

¿Es la custodia de seguridad una pena?

La respuesta histórica de la legislación alemana al fenómeno de los delincuentes imputables peligrosos ha sido la denominada custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*): una medida de seguridad de internamiento impuesta de modo acumulativo a la pena. En la última década, y como consecuencia de las demandas sociales de aseguramiento frente a aquellos sujetos, la regulación de dicha institución fue sometida a modificaciones drásticas. En concreto, se hizo posible imponerla tras la realización de un único hecho delictivo especialmente grave, sin necesidad de constatar la existencia de reincidencia; se eliminó el límite de duración preexistente, de diez años, para establecerse su duración indeterminada; y se introdujeron variantes en cuanto a los términos de su imposición por el juez. Así, la custodia de seguridad condicional (o reservada: *vorbehaltene Sicherungsverwahrung*)¹; y la custodia de seguridad posterior (o suplementaria: *nachträgliche Sicherungsverwahrung*)². Esta última podría acordarse, incluso sin necesidad de reserva alguna, siempre que a lo largo de la ejecución de la condena se advirtiera la aparición de la situación de peligrosidad.

El Tribunal Constitucional alemán³ estimó la perfecta conformidad con la Constitución de todas estas modificaciones (incluida la posibilidad de aplicación retroactiva de la eliminación de la frontera de los diez años), limitando sus apreciaciones a incidir en la necesidad de ofrecer al interno posibilidades para superar la situación de peligrosidad, así como a establecer que la regulación de tal medida era competencia del *Bund* y no de los *Länder*. La referencia a la posibilidad de aplicación retroactiva de las modificaciones de la regulación de la custodia de seguridad no representaba, por lo demás, ninguna sorpresa. El § 2 (6) StGB establece que en materia de medidas de seguridad debe aplicarse la normativa vigente en el momento en que el juez tome la decisión, salvo que la ley determine otra cosa. Y la conformidad de esta disposición general con la Constitución alemana cuenta, por ahora, con el apoyo de la doctrina dominante⁴.

Sin embargo, al examinar la referida normativa alemana de la custodia de seguridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que vulnera las disposiciones del Convenio Europeo. Así, en su sentencia de 17 de diciembre de 2009⁵, ha apreciado que la prolongación de la duración de la custodia de seguridad más allá de diez años

¹ Ley de 21 de agosto de 2002, que introducía el § 66 a en el Código penal alemán (StGB) y, con él, la posibilidad de reservarse la decisión sobre la imposición de la custodia de seguridad para el momento en que correspondería valorar la posibilidad de la libertad condicional.

² Ley de 23 de julio de 2004, que introdujo el § 66 b en el StGB.

³ Sentencias del BverfG de 10 de febrero (2 BvR 834/02) y de 5 de febrero de 2004 (2 BvR 2029/01).

⁴ Crítico, en cambio, JUNG, *FS-Wassermann*, 1985, pp. 875 ss. También, con varias referencias a la opinión minoritaria pero en ascenso, KÖHLER, *AT*, 23ª ed. 1996, p. 97. Esta ha sido también mi posición, que se corresponde con el tenor del art. 2º. 1, inciso segundo, del Código penal español: cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 15-16. Situando con claridad los términos del debate y adoptando finalmente esta postura, SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, 2003, pp. 115 ss.; igualmente OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, 2007, pp. 157 ss., 161 ss.

⁵ 1/65 TEDH Núm. 19359/04 (5. Sala) – Sentencia de 17 de diciembre de 2009 (M. c. Alemania)

no puede ser aplicada a hechos anteriores a la entrada en vigor de la nueva regulación. El TEDH considera que ello vulnera tanto el art. 5 como el art. 7 del Convenio. El art. 5, por cuanto éste sólo admite privaciones de libertad que se hallen vinculadas sustancialmente con una condena. Y éste no sería el caso de la supresión del límite de diez años, ni siquiera aunque al condenado a la custodia de seguridad no se le hubiera fijado plazo concreto alguno.

En cuanto al art. 7 del Convenio, se parte de que éste garantiza el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Por tanto, prohíbe tanto la aplicación retroactiva de normas penales como su interpretación extensiva en perjuicio del reo. Tales exigencias serían aplicables a la definición del hecho y, asimismo, a la pena subsiguiente. Pues bien, a juicio del Tribunal, el concepto de pena del art. 7 del Convenio debe interpretarse de modo autónomo por dicho Órgano, no dependiendo de la denominación que se utilice por el legislador nacional. Un argumento importante para tal calificación es si la medida en cuestión se impone tras la condena por un delito. Así las cosas, la conclusión del Tribunal es que la custodia de seguridad constituye una pena en el sentido del art. 7 del Convenio, debiendo ser sometida a la prohibición de retroactividad de las disposiciones desfavorables.

En mi opinión, la solución del TEDH –la proscripción de la aplicación retroactiva de la supresión del límite máximo de diez años para la custodia de seguridad- es correcta. Pero sería un error manifiesto tomar su argumentación como base para la solución del problema jurídico de la naturaleza de la custodia de seguridad. Lo que parece claro es que resulta imprescindible distinguir entre medidas de seguridad sustitutivas y medidas de seguridad complementarias de la pena. Como lo es que existen algunas paradojas a la hora de calificar a estas últimas precisamente como medidas de seguridad. Seguramente la más importante de ellas es la de cómo compatibilizar, con respecto a un mismo sujeto, la afirmación de su racionalidad, que se manifiesta en la imposición de la pena, y su simultánea negación, que se manifiesta en la imposición de la medida. La pena dice: no esperábamos esto de ti; la medida dice: sí lo esperábamos. Pero si el sujeto eludiera la custodia de seguridad y volviera a cometer un delito, seguiríamos diciendo: no lo esperábamos de ti. Así, el sistema de la doble vía en sentido estricto (sin vicariedad) encierra un germen de contradicción que es preciso resolver (y que no se da en las medidas de seguridad para inimputables, ni tampoco en las previstas para semiimputables con un sistema vicarial). Ya hace tiempo que Köhler lo puso de manifiesto⁶ y algunas aportaciones a la discusión reciente parecen darle la razón. En efecto⁷, si resultara que las medidas de seguridad complementarias a la pena (como la custodia de seguridad para imputables) tienen como fundamento alguna forma de *autodegradación* del sujeto como agente libre, entonces no dejaría de subyacer a ellas una cierta teoría de la culpabilidad, más o menos próxima a la doctrina de la culpabilidad por la conducción de la vida. Aquella concepción

⁶ Textualmente KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 81, subraya la contradicción consistente en “den identischen Täter zuerst tatschuldangemessen zu bestrafen, damit ausdrücklich als rechtsvernünftig zu bestätigen, und sodann unbestimmt sicher zu verwahren, darin implizit seine Rechtsvernunftsubjektivität und den Sinn strafrechtsvernünftiger Rechtsgeltungsrestitution auch für ihn leugnend”.

⁷ KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 82, nota 133, alude a la corriente doctrinal, en la que incluye a JAKOBS y al propio WELZEL, que legitimaría la medida de seguridad para imputables en la idea de “*Freiheitsverwirkung*”.

debería ser formulada explícitamente, sometida a crítica y depurada. Entonces –y sólo entonces- sabríamos si hay algo de penas –y en concreto, qué- en medidas como la custodia de seguridad.

Jesús-María Silva Sánchez