



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Falcone Salas, Diego

Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en chile

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXIX, 2007, pp. 235-256

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173616609007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Derecho  
 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
 XXIX (Valparaíso, Chile, 2<sup>do</sup> Semestre de 2007)  
 [pp. 235 - 256]

## UNA MIRADA CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN CHILE

[A Critical Glance to The Regulation of Safety Measures in Chile]

DIEGO FALCONE SALAS\*

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

### RESUMEN

En Chile rige un sistema que establece dos formas de reacción frente a la criminalidad: penas y medidas de seguridad. A pesar de lo evidente de esta realidad, el derecho de las medidas de seguridad no ha sido objeto de mucha atención por la doctrina, ni de un tratamiento adecuado por la ley.

En el presente trabajo se da cuenta del estado de la situación a nivel doctrinal, fijando los criterios que se consideran deseables en este ámbito en la actualidad, para luego realizar una confrontación con la realidad del ordenamiento jurídico chileno en la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Peligrosidad – Medidas de seguridad – Consecuencias jurídicas del delito.

### ABSTRACT

The Chilean system establishes two ways to react against criminality: sanctions and safety measures. Albeit this is an evident reality, neither the doctrine nor the law have treated in detail the right of the safety measures.

This work presents the situation at a doctrinal level, setting the present desirable criterion, and then faces the reality of the legal system in this subject.

**KEYWORDS:** Dangerousness – Safety measures – Legal consequences of the offence.

---

\* Profesor contratado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección Postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: diegofalcone@yahoo.com

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación del sistema penal ha recibido un vigoroso impulso en los últimos diez años. Existe un nuevo *Código Procesal*, un *Anteproyecto de Código Penal* terminado, y numerosas reformas a las leyes.

Sin embargo, hay un tema virtualmente olvidado: es el de la regulación de la peligrosidad y las medidas de seguridad. Es éste un campo en el que es vano intentar hacer un esfuerzo por extraer, de las disposiciones que de él se ocupan, ya sea un conjunto de principios rectores o, al menos, cierto lenguaje común que sirva de referencia al intérprete llegada la hora de su aplicación.

De la perplejidad que provoca este escenario es que surge el interés por realizar un diagnóstico de la situación. Se trata, por lo tanto, de efectuar un análisis del Derecho positivo nacional en la materia, contrastándolo con los lineamientos dogmáticos que, al menos, estén mayoritariamente acordados por parte de los autores.

Es que quizás en este ámbito la diversidad de opiniones sea característica, comenzando de aspectos tan básicos como el ofrecer un concepto de la institución o, incluso, en cuanto a si las medidas pertenecen o no al Derecho penal. Pero una cosa sí es clara: las medidas de seguridad constituyen verdaderamente *ultima ratio* y, aunque parezca un juego de palabras, es peligroso el recurso a la peligrosidad como argumento para invocar mecanismos de control social. Por ello el uso de esta vía de reacción debe ser cuidadoso, en una doble dimensión: tanto en lo que dice relación con la frecuencia de su uso, es decir, respecto de lo prolíficas que pueden ser las leyes en su establecimiento, como, finalmente, en cuanto a la forma en que son reguladas.

En Chile, el ordenamiento penal es de corte dualista: coexisten penas y medidas de seguridad. Las medidas de seguridad son pocas, marginales si se quiere, por lo que la cantidad no es, por ahora, un problema. Sí resulta lamentable ver el estado global de la regulación, de modo que en este instante es aquí donde debe hacerse énfasis.

Por ahora, decimos, no hay problema con la cantidad. Pero las miradas están puestas en este mecanismo preventivo –en la doctrina comparada y algunas legislaciones–, como si fuese el llamado a solucionar ingentes problemas. Ronda nuevamente la idea de inocuización, y un llamado a reconsiderar la peligrosidad es lo que parece desprenderse de quienes constatan la impotencia del Derecho penal basado en la culpabilidad, frente a *enemigos*, ya sea abiertamente declarados como tales –así los delincuentes sexuales que no admiten tratamiento– o incluso otros, de los que en principio se predica que sólo son acreedores del mejor de los

tratos por parte del Estado, pero a los que en verdad se teme, como es el caso de los menores.

## II. UN CONCEPTO DOGMÁTICO DE MEDIDA DE SEGURIDAD

Dada la contraposición que habremos de realizar entre dogmática y realidad del ordenamiento nacional, es menester recurrir a dos conceptos. Uno, que se ciña a los requerimientos de la primera, y otro, que refleje aquello que acontece *de lege lata*.

Dogmáticamente, medida de seguridad es una consecuencia jurídica del delito, distinta de la pena, consistente en la privación o restricción de bienes jurídicos, fundada en la peligrosidad criminal del sujeto, con exclusiva función de prevención especial.

### *1. La medida de seguridad es una consecuencia jurídica del delito, distinta de la pena.*

Al decir consecuencia jurídica del delito, se quiere significar que la medida de seguridad constituye una de las posibles respuestas que el ordenamiento jurídico-penal ofrece como mecanismo de control social. Se la sitúa en un plano paralelo a la pena, pero no cabe confundirla con ésta<sup>1</sup>.

En todo caso, como se explicará, así como se produce la conformación del binomio delito - pena, la naturaleza de las instituciones lleva a una asociación peligrosidad - medida de seguridad. No es algo de por sí lógico el vínculo entre delito y medida de seguridad, sino que su explicación debe encontrarse en el ámbito político-criminal. La pertenencia de las medidas al Derecho penal radica en que se ha *buscado* deliberadamente, por la doctrina, una conexión de esta institución con el delito, a efectos de sustraerla del ámbito del Derecho administrativo. Esto porque, tras el debate que se sostuvo por algún tiempo, ha primado la idea de que con ello se opera en un ámbito en que el individuo peligroso –ya como imputado o, más tarde, sujeto a la medida y las vicisitudes de su ejecución– conserva un estatuto de garantías adecuado a la eventual imposición de esta grave carga sobre su persona<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN. Mercedes, *Derecho Penal. Parte General* (6<sup>a</sup> edición. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004), p. 59: "En el Derecho penal moderno junto a la pena, como principal consecuencia del delito, vienen también en consideración las medidas de seguridad, adoptándose así en la mayoría de los países un sistema dualista de las consecuencias jurídicas del delito".

