular de 2004, a propósito de que el uso prolongado de esta droga puede generar una pérdida significativa de densidad mineral ósea, que sería cada vez más importante cuánto más tiempo se aplique la droga; aclarando que la pérdida no sería del todo reversible luego de discontinuada la misma⁹⁷¹.

3. Sin lugar a dudas los efectos secundarios ocupan un espacio importante en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, del lado de los costes. Por otro lado, la eventualidad de estos efectos resulta un motivo más para ser estrictos en la verificación del consentimiento informado, de forma tal de poder demostrar que la persona sabía de antemano todos los síntomas o efectos que podría llegar a afrontar. Desde ya que esos efectos no deberían surgir de la letra pequeña de un precepto, sino que deberán ser explicados de un modo claro y suficiente para que no haya dudas de su comprensión.

IX.2.C.f. Los derechos afectados por las restricciones situacionales.

1. En primer lugar nos referiremos a la restricción que supone para una persona no poder elegir dónde va a vivir y los derechos fundamentales que ello puede vulnerar.

⁹⁶⁹ FITZGERALD, *American Journal of Criminal Law*, 1990, p. 9.

⁹⁷⁰ En una búsqueda de la página de Internet de la FDA surgen como resultado 157 resultados de publicaciones con efectos secundarios. Véase https://google2.fda.gov/search?q=depo%20provera%20side%20effects&client=FDAgov&proxystylesheet=FDAgov&output=xml_no_dtd&site=FDAgov&requiredfields=-archive:Yes&sort=date:D:L:d1&filter=1 (última visita 20/05/2017). Véase también <https://www.drugs.com/sfx/depo-provera-side-effects.html> (última visita 20/05/2017).

⁹⁷¹ https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2016/020246s058lbl.pdf (última visita 20/05/2017). Debe aclararse que este efecto es advertido para las mujeres dado que la droga es utilizada principalmente como método de contracepción y en esos términos es que se refiere la FDA. En virtud de ello, debería verificarse -y no es claro en los reportes- si el mismo efecto se da en los hombres.

Seguidamente, haremos lo propio con relación a las restricciones al uso de ordenadores.

IX.2.C.f.1. Restricciones domiciliarias.

1. Los primeros problemas y objeciones formuladas al modelo estadounidense de restricciones residenciales surgen de observar con preocupación cómo las zonas de exclusión restringen áreas cada vez más amplias en donde personas con antecedentes por delitos sexuales puedan vivir. Ello se ve agravado por el llamado “efecto legislativo dominó”, que aparece cuando una localidad sanciona una ordenanza de restricción y las zonas vecinas siguen dicho ejemplo para evitar transformarse en comunidades habitadas por delincuentes sexuales. Estas circunstancias han dado lugar a un fenómeno creciente de condenados por delitos sexuales sin hogar⁹⁷², a la creación de verdaderas comunidades de exiliados o al desplazamiento de las personas hacia vecindarios pobres o inestables. Ello ha producido, además, un alto grado de desorganización social en el que incluso puede verse facilitado un ambiente en el cual la violencia sexual sea más aceptable o hasta normal, todo lo cual no sólo dificulta mucho una correcta reinserción y rehabilitación, sino que además puede generar mayor delincuencia sexual⁹⁷³.

1.a. Esta objeción puede ser encuadrada, desde un punto de vista criminológico, dentro de la teoría de *Sutherland* sobre la “asociación diferencial” y los planteos de *Shaw* y *Mckay* sobre la “desorganización social”, como factor de contribución al delito que influyeron sobre

⁹⁷² El efecto de dejar sin casa a delincuentes sexuales forzándolos a vivir en la calle o en comunidades y su relación con la reincidencia, ha sido destacado por un informe del “Sex Offender Management Board” de California (CASOMB), de diciembre de 2008 titulado “Homelessness among registered sex offenders in California”, publicado en su sitio de Internet <http://www.casomb.org/docs/Housing%202008%20Rev%201%205%20FINAL.pdf> (última visita 20/05/2017). También fue destacado en notas periodísticas, entre las que podemos citar, “Laws to track sex offenders encouraging homelessness”, del Washington Post del 27/12/2008, p. A03 - <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/12/26/AR2008122601722.html>- (última visita 20/05/2017).

⁹⁷³ Cfr. BURCHFIELD/MINGUS, *Criminal Justice and Behavior*, 2008, p. 360 y YUNG, *Washington University Law Review*, 2007, pp. 140-142 y 148.

aquella. A partir de esta idea se determina que el delito es un comportamiento aprendido por la interacción con los otros. Si en el medio que rodea a una persona hay un “exceso de definiciones favorables a infringir la ley” y ésta se encuentra aislada de grupos que puedan contrarrestarlas, entonces muy probablemente se convertirá en delincuente⁹⁷⁴.

2. Otro de los problemas que se apuntan es que el sistema puede incentivar a incumplir las obligaciones propias del sistema de registro de delincuentes sexuales y a ocultarse del control. En efecto, se observa que ante las fuertes cargas que impone la zona de exclusión -tales como tener que mudarse, separarse de su familia, no tener acceso a empleos, etc.-, los sujetos pueden elegir “desaparecer” del sistema de control. Esta posibilidad, según refiere un sector de la doctrina, ha comenzado a notarse en algunos lugares en donde se reportan graves incrementos en el incumplimiento de la obligación de reportarse. Se aventura que este contexto puede generar escenarios de reincidencia⁹⁷⁵.

3. Un nuevo efecto negativo que se observa es que las leyes de restricciones pueden obligar a las personas a alejarse de los centros de tratamiento terapéutico, dado que éstos suelen ubicarse en zonas céntricas, normalmente aledañas a parques o escuelas. En este sentido, el alejamiento de lugares de tratamiento puede traer consigo dificultades en la asistencia. Piénsese por ello que muchas de las normas prohíben el merodeo en zonas de exclusión, sin contemplar excepciones de concurrencia a terapias; o incluyen las paradas de autobús como lugar de referencia, con lo cual se obstaculiza además el traslado mismo. Parece evidente que el tratamiento es una herramienta importante en la reducción de la peligrosidad de los delincuentes sexuales. En función de ello, se ha destacado que el efecto apuntado puede influir negativamente sobre la reinserción de los mismos⁹⁷⁶.

4. En estas condiciones, resulta sumamente difícil aprobar la legitimidad de las restricciones residenciales para agresores sexuales, previstas en el modelo estadounidense. Ha podido verse que las mismas no resultan idóneas ni tampoco

⁹⁷⁴ CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Teorías criminológicas*, pp. 100-101.

⁹⁷⁵ Tal el caso de Iowa en donde se reporta un incremento del 100% desde que la ley de restricciones cobró vigencia; cfr. YUNG, *Washington University Law Review*, 2007, pp. 142-144. Se calcula que de los 550.000 delincuentes sexuales registrados, existen unos 150.000 con paradero desconocido; cfr. JANICKI, *Boston University Public Interest Law Journal*, 2007, p. 296.

⁹⁷⁶ YUNG, *Washington University Law Review*, 2007, pp. 144-146.

imprescindibles. En este sentido, los estudios realizados no han podido comprobar una disminución del índice de reincidencia de aquellas personas a quienes se les impusieron restricciones residenciales. Asimismo, tampoco se prevé un sistema que permita refutar la presumida peligrosidad de los sujetos a los que se les impone. Hasta aquí, sin embargo, se destacan objeciones que resultan comunes al registro de delincuentes sexuales y notificación a la comunidad. Por otro lado, cabe preguntarse si estas dificultades son suficientes para deslegitimar esta específica reacción penal.

5. A los efectos de profundizar el análisis voy a avanzar un escalón más, dando por aprobadas las oposiciones que han surgido desde la idoneidad y la necesidad. Ahora bien, ¿cuál es el análisis distintivo que merece realizarse en materia de proporcionalidad estricta? Considero que aquí resulta fundamental apelar a los derechos afectados por el sistema de restricciones residenciales que he reseñado al comienzo de este acápite. En primer lugar, las mismas representan el ejemplo más extremo de rechazo a las posibilidades de rehabilitación de una persona. En este sentido, en vez de ayudarlo a reintegrarse a la sociedad, con toda la contención y el tratamiento que se le pueda prestar, se opta por asegurarse que esté lo más lejos posible de escuelas o parques. Y para peor, en esa suerte de destierro se generan problemas importantes de alojamiento y desorganización social.

6. Considerando por ello la afectación explícita al derecho constitucional de reinserción social, sin beneficios a la vista en materia de prevención de la delincuencia sexual y con un extremo lleno de costes en material de derechos vulnerados y consecuencias negativas ocasionadas, la conclusión no puede ser otra que la deslegitimación del sistema de restricciones residenciales previsto en el modelo estadounidense.

7. Dicho esto, no puedo dejar de advertir que otros modelos de restricciones residenciales, como el español, han superado cuestionamientos de constitucionalidad bajo la estructura analítica del principio de proporcionalidad. En este sentido, se presentó en España en el año 2010 un planteo de inconstitucionalidad del modelo de restricción domiciliaria (arts. 48.2 y 57.2, CPE)⁹⁷⁷. En lo que aquí interesa

⁹⁷⁷ STC, de 7 de octubre de 2010, (ponente Delgado Barrio), FJ.1°.

destacar⁹⁷⁸, se alegó allí que el modelo suponía una posible infracción del principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE) a la libertad de elegir residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), a contraer matrimonio (art. 32 CE) y, potencialmente, al derecho al trabajo en la profesión elegida (art. 35 CE).

8. El Tribunal Constitucional partió por admitir que el derecho a fijar libremente el lugar donde estar, de manera transitoria o permanente, resultaba al menos parcialmente limitado como consecuencia de la imposición de restricciones domiciliarias. Se aceptaba la consecuencia de una restricción inmediata al derecho a elegir libremente el lugar de residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE).

8.a. Del mismo modo -aunque este razonamiento no sería aplicable a la problemática analizada en este trabajo, sino más bien a los delitos de violencia de género, también aceptó que podría cercenarse al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que los unía.

9. Sin embargo, el Tribunal Constitucional advirtió que de ello no se derivaba sin más la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada. En tal sentido -siguiendo la estructura del juicio de proporcionalidad- comenzó por analizar la finalidad legítima (asegurativa-cautelar y de protección de bienes jurídicos⁹⁷⁹) de esta consecuencia jurídica. Luego sostuvo que la restricción domiciliaria era idónea para la persecución de aquella finalidad⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ Algunos de los cuestionamientos, que no vienen al caso desarrollar cómo fueron resueltos por el Tribunal Constitucional, se hicieron desde el punto de vista de la víctima y los efectos secundarios que podrían recaer sobre ésta. Por ejemplo, en vulneración del principio de personalidad de las penas (FJ 4º) o de una posible indefensión (FJ, 5º). Por otro lado, se observa que el Tribunal descartó que la restricción domiciliaria afectara el derecho a la intimidad familiar. Valoró en tal sentido que, mediante esta garantía se protegía a su titular el poder guardar un ámbito reservado para sí y su familia de una publicidad no querida. En este caso, se consideró que la pena de alejamiento no afectaba este derecho (FJ. 8º).

⁹⁷⁹ Se habló además de otras finalidades secundarias, tales como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de los bienes jurídicos protegidos por la norma, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos; STC, de 7 de octubre de 2010, (ponente Delgado Barrio), FJ. 10º.

⁹⁸⁰ STC, de 7 de octubre de 2010, (ponente Delgado Barrio), FJ. 13º.

10. El análisis continuó con el juicio de necesidad. En tal sentido, el Tribunal valoró que no existía una alternativa menos gravosa, con el mismo grado de eficacia para la finalidad perseguida. Tuvo en cuenta que las circunstancias que fundaban la obligatoriedad de la restricción domiciliaria determinaban su necesidad y la inexistencia de otros medios⁹⁸¹. No puede perderse que en este modelo la restricción domiciliaria se encuentra limitada a la residencia de la víctima y no así a cualquier escuela o parque en donde haya niños.

11. Finalmente, dentro del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal consideró que el modelo era lo suficientemente flexible como para que el Juez pudiera adaptarlo a las circunstancias del caso concreto, graduando su intensidad y duración⁹⁸². En función de ello, se concluyó que la restricción domiciliaria del modelo español era constitucional.

12. Resulta interesante destacar el análisis de legitimidad realizado por el Tribunal Constitucional para el modelo español. Sobre todo, en el ámbito de la proporcionalidad en sentido estricto aparece la necesidad de exigir flexibilidad en la intensidad de las restricciones para poder cuidar que la efectiva vulneración de los derechos fundamentales que provoca sea razonable.

IX.2.C.f.2. Restricciones informáticas.

1. Al momento de analizar la legitimidad de las restricciones al uso de ordenadores e Internet, la doctrina ha hecho hincapié en los derechos vulnerados por dicha medida. En efecto, las primeras objeciones ocurridas para el modelo estadounidense de este tipo de restricciones se dieron en el marco de los derechos constitucionales de libertad de expresión, libertad de asociación y libertad de trabajo. Debe recordarse que en Estados Unidos, las dos primeras garantías están protegidas por la Primera Enmienda de su Constitución y se ha considerado legítimo restringirlas por parte de

⁹⁸¹ *Idem*, FJ.15°.

⁹⁸² STC, de 7 de octubre de 2010, (ponente Delgado Barrio), FJ. 18°.

los Tribunales, al imponer condiciones de *probation* o libertad vigilada, siempre que ello tenga por objeto el cumplimiento de una de las finalidades de la pena y que no implique una restricción a la libertad mayor a la necesaria ⁹⁸³.

2. Respecto del derecho al trabajo, se considera que la restricción del uso de ordenadores o de Internet puede tener un impacto importante en la habilidad de conseguir o desarrollar determinado trabajo, estimando que ello puede ser violatorio del derecho fundamental a trabajar. Sin embargo, los planteos llevados a la Justicia en Estados Unidos no tuvieron suerte, dado que la jurisprudencia evaluó que la restricción resultaba necesaria para el cumplimiento de finalidades preventivas, en casos en los que el delito se hubiera facilitado mediante el uso de ordenadores. Por otra parte, se tuvo en cuenta la eventualidad de que el supervisor de *probation* autorizase su uso en casos específicos, ante la obtención de un trabajo determinado⁹⁸⁴.

3. Sin embargo, a pesar de haberse rechazado -con carácter general- que las restricciones al uso de ordenadores sean contrarias a las garantías constitucionales mencionadas, persiste el criterio jurisprudencial de ajustar las restricciones de forma tal que no constituyan prohibiciones absolutas. En ese sentido, se han trazado analogías entre el impedimento de uso de Internet y “la prohibición de hacer uso del teléfono, del correo o de la televisión que pueden comportar, por ejemplo, la práctica imposible de encontrar un trabajo, acceder a la educación no presencial, ejercer electrónicamente el derecho de voto, consultar un diario o, sencillamente, comprar un libro en *Amazon*. Por lo tanto, provocan una limitación muy drástica de la libertad de los sujetos implicados, que les impide llevar una vida cotidiana con normalidad y se convierten en un obstáculo para su rehabilitación”⁹⁸⁵.

4. En virtud de ello, pareciera que la legitimidad pasa por un criterio de razonabilidad y de ajustar la medida restrictiva a la situación particular del individuo, teniendo en cuenta la gravedad y modalidad del hecho cometido, junto con las necesidades de rehabilitación y asegurativas del caso concreto.

⁹⁸³ HYNE, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2002, pp. 238-240.

⁹⁸⁴ HYNE, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement*, 2002, pp. 240-242.

⁹⁸⁵ FELIP I SABORIT, *Revista Catalana de Dret Públic*, 2007, p. 322.

IX.2.C.f.3. La vigilancia electrónica y el derecho a la privacidad.

1. Pareciera que el debate por la legitimidad de los sistemas de monitorización electrónica fue quedando atrás en la medida en que la práctica fue demostrando la conveniencia de estos sistemas para la aplicación de penas alternativas y en tanto los miedos que en un principio surgían perdieron su razón de ser. Por otra parte, si en el debate se presenta la opción entre intentar resocializar a la persona dentro de la cárcel o en libertad, pareciera que prevalecerá la segunda, siempre que el encarcelamiento no sea visto como imprescindible. Persisten de todos modos voces críticas provenientes sobre todo de la criminología que advierten sobre algunas de las características de la “nueva penología”, marcada por la comercialización y privatización del sistema penal, la prevalencia de herramientas de gestión de riesgo y el exacerbado control social⁹⁸⁶.

2. Un sector de la doctrina considera que, en la medida en que la persona sometida a vigilancia electrónica haya sido condenada por un delito grave y se espere de ella que pueda reincidir en conductas similares, el control efectuado sería legítimo ya que la afectación al derecho a la intimidad quedaría salvaguardado por el interés estatal en supervisar el cumplimiento de una pena impuesta y proteger a la comunidad⁹⁸⁷. Se habla, también, de una expectativa reducida de privacidad de aquellas personas que se encuentran gozando de *probation* o libertad condicional⁹⁸⁸.

3. Pareciera por ello que los reclamos que puedan hacerse a la monitorización deberían estar dirigidos, más bien, a las restricciones que ella pretende supervisar. Es decir, no criticarse la localización mediante GPS, sino más bien el fundamento de impedirle al sujeto acudir a un lugar o zona determinada.

⁹⁸⁶ Cfr. ALBRECHT, “Electronic monitoring in Europe”, pp. 1-3 y sus referencias. Respecto a la visión del sistema como un negocio para las empresas privadas que comercializan los sistemas de monitorización, véase TORRES ROSELL, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2008, p. 91, nota 75 y sus referencias.

⁹⁸⁷ Cfr. EICHAR, *McGeorge Law Review*, 2006, pp. 292-293.

⁹⁸⁸ Cfr. BROOKS WHITEHEAD, *McGeorge Law Review*, 2007, pp. 272-273.

4. De todas formas, debería trazarse una diferencia en aquellos casos -como el del estado de California- en los que se prevé la localización mediante GPS de por vida. Considero que la falta de límites temporales al seguimiento satelital de una persona podrían no superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, dado que el balance entre derecho a la intimidad (costes) e interés estatal en supervisar a los penados (beneficios) de modo perpetuo se vería superado con el transcurso del tiempo y la falta de necesidad de controlar a sujetos que, por su avanzada edad ya no representan un peligro a potenciales víctimas.

IX.2.C.g. Balance sobre el juicio de proporcionalidad en sentido estricto de las reacciones frente al agresor sexual.

1. A lo largo de este apartado, he intentado plantear los diversos problemas que se presentan en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto de las reacciones jurídicas frente a los agresores sexuales y, de ese modo, ofrecer mi posición en cada caso. A modo de recapitulación y balance final cabe puntualizar las siguientes afirmaciones.

2. Tanto en materia de reclusión o internamiento de seguridad, como así también en el modelo de pena indeterminada, considero que los principales obstáculos que se presentan aparecen en materia de idoneidad y necesidad. En primer lugar, será imprescindible que la reglamentación del internamiento o la pena indeterminada y su forma de ejecución permitan comprobar una oferta real de tratamiento y un sistema progresivo en la ejecución del encierro que pueda inocuizar pero a la vez promover la reinserción de la persona. De no estar presentes estos requisitos, entonces el internamiento o la pena indeterminada deberán quedar deslegitimados ya que se habrá demostrado que su única finalidad es asegurativa y de incapacitación. Dicho de otro modo, si la medida se encuentra implementada con el único propósito de encerrar a la persona, luego del cumplimiento de la pena impuesta, entonces deberá ser reputada de inconstitucional. Con relación a la segunda de las exigencias será imprescindible acreditar la existencia de controles judiciales periódicos que evalúen

la necesidad de continuidad del internamiento y siempre dentro del marco comparativo con medios alternativos menos gravosos que deberán estar previstos.

3. Sólo en el caso de superarse estos dos análisis previos deberá realizarse el análisis final de proporcionalidad en sentido estricto. De un lado, deberá valorarse que -en la actualidad- existen ciertos programas de tratamiento que han demostrado su eficacia en materia de prevención de la reincidencia. En contraposición a ello, del lado de los costes aparece una privación de libertad que puede afectar el contenido esencial de ciertos derechos. Ello dependerá, en muchos casos, de la forma y el lugar en el que sea ejecutado el internamiento.

4. En virtud de ello, he considerado que para que el internamiento pudiese superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, deberá poder acreditarse que la medida sea ejecutada de modo excepcional, con controles judiciales periódicos -que estimo no deberían ser mayores a seis meses- y por un período de tiempo realmente limitado a la progresividad del tratamiento ofrecido. Por otro lado, deberá garantizarse que el lugar de internamiento sea diferente a la prisión y que en el mismo se ofrezcan programas de tratamiento voluntarios y que no pretendan modificar la personalidad del sujeto. Finalmente, deberán implementarse procedimientos de revisión del internamiento y medios alternativos a éste, dentro de un régimen de progresividad.

5. Al momento de evaluar los registros de delincuentes sexuales, no parece posible discutir que el sistema genera humillación y estigmatización sobre la persona registrada y, eventualmente, sobre su familia.

El modo en que la notificación comunitaria es difundida puede catalogarla como una sanción vergonzante y humillante. En este caso, la humillación de la sanción conlleva, además, una afrenta a la dignidad humana de la persona, que no podrá ser tolerada legítimamente por su insalvable contradicción con el art. 10 de la Constitución española.

6. Además de afectar la dignidad de las persona, la notificación comunitaria puede incidir también en el derecho al honor y la intimidad personal y familiar, protegida por el art. 18 de la CE. La Constitución garantiza al ciudadano una esfera que puede

proteger del escrutinio público, y la divulgación y difusión activa de esta información lesiona ese derecho a la privacidad.

7. Puede discutirse, luego, si los antecedentes penales están o no protegidos por esa esfera de privacidad, pero lo que parecería claro es que una cosa es la difusión de una sentencia condenatoria y otra muy distinta es dar a conocer los datos personales del sujeto condenado.

8. Con relación a la proporcionalidad en sentido estricto de la llamada castración química, se han analizado los diversos derechos fundamentales que pueden verse afectados por su aplicación. En tal sentido, considero que sólo podrá ser compatible con el derecho a la integridad física y moral, si se asume su naturaleza de tratamiento médico con las consecuencias que ello implica.

9. Por otro lado, he arribado a la conclusión de que podría ser legitimada si está probado que para ese caso en particular la droga puede ser efectiva; si la administración de la droga es voluntaria, contándose con el consentimiento informado del sujeto; finalmente, si el individuo está motivado a corregir su comportamiento y la complementa con un seguimiento terapéutico⁹⁸⁹.

10. Respecto de las restricciones situacionales, las principales objeciones que pueden alterar el contenido esencial de un derecho fundamental se presentan con relación a las restricciones domiciliarias.

En tal sentido, se destaca cómo las zonas de exclusión restringen áreas cada vez más amplias en donde personas con antecedentes por delitos sexuales puedan vivir. Estas circunstancias han dado lugar a un fenómeno creciente de condenados por delitos sexuales sin hogar, a la creación de verdaderas comunidades de exiliados o al desplazamiento de las personas hacia vecindarios pobres o inestables. Ello ha producido, además, un alto grado de desorganización social, que puede incentivar incluso un ambiente en el cual la violencia sexual sea más aceptable o hasta normal, todo lo cual no sólo dificulta mucho una correcta reinserción y rehabilitación, sino que además puede generar mayor delincuencia sexual.

⁹⁸⁹ FARKAS/STICHMAN, *Criminal Justice Review*, 2002, p. 274.

11. Sin duda, estas circunstancias afectan directamente el derecho a la reinserción social, a la dignidad de la persona y, en algunos extremos, podrán significar un trato humillante y degradante.

Conclusiones

1. A lo largo del presente trabajo he asumido y fundamentado diferentes posiciones. A continuación las enumeraré:

I- Disposiciones comunes a las consecuencias jurídicas frente al imputable peligroso.

1. Toda consecuencia jurídica que pretenda imponerse frente al imputable peligroso y basada en esta última condición deberá ser **aplicada como consecuencia de un delito cometido** y de una valoración del autor, efectuada **al momento de dictarse la sentencia condenatoria** y rodeada de las mismas garantías del proceso. Ello sin perjuicio de que, una vez agotada la pena, deberá **actualizarse la necesidad** de ejecutar la medida impuesta y, asimismo, el tipo de medida y su grado de restricción sobre la persona.

2. Las consecuencias jurídicas frente a las que se impone al imputable peligroso deberán poder demostrar que **no poseen un fundamento exclusivamente inocuizador**. En este sentido, si bien la finalidad de la medida de seguridad es, esencialmente, inocuizadora, tiene que **perseguir además la reinserción social del sujeto**. Ello forma parte de una concepción específica de la persona humana y su dignidad que impide su mera separación o destierro. Y además, esta obligada finalidad de reinserción social encuentra su razón de ser en la propia Constitución española. En virtud de ello, deberá prestarse atención a que la imposición de la medida de seguridad, más allá de su idoneidad para la inocuización del sujeto, sea compatible en todo momento con la finalidad resocializadora.

3. Las consecuencias jurídicas frente al imputable peligroso deberán ser **idóneas** -en relación con el fin perseguido- e **imprescindibles**, en todo momento. La medida de seguridad no se asocia con la pena, carece de una finalidad retributiva. En virtud de ello, su único fundamento es la necesidad de **controlar una peligrosidad pronosticada o presumida**.

4. Con relación a la exigencia de idoneidad, deberá demostrarse una conexión entre la reacción jurídica y las específicas condiciones de la persona condenada, sus motivaciones y sus impulsos para la comisión de delitos sexuales. Sólo así podrá determinarse que la consecuencia jurídica impuesta es **idónea** para controlar la peligrosidad del sujeto y promover su adecuada reinserción social. En segundo lugar, este control de peligrosidad deberá ser efectuado **del modo menos restrictivo posible** y siempre respetando la regla general de **presunción de inofensividad**. Esta última indica una concepción de la persona humana por la cual deberá protegerse la libertad de determinación de la persona y el convencimiento de que, hasta último momento, podrá optar por no delinquir. En virtud de ello, en aquellos casos en los que el pronóstico de peligrosidad no sea claramente positivo ni claramente negativo, debería prevalecer la no peligrosidad.