<sup>2</sup> Cfr. BERISTAIN. Antonio, *Medidas penales en Derecho contemporáneo* (Madrid, Editorial Reus, 1974), p. 76 ss. Da cuenta del debate y toma posición en el sentido de admitir sólo las medidas postdelictuales en el Derecho penal.

El énfasis de la conexión delito - medida *de seguridad* apunta aquí, primordialmente, al delito ya cometido por el sujeto<sup>3</sup>. Esta consideración sienta un principio que, en el estado actual de la discusión, puede considerarse de primer orden y virtualmente acogido en forma unánime. Nos referimos a aquél que propugna la sola admisibilidad de las medidas de seguridad postdelictuales, esto es, aquéllas que requieren para su imposición de la previa comisión de un delito. En cambio las medidas predelictuales, susceptibles de imponerse por el mero pronóstico de peligrosidad, sin la exigencia de la comisión de un delito previo, se entiende que no pertenecen al Derecho penal<sup>4</sup> e, incluso, respecto de ellas se ha opinado en favor de su proscripción del ordenamiento jurídico<sup>5</sup>. Y es que si las medidas predelictuales generalmente no son bienvenidas en el Derecho penal, su remisión hacia el ámbito del Derecho administrativo no constituye ninguna solución; por el contrario, ello puede significar un menoscabo mayor en el ámbito de las garantías<sup>6</sup>. Es por eso que, antaño, incluso algunos prefirieron que todas las medidas –pre y postdelictuales– hubiesen permanecido en el ámbito penal, antes que entregar, justamente, las que se prestan a más

<sup>3</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General* (2<sup>a</sup> edición. trad. cast. de Diego Manuel Luzón Peña - Miguel Díaz y García Conledo - Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas Ediciones, 1997), p. 41: “Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones –pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos-, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad”. En todo caso, por otros también se argumenta que las medidas deben incluirse en el derecho penal en consideración de los delitos futuros a que se haga referencia en virtud del pronóstico de peligrosidad.

<sup>4</sup> JORGE BARREIRO, Agustín. *Las medidas de seguridad en Derecho español* (Madrid, Editorial Civitas, 1976), p. 92: “De acuerdo con la doctrina dominante en España, consideramos que las medidas de seguridad predelictuales no pertenecen al Derecho Penal, teniendo en cuenta los límites del campo de acción de nuestra disciplina que abarca sólo al delito y a sus consecuencias jurídicas. Por otra parte, la aplicación de ese tipo de medidas, al no exigir la previa comisión de un delito, pone en grave riesgo los derechos fundamentales del individuo y, por tanto, su admisibilidad no está justificada”.

<sup>5</sup> Vid. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español* (Madrid, Editorial Tecnos, 1985), p. 36. POLAINO NAVARRETE, Miguel - POLAINO-ORTS, Miguel, *¿Medidas de Seguridad “inocuizadoras” para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad*, en *Actualidad Penal* 3 - XXXVIII (2001), p. 901. En todo caso estos últimos justifican la sola consideración de las medidas postdelictuales en que “sólo puede sancionarse a un sujeto por lo que hace y no por lo que es”, dando pie así, a nuestro juicio, a una mala comprensión de la medida como sanción por un delito pasado.

<sup>6</sup> COBO, Manuel - VIVES, T.S., *Derecho Penal. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1984), p. 857.

arbitrariedad, al control de la Administración<sup>7</sup>.

El suprimir las medidas predelictuales fue la decisión del legislador del *Código Penal* español de 1995<sup>8</sup>. Ello se desprende claramente de los artículos 6 y 95. Este último requiere, como presupuesto general de aplicación de las medidas, que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

Esta decisión legislativa de exigir, necesariamente, la comisión de un delito por el sujeto peligroso para que, sólo entonces, se le pueda aplicar una medida de seguridad, no significa que el fundamento de la medida deje de ser la peligrosidad. La explicación del fenómeno se radica únicamente, como anticipamos, en el ámbito de las garantías. El marco general lo da la búsqueda de seguridad jurídica<sup>9</sup>, más difícil de garantizar en el ámbito de las medidas que en el de las penas: frente a la poca o dudosa precisión de los pronósticos de peligrosidad, parece razonable exigir que el sujeto manifieste la suya, cuando menos, por medio de la realización de un comportamiento delictivo. El delito previo es un síntoma o indicio

<sup>7</sup> Vid. OLESA MUÑIDO, Francisco, *Las Medidas de Seguridad* (Barcelona, Editorial Bosch, 1951), p. 142. “La vagancia y la alienación peligrosa quedan hoy sometidas a la acción de la pública beneficencia, en nombre de la cual se concultan y descnocen sagrados derechos individuales y se imponen y ejecutan internamientos sin declaración previa de privación, afirmación o restricción de derechos, sin que exista decisión de la autoridad judicial, única competente y apta para imponer medidas que supongan una restricción de la capacidad jurídica del hombre”. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal* (2<sup>a</sup> edición. Montevideo - Buenos Aires, Editorial B de F, 2002), p. 13 ss. Planteaba el autor la posibilidad de arrastrar también las medidas predelictuales al campo penal, en virtud de que, no obstante ser inexistente el delito previo, de todas formas debieran atender a la probabilidad de comisión de delitos futuros. Su preocupación se manifiesta por motivos sistemáticos –ya que así se logra un tratamiento unitario de ambas especies– y, principalmente, político-criminales, ya que en la época que manifestó originalmente este punto de vista, año 1976, regía en España la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, la que contenía medidas predelictuales. Frente a esta realidad, cuando menos podía hacerse más exigible con esta interpretación, la necesidad de peligrosidad criminal, y no meramente social, aspecto que constituye el otro extremo restrictivo de la peligrosidad general, como se verá.

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El Nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona, José María Bosch Editor, 1997), pp. 17-18: “[...] queda claro que toda medida de seguridad jurídico-penal habrá de ser necesariamente postdelictual, de modo que cualquier posible duda derivada de una interpretación meramente gramatical del término “presupuestos” queda disipada por la vía de la imprescindible interpretación sistemática”.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Medidas de Seguridad y Estado de Derecho*, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad* (Valencia, Colección de estudios del Instituto de Criminología y derecho Penal Universidad de Valencia, 1974), p. 345.

de peligrosidad que, añadido a otros mecanismos de prognosis, concede legitimidad al consiguiente proceder, privando o restringiendo los derechos del individuo<sup>10</sup>.