5. Deberá **evaluarse en forma periódica** la medida, para asegurarse de que se mantenga su necesidad estricta. En caso de aparecer una alternativa menos gravosa deberá cesar y ser sustituida por otra de menor injerencia. Esta exigencia forma parte de la obligación por parte del Estado de brindar un **tratamiento progresivo**, propio de la garantía constitucional a la resocialización en la ejecución de las consecuencias jurídicas, que incluya etapas menos restrictivas que otras.

6. Las consecuencias jurídicas frente al imputable peligroso no pueden basarse en afirmaciones genéricas y empíricamente falsas. Es muy común fundar la necesidad de las medidas de seguridad de agresores sexuales en la elevada probabilidad de reincidencia que poseen. Sin embargo, existen estudios que demuestran que esta presunción no necesariamente es correcta. En este sentido, **debe poder**

argumentarse una precisa determinación del riesgo -para bienes jurídicos- **que se espera de la persona**, al momento de resolver sobre la medida de seguridad concreta y sus eventuales sustituciones. Seguidamente, poder determinarse que los delitos esperados sean de suma **gravedad** y, por último, que la medida aplicada sea **imprescindible** para la evitación de los peligros esperados. De nuevo, para la imposición de una específica reacción penal, no bastará recurrir al lugar común de considerar que los agresores sexuales tienen elevados índices de reincidencia, ya que esta conclusión no encuentra sustento en los estudios realizados sobre reiteración delictiva.

7. Los estudios sobre **reincidencia en delitos sexuales** deberían ser tenidos en cuenta en la valoración concreta de peligrosidad de una persona y, también, para definir la necesidad de imposición o mantenimiento de algunas medidas impuestas. En este sentido, no debería perderse de vista que los estudios empíricos parecen indicar que las tasas de reincidencia de esta clase de delincuentes son inferiores a las del resto. Dicho de otro modo, la persona que ha cometido un delito sexual puede tener, incluso, menores chances de repetir su conducta que otros delincuentes.

II- De la reclusión o internamiento de seguridad y de la pena indeterminada.

1. Para que la reclusión o custodia de seguridad sea legítima **no podrá aplicarse en forma retroactiva** a hechos cometidos con anterioridad a la sanción de la norma. Tampoco podrán aplicarse retroactivamente las reformas futuras que agraven sus condiciones. Ni la pretendida naturaleza civil, ni tampoco la evidente calificación como medida de seguridad por parte de la reclusión o custodia de seguridad pueden evitar la aplicación plena del principio de legalidad para este instituto. Tanto la conducta como la consecuencia jurídica deben estar específicamente previstas al

momento de la comisión del hecho. Como consecuencia de ello, todas las sanciones - sean civiles, administrativas o penales- que puedan desencadenarse de la comisión de aquel hecho tienen que estar necesariamente legisladas con anterioridad a este momento.

2. No se trata de equiparar pena y medida de seguridad o de confundir sus fundamentos. Por el contrario, se trata de asociar el principio de legalidad con la conducta misma de las personas y sus posibles consecuencias jurídicas -en sentido amplio-. Por ello, la irretroactividad de las leyes trasciende la idea de pena y es tributaria del comportamiento mismo de las personas.

3. Para que la reclusión o custodia de seguridad sea legítima debe garantizar que sea ejecutada **ofreciendo en todo momento herramientas de tratamiento voluntario para la persona**. Lo mismo ocurre con la pena indeterminada. Toda persona recluida o internada por razones de seguridad tiene el derecho fundamental a recibir tratamiento vinculado a las condiciones que fundamentaron su encierro -que ya nada tienen que ver con la culpabilidad-. Si se va a permitir al Estado recluir a una persona por razones de peligrosidad, entonces deberá poder asegurarse que esta condición sea abordada de un modo terapéutico -y siempre voluntario-. Dicho de otro modo, si en el reparto de cargas se autoriza un fundamento diverso a la culpabilidad para fundar una consecuencia jurídica, entonces el autorizado deberá implementar medidas de tratamiento para la superación y mejora de la condición que justificó este tipo de encierro.

4. Si no existe un abordaje de este tipo, el encierro será ilegítimo. La prevención especial negativa por sí sola sin estar complementada por una ejecución que tienda a la resocialización es inconstitucional. Además, deberá asegurarse que el tratamiento sea ofrecido desde un comienzo y no esperar a que se agote la pena impuesta para comenzar a realizarlo.

5. Para que la reclusión o custodia de seguridad sea legítima debe asegurarse que se trata de una medida **imprescindible** y **excepcional**. Como todo tratamiento terapéutico y de acuerdo a los principios que rigen la internación de las personas con padecimientos mentales, el encierro deberá ser el último recurso y, además, limitado en el tiempo. Esta exigencia se complementa con el requisito -ya destacado- de tratarse de una medida imprescindible para el aseguramiento y tratamiento de la persona. De no ser necesaria, deberá implementarse una medida alternativa que ofrezca un abordaje de tratamiento con libertad ambulatoria.

6. Para que la reclusión o custodia de seguridad sea legítima debe garantizarse una **revisión judicial independiente, imparcial y periódica**, así como también un **lugar de alojamiento, cuyas instalaciones, personal y equipamiento estén destinados a favorecer la reinserción de la persona**. El procedimiento que regula la reclusión de seguridad deberá garantizar una revisión permanente y periódica, en la que intervengan equipos multidisciplinarios y siempre asegurando que la persona recluida esté representada no sólo con su defensor, sino también con profesionales de parte que haya podido proponer o que el Estado le pueda proveer.

7. No deberá alojarse a la persona recluida en un establecimiento carcelario común, a menos que sea estrictamente necesario por razones de seguridad y siempre que dicho lugar ofrezca instalaciones, personal y equipamiento necesarios para proveer de herramientas terapéuticas destinadas a la reinserción social de la persona. No será legítima si la persona permanece recluida en idénticas condiciones que las de quienes están cumpliendo pena privativa de libertad. Lo contrario sería encubrir, lisa y llanamente, una extensión de la pena no autorizada por el principio de culpabilidad ni por los marcos legales previstos en el Código Penal.

III- De los registros de delincuentes sexuales y la notificación a la comunidad.

1. Un registro de delincuentes sexuales que incluya la imposición de obligaciones adicionales en cabeza de las personas registradas y sanciones por incumplimiento del mismo debe ser considerado una **medida de seguridad**. En efecto, se trata de restricciones a los derechos de la persona condenada, vinculadas al delito cometido y a un pronóstico de reincidencia.

2. Para que los registros de delincuentes sexuales -públicos o no- sean legítimos **no pueden ser aplicados en forma retroactiva**. En virtud de ello, toda persona que hubiese cometido el delito con anterioridad a la sanción del registro de delincuentes sexuales no podrá ser incluida en el mismo.

3. Para que los registros de delincuentes sexuales sean legítimos **no pueden basarse exclusivamente en el delito cometido, sino que deben incluir una valoración individualizada de la peligrosidad y permitirse su revisión**. Sólo así podrá demostrarse la necesidad del mismo y graduarse su intensidad.

4. Los registros **públicos** de delincuentes sexuales pueden provocar situaciones de **humillación** y de **vigilantismo** que afectan la privacidad y la dignidad humana de un modo intolerable.

IV- De la imposición de tratamientos médicos de supresión hormonal a una persona ante la comisión de un delito.

1. Para que la llamada castración química pueda ser considerada legítima debe ser **concebida como un tratamiento médico** y, como tal, debe necesariamente ser **voluntaria y consentida**. Estas características, en principio, serían incompatibles con la naturaleza coactiva de las medidas de seguridad. Ésta, por su calidad de

consecuencia jurídica es impuesta de modo coactivo, en función de un pronóstico de peligrosidad de la persona condenada.

2. Para que la llamada castración química pueda ser considerada legítima debe respetar la necesidad de contar con el **consentimiento informado del paciente** al que se la aplica. De lo contrario, se estarán violando los derechos constitucionales a la autonomía individual y a la integridad física y moral.

3. Para que la llamada castración química pueda ser considerada legítima debe estar **precedida de una evaluación psiquiátrica y psicológica** de la persona que indique la idoneidad del tratamiento en el caso particular.

4. Para que la llamada castración química pueda ser considerada legítima deben extremarse los medios para que la misma sea realmente **voluntaria**. Sobre todo, en aquellos casos en los cuales es ofrecida como una alternativa a quedar encerrado de por vida.

5. Para que la llamada castración química pueda ser encuadrada y aplicada dentro de la medida de seguridad de libertad vigilada del sistema español, debe asegurarse la implementación de un **procedimiento por medio del cual el destinatario de la castración preste un consentimiento** libre e informado. Ello sin duda la convertiría en una medida de seguridad de peculiares características, dado que toda consecuencia jurídica -por su propia naturaleza- no requiere del consentimiento del destinatario. En tal sentido, se vio que a partir de lo dispuesto por el art. 98.3 CPE, el Juez contaría con herramientas procesales para exigir esta condición previa en la cual el sujeto pueda aceptar libremente o no el tratamiento de supresión hormonal.

V- Del control judicial de condenados por delitos sexuales en libertad.

1. Al momento de definir la **naturaleza jurídica** de los mecanismos de control judicial de ex convictos por delitos sexuales en libertad, se encuentra una gran variedad de medidas y muy diversos encuadres. Incluso hay institutos que son previstos tanto como penas accesorias, como así también como medidas de seguridad, como reglas de conducta y hasta como medidas cautelares, dentro del proceso. Resulta preferente encuadrar este tipo de reacciones como medidas de seguridad. No sólo por la coherencia de su fundamento ligado a la peligrosidad, sino además porque sólo así se permitirá evaluar periódicamente su necesidad y los Jueces quedarán habilitados para sustituir o hacer cesar las medidas, ante la existencia de medios alternativos menos gravosos, o bien ante la falta de peligrosidad de la persona.

2. Se objeta respecto de la medida de seguridad de libertad vigilada la circunstancia de que se haya circunscripto al universo de personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, ante una supuesta necesidad agravada de controlarlos en libertad. Se trata de una auténtica **presunción *iusuris tantum* de peligrosidad**.

3. La medida de seguridad deberá ser impuesta **al momento de la sentencia condenatoria** -aunque no esté definido específicamente el medio de control escogido-. Luego, encontrándose próxima la **extinción de la pena**, deberá realizarse una **evaluación sobre la persona, con el objeto de actualizar la necesidad de imposición** de una medida de seguridad complementaria, su tipo y su intensidad. En este proceso, deberá darse al condenado la posibilidad de ofrecer las pruebas que estime pertinentes.

4. Por otro lado, la legitimidad de la medida impuesta deberá **ajustarse** a la situación particular del individuo, teniendo en cuenta la gravedad y modalidad del hecho cometido, junto con las **necesidades de rehabilitación y asegurativas** del caso concreto. En tal sentido, deberá cuidarse que la restricción no le impida al sujeto la posibilidad de trabajar o de reinserirse en la sociedad, salvo fundadas excepciones como aquellas actividades profesionales de cuidado o atención de niños.

5. No resulta legítimo aplicar **retroactivamente** los diversos medios de control judicial de los condenados por delitos sexuales en libertad. De este modo, deberán estar previstos legislativamente al momento de comisión de los hechos. De igual forma , frente a los modelos que prevén restricciones domiciliarias, laborales o de tránsito, ante el supuesto que una zona de exclusión sea generada de modo posterior a la vivienda o trabajo del condenado, deberá darse prioridad a la situación de éste y no obligarlo a mudarse o a renunciar a su trabajo.

6. Deberá estarse atento al **modo en que son impuestas** las restricciones domiciliarias a los condenados en libertad. Resultan criticables los extremos a los que se ha llegado en el modelo estadounidense, con amplias zonas de exclusión e importantes dificultades para conseguir vivienda o trabajo para las personas. Ello podrá afectar la dignidad de la persona o ser considerada una sanción humillante o degradante.

Jurisprudencia citada

Alemania:

BVerfG, de 5 de febrero de 2004 (2BvR 2029/01, NJW 2004, p. 739).

BVerfG, de 23 de agosto de 2006 (2BvR 226/06, NJW 2006, p. 3483).

BVerfG, de 4 de mayo de 2011 (2 BvR 2365/09, I, p. 1003).

Argentina:

CSJN, de 9 de agosto de 2001, (“Sosa, Marcelo”), (Fallos 324:2153).

CSJN, de 5 de septiembre de 2006, (“Gramajo, Marcelo Eduardo”), (Fallos 329:3680).

Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº3, de 02 de mayo de 1995, (“L., G. J.”), (*La Ley*, 1995-C-509).

España:

STC, núm. 11/1981, de 8 de abril de 1981 (ponente Díez Picazo y Ponce de León) (RTC 1981/11).

STC, núm. 65/1986, de 22 de mayo de 1986 (ponente Latorre Segura) (RTC 1986/65).

STC, núm. 2/1987, de 21 de enero de 1987 (ponente Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer) (RTC 1987/2).

STC, núm. 120/1990, de 27 de junio de 1990 (ponentes García-Mon y González-Regueral, Díaz Eimil y Gimeno Sendra).

STC, núm. 150/1991, de 04 de julio de 1991 (ponente López Guerra) (RTC 1991/150).

STC, núm. 85/1992, de 8 de junio (ponente Díaz Eimil).

STC, núm. 215/1994, de 14 de julio de 1990 (ponente García-Mon y González-Regueral).

STC, núm. 50/1995, de 23 de febrero (ponente de Mendizabal y Allende).

STC, núm. 55/1996, de 28 de marzo de 1996 (ponente Viver Pi-Sunyer) (RTC 1996/55).

STC, núm. 161/1997, de 02 de octubre de 1997, (ponente Viver Pi-Sunyer) (RTC 1997/161).

STC, núm. 91/2000, de 30 de marzo de 2000 (ponente Vives Antón).

STC, núm. 87/2001, de 02 de abril de 2001, (ponente Casas Baamonde). (RTC 2001/87).

STC, núm. 52/2002, de 25 de febrero de 2002, (ponente Conde Martín de Hijas).

STC, núm. 181/2004, de 2 de noviembre de 2004 (ponente Casas Baamonde).

STC, núm 60/2010, de 7 de febrero de 2010 (ponente Delgado Barrio).

STC, núm. 116/2010, de 24 de noviembre de 2010 (ponente Gay Montalvo).

STS, núm. 1069/1999, de 22 de septiembre de 2000 (ponente Abad Fernández) (STS 6624/2000).

STS, núm. 3/2001, Sala 1ª, de 12 de enero de 2001 (ponente Martínez-Pereda Rodríguez) (STS 74/2001).

STS, núm. 169/2003, Sala 2ª, de 31 de octubre de 2003 (ponente Puerta Luis) (STS 6776/2003).

STS, núm. 3164/2008, Sala 3ª, de 26 de junio de 2008 (ponente Robles Fernández) (STS 6818/2003).

STS, núm 10401/2009, Sala 2ª, de 20 de octubre de 2009 (ponente Masa Martín) (STS 1033/2009).

Audiencia de Barcelona, sección novena, sumario n°11/2007, de 20 de enero de 2009.

Estados Unidos:

SCOTUS núm. 70, de 20 de febrero de 1905, (ponente Harlan), (“*Jacobson v. Massachusetts*”, 197 US 11).

SCOTUS, núm. 20, de 2 de mayo de 1910, (ponente McKenna), (“*Weemes v. U.S.*”, 217 U.S. 377).

SCOTUS, núm. 292, de 2 de mayo de 1927, (ponente Holmes), (“*Buck v. Bell*”, 274 U.S. 200).

SCOTUS, núm 394, de 26 de febrero de 1940, (ponente Hughes), (“*Minnesota ex rel. Pearson v. probate court*”, 309 U.S. 270).

SCOTUS, núm. 782, de 1 de junio de 1942 (ponente Douglas) (“*Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*”, 316 U.S. 535).

SCOTUS, núm. 2, de 18 de febrero de 1963 (ponente Goldberg) (“*Kennedy v. Mendoza Martinez*”, 372 U.S. 144).

SCOTUS, núm. 496, de 7 de junio de 1965 (ponente Douglas) (“*Griswold v. Connecticut*”, 381 U.S. 479).

SCOTUS, núm. 293, de 7 de abril de 1969 (ponente Marshall) (“*Stanley v. Georgia*”, 394 U.S. 557).

SCOTUS, núm. 70-17, de 22 de marzo de 1972 (ponente Brennan) (“*Eisenstadt v. Baird*”, 405 U.S. 438).

SCOTUS, núm. 69-5003, de 29 de junio de 1972 (votos concurrentes) (“*Furman v. Georgia*”, 408 U.S. 238).

SCOTUS, núm. 77-5992, de 30 de abril de 1979 (ponente Burger) (“*Addington v. Texas*”, 441 U.S. 418).

SCOTUS, núm. 79-394, de 27 de junio de 1980 (ponente Rehnquist) (“*United States v. Ward*”, 448 U.S. 242).

SCOTUS, núm 80-1429, de 18 de junio de 1982 (ponente Powell) (“*Youngberg v. Romeo*”, 457 U.S. 307).

SCOTUS, núm 83-712, de 15 de enero de 1985 (voto concurrente de Blackmun) (“*New Jersey v. T.L.O.*”, 469 U.S. 325).

SCOTUS, núm 85-5404, de 1 de julio de 1986 (ponente Rhenquist) (“*Allen v. Illinois*”, 478 U.S. 364).

SCOTUS, núm 86-5324, de 26 de junio de 1987 (ponente Scalia) (“*Griffin v. Wisconsin*”, 483 U.S. 868).

SCOTUS, núm. 88-599, de 27 de febrero de 1990 (ponente Kennedy) (“*Washington v. Harper*”, 494 U.S. 210).

SCOTUS, núm 88-1503, de 25 de junio de 1990 (ponente Rehnquist) (“*Cruzan v. Missouri*”, 497 U.S. 261).

SCOTUS, núm 90-5844, de 18 de mayo de 1992 (ponente White) (“*Foucha v. Louisiana*” 504 U.S. 71).

SCOTUS, núm. 91-7580, del 25 de enero de 1993 (voto concurrente de Thomas) (“*Graham v. Collins*”, 506 U.S. 461).

SCOTUS, núm 95-1649, de 23 de junio de 1997 (ponente Thomas), (“*Kansas v. Hendricks*”, 521 U.S. 346).

SCOTUS, núm 99-1185, de 27 de enero de 2001 (ponente O’Connor), (“*Seling v. Young*”, 531 U.S. 250).

SCOTUS, núm 00-1260, de 10 de diciembre de 2001 (ponente Rehnquist), (“*US v. Knights*”, 534 U.S. 112).

SCOTUS, núm 00-957, de 22 de enero de 2002 (ponente Breyer), (“*Kansas v. Crane*”, 534 U.S. 407).

SCOTUS, núm. 01-729, de 05 de marzo de 2003 (ponente Kennedy) (“*Smith v. Doe*”, 538 U.S. 84).

SCOTUS, núm. 01-1231, de 05 de marzo de 2003 (ponente Rehnquist) (“*Connecticut v. Doe*”, 538 U.S. 1).

SCOTUS, núm 04-9728, de 19 de junio de 2006 (ponente Thomas), (“*Samson v. California*”, 547 U.S. 843).

SCOTUS, núm. 08-1301, de 1 de junio de 2010 (ponente Sotomayor), (“*Carr v. US*”, 560 U.S. 1).

U.S. Court of Appeals District Columbia Circuit, de 3 de febrero de 1964 (ponente Skelly Wright) (“*Application of President & Directors of Georgetown College, Inc*”, 331 F.2d 1000).

U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit, n°00-2318 de 27 de marzo de 2001 (ponente Porfilio) (“*United States v. White*”, 244 F.3d 1199).

U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, n°00-41299 de 19 de noviembre de 2001 (ponente King) (“*United States v. Paul*”, 274 F.3d 155).

U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit, n°01-8019 de 28 de diciembre de 2001 (ponente Seymour) (“*United States v. Walser*”, 275 F.3d 981).

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, n°01-1097 de 28 de marzo de 2002 (ponente Newman) (“*United States v. Sofsky*”, 287 F.3d 122).

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, n°03-1221 de 30 de marzo de 2004 (ponente Katzmann) (“*United States v. Lifshitz*”, 369 F.3d 173).

U.S. Court of Appeals for the Eight Circuit, n°04-1568 de 29 de abril de 2005 (ponente Colloton) (“*Doe v. Miller*”, 405 F.3d 700).

U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, n°04-10852 de 11 de agosto de 2005 (ponente Black) (“*United States v. Yuknavich*”, 419 F.3d 1302).

U.S. Court of Appeals for the Eight Circuit, n°05-1152 de 13 de julio de 2006 (ponente Colloton) (“*Weems v. Little Rock Police Department*”, 453 F.3d 1010).

U.S. District Court, Southern District of Iowa -Eastern Division-, de 24 de junio de 1914, (ponente Smith McPherson), (“*Davis v. Berry*”, 216 F. 413).

U.S. District Court, District of Nevada, de 25 de mayo de 1918 (ponente Farrington), (“*Mickle v. Henrichs*”, 262 F. 687).

U.S. District Court, District of New Jersey, de 9 de noviembre de 1978 (ponente Brotman), (“*Rennie v. Klein*”, 462 F. Supp. 1131).

U.S. District Court, Western District of Washington -Seattle-, de 3 de junio de 1994 (ponente Dwyer), (“*Richard G. Turay v. David B. Weston et. al.*”, n° C91-664WD).

U.S. District Court, Southern District of Indiana -Indianapolis Division-, de 24 de junio de 2008, (ponente Hamilton), (“*Doe v. Prosecutor*” 566 F. Supp. 2d 862).

U.S. District Court, District of Minnesota, de 17 de junio de 2015, (ponente Frank), (“*Karsjens et. al. v. Jesson et. al*”, n° 11-3659).

Supreme Court of Georgia, de julio de 1872 (ponente McCay), (“*Whitten v. State*” 47 GA. 297, 1872 WL 2821).

Supreme Court of Georgia, de 21 de noviembre de 2007 (ponente Hunstein), (“*Mann v. Georgia Department of Corrections*”, 282 GA. 754).

Supreme Court of Washington, de 13 de septiembre de 1912 (ponente Crow) (“*State v. Feilen*”, 70 Wash. 65, 126 P. 75).

Supreme Court of South Carolina, de 13 de febrero de 1985, (“*State v. Brown*”, 284 S.C. 407, 326 SE. 2d 410).

Superior Court of New Jersey, Appellate Division de 16 de febrero de 2001 (ponente Wefing) (“*Mulligan v. Panther Valley*”, 337 N.J. Supper 293, 766 A.2.d 1186).

Superior Court of New Jersey, Appellate Division de 15 de julio de 2008 (ponente Lisa) (“*GH v. Township of Galloway*”, 401 N.J. Supper 392, 951 A.2d 221).

Supreme Court of New York, County of Rockland, de 22 de enero de 2009 (“*State v. Oberlander*”, n°02-354).

Supreme Court of Kentucky, de 1 de octubre de 2009 (“*Kentucky v. Baker*”, No. 2007-SC-000347-CL.).

Court of Appeals of Michigan, de 17 de mayo de 1984 (“*People v. Gauntlett*”, 352 N.W.2d 310).

Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California, de 19 de noviembre de 2008 (ponente Ikola) (“*People v. Mosley*”, 168 Cal.App.4th 512).

County Court for the Fourth Judicial Circuit in and for Duval County, Florida, de 11 de octubre de 2007, (“*Florida v. Schmidt*”, 16-2006-MO-010568-AXXX).

Court of Common Pleas Clermont County, Ohio, de 10 de agosto de 2006, (ponente Ringland), (“*State v. Billings*”, Case n° 2005 CVH 1328).

Francia:

Conseil Constitutionnel, de 09 de marzo de 2004, (n°2004-492 DC).

Conseil Constitutionnel, de 21 de febrero de 2008, (n°2008-562 DC).

Organización de Estados Americanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 9 de mayo de 1986, opinión consultiva n°6/86, (Uruguay).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 11 de marzo de 1997, informe n°2/97, (Argentina).

Reino Unido

Supreme Court, de 21 de abril de 2010 (ponente Lord Phillips) (“*R and Thompson (FC) v. Secretary of State for the Home Department*” ([2010] UKSC 17).

Unión Europea.

Corte Europea de Derechos Humanos, de 24/10/1979, (“*Winterwerp v. The Netherlands*”, nº6301/73, [1979] ECHR 4).

Corte Europea de Derechos Humanos, de 5/11/1981, (“*X. v. UK*”, nº 7215/75, [1981] ECHR 6).

Corte Europea de Derechos Humanos, de 23/02/1984, (“*Luberti v. Italy*”, nº9019/80, [1984] ECHR 3).

Corte Europea de Derechos Humanos, sección tercera, de 26 de enero de 1999, (“*Adamson v. UK*”, nº42293/98, (1999) 28 EHRR CD 209).

Corte Europea de Derechos Humanos, sección tercera, de 20/05/2003, (“*Hutchinson Reid v. UK*”, nº50272/99, [2003] ECHR 94).

Corte Europea de Derechos Humanos, sección cuarta, de 05/10/2004, (“*HL. v. UK*”, nº45508/99, [2004] ECHR 471).

Corte Europea de Derechos Humanos, quinta sección, de 17 de diciembre de 2009, (“*M. v. Germany*” -19359/04-).

Comisión Europea de Derechos Humanos, sala primera, de 21 de octubre de 1998 (“*Ibbotson v. UK*”, nº40146/98, (1998) 27 EHRR CD 332).

Bibliografía

AA.VV., “Criminal registration ordinances: police control over potential recidivist”, *University of Pennsylvania Law Review* (103) 1954, pp. 60-112.

AA.VV., *Delitos sexuales y reincidencia*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Barcelona 2009.

AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid 1999.

ALBRECHT, Hans-Joerg, “Electronic monitoring in Europe. A summary and assessment of recent developments in the legal framework and implementation of electronic monitoring”, “Conference and working papers from the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law”, Freiburg i.B., 2005, disponible en <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/albrecht.pdf> (última visita 20/05/2017).