En materia de medidas de seguridad debe considerarse delito en un sentido amplio. Esto es, como la comisión por el sujeto de una conducta típica y antijurídica. La explicación radica en que las medidas de seguridad se pueden aplicar tanto a sujetos imputables como inimputables, por lo que si bien la referencia a un delito previo es la forma de entender genéricamente que así se satisfacen adecuadamente ciertos estándares de garantía, la presencia o ausencia de culpabilidad no incide para la consideración, a estos efectos, del evento como un delito. De lo contrario, no sería posible compatibilizar las exigencias político-criminales con la necesidad de aplicar medidas de seguridad a inimputables.

De la mano con lo anterior, resulta más apropiado denominar a quien es destinatario de la medida sólo con el término "sujeto", puesto que no siempre será, en sentido propio, un delincuente.

Se ha advertido, en todo caso, que la naturaleza de ciertas enfermedades mentales puede tener incidencia en otros elementos del delito, distintos de la imputabilidad, y que se examinan en forma precedente, lo que trae nuevas complicaciones. Esto ocurre, por ejemplo, si por el trastorno que se padece, no hay conocimiento de estar realizando un tipo penal. En el esquema finalista surge así un error de tipo, que afecta en definitiva al injusto, por lo que ya no se podría hablar de la exigencia de ejecutar un comportamiento antijurídico<sup>11</sup>.

## *2. Consiste en una privación o restricción de bienes jurídicos.*

La esencia de las medidas de seguridad ha sido bastante discutida. Algunos ponen el énfasis en el tratamiento, la reeducación o la asistencia<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, Luis - BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel - ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), p. 314; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general* (6<sup>a</sup> edición. Barcelona, Reppertor, 2002), p. 52; SIERRA LÓPEZ, Ma. del Valle, *Las Medidas de Seguridad en el nuevo Código Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), p. 93; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 9), p. 363. Este autor confiere, además, al delito previo, otras funciones de garantía, en los ámbitos del principio de legalidad y del control de la actividad preventiva. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel - POLAINO-ORTS, Miguel, cit. (n. 5), p. 904.

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Normas y acciones en Derecho penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2003), p. 97 ss.

<sup>12</sup> Así MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal*, cit. (n. 10), p. 8; BERISTAIN, Antonio, cit. (n. 2), p. 50; POLAINO NAVARRETE, Miguel - POLAINO-ORTS, Miguel, cit. (n. 5), p. 899. Cfr. OLESA MUÑIDO, Francisco, cit. (n. 7), p. 134.

No obstante, pensamos que estas formas de describir la medida apuntan a su eventual función específica, pero no a su genuina naturaleza jurídica. La privación de licencia de conducir, el internamiento de un demente incurable o la expulsión del territorio del Estado pueden concebirse como medidas de seguridad, en tanto estén fundadas en la peligrosidad del sujeto. Se advertirá con estos ejemplos que, no obstante la falta de asistencia al individuo, la medida no pierde su carácter. Y éste se mantiene coincidentemente con la privación o restricción de derechos. A nuestro juicio, esto es demostración bastante de su genuina naturaleza<sup>13</sup>.

Cosa distinta es que haya diversas clases de medidas, atendida la peligrosidad del sujeto o las circunstancias específicas del caso, que ameriten una mayor o menor intromisión en la esfera del individuo.

Además, no debe olvidarse que las sentencias judiciales que imponen medidas de seguridad no tienen carácter voluntario para el sujeto, quien en todo queda sometido a las prescripciones de la ley y el juez para el caso particular<sup>14</sup>.

### *3. Fundamento de las medidas de seguridad*

Dejando de lado cualquier consideración político-criminal, debe sostenerse que el fundamento para la aplicación de medidas de seguridad es la *peligrosidad*<sup>15</sup>. Ésta se puede definir, en su máxima amplitud, como la probabilidad de que una persona cometa un hecho contrario al orden social<sup>16</sup>.

Este ejercicio se realiza para distinguir nítidamente aquello que constituye *fundamento* de la medida de seguridad (peligrosidad), de lo que puede ser su *presupuesto o condición* de aplicación (delito previo). Se entiende que sin peligrosidad jamás puede existir medida de seguridad; en cambio, el delito previo es un factor condicionante que encuentra su justificación sólo

---

<sup>13</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 9), p. 345. Precisamente porque su aplicación *comporta privaciones o restricciones de derechos individuales no menos gravosas que la de las penas*, procede a desarrollar las exigencias necesarias para su adecuado uso en el Estado de Derecho.

<sup>14</sup> Vid. COBO, Manuel – VIVES, T.S., cit. (n. 6) p. 855.

<sup>15</sup> OLESA MUÑIDO, Francisco, cit. (n. 7), p. 64. SIERRA LÓPEZ, Ma. del Valle, *Las Medidas*, cit. (n. 10), p. 82.

<sup>16</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 9), p. 345, quien toma de Petroncelli este concepto amplio: “un complejo de condiciones, subjetivas y objetivas, bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso o peligroso”. Únicamente esta perspectiva posibilita la comprensión de la existencia, a lo largo de la historia, de medidas fundadas en la peligrosidad sin requerir la comisión de un delito y, por otra parte, de medidas fundadas en la probabilidad de que el sujeto cometa un acto que no esté tipificado como delito.

en el plano político-criminal, pero que conceptualmente puede suprimirse sin que por eso la medida deje de tener su razón de ser.

Ahora bien, la peligrosidad es clasificable en:

a) Peligrosidad predelictual y postdelictual. La peligrosidad debe ser evaluada de algún modo, es decir, debe efectuarse una prognosis de la vida del sujeto en el futuro. Reviste importancia como indicio de ésta el hecho que el sujeto haya o no cometido un delito.

Peligrosidad predelictual es aquella que se manifiesta por diversas características del sujeto, tales como su estado psíquico, su forma de vida o el ambiente que lo rodea. No es necesario, sin embargo, que aquél llegue a delinquir.

Peligrosidad postdelictual es la probabilidad de delinquir en el futuro, que muestra una persona que ha cometido ya un delito<sup>17</sup>.

Uno de los problemas capitales de la materia que tratamos es el del pronóstico de peligrosidad. En verdad, pese a que en el decurso histórico se ha evolucionado desde la simple aplicación de la intuición a métodos que intentan científicamente establecer la probabilidad buscada –que se traducen en la realización de peritajes diversos, u otros mecanismos–, su fiabilidad no es satisfactoria<sup>18</sup>. Pero por otra parte, resulta evidente que el renunciar a la peligrosidad como base de la reacción estatal frente a la delincuencia, es equivalente a dejar a las medidas de seguridad sin fundamento y, en consecuencia, tener que optar por su eliminación<sup>19</sup>. Frente a la decisión de seguir considerándolas, el delito previo aparece como un antecedente o indicio que permite reforzar el pronóstico de peligrosidad y, con ello, disminuir en consecuencia la incertidumbre que, razonablemente, se ha denunciado. Por razones de garantía, el delito previo constituye actualmente presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad.

b) Peligrosidad social y criminal. Peligrosidad social es la probabilidad, en elocuentes palabras de Cerezo, de que un individuo llegue a ser o sea ya un marginado, un parásito, molesto para la convivencia social y que sea por tanto un asocial, aunque no suele cometer delitos propiamente tales.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal* (2<sup>a</sup> edición, Montevideo, B de F, 2001 [reimpresión 2003]), p. 79 o la probabilidad de cometer otra conducta antisocial, agregamos.

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal*, cit. (n. 1), p. 54.

<sup>19</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1978), pp. 5-11. El autor plantea un retorno al monismo consistente en la sola existencia de penas. Rechaza incluso las medidas de seguridad postdelictuales, atendido que, como en definitiva siempre las medidas se imponen en razón de un hecho futuro –por ende, incierto–, hay en ellas un desconocimiento del principio de legalidad y de la certeza jurídica que implica.

Peligrosidad criminal, en cambio, es la probabilidad de que en el futuro el sujeto cometa un delito<sup>20</sup>.

En doctrina es clara, actualmente, la consideración exclusiva de la peligrosidad criminal como fundamento aceptado para la imposición de medidas de seguridad<sup>21</sup>.

Tras esta posición restrictiva, una vez más, de la peligrosidad apta para justificar la aplicación de una medida, está el interés por el control social que incida, únicamente, en la protección de bienes jurídico-penales<sup>22</sup>. Se entiende que el establecimiento de hipótesis de peligrosidad social no delictivas constituye una ampliación indiscriminada, a la vez que injustificada, del ámbito de aplicación de las medidas de seguridad. Por de pronto, la fragmentariedad y subsidiariedad presentes en la creación de delitos ofrece una manera de medir la procedencia de aquéllas. Por otro lado, en un Estado Democrático la consideración de la peligrosidad relevante a estos efectos debe ceñirse a parámetros razonables, que no pueden ser otros que los que se han escogido para constituir tipos de injusto, ya que así la valoración de aquello que debe ser protegido no depende –o, al menos, depende en mucho menor medida– de la perspectiva de sólo un sector o grupo social. En fin, la referencia a un delito futuro dota de coherencia al sistema de consecuencias jurídicas del delito.

Mención aparte merece la justificación del rechazo de la peligrosidad social expuesto por Rodríguez Mourullo: “La probabilidad de que un sujeto cometa un hecho ‘socialmente dañoso’, pero no delictivo, justifica ya la imposición de una medida de seguridad que puede entrañar una privación de libertad superior a la de algunas penas. Si el sujeto lo hubiese efectivamente cometido no se le podría imponer, en cambio, ninguna pena, por no ser un hecho delictivo. El simple peligro de comisión se convierte para el sujeto en más gravoso que la comisión misma del hecho. La situación empeora si la configuración de la peligrosidad se basa en elementos valorativos, ya que con ello lo que se está permitiendo es la libre apreciación del juez de la existencia de peligrosidad”<sup>23</sup>.

c) Los estados peligrosos. La peligrosidad siempre constituye probabilidad de comisión futura de un comportamiento que, según dicta contemporáneamente la política-criminal, debe ser constitutivo de delito. Ahora bien, las personas respecto de las cuales se puede predicar tal

<sup>20</sup> CEREZO MIR, José, cit. (n. 5), p. 35.

<sup>21</sup> En España, desde tiempo antes de la vigencia del *Código* de 1995. Y, obviamente, a partir de éste. Por todos MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal*, cit. (n. 1), p. 52.

<sup>22</sup> MIR PUIG, Santiago, *Introducción*, cit. (n. 7), pp. 78 y 79.

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 9) p. 362.

probabilidad son de diversas clases. Y es en atención a las particularidades de ciertos grupos de personas, que el legislador establece tanto la forma en que debe aparecer la peligrosidad –así asociada a una patología, a una adicción, a un hábito del sujeto–, configurándose legalmente estados de peligrosidad típicos<sup>24</sup>, como también las medidas de seguridad asociadas a ellos, dado que son las apropiadas para revertirlos o, en su caso, contenerlos.

Los estados peligrosos constituyen entonces una clasificación de la peligrosidad en atención a los sujetos en que se radica. Tales estados pueden variar dependiendo de la regulación de cada país, de modo que sólo cabe hacer una aproximación general en este punto.

A nuestro juicio hay dos grandes grupos que considerar:

i) Los imputables. Dentro de esta categoría caben, por ejemplo, delincuentes habituales, sujetos dependientes de sustancias (toxicómanos), sujetos con imputabilidad disminuida, etc.

ii) Los inimputables. Se contempla aquí a los dementes y los menores.

Enfatizamos que jamás debe perderse de vista que, la mera inclusión de un individuo dentro de alguna de estas categorías de personas, en ningún caso debiera desembocar en la aplicación de una medida de seguridad, si no se ha pronosticado además su peligrosidad. Es característico el ejemplo del demente: el ser enajenado mental no implica nada en el ámbito jurídico penal; en cambio, el ser demente peligroso, sí<sup>25</sup>.