ALCALE SÁNCHEZ, María *Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Cizur Menor (Navarra) 2010.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 2ª ed. en español (trad. Bernal Pulido), Madrid 2008.

ALONSO RIMO, Alberto, “La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito”, *Revista General de Derecho Penal* (17). 2012, pp. 1-36.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-IV-TR, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, Texto revisado*, Juan J. López-Ibor Aliño (dir. de la edición española), trad. de Flores i Fomenti *et. al.*, Masson, Barcelona 2002.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Dangerous sex offenders. A task force report of the American Psychiatric Association*, Washington 1999.

ANDERSON, David C., *Crime & the politics of hysteria. How the Willie Horton story changed american justice*, New York 1995.

ANDRÉS-PUEYO, Antonio y ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique, “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema* (22, n°3), 2010, pp. 403-409.

ARMAZA ARMAZA, Emilio J, El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, Granada 2013.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo, “El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español”, *InDret* (2), 2009, pp. 1-27, (<http://www.indret.com>).

ASHWORTH, Andrew, *Sentencing and criminal justice*, 4ª ed. Cambridge 2005.

AUERHAHN, Kathleen, *Selective incapacitation and public policy: evaluating California's imprisonment crisis*, New York 2003.

BACIGALUPO, Enrique, “Dogmática y política criminal del Código Penal Español de 1995”, en *Revista Canaria de Ciencias Penales* (6), 2000, pp. 7-19.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de Derecho penal*, Buenos Aires 1999.

BACIGALUPO, Enrique, *Hacia el nuevo Derecho Penal*, Buenos Aires 2006.

BACIGALUPO, Enrique, “El eterno retorno del delincuente peligroso (I)”, *El Imparcial*, edición de 07/04/2008, disponible en <http://www.elimparcial.es/contenido/9490.html> (última visita 20/05/2017).

BACIGALUPO, Enrique, “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, en *Circunstancia* (16), 2008, pp. 1-8.

BAILEY, J. Michael y GREENBERG, Aaron S., “The science and ethics of castration: lessons from the morse case”, *Northwestern University Law Review* (92, n°4), 1998, pp. 1225-1245.

BAKER, William, “Castration of the male sex offender: a legally impermissible alternative”, *Loyola Law Review* (30), 1984, pp. 377-399.

BARNES VÁZQUEZ, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público* (5), 1998, pp. 15-49.

BARNETT, Arnold y LOFASO, Anthony J., "Selective incapacitation and the Philadelphia cohort data", *Journal of Quantitative Criminology* (1 n°1), 1985, pp. 3-36.

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo* (trad. Navarro / Jiménez / Borrás), Barcelona 2006.

BENTHAM, Jeremy, *Panopticon versus New South Wales or the panopticon penitentiary system and the penal colonization system compared*, Westminster 1802, en BROWING, John (ed) *The works of Jeremy Bentham*, t. IV, Edimburgo 1843, pp. 173-248.

BERES, Linda S. y GRIFFITH, Thomas D., "Do three strikes laws make sense? Habitual offender statutes and criminal incapacitation", *The Georgetown Law Journal* (87), 1998, pp. 103-138.

BERLIN, Fred, "Chemical castration for sex offenders", *New England Journal on Criminal & Civil Confinement* (336 n°14), 1997, pp. 1030-1031.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid 2007.

BERNIER, Barbara L., "Class, race, and poverty: medical technologies and socio-political choices", *Harvard Blackletter Law Journal* (11), 1994, pp. 115-144.

BLACHER, Raquel, "Historical perspective of the 'sex psychopath' statute: from the revolutionary era to the present federal crime bill", *Mercer Law Review* (46), 1995, pp. 889-920.

BLACKMORE, John y WELSH, Jane, "Selective Incapacitation: Sentencing According to Risk", *Crime and Delinquency* (29), 1983, pp. 504-528.

BLUMSTEIN, Alfred, COHEN Jacqueline, "Estimation of individual crime rates, from arrest records", *Journal of Criminal Law & Criminology* (70, n°4), 1979, pp. 561-585.

BLUMSTEIN, Alfred, COHEN Jacqueline, ROTH, Jeffrey A. y VISHER, Christy A. (eds.), *Criminal careers and career criminals*, Washington 1986.

BOERNER, David, “Confronting violence: in the act and in the word”, *University of Puget Sound Law Review* (15), 1992, p. 525.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Penas privativas de derechos”, en GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 2006, pp. 121-165.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Penas privativas de libertad”, en GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 2006, pp. 89-120.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada”, *Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la Universitat de Valencia*, 2009, pp. 290-315.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, *Revista General de Derecho Penal* (18), 2012, pp. 1-57.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho”, en ORTS BERENGUER, Enrique (dir.), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia 2015, pp. 151-260.

BOTTOMS, Anthony, “Compliance and community penalties”, en BOTTOMS, Anthony, GELSTHORPE, Loraine y REX, Sue (eds.) *Community penalties. Change and challenges*, Devon 2001, pp. 87-116.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, Granada 2007.

BROOKS, Alexander, “The constitutionality and morality of civil committing violent sexual predators”, *University of Puget Sound Law Review* (15), 1992, p. 709.

BROOKS WHITEHEAD, R., “Good for more than just driving directions: GPS helps protecting californians from recidivist sex offenders”, *McGeorge Law Review*, 2007, pp. 265-275.

BURCHFIELD, Keri y MINGUS, William, “Not in my neighborhood. Assessing registered sex offender’s experiences with local social capital and social control”, *Criminal Justice and Behavior* (35, nº3), 2008, pp. 356-374.

CALIFORNIA SEX OFFENDER MANAGEMENT BOARD, “Homelessness among registered sex offenders in California: the numbers, the risks and the response”, 2008. Puede consultarse el informe en la página de Internet <http://www.casomb.org/docs/Housing%202008%20Rev%201%205%20FINAL.pdf> (última visita 20/05/2017).

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (5), (Buenos Aires) 2015, pp. 899-908.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho penal Alemán”, *Cuadernos de Política Criminal* (91), 2007, pp. 205-250.

CARLSMITH, Kevin, MONAHAN, John y EVANS, Alison, “The function of punishment in the “civil” commitment of sexually violent predators”, *Behavioral Sciences & the Law* (25), 2007, p. 437.

CARLSON, Elof Axel, *The unfit. A history of a bad idea*, New York 2001.

CARUSO FONTÁN, María Viviana, *El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de Política Criminal*, Valencia 2014.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa y RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, “Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan y RUSCONI, Maximiliano (Dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires 2014, pp. 119-149.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, t. I, *Introducción*, 5ª ed. Madrid 1996.

CEREZO MIR, José, *Temas fundamentales del Derecho penal*, T. I, Buenos Aires 2001.

CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires 2008.

CESANO, José Daniel, *La política criminal y la emergencia (entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, Córdoba 2004.

CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Navarra 2000.

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*”, Buenos Aires 2004.

CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena, *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Barcelona 2001.

CID MOLINÉ, José, “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* (12), 2004-2, pp. 215-232.

CLEAR, Todd R. y BARRY, Donald M., “Some conceptual issues in incapacitating offenders”, *Crime and Delinquency* (29), 1983, pp. 529-545.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia 1991.

COHEN, Jacqueline, “Incapacitation as a strategy for crime control: possibilities and pitfalls”, *Crime and Justice. A Review of Research* (5), 1983, pp.1-84.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del proceso penal*, vol. II, Valencia 2004.

CONSEJO FISCAL -FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO-, “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, aprobado el 20 de diciembre de 2012.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, aprobado el 16 de enero de 2013.

CRIMALDI, Keneth, “Megan’s Law: election-year politics and constitutional rights”, *Rutgers Law Journal* (27), 1995, p. 169.

CURPHEY, Shauna, “United States v. Lifshitz: warrantless computer monitoring and the fourth amendment”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2005, pp. 2249-2273.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia 2007.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan y RUSCONI,

- Maximiliano (Dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires 2014, pp. 203-234.
- DE PAULA, Adriano, PICCELLI, Hilton, PINTO, Nilson, TELES, Antonio, FRANQUEIRO, Antonio, MALTEZ, Adriano y SILVA, José, “Economical impact of orchietomy for advanced prostate cancer”, *International Brazilian Journal of Urology* (29, nº2), 2003, pp. 127-132.
- DEMLEITNER, Nora V., “Abusing state power or controlling risk? Sex offender commitment and Sicherungsverwahrung”, *Fordham Urban Law Journal* (30), 2003, pp. 1621-1669.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Política criminal y Derecho penal*, Valencia 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Un nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03 (<http://criminet.ugr.es/recpc>), 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01 (<http://criminet.ugr.es/recpc>), 2005.
- DONNA, Edgardo A., *La peligrosidad en el Derecho penal*, Buenos Aires 1978.
- DONOHUE, John J., “Fighting crime: an economist’s view”, *The Milken Institute Review* (First Quarter 2005), pp. 46-58.
- DRAKE, M.J, MILLS, I.W. y CRANSTON, D, “Review. On the chequered history of vasectomy”, *BJU International* (84), 1999, pp. 475-481.
- DRUHM, Kris, “A welcome return to draconia: California penal Law §645, the castration of sex offenders and the constitution”, *Albany Law Review* (61), 1997, pp. 285-343.
- DUFF, R. A. y GARLAND, David, “Preface: N. Morris, Dangerousness and incapacitation”, en LOS MISMOS (eds.), *A reader on punishment*, Oxford 1994, pp. 238-240.

DUFF, R. A., “Dangerous and citizenship”, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of sentencing theory. Essays in honour of Andrew von Hirsch*, Oxford 1998, pp. 141-163.

DUFF, R. A., *Punishment, communication and community*, New York 2001.

DUFF, R. A., “Who must presume whom to be innocent of what?”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* (42, n°3), 2013, pp. 170-192.

DUFF, R.A., *Sobre el castigo. Por una Justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, (trad. Pons), Buenos Aires 2015.

DURLING, Caleb, “Never going home: does it make us safer? Does it make sense? Sex offenders, residency restrictions, and reforming risk management Law”, *Journal of Criminal Law & Criminology* (97), 2006, pp. 317-363.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, (trad. Guastavino), Barcelona 2002.

EICHAR, Patricia, “Chapter 484: from home detention to GPS monitoring”, *McGeorge Law Review* (37), 2006, pp. 284-293.

ERLINDER, Peter, “Minnesota’s gulag: involuntary treatment for the ‘politically ill’”, *William Mitchell Law Review* (19), 1993, pp. 99-159.

ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo, “Los monitores electrónicos (¿Puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)” en CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona 1997, pp. 197-224.

EVANS, Mary, LYTLE, Robert y SAMPLE, Lisa, “Sex offender registration and community notification”, en WRIGHT, Richard (ed.), *Sex offender laws. Failed policies, new directions*, 2ª ed., New York 2015, pp. 142-164.

FARKAS, Mary Ann y STICHMAN, Amy, “Sex offender laws: can treatment, punishment, incapacitation, and public safety be reconciled?”, *Criminal Justice Review* (27 n°2), 2002, pp. 256-283.

FEELEY, Malcolm M. y SIMON, Jonathan, “Actuarial justice: the emerging new criminal Law”, en NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, Londres, pp. 173-201, 1994.

- FEELEY, Malcolm M. y SIMON, Jonathan, “La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus Implicaciones”, en *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, Nros. 6-7, 1995, p. 33 (trad. Sozzo).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal Español tras la LO 5/2000 y la 7/2000”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (4), 2001, pp. 9-70.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y Prevención General*, Buenos Aires 2007.
- FELIP I SABORIT, David, “Demandar la lluna en un cove? Sobre la possibilitat de prohibir penalment l’ús de les tecnologies de la Informació i la comunicació”, *Revista Catalana de Dret Públic*, (35), 2007, pp. 307-336.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed. en castellano (trad. Andrés Ibáñez/Ruíz Miguel/Bayón Mohino/Terradillos Basoco/Cantarero Bandrés), Madrid 2001.
- FINN, Peter, “Sex offender community notification”, en Travis (dir.) *National Institute of Justice -Research in Action*, febrero 1997, p. 1, NCJ 162364.
- FITZGERALD, Edward, “Chemical castration: MPA treatment of the sexual offender”, *American Journal of Criminal Law* (18), 1990, pp. 1-60.
- FLETCHER, George P., *Conceptos básicos de Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde), Valencia 1997.
- FOX, James Alan y TRACY, Paul E., “A measure of skewness in offense distributions”, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 4, nº3, 1988, pp. 259-274.
- FRANKEL, Marvin E., “*Criminal Sentences: Law without order*”, New York 1973.
- FRIEDLAND, Steven I., “On treatment, punishment, and the civil commitment of sex offenders”, *University of Colorado Law Review* (70), 1999, p. 73.
- FRISCH, Wolfgang, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal” (trad. Ziffer), *InDret* (3), 2007, pp. 1-52, (<http://www.indret.com>).
- FURBY, Lita, WEINROTT, Mark, y BLACKSHAW, Lyn, “Sex offender recidivism: a review”, *Psychological Bulletin* (105, nº1) 1989, pp. 3-30.

GARCÍA ARAN, Mercedes, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona 1997.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, “La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad”, en DEMETRIO CRESPO (Dir) y MAROTO CALATAYUD (Coord), *Neurociencias y Derecho penal*, Buenos Aires 2013, pp. 601-628.

GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, (trad. Sozzo), Barcelona 2005.

GARÓFALO, Raffaele, *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, (trad. Dorado Montero), Buenos Aires 2005 (1890).

GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND, Per y REDONDO ILLESCAS, Santiago, *Principios de criminología*, Valencia 1999.

GAZEAS, Nikolaos, “La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania”, (trad. Benito Sánchez), en DEMETRIO CRESPO (Dir) y MAROTO CALATAYUD (Coord), *Neurociencias y Derecho penal*, Buenos Aires 2013, pp. 629-649.

GENDREAU, Paul, CULLEN, Francis T., y BONTA, James, “Intensive rehabilitation supervision: the next generation in community corrections?”, en PETERSILIA, Joan (ed.), *Community Corrections. Probation, Parole, and Intermediate Sanctions*, New York 1998, pp. 198-206.

GIES, Stephen, GAINEY, Randy, COHEN, Marcia, HEALY, Eoin, DUPLANTIER, Dan, YEIDE, Martha, BEKELMAN, Alan, BOBNIS, Amanda y HOPPS, Michael, “Monitoring high-risk sex offenders with GPS technology: an evaluation of the California supervision program, Final report”, 2012, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/238481.pdf> (última visita, 20/05/2017).

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra 2003.

GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, “Medidas de carácter penitenciario aplicables a los delincuentes sexuales para prevenir la reincidencia”, en ORTS BERENGUER (dir), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia 2015, pp. 515-558.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el derecho penal*, Madrid 1990.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos, CUERDA RIEZU, Antonio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita ALCÁCER GUIRAO, Rafael y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid 2008, t. 1, pp. 975-1003.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Castración”, en ROMEO CASABONA, Carlos M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Versión de Internet, www.encyclopedia-bioderecho.com/voces/57 (última visita 20/05/2017). La versión impresa consta de dos tomos y fue editada en Granada, en 2011. El artículo de Gracia Martín, se encuentra en el T.1, pp. 331-339.

GRACIA MARTÍN, Luis y ALASTUEY DOBÓN, Carmen, “Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (I)”, en GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 2006, pp. 287-321.

GREENBERG, David, “The incapacitative effect of imprisonment: some estimates”, *Law & Society Review*, vol. 9, No. 4 1975, pp. 541-580.

GREENWOOD, Peter W y ABRAHAMSE, Allan, *Selective incapacitation*, Santa Monica 1982,

(<https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2007/R2815.pdf>) (última visita 20/05/2017).

GREENWOOD, Peter W y TURNER, Susan, *Selective incapacitation revisited: why the high-rate offenders are hard to predict-*, Santa Monica 1987, (<https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2006/R3397.pdf>) (última visita 20/05/2017).

GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* (15) 2006-1, pp. 135-143.

- GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Valencia 2007.
- HALLIDAY, John, *Making punishment work: report of a review of the sentencing framework for England and Wales*, Londres 2001.
- HANSEN, Heidi, LYKKE-OLESEN, Lise, "Treatment of dangerous sexual offenders in Denmark", *Journal of Forensic Psychiatry & Psychology* (8, n°1), 1997, pp. 195-199.
- HANSON, R. Karl, "What do we know about sex offender risk assessment?", *Psychology, Public Policy & Law* (4), 1998, p. 50.
- HANSON R. Karl, "Who is dangerous and when are they safe? Risk assessment with sexual offenders", en WINICK, Bruce y LA FOND, John (eds.), *Protecting society from sexually dangerous offenders. Law, Justice and therapy*, pp. 63-74.
- HANSON, R. Karl, BROOM, Ian, y STEPHENSON, Marylee, "Evaluating community sex offender treatment programs: A 12-year follow-up of 724 offenders", *Canadian Journal of Behavioural Science* (36 n°2) 2004, pp. 87-96.
- HANSON, R. Karl y BUSSIERE, Monique T., "Predicting relapse: a meta-analysis of sexual offender recidivism studies", *Journal of Consulting and Clinical Psychology* (66, n°2), 1998, p. 348-362.
- HARCOURT, Bernard E., *Against prediction. Profiling, policing and punishing in actuarial age*, Chicago 2007.
- HARCOURT, Bernard E., *Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica*, (trad. Brandariz García/Iglesias Skulj), Buenos Aires 2013.
- HARRIS, Grant, T., RICE, Marnie E. y QUINSEY, Vernon L., "Violent recidivism of mentally disordered offenders. The development of a statistical prediction instrument", *Criminal Justice & Behavior* (20, n°4), 1993, pp. 315-333.
- HARRISON, Karen, "The high-risk sex offender strategy in England and Wales: is chemical castration an option?", *The Howard Journal of Criminal Justice* (46, n°1), 2007, pp. 16-31.

HARROLD, Marc M., “Computers Searches of probationers - diminished privacies, “special needs” & “whilst quiet pedophiles”- plugging the fourth amendment into de “virtual home visit”, *Mississippi Law Journal* (75), 2005, pp. 273-365.

HART, H. L. A., “Prolegomenon to the principles of punishment”, en *Punishment and responsibility*, Oxford 1968, pp. 1-27 (hay una versión traducida al castellano de este artículo por Jerónimo Betegón en BETEGÓN/DE PARAMO, Juan (dir. y coord), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona 1990, pp. 163-181).

HASSEMER, Winfred, “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales”, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. alemana) - ROBLES PLANAS (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, pp. 193-200, Barcelona 2012, (trad. de Castiñeira Palou / Robles Planas).

HEGLIN, María Florencia, *Los enfermos mentales en el Derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Buenos Aires 2006.

HERMAN, John J., “Not in my community: it is legal for private entities to ban sex offenders from living in their communities?”, *Widener Law Journal* (16), 2007, pp. 165-192.

HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, Lima 2002.

HOME OFFICE, *Justice for all*, Cm 5563, Londres 2002.

HÖRNLE, Tatjana, “Dimensiones descriptivas y normativas del concepto de Derecho penal del enemigo”, (trad. Cancio Meliá), en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coords.) *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Buenos Aires 2006, pp. 51-76.

HÖRNLE, Tatjana, “Penal law and sexuality: recent reforms in German criminal Law”, *Buffalo Criminal Law Review* (3 n°2), 2000, pp. 639-685.

HUNTER, Debra y SHARMAN, Paul, “Crime and offenses. Sexual offenses”, *Georgia State University Law Review* (23) 2007, pp. 11-25.

HYNE, Doug, “Examining the legal challenges to the restriction of computer access as a term of probation or supervised release”, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement* (28), 2002, pp. 215-246.

JAÉN VALLEJO, Manuel, “¿Pena o medida?”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (3) 2006, pp. 421-426. También publicado en ZIFFER (Dir), *Summa penal*, T. I, Buenos Aires 2013, pp. 123-132.

JACOBS, James y LARRAURI PIJOAN, Elena, “¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España”, *InDret* (4) 2010, pp. 1-52, (<http://www.indret.com>).

JAKOBS, Günther, “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una Teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, (trad. Pastor Muñoz) *InDret* (1), 2009, pp. 1-16, (<http://www.indret.com>).

JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*, (trad. Van Weezel), Madrid 2008.

JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, (trad. Cancio Meliá / Feijóo Sánchez), Madrid 2006.

JAKOBS, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente” en *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, (trad. Manso Porto), Madrid 2004, pp. 27-50.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, (trad. Cancio Meliá), Madrid 2003.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2ª ed. (trad. Cuello Contreras/Serrano Gonzalez de Murillo), Madrid 1997.

JANICKI, Megan, “Better seen than herded: residency restrictions and Global Positioning System tracking Laws for sex offenders”, *Boston University Public Interest Law Journal* (16), 2007, pp. 285-311.

JANUS, Eric S., “Legislative responses to sexual violence. An overview”, *Annals of the New York Academy of Sciences* (989), 2003, p. 247.

JANUS, Eric S., "Preventive detention of sex offenders: the american experience versus international Human Rights norms", *Behavioral Sciences & the Law*, (31), 2013, pp. 328-343.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., (trad. de Olmedo Cardenete), Granada 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El estado peligroso*, Madrid 1922.

JORGE BARREIRO, Agustín, *Las medidas de seguridad en el Derecho Español (estudio doctrinal y jurisprudencial de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4-8-1970)*, Madrid 1976.

JORGE BARREIRO, Agustín, "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal Español de 1995", *Actualidad Penal* (23), 2000, pp. 487-517.

JORGE BARREIRO, Agustín, "Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de Derecho", en BAJO FERNANDEZ, Miguel, JORGE BARREIRO, Agustín, y SUÁREZ GONZALEZ, Carlos J. (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid 2005, pp. 565-586.

KLEIMAN, Mark A. R., *Cuando la fuerza bruta fracasa. Cómo lograr que haya menos crimen y más castigo*, (trad. del Corral Londoño), Bogotá 2015.

LA FOND, John Q., "Can therapeutic jurisprudence be normatively neutral? Sexual predators laws: Their impact on participants and policy", *Arizona law review*, (41), 1999, p. 375.

LA FOND, John Q., *Preventing sexual violence. How society should cope with sex offenders*, Washington 2005.

LA FOND, John Q., "The cost of enacting a sexual predator Law and recommendations for keeping them from skyrocketing", en WINICK, Bruce y LA FOND, John, *Protecting society from sexually dangerous offenders. Law, Justice and therapy*, pp. 283-299.

LAGODNY, Otto, “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional”, (trad. Ortiz de Urbina Gimeno) en HEFENDEHL, Roland (ed) *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, pp. 129-136.

LANDA GOROSTIZA, Jon-M., “Introducción”, en EL MISMO (ed), *Delincuentes peligrosos*, Madrid 2014. pp. 9-23.

LARRAURI PIJOAN, Elena, “Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector Español”, en VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, (trad. Larrauri), Madrid 1998, pp. 11-17.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público* (5), 1998, pp. 159-189.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “¿Que les corten la cabeza?”, *Claves de Razón Práctica* (145), 2004, pp. 34-41 (disponible en www.cienciaspenales.net, pp. 1-19).

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, JORGE BARREIRO, Agustín, y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid 2005, pp. 587-625.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Cuándo penar, cuánto penar”, en EL MISMO/RUSCONI (Dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Buenos Aires 2014, pp. 285-328.

LEAL MEDINA, Julio, *La historia de las medidas de seguridad. De las instituciones preventivas más remotas a los criterios científicos penales modernos*, Madrid 2006.

LEAL MEDINA, Julio, “La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal, una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves”, *Diario La Ley*, n° 7318, de 12 de enero de 2010, pp. 1-10.

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, 2 de junio de 2011, Año XXXII, Ref. D-228, pp. 1-18.

LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, (trad. Sánchez-Vera Gómez Trelles), Bogotá 1999.

LEVENSON, Jill y ZGOBA, Kristen, “Sex offender residence restrictions: the law of unintended consequences”, en WRIGHT, Richard (ed.), *Sex offender laws. Failed policies, new directions*, 2ª ed., New York 2015, pp. 180-189.

LIEB, Roxanne, “After Hendricks: defining constitutional treatment for Washington state’s civil commitment program”, *Annals of the New York Academy of Sciences* (989), 2003, p. 474.

LIEB, Roxanne, QUINSEY, Vernon y BERLINER Lucy, “Sexual predators and social policy”, en TONRY, Michael (ed) *Crime and Justice. A Review of Research* (23), 1998, p. 43.

LINDEN, Leigh y ROCKOFF, Jonah, “There goes the neighborhood? Estimates of the impact of crime risk on property values from Megan’s Laws”, National Bureau of Economic Research, working paper 12253, <http://www.nber.org/papers/w12253> (última visita 20/05/2017).

LOGAN, Wayne A., “A study in “actuarial justice: sex offender classification practice and procedure”, *Buffalo Criminal Law Review* (3), 2000, pp. 593-637.

LOGAN, Wayne A., “Sex offender registration and community notification: emerging legal and research issues”, *Annals of the New York Academy of Sciences* (989), 2003, p. 337.

LOGAN, Wayne A., “Constitutional collectivism and ex-offender residence exclusion laws”, *Iowa Law Review* (92) 2006, pp. 1-40.

LOGAN, Wayne A., “Sex offender registration and community notification: Past, present and future”, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement* (34), 2008, p. 3.

LOGAN, Wayne A., *Knowledge as power*, California 2009.

LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid 2006.

MACKENZIE, Doris Layton, *What works in corrections. Reducing the criminal activities of offenders and delinquents*, New York 2006.

MALETZKY, Barry, TOLAN, Arthur, y MCFARLAND, Bentson, “The Oregon deprovera program: a five-year follow up”, *Sex Abuse* (18), 2006, pp. 303-316.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La libertad vigilada”, *Diario La Ley*, n°7534, 23/10/2010, pp. 55-57.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid 1996.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Madrid 2011.