#### *4. Función.*

A diferencia de la pena, que admite diversas explicaciones en torno al rol –o roles– que juega, la medida de seguridad regularmente se considera que sólo tiene por función la prevención especial. Dentro de ésta, existen tres dimensiones: la intimidación del propio sujeto, la *reeducación*, rehabilitación o corrección y, en fin, la inocuización o aseguramiento. La medida, se sostiene, no cumple una función intimidante, sino que apunta

<sup>24</sup> GRACIA MARTÍN. Luis - BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel - ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, cit. (n. 10), p. 312.

<sup>25</sup> Vid. GRACIA MARTÍN. Luis - BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel - ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, cit. (n. 10), p. 312. Sobre la base de la legislación española, uniforme en el tratamiento general de las medidas y que sólo admite la peligrosidad criminal: el “supuesto de hecho” genérico de las medidas de seguridad está configurado por los siguientes elementos: a) el sujeto tiene que estar comprendido en una categoría determinada de personas; y b) en el sujeto debe apreciarse peligrosidad criminal; la confluencia de ambos requisitos dará lugar a la constitución de los llamados “estados de peligrosidad criminal” típicos.

a los otros dos aspectos: ya la corrección o la inocuización, o ambas<sup>26</sup>.

Consecuencia de su función puntual es el carácter no voluntario de la medida de seguridad –ya que de lo contrario sería del todo inaplicable–, a diferencia de los aspectos de resocialización que puedan contener las penas. En éstas, la resocialización del condenado puede buscarse, pero no imponerse –ya que se instrumentalizaría a la persona a favor de la sociedad, perturbando su dignidad–; este aspecto de ejecución consensuada con el condenado no afecta a la pena en sí, dado que siempre queda subsistente la función más reconocida de ella: la prevención general<sup>27</sup>.

Existen opiniones referidas a que las medidas pueden cumplir, en los hechos, una adicional función preventivo general, dado que intimidan a las personas<sup>28</sup>. Pero esta eventual consecuencia suplementaria es ajena a la naturaleza conceptual de las medidas y, por tanto, debe descartarse para efectos de teorizar sobre ellas y, naturalmente, en la práctica, debe también buscarse la minimización de tal efecto<sup>29</sup>.

### III. UNA BREVE REVISIÓN DE LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DESEABLES EN EL ÁMBITO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

#### 1. Generalidades.

Debido a que las medidas de seguridad constituyen una intromisión en el ámbito de las libertades del individuo, requieren de un sistema de garantías que opere como elemento de contención del poder estatal. Así como encontramos garantías que regulan el establecimiento de delitos y la imposición de penas, las mismas expectativas son esperables por parte de la *Constitución* y la ley para esta forma de reacción.

Efectuaremos un somero repaso de las garantías que se estiman indispensables.

---

<sup>26</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal*, cit. (n. 1), p. 53.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ GUERRA, Amparo, *Nuevas tendencias político-criminales en la función de las medidas de seguridad* (Madrid, Dykinson. 2004), p. 19. MIR PUIG, Santiago, *Introducción*, cit. (n. 7), p. 62; SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El Nuevo Código Penal*, cit. (n. 8), p. 29.

<sup>28</sup> Vid. JORGE BARREIRO, Agustín, cit. (n. 4), p. 96; SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El Nuevo Código Penal*, cit. (n. 8), p. 28.

<sup>29</sup> Un ejercicio parecido podría hacerse, por ejemplo, respecto de las medidas cautelares personales: son intimidantes y, aun se podría agregar, incluso la sociedad espera o ve en ellas una manera de retribuir desde ya al sujeto. Pero nadie lo sostiene en el plano teórico, porque semejante cosa se opone a la forma en que están concebidas y al propio estatuto de garantías del imputado.

### *2. Legalidad<sup>30</sup>.*

En esta materia, la idea central es que tanto los estados peligrosos como las medidas de seguridad estén establecidos por la ley<sup>31</sup>.

El establecimiento de tipos de peligrosidad, en que concurra el máximo esfuerzo de determinación, es deseable. En este punto, debiera establecerse la exigencia general de una peligrosidad postdelictual y criminal. También, la clara exigencia de un pronóstico adecuado, por los mejores medios posibles, da una señal adicional al juez en cuanto a que lo que debe buscar es la peligrosidad como fundamento de todo el sistema de medidas, a la vez que evita malos entendidos en la interpretación de las normas, y otorga también mayor seguridad jurídica.

En cuanto a las medidas de seguridad, debieran establecerse claramente –al menos en cuanto a su género: tratamientos, etc.–, sin perjuicio de que, dentro de lo que establece la ley, se puedan practicar modificaciones con el fin de propender a un mejor cumplimiento de la función de prevención especial. Lo que no resulta admisible es que la ley entregue al juez, en forma abierta, la adopción de la medida que estime conveniente.

En fin, también debe conocerse la voluntad de la *Constitución* o, cuando menos, de la ley en cuanto a la aplicación retroactiva de las leyes que establecen estados peligrosos y medidas, ya sea que opten por la retroactividad o por la irretroactividad, dado que existen argumentos favorables en ambos sentidos.

### *3. Proporcionalidad.*

Aquí se encuentra otro de los problemas cruciales del derecho de las medidas de seguridad. Esto porque resulta claro que la gravedad y duración de la intromisión en la esfera de derechos individuales depende, lógicamente, de la peligrosidad del sujeto. Si bien esta conclusión es evidente, puede llevar a consecuencias político-criminales indeseables, como la característica aplicación por tiempo indeterminado de las medidas.

En España se impuso el criterio de proporcionalidad de acuerdo a la peligrosidad del sujeto, pero sin que, además, se pueda rebasar el límite de la pena que se habría impuesto por el delito particular que reveló la peligrosidad<sup>32</sup>. El criterio empleado por el legislador español no es com-

<sup>30</sup> Ampliamente, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 9), p. 359.

<sup>31</sup> GRACIA MARTÍN, Luis - BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel - ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, cit. (n. 10), p. 317.