MARSHALL, William L., *Agresores sexuales* (trad. AA.VV. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia), Barcelona 2001.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad”, en ORTS BERENGUER, Enrique (dir), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia 2015, pp. 17-103.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán”, en ORTS BERENGUER, Enrique (dir), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia 2015, pp. 261-332.

MARTINSON, Robert, “What Works? -questions and answers about prison reform”, *Public Interest* (35) 1974, pp. 22-54.

MATTEWS HOOVER, Hollie A., “Recidivism of 1999 released Department of Correction Inmates”, <http://www.mass.gov/eopss/docs/doc/research-reports/recidivism/rec99.pdf> , 2005 (última visita 20/05/2017).

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, t. I (trad. Córdoba Roda), Barcelona 1962.

MCKAY, Brian W., “Guardrails on the information superhighway: supervising computer use of the adjudication sex offender”, *West Virginia Law Review* (106), 2003, pp. 203-243.

MELOY, Michelle L., “The sex offender next door: an analysis of recidivism, risk factors, and deterrence of sex offenders on probation”, *Criminal Justice Policy Review* (16 n°2), 2005, p. 211.

MELOY, Michelle L., “You can run but you cannot hide: GPS and electronic surveillance of sex offenders”, en WRIGHT, Richard (ed.), *Sex offender laws. Failed policies, new directions*, 2ª ed., New York 2015, pp. 165-179.

MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid 2001.

MEYER III, Walter, COLE, Collier y EMORY, Evangeline, “Depo Provera treatment for sex offending behavior: an evaluation of outcome”, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry & the Law* (20), 1992, pp. 249-259.

MEYER, Jon´a F., “Home confinement with electronic monitoring”, en CAPUTO, Gail A., *Intermediate sanctions in corrections*, Texas 2004, pp. 97-123.

MIETHE, Terence D, OLSON, Jodi y MITCHELL, Ojmarrh, “Specialization and persistence in the arrest histories of sex offenders. A comparative analysis of alternative measures and offense types”, *Journal of Research in Crime and Delinquency* (43, n°3), 2006, pp. 204-229.

MILL, John Stuart, *Sobre la libertad* (trad. de Azcárate), Madrid 1990 (1869).

MILLER, Robert, “Forced administration of sex-drive reducing medications to sex offenders: treatment or punishment?”, *Psychology, Public Policy & Law* (4), 1998, pp. 175-199.

MILLER, Robert, “Chemical castration of sex offenders: treatment or punishment?” en WINICK, Bruce J. y LA FOND, John Q. (eds.), *Protecting society from sexually dangerous offenders. Law, Justice and therapy*, Washington DC. 2003, pp. 249-263.

MINNESOTA DEPARTMENT OF CORRECTIONS, “Level three sex offenders residential placement issues”, 2003 Report to the Legislature, <https://www.leg.state.mn.us/docs/2003/mandated/030175.pdf> (última visita 20/05/2017).

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona 2008.

- MISTRETTA, Patrick, “De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du Droit Pénal”, *La Semaine Juridique-Edition Générale* n°9-10, 2008, pp. 5-7.
- MONAHAN, John, “The future of violence risk management”, en TONRY, Michael (ed) *The future of imprisonment*, New York 2004, pp. 237-263.
- MONAHAN, John, “A jurisprudence of risk assessment: forecasting harm among prisoners, predators, and patients”, *Virginia Law Review* (92) 2006, pp. 391-436.
- MONEY, John, “The therapeutic use of androgen-depleting hormone”, en RESNIK/WOLFGANG (eds), *Sexual behaviors: social, clinical, and legal aspects*, Boston 1972, pp. 351-360.
- MONTIEL, Juan Pablo, “¿Existen las Obliegenheit en el Derecho penal?”, *InDret* (4), 2014, pp. 1-29.
- MORRIS, Norval, “On “dangerousness” in the judicial process”, *The Record of the Association of the Bar of the City of New York* (39), 1984, pp. 102-28 (también se ha consultado una versión modificada en DUFF/GARLAND (eds.), *A Reader on punishment*, Oxford, 1994, p. 238, bajo el nombre “Dangerous and incapacitation”).
- MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, (trad. Grab) 6ª ed., México 2001.
- MORRIS, Norval y MILLER, Marc, “Predictions of dangerousness”, *Crime and Justice. A Review of Research* (6), 1985, pp. 1-50.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, 2ª ed., Bogotá 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “El Proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad”, *Revista Penal* (9), 2002, pp. 42-58
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia 2000.
- MUSTAINE, Elizabeth, TEWKSBURY, Richard, CONNOR, David y PAYNE, Brian, “Criminal justice official’s views of sex offenders, sex offender registration, community notification, and residency restrictions”, *Justice System Journal* (36, n°1), 2015, pp. 63-85.

NEUMANN, Ulfrid, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, (trad. Sánchez-Ostiz), en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. alemana) - ROBLES PLANAS (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, pp. 201-212, Barcelona 2012.

NGUYEN, Thuy, FERICH, Nina, GARCÍA, César, SOLER, Carlos, REDONDO-ILLESCAS, Santiago y ANDRÉS-PUEYO, Antonio, “Reinserción y gestión del riesgo de reincidencia en agresores sexuales excarcelados: el proyecto “Círculos de apoyo y responsabilidad en Cataluña”, *Boletín Criminológico* (151), artículo 4/2014, pp. 1-5.

NIETO, Marcus y JUNG, David, “The impact of residency restrictions on sex offenders and correctional management practices: a literature review”, *California Research Bureau* 06-008, 2006.

NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona 1997.

NOBLES, Matt, LEVENSON, Jill, YOUSTIN, Tasha, “Effectiveness of residence restrictions in preventing sex offense recidivism”, *Crime & Delinquency* (54, n°4), 2012, pp. 491-513.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*, Madrid 2002, inédito.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “Análisis económico del Derecho y Política Criminal”, *Revista de Derecho penal y Criminología* (2, n°2), 2004, pp. 31-73.

OTTAVIANO Santiago, “Selective incapacitation. El retorno de la inocuización al pensamiento penal norteamericano contemporáneo”, en *Prudentia Juris* (49), 1999, pág. 137.

OTTAVIANO Santiago, “La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal”, en GARCÍA, Luis (coord.), *Los derechos humanos en el proceso penal*, Buenos Aires 2002, pp. 203-248.

PEARSON, Elizabeth, “Status and latest developments in sex offender registration and notification laws”, en National Conference on Sex Offender Registries, Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice, NCJ-168962, 1998, pp. 45-49

(disponible en Internet <https://www.ncjrs.gov/txtfiles/168965.txt> -última visita 20/05/2017).

PÉREZ RAMÍREZ, Meritxell, REDONDO ILLESCAS, Santiago, MARTÍNEZ GARCÍA, Marian, GARCÍA-FORERO, Carlos, ANDRÉS-PUEYO, Antonio, “Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales”, *Psicothema* (20, n°2), 2008, pp. 205-210.

PÉREZ RAMÍREZ, Meritxell, MARTÍNEZ GARCÍA, Marian, y REDONDO ILLESCAS, Santiago, “Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales”, en CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA, *Delitos sexuales y reincidencia*, Barcelona 2009, pp. 187-221.

PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “Penas y vergüenza”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (LIII) 2000, pp. 343-360.

PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, *Isonomía* (15), 2001, pp. 193-207.

PETERSILIA, Joan y GREENWOOD, Peter, “Mandatory prison sentences: their projected effects on crime and prison populations”, *Journal of Criminal Law & Criminology* (69, n°4), 1978, pp. 604-615.

PETERSILIA, Joan, *When prisoners come home. Parole and prisoner reentry*, New York 2003.

PIQUERO, Alex y BLUMSTEIN, Alfred, “Does incapacitation reduce crime?”, *Journal of Quantitative Criminology* (23), 2007, pp. 267-285.

POZUELO PÉREZ, Laura, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Madrid 2013.

PRESCOTT, James, “Portmanteau ascendant: post-release regulations and sex offender recidivism”, *Connecticut Law Review* (48, n°4), 2016, pp. 1035-1078.

QUINSEY, Vernon, “Review of the Washington state special commitment center Program for sexually violent predators”, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, document n°156568, 1992.

QUINSEY, Vernon, "Sexual aggression: studies of offenders against women", en WEISSTUB, David (ed), *Law and Mental Health: International Perspectives*, vol. I, New York 1984, pp. 84-121.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Monismo y dualismo. Culpables y peligrosos", en DEMETRIO CRESPO (Dir) y MAROTO CALATAYUD (Coord), *Neurociencias y Derecho penal*, Buenos Aires 2013, pp. 651-667.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, "El "Derecho penal del enemigo" en La expansión del Derecho penal", en ROBLES PLANAS, Ricardo y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 2010, pp. 87-103.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, "Prisión provisional y prevención de delitos ¿Legítima protección de bienes jurídicos o Derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ y GOMEZ-JARA DÍEZ (dir) *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 2, Buenos Aires 2006, p. 713.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, "La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía? Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la pena capital: Baze v. Rees y Kennedy v. Luisiana" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (11-01), 2009, pp. 1-26.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, "Retos actuales de la política criminal y la dogmática penal", *Revista de Derecho Penal Integrado*, año IV- n°6, p. 235, 2003.

REDONDO ILLESCAS, Santiago y MARTÍNEZ CATENA, Ana, "Tratamiento y cambio terapéutico en agresores sexuales", *Revista Española de Investigación Criminológica* (9), 2011, artículo 8, pp. 1-25.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, "Delincuencia sexual: mitos y realidades", en *Delincuencia Sexual y Sociedad*, Barcelona 2002, pp. 35-52.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, "¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?", *Revista Española de Investigación Criminológica* (4), 2006, pp. 1-22 (<http://www.criminologia.net>).

REDONDO ILLESCAS, Santiago y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, "Efficacy of a psychological treatment for sex offenders", *Psicotherma* (20, n°1), 2008, pp. 4-9.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, “Tratamiento y cambio terapéutico en agresores sexuales”, *Revista Española de Investigación Criminológica* (9), 2011, artículo 8, pp. 1-25 (<http://www.criminologia.net>).

REGINA, Jane A., “Access denied: imposing statutory penalties on sex offenders who violate restricted Internet access as condition of probation”, *Seton Hall Circuit Review* (4) 2007, pp. 187-222.

RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires 2016.

RIVERA GONZÁLEZ, Guadalupe, ROMERO QUINTANA, María C., LABRADOR MUÑOZ, Miguel A., SERRANO SAIZ, Jesús, *El control de la agresión sexual. Programa de intervención en el medio penitenciario: un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión*, Ministerio del Interior, Madrid 2006.

ROBBERTS, Monica, “Lifers on the outside. Sex offenders and disintegrative shaming”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* (53) 2009, pp. 5-28.

ROBINSON, Paul H., “The criminal-civil distinction and dangerous blameless offenders”, *Journal of Criminal Law and Criminology* (83) 1993, pp. 693-717 (Foreword to Supreme Court Review Issue).

ROBINSON, Paul H., *Distributive principles of criminal law: who should be punished how much?* New York 2008 (hay traducción al castellano a cargo de CANCIO, Manuel y ORTÍZ DE URBINA, Iñigo, *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Madrid 2012).

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Sexual predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret* (4), 2007, pp.1-25, (<http://www.indret.com>).

ROCA AGAPITO, Luis, *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Barcelona 2007.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Medidas de seguridad y Estado de Derecho”, en AA.VV. *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del 4 de Agosto de 1970)*, Valencia 1974, pp. 343-372.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona 1986.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho Penal*, Tomo I, 2ª ed. revisada -1ª ed. argentina-, Santa Fe 2011.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed. Tomo I, Madrid 2000 (trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal).

RUBIO LARA, Ángel, *Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y soluciones*, Navarra 2011.

SÁEZ DÍAS, Yolanda, MONTIEL JUAN, Irene y CARBONELL VAYÁ, Enrique, “De la peligrosidad a la valoración de la reincidencia: métodos e instrumentos de evaluación”, en ORTS BERENGUER, Enrique (dir), *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia 2015, pp. 105-147.

SAMPLE, Lisa y BRAY, Timothy, “Are sex offenders different? An examination of rearrest patterns”, *Criminal Justice Policy Review* (17 n°1), 2006, p. 83.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G., “Un problema de peligrosidad postdelictual: reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, *Revista Penal* (17), 2006, pp. 142-165.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G., “Alarma social y Derecho penal”, *InDret* (1) 2009, pp. 1-29, (<http://www.indret.com>).

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando G., “Deconstruyendo las medidas de seguridad”, *InDret* (2) 2010, pp. 1-26, (<http://www.indret.com>).

SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho penal*, Valladolid 2003.

SANZ MORÁN, Ángel José, “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, JORGE BARREIRO, Agustín, y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid 2005, pp. 969-979.

SANZ MORÁN, Ángel José, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en BUENO ARÚS, Francisco *et al* (Dir), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid 2006, pp. 1085-1011.

SANZ MORÁN, Ángel José, “La peligrosidad criminal. Problemas actuales”, en LANDA GOROSTIZA, Jon-M. (ed), *Delincuentes peligrosos*, Madrid 2014. pp. 61-79.

SAUTNER, Lyane, “¿Seguridad a través de la pena? Nuevas líneas de evolución en el Derecho de sanciones austríaco”, en LANDA GOROSTIZA, Jon-M. (ed), *Delincuentes peligrosos*, Madrid 2014. pp. 49-60.

SCHÖNKE, Adolf, “Las medidas de seguridad y corrección en el Derecho penal Alemán”, *La Ley -Argentina-* (64), 1951, pp. 823-830 (trad. Ernesto Krotoschin).

SCHRAM, Donna y MILLOY, Cheryl, “Community notification: a study of offender characteristics and recidivism”, <http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/chrrec.pdf>, 1995 (última visita 20/05/2017).

SCHULHOFER, Stephen J., “Two systems of social protection: comments on the civil-criminal distinction, with particular reference to sexually violent predator laws”, *Journal of Contemporary Legal Issues* (7), 1996, p. 69-96.

SCOTT, Charles y HOLMBERG, Trent, “Castration of sex offenders: prisoners’ rights versus public safety”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law* (31), 2003, pp. 502-509.

SCOTT, Charles y DEL BUSTO, Elena, “Chemical and surgical castration”, en WRIGHT, Richard (ed.), *Sex offender laws. Failed policies, new directions*, 2ª ed., New York 2015, pp. 190-218.

SECHREST, Lee, WHITE, Susan y BROWN, Elizabeth, *The rehabilitation of criminal offenders: problems and prospects*, Washington 1979.

SEITÚN, Diego, “A propósito de la llamada castración química en Estados Unidos”, *El Derecho* (238), 2010, pp. 786-795.

SEITÚN, Diego, “Medidas de seguridad para inimputables en los estándares de la Corte Suprema”, en PITLEVNIK (dir), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 11, Buenos Aires 2011, pp. 66-95.

SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, *La esterilización: Derecho Español y Derecho comparado*, Madrid 1998.

SEUBA TORREBLANCA, Joan y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *InDret* (2), 2003, pp. 1-17 (<http://www.indret.com>).

SEX OFFENDER MANAGEMENT BOARD, Colorado Department of Public Safety, Division of Criminal Justice, “Report on safety issues raised by living arrangements for and location of sex offenders in the community”, 2004. <http://www.csom.org/pubs/CO%20Residence%20Restrictions%201.pdf> (última visita 20/05/2017).

SHINNAR, Shlomo y SHINNAR, Reuel, “The effects of the criminal Justice system on the control of crime: a quantitative approach”, *Law and Society Review* (9, nº4), 1975, pp. 581-612.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La esterilización de disminuidos psíquicos (Un informe de Derecho penal comparado)*, Barcelona 1988.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Buenos Aires 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Estudios de Derecho penal*, Lima 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Buenos Aires 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, FELIP I SABORIT, David, ROBLES PLANAS, Ricardo y PASTOR MUÑOZ, Nuria, “La ideología de la seguridad en la legislación penal

española presente y futura”, en CÂNDIDO DA AGRA, José Luis Domínguez, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, HEBBERECHT, Patrick y RECASSENS, Amadei (eds), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Peligrosidad”, *InDret* (4), 2007 (editorial) pp.1-2 (<http://www.indret.com>).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El contexto del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008”, en *Cuadernos penales José María Lidón* (6), 2009, pp. 15-34.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La eficiencia y la justicia en el populismo punitivo”, en EL MISMO, *Tiempos de Derecho penal*, Buenos Aires 2009, pp. 18-21 (recogiendo un artículo publicado por primera vez en *Escritura Pública*, n°55, enero-febrero 2009, p. 15).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, *InDret* (2), 2010 (editorial) pp.1-3, (<http://www.indret.com>).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, 2ª ed., Buenos Aires 2010.

SIMON, Jonathan, “Managing the monstrous: sex offenders and the new Penology”, *Psychology, Public Policy and Law*, (4, n°1-2), 1998, pp. 452-467.

SIMON, Jonathan, “Megan’s Law: crime and democracy in late modern America”, *Law & Social Inquiry* (25) 2000, pp. 1111-1150.

SIMON, Jonathan, “Reversal of fortune: the resurgence of individual risk assessment in criminal Justice”, *Annual Review of Law and Social Science* (1), 2005, pp. 397-421.

SINGLETON, David A, “Sex offender residency statutes and the culture of fear: the case for more meaningful rational basis review of fear-driven public safety laws”, *University of Saint Thomas Law Journal* (3), 2006, pp. 600-628.

SMITH, Deirdre, “Dangerous diagnoses, risky assumptions, and the failed experiment of “sexually violent predator” commitment”, *Oklahoma Law Review* (67, n°4), 2015, pp. 619-732.

SOCIA, Kelly, “The efficacy of county-level sex offender residence restrictions in New York”, *Crime & Delinquency* (58, n°4), 2012, pp. 612-642.

SOUTO GARCÍA, Eva María, “Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (9), 2013, pp. 173-204.

SPALDING, Larry H., “Florida’s 1997 chemical castration law: a return to the dark ages”, *Florida State University Law Review* (25), 1998, pp. 117-139.

STEIKER, Carol S., “Punishment and procedure: punishment theory and the criminal-civil procedural divide”, *The Georgetown Law Journal* (85), 1997, pp. 775-819.

STEIKER, Carol S., “The limits of the preventive state”, *Journal of Criminal Law and Criminology* (88, n°3), 1998, pp. 771-808 (Foreword to Supreme Court Review Issue).

STRAHILEVITZ, Lior J., “Information asymmetries and the rights to exclude”, *Michigan Law Review* (104), 2006, pp. 1835-1898.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, (trad. Cancio Meliá/Sancinetti), Navarra 2005.

TAMARIT SUMALLA, Josep M., “Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado Europeo”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología* (09-06), 2007, pp. 1-40 (<http://criminnet.ugr.es/recpc>).

TANNER, Jim, “Rethinking computer management of sex offenders under community supervision”, <http://www.kbsolutions.com/rem.pdf> (última visita 20/05/2017).

TEIR, Robert y COY, Kevin, “Approaches to sexual predators: community and civil commitment”, *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* (23), 1997, p. 405-426.

TENNESSEE BOARD OF PROBATION AND PAROLE/MIDDLE TENNESSEE STATE UNIVERSITY, “Monitoring Tennessee’s sex offenders using Global positioning systems. A project evaluation”, 2007, <http://www.correcttechllc.com/uploads/document39.pdf> (última visita 20/05/2017).

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid 1981.

THOMAS, Terry y THOMPSON, David, “Making offenders visible”, *The Howard Journal of Criminal Justice* (49, n°4), 2010, pp. 340-348.

THOMAS, Terry y THOMPSON, David, “Applications to come off the UK sex offender register: the position after F and Thompson v. Home Office 2010”, *The Howard Journal of Criminal Justice* (52, n°3), 2012, pp. 274-285.

TONRY, Michael, *Sentencing matters*, New York 1996.

TORRES ROSELL, Núria, “La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* (19), 2008-1, pp. 71-91.

TOZZINI, Carlos A., “Art. 34 inc. 1°. Imputabilidad”, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio (Dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t.1, Arts. 1/34, Parte General*, Buenos Aires 1997, pp. 465-524.

TRAVIS, Jeremy, *But they all come back. Facing the challenges of prisoner reentry*, Washington 2005.

TURNER , Susan, JANNETTA, Jesse, HESS, James, MYERS, Randy, SHAH, Rita, WERTH, Robert y WHITBY, Alyssa, “Implementation and early outcomes for the San Diego High Risk Sex Offender (HRSO) GPS pilot program”, http://ucicorrections.seweb.uci.edu/files/2013/06/HRSO_GPS_Pilot_Program.pdf (última visita, 20/05/2017).

TURNER Susan, WHITBY, Alyssa, JANNETTA, Jesse, HESS, James, “Implementation and outcomes for California’s GPS pilot program for High Risk Sex Offender Parolees”, <http://ucicorrections.seweb.uci.edu/files/2013/06/HRSO-GPS-Pilot-Working-Paper.pdf> (última visita, 20/05/2017).

URRUELA MORA, Asier, “¿Hacia un cambio de paradigma? La configuración de un Derecho penal de la peligrosidad mediante la progresiva introducción de medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables en las recientes reformas penales españolas”, *Cuadernos de Política Criminal* (115), 2015, pp. 119-160.

VALENCIA, Olga L., ANDREU, José M., MÍNGUEZ, Petra, LABRADOR, Miguel Ángel, “Nivel de reincidencia en agresores sexuales bajo tratamiento en programas de control de la agresión sexual”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense* (8), 2008, pp. 7-18.

VITIELLO, Michael, “Three strikes: can we return to rationality?”, *Journal of Criminal Law and Criminology* (87), 1997, p. 395.

VON HIRSCH, Andrew y GOTTFREDSON, Don M., “Selective incapacitation: some queries about research design and equity”, *New York University Review of Law & Social Change* (12), 1983-1984, pp. 11-51.

VON HIRSCH, Andrew, “Prediction of criminal conduct and preventive confinement of convicted persons”, *Buffalo Law Review* (21), 1972, pp. 717-758.

VON HIRSCH, Andrew, *Doing justice. The choice of punishments*, Boston 1986 (1976).

VON HIRSCH, Andrew, *Past or future crimes: deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, Manchester 1985.

VON HIRSCH, “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”, (trad. Tébar), en CID MOLINÉ, José y LARRAURI, Elena (coord), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Valencia 2005, pp. 191-210.

VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, (trad. Aimone Gibson), México 1994 (1883).

WEINBERGER, Linda E, SREENIVASAN, Shoba, GARRICK, Thomas y OSLAN, Hadley, “The impact of surgical castration on sexual recidivism risk among sexually violent predatory offenders”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law* (33), 2005, pp. 16-36.

WELCHANS, Sarah, “Megan’s law: evaluations of sexual offender registries”, *Criminal Justice Policy Review* (16, n°2), 2005, pp. 123-140.

WELZEL, Hanz, *Derecho penal Alemán. Parte General*, 11ª ed. (trad. Bustos Ramírez/Yáñez Pérez), Santiago de Chile 1970.

- WERNICK, Steven J, “In accordance with a public outcry: zoning out sex offenders though residence restrictions in Florida”, *Florida Law Review* (58), 2006, pp. 1147-1197.
- WILSON, James Q., *Thinking about crime. Revisited edition*, New York 1985.
- WINICK, Bruce J, “Sex offender Law in the 1990s: a therapeutic jurisprudence analysis”, *Psychology, Public Policy & Law*, (4, n°1-2), 1998, p. 505.
- WINSLADE, William, STONE, T. Howard, SMITH-BELL, Michele y WEBB, Denise, “Castrating pedophiles convicted of sex offenses against children: new treatment or old punishment?”, *SMU Law Review* (51), 1997, pp. 349-411.
- WONG, Caroline M., “Chemical castration: Oregon's Innovative Approach to Sex Offender Rehabilitation, or Unconstitutional Punishment?”, *Oregon Law Review* (80), 2001, pp. 267-299.
- WRIGHT, Richard G., “Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?”, *New England Journal on Criminal & Civil Confinement* (34), 2008, p. 17.
- YACOBUCCI, Guillermo J., *La deslegitimación de la potestad penal*, Buenos Aires 2000.
- YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires 2002.
- YACOBUCCI, Guillermo J., “¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?”, *El Derecho* del 27/09/2004, p.1.
- YACOBUCCI, Guillermo J., “Los desafíos de un nuevo Derecho penal”, *Revista Jurídica Logos* (1), 2005, pp. 7-31.
- YUNG, Corey Rayburn, “Banishment by a thousand laws: residency restrictions on sex offenders”, *Washington University Law Review* (85) 2007, pp. 101-160.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho penal Parte General*, t. I, Buenos Aires 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio R, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal Parte General*, Buenos Aires 2000.

ZAFFARONI, Eugenio R, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho penal Parte General*, Buenos Aires 2005.

ZANDBERGEN, Paul, LEVENSON, Jill, HART, Timothy, "Residential proximity to schools and daycares. An empirical analysis of sex offense recidivism", *Criminal Justice & Behavior* (37, n°5), 2010, pp. 482-502.

ZEVITZ, Richard y FARKAS, Mary Ann, "Sex offender community notification: managing high risk criminals or exacting further vengeance?", *Behavioral Sciences & the Law* (18), 2000, p. 375.

ZEVITZ, Richard, "Sex offender community notification: its role in recidivism and offender reintegration", *Criminal Justice Studies* (19 n°2), 2006, p. 193.

ZIFFER, Patricia S., "La idea de "peligrosidad" como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez", *La Ley -Argentina-* 2007-A, 630.

ZIFFER, Patricia S., *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*, Buenos Aires 2008.

ZIFFER, Patricia S., "Concepto de pena, irretroactividad de la ley penal y medidas de seguridad. El caso "M. V. Alemania" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (08), 2011, Bs. As., pp. 1340-1351.

ZIMRING, Frankling E., *An american travesty. Legal responses to adolescent sexual offending*, Chicago 2004.

ZIMRING Franklin E. y HAWKINS Gordon, *Incapacitation: penal confinement and the restraint of crime*, Nueva York 1995.