<sup>32</sup> En el Código de 1995, artículo 6.2: “*Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*”. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal*, cit. (n.

partido por todos<sup>33</sup>, pero aparentemente es un recurso tomado frente a la disyuntiva en que se coloca quien debe optar entre hacer primar el criterio de defensa social ante el peligroso, con eventuales graves consecuencias para el sujeto o, segunda alternativa, delimitar más claramente el ámbito de aplicación de las medidas, proporcionándolas mediante una relación que, en principio, no corresponde –la que se efectúa con la pena asignada al delito cometido o, si se prefiere, al desvalor que ella manifiesta, y no a la peligrosidad–, pero que entrega mucha mayor certeza, sobre todo teniendo presente lo discutible que resulta pronosticar la comisión de hechos delictivos futuros.

Ahora bien, dentro de las críticas que pueden hacerse a este último criterio, resalta la de mayor efecto práctico: qué hacer en caso que la medida no alcance a satisfacer, dentro del tiempo que fue determinado por el tribunal, la prevención especial o, dicho de otra manera, qué hacer si la peligrosidad subsiste tras la expiración de la medida.

#### 4. Jurisdiccionalidad.

Consiste, básicamente, en que la imposición de medidas debe quedar entregada a un juez o tribunal, y mediando la realización de un juicio previo, con todas las garantías<sup>34</sup>.

En el juicio relativo a la imposición de medidas de seguridad, deben quedar demostrados tanto el hecho punible –delito previo– y la participación del sujeto, como la peligrosidad, que no puede presumirse<sup>35</sup>. Así, el objeto del proceso presenta esta particularidad<sup>36</sup>.

Un juez debe encargarse, también, de vigilar la ejecución y resolver las incidencias que en ella se produzcan. Especialmente, la atención recae aquí en la evolución del sujeto, que puede traer como consecuencia el cese o la modificación de la medida.

### IV. LA SITUACIÓN EN CHILE

#### 1. Un concepto de medida de seguridad en el contexto chileno.

Tras la reseña efectuada del estado de la situación en doctrina y legislación comparadas, se puede realizar un diagnóstico acerca de las condiciones

---

1), pp. 55 y 579.

<sup>33</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El Nuevo Código Penal*, cit. (n. 8), pp. 37 ss., 47 ss.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, cit. (n. 9), p. 372.

<sup>35</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El Nuevo Código Penal*, cit. (n. 8), p. 43. Alude a la “presunción de no peligrosidad”.

<sup>36</sup> SANTOS REQUENA, Agustín-Alejandro, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal* (Granada, Comares, 2001), p. 92.

en que se encuentra el ordenamiento chileno.

Para trabajar sobre nuestra legislación actual, el concepto de medida de seguridad debe ser construido en términos mucho más amplios que el arriba manifestado. Podemos proponer, a estos efectos, entenderla como aquella privación o restricción de bienes jurídicos, fundada en una peligrosidad *sui generis* del sujeto, con función de prevención especial, entre otras posibles.

### *2. El problema de la falta de regulación constitucional. Enunciación.*

Hemos hecho referencia a la analogía que se puede realizar entre delitos y penas, por un lado, y estados peligrosos y medidas de seguridad por otro. Este último binomio requiere también de una regulación de las garantías aplicables.

Para llegar al punto, es preciso plantear una cuestión previa. Dado que nuestra *Constitución Política* no hace referencia a las medidas de seguridad, ni siquiera resulta clara su admisibilidad como un mecanismo de privación o restricción de derechos. Esto queda entregado con holgura al intérprete. En caso de admitirse su constitucionalidad, el estado de cosas en el ámbito de las garantías es deplorable puesto que, como se comprenderá, la *Constitución* no prescribe ni una sola. Ni siquiera la de legalidad<sup>37</sup>.

Así, la primera proposición que hacemos frente al panorama chileno, es la explicitación de las medidas de seguridad en el texto constitucional, y el establecimiento en él de garantías básicas a su respecto.

### *3. El problema de la falta de sistematización.*

Por otra parte, sería razonable esperar que el legislador tomara conciencia de que la peligrosidad debe ser regulada de acuerdo a ciertos parámetros, de manera que –tal como en materia de delitos y penas– se genere un verdadero sistema de estados peligrosos y medidas de seguridad, definiendo claramente unos y otras, y fijando los criterios político-criminales para la imposición de éstas, tanto en el aspecto sustantivo –así, exigencia de peligrosidad postdelictual y criminal, forma de establecer la proporcionalidad, criterio frente a la retroactividad de la ley, etc.–, como

---

<sup>37</sup> Cfr. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, parte general* (2<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), II, p. 408. Reflexiona en torno a la posibilidad de fundar el principio de legalidad en materia de medidas a través de su consideración dentro del género de las “sanciones” y, así, realizando una interpretación extensiva del artículo 19 N° 3 Const. Pol., sugiere que podrían quedar abarcadas, pero planteando él mismo sus reservas. Distinto es el panorama, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 25 inciso 3 de la Constitución italiana: “Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley”.

en el procesal –dando reglas unitarias mínimas para el establecimiento de la prognosis que habilita al juez para emitir el juicio de peligrosidad, fijando expresamente el estándar de convicción del tribunal, estableciendo una concreción del principio de jurisdiccionalidad, y garantías procesales comunes–. Es expresiva de este problema la redacción del artículo 1 del *Código Procesal Penal*, que declara cubiertos por las garantías del juicio previo y demás que indica, a los imputados expuestos a la imposición de las medidas de seguridad establecidas “*en este Código*” –las fijadas para dementes peligrosos–. Es decir, excluye a todos los demás<sup>38</sup>.

Valga recordar quizás el aspecto más rescatable de la derogada Ley N° 11.625: precisamente, establecía un catálogo de estados peligrosos y sus correspondientes medidas, con un tratamiento unitario en lo que respecta a sus aspectos esenciales.

#### 4. *La situación de la peligrosidad.*

a) Exigencia de comisión previa de un delito. Decimos que la peligrosidad que se acoge en la legislación nacional es de un tipo especial, fuera de toda dimensión concebida por la doctrina, ya que hay que construirla basada en las manifestaciones que presenta según la dispersa normativa existente.

El artículo 455 del *Código Procesal Penal* exige, para los dementes, peligrosidad postdelictual –comisión previa de un hecho típico y antijurídico–. Lo mismo ocurre en la ley de alcoholos<sup>39</sup> que, para la imposición de la medida, exige la comisión de la falta –reiterada más de tres veces– consistente en estar en la vía pública o lugares de libre acceso al público en manifiesto estado de ebriedad. También en materia de drogas<sup>40</sup> se requiere haber cometido la falta de consumo en lugar público o abierto al público o establecimientos que indica. En fin, lo mismo puede decirse en materia de menores, ya que la imputación de un hecho punible puede dar lugar a las medidas correspondientes<sup>41</sup>, lo que no quita que se pueda llegar a la misma situación arguyendo otras características del menor, dentro de las que podría ir, disimuladamente, el simple riesgo de que se transforme en un delincuente, es decir, su peligrosidad predelictual.

Una curiosidad es el caso de la ley de tránsito: el artículo 196 C establece la posibilidad de aplicar la inhabilidad temporal o perpetua para conducir

---

<sup>38</sup> Por supuesto, el problema se salva acudiendo a los tratados internacionales.

<sup>39</sup> Artículo 26 de la Ley N° 19.925. También el artículo 34. Véase, en cambio, el artículo 35.

<sup>40</sup> Artículo 50 de la Ley N° 20.000.

<sup>41</sup> Artículo 8 N° 10 de la Ley N° 19.968 y artículo 30 del DFL. 1 (refundido de la Ley N° 16.618).

vehículos motorizados “*aunque no medie condena por concurrir alguna circunstancia eximente*”. Con esto se llega a dos extremos criticables: i) la acumulación de pena y medida de seguridad<sup>42</sup>, si existe condena; o bien ii) la aplicación de la sola medida si existe absolución por concurrir *alguna* eximente, referida a cualquier elemento del delito, no necesariamente a la imputabilidad. Con esto último, verdaderamente, el hecho punible que, finalmente no supuso responsabilidad penal para el imputado, se puede transformar nada más que en una excusa para arrastrar al imputado a un proceso en que se le aplica una medida predelictual, en los casos en que la eximente de responsabilidad diga relación con elementos distintos de la culpabilidad.

En fin, el *Código Sanitario*, en sus artículos 130 y 131, establece la imposición de una medida de seguridad predelictual<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> La previsión de medidas de seguridad para imputables trae consigo la posibilidad de que concurran en el sujeto la culpabilidad y la peligrosidad, abriendo el camino para la acumulación de pena y medida. Esto es criticado, tanto por la frustración del efecto resocializador buscado por la medida, si se aplica además la pena, como por un discutible problema de non bis in idem. En este último sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel - POLAINO-ORTS, Miguel, cit. (n. 5), p. 911. La solución española está dada por el llamado sistema vicarial: se aplica la medida de seguridad en primer lugar y, terminada ella, puede remitirse la pena en el tiempo que reste por cumplir. Es una modalidad de aplicación alternativa de penas y medidas.

<sup>43</sup> El problema de la necesidad de internación del enfermo mental no es, necesariamente, penal. Es comprensible que la protección de la salud, en este caso, pueda no quedar sujeta a la voluntad del enfermo. Así, en principio, que exista una regulación extrapenal del tratamiento de enfermos mentales es absolutamente comprensible e, incluso, se muestra favorable en comparación con la ausencia de regulación. Pero como pauta general habría que tener presente que entregar a la Administración la decisión respecto de la libertad de una persona siempre es problemático y requiere de una maximización de las garantías para evitar abusos. Las disposiciones del *Código Sanitario* mencionadas se remiten a un reglamento, el ds. N° 570, de 1988. Esto ya es un mal comienzo, pues prácticamente todo el contenido de las hipótesis de internamiento, incluida la peligrosidad del sujeto, están en el reglamento y no en la ley. Luego, hay que tener presente que la internación puede ser voluntaria o no voluntaria, y esta última, a su vez, ya de urgencia, administrativa o judicial. El problema fundamentalmente se radica en la internación administrativa, puesto que la de urgencia es una emergencia médica, y la judicial (artículo 15) implica una remisión a las normas civiles o penales y, dentro de éstas, las del *Código Procesal Penal*. Es decir, el demente imputado por delito se sujeta a las reglas del proceso penal y, dentro de éstas, las de los Arts. 455 y siguientes del CPP., para ser internado ya provisionalmente como medida cautelar (artículo 464 CPP.), ya en virtud de la aplicación de medida de seguridad de internamiento, mediante sentencia definitiva; no parece haber otra forma de entender la alusión al juez. En cambio, según el artículo 14: “*Se considerará una internación administrativa, aquella que ha sido determinada por la autoridad sani-*

b) Peligrosidad criminal. Frente a la precisión que hace el *Código Procesal Penal* en la exigencia de peligrosidad postdelictual, se echa en falta la acusiosidad respecto del otro extremo. El artículo 455 no exige peligrosidad criminal y, en verdad, ni siquiera social. Del antiguo *Código de Procedimiento Penal*<sup>44</sup> y el artículo 466 del *Código Civil* pasó, a este cuerpo normativo, la exigencia de un vago pronóstico: la probabilidad del sujeto de atentar contra sí mismo o terceros. Esta expresión tan particular es, en el fondo, casi una peligrosidad sin límites: de cometer un atentado —sea constitutivo de delito, o meramente un acto socialmente repudiable; sea que se refiera a la vida o integridad corporal o salud, o a otros bienes jurídicos— ya respecto de uno mismo o de otros. Sin duda, aquí es propicio sugerir un cambio legislativo: la peligrosidad no es concebida en ningún caso de esta forma por la doctrina, y las referencias al atentado respecto de uno mismo no tienen razón de ser, tratándose de normas jurídicas que pretenden regular la convivencia social. Sólo un carácter paternalista, que nada tiene que ver con el Derecho penal, puede explicar esta definición de peligrosidad.

En todo caso, la exigencia de peligrosidad criminal tampoco se divisa en las otras leyes mencionadas, que hemos escogido para análisis. A lo más se podría deducir en materia de drogas y alcoholos, siempre que alguien pueda pronosticar que el sujeto adicto o alcohólico realmente consumirá o estará ebrio *en público* en el futuro, es decir, que aparte de su adicción, se prevea que cometerá las faltas previstas en las leyes respectivas.

c) Estados peligrosos. Las leyes chilenas prevén estados peligrosos relativos a personas imputables e inimputables. Sería recomendable, en este punto, el establecimiento de unos criterios político-criminales básicos sobre los que se vaya a operar, para la regulación homogénea de la peligrosidad.

El problema de fondo está, primordialmente, en la técnica legislativa empleada para la determinación de los estados peligrosos. Resulta particularmente expresivo el artículo 196 C de la *Ley de tránsito*: “*Estado peligroso: sujeto de condiciones psíquicas o morales deficientes para la conducción*”. El

---

taria, a partir de la iniciativa de la autoridad policial, de la familia, del médico tratante [...] o de cualquier miembro de la comunidad, con el fin de trasladar o internar en un centro asistencial, a una persona aparentemente afectada por un trastorno mental, cuya conducta pone en riesgo su integridad y la de los demás, o bien, altera el orden o la tranquilidad en lugares de uso o acceso público”. Se aprecia que el mecanismo es bastante más fácil y corto, a la vez que incluye entre sus supuestos a la peligrosidad del sujeto, que es predelictual y no criminal. El estatuto de garantías que debiera operar en este supuesto tendría que ser mucho mayor que el actual.

<sup>44</sup> Artículo 688 del *Código de Procedimiento Penal*.

delito previo no es necesario, ya que pudo operar una eximente de responsabilidad<sup>45</sup>. La probabilidad de comisión de un delito, tampoco. La existencia de alguna patología mental puede caer dentro de este estado, pero también se alude al aspecto moral que, en buenas cuentas, abre la puerta a la aplicación arbitraria de la medida, puesto que las inmoralidades, para pronosticarse, primero tienen que determinarse por el juez, según su criterio personal. Los *criterios valorativos* de los que nos prevenía Rodríguez Mourullo tienen aquí una clara manifestación.

El texto de la ley de menores (hoy DFL. N° 1), lleva implícito un conflicto entre intereses contrapuestos: el interés superior del menor y la necesidad de reacción frente a la peligrosidad de éste. Ello se deja sentir en lo difuso de sus términos. En su artículo 30 dispone que se pueden establecer las medidas necesarias –dentro de las cuales el ingreso en un Centro de Tránsito o Distribución, es decir, internación–, para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. Dicho de esta forma, todo parece estar dispuesto a favor del menor. Pero como una de las razones de las medidas es la comisión de un delito, subyace aquí la peligrosidad como motivo –junto con el interés del menor o, eventualmente, por sobre éste–. En este caso, la medida opera como forma de reacción criminal y, aunque tenga por objeto la reeducación, no puede desconocerse que la defensa social está presente y puede, en ciertos casos, ser lo determinante para la gravosidad de la medida. Además, por esto la facultad de indagación del artículo 31 se deberá referir, cuando corresponda, a la prognosis de peligrosidad. Esta observación resulta útil para prevenir al intérprete en cuanto a que, si el elemento realmente determinante de una medida respecto de un menor es su peligrosidad, se debe ser consciente de ello, y practicar una prognosis adecuada, ya que es peor argumentar la protección del menor como pretexto, siendo que el verdadero motivo de la medida (de seguridad) es la peligrosidad, que disimuladamente se intenta contener.

##### *5. Exigencia de pronóstico.*

Una cláusula general de exigencia de pronóstico de peligrosidad también es importante. Cada ley de las que venimos examinando establece la exigencia de pronóstico en forma diferente. A veces es más explícita, como ocurre en materia de drogas en su artículo 54 inciso 3<sup>46</sup>, o en el

---

<sup>45</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis - BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel - ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, cit. (n. 10), p. 319. Comentando la actual legislación española, expresa que la medida de seguridad para inimputables procede sólo si la eximente fue, precisamente, la inimputabilidad.

<sup>46</sup> Aunque plantee la medida de seguridad del artículo 50 b) como “pena”, esta

artículo 26 inciso 3 de la *Ley de alcoholos*. En otros casos se desprende de exigencias elementales que, de no concurrir, implicarían que el juez estaría autorizado para aplicar la medida en forma arbitraria. Así, el artículo 463 c) del *Código Procesal Penal* señala que el imputado puede ser absuelto si no se prueba el hecho punible y la participación o, en caso contrario, *podrá* imponer una medida de seguridad. Esto último significa que la medida de seguridad puede imponerse sólo si queda acreditada la peligrosidad del sujeto, es decir, que la sentencia, en virtud de la constatación del delito previo y los demás medios de prueba –pericias, etc.– formula un juicio de peligrosidad, pronosticando su presencia en el sujeto. Esto, relacionado con la exigencia de antecedentes calificados al respecto, que se contiene en el artículo 455.

#### *6. Proporcionalidad.*

Es una constante la exigencia de proporcionalidad que realizan las leyes, aunque cada cual a su manera.

El *Código Procesal Penal* señala que las medidas de internación o custodia y tratamiento se impondrán, alternativamente, según la gravedad del caso<sup>47</sup>. Esto significa que el internamiento, medida privativa de libertad, sólo podrá imponerse frente a ciertos supuestos. El problema es que no se sabe a qué atender para concluir que el caso es grave. Generalmente, la jurisprudencia atiende al delito cometido, pero ello no puede ser determinante, si la peligrosidad es baja. Cabe también preguntarse qué ocurre si el delito es de poca monta, pero el pronóstico revela alta probabilidad de comisión de hechos graves.

Por otra parte, la ley adscribe al criterio español en cuanto a la duración de la medida. Se establece correspondencia con la pena que hubiese podido imponerse al sujeto o con la pena mínima probable<sup>48</sup>. En este punto, parece lógico entender que la ley ha señalado dos límites porque debe preferirse el más bajo que resulte en el caso particular<sup>49</sup>. Esto, sin perjuicio que la medida cese antes, si deja de existir peligrosidad.

---

indicación de prognosis del artículo 54, junto con el hecho de que la imposición de tratamiento no admite elección para el sujeto, nos hacen pensar que realmente se trata de una medida de seguridad.

<sup>47</sup> Artículo 457 CPP.

<sup>48</sup> Artículo 481 CPP.

<sup>49</sup> Existe jurisprudencia que, entendiendo que la inimputabilidad trae como consecuencia una falta de responsabilidad penal, no cabe tomar en cuenta la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, ya se trate de agravantes o atenuantes. Esta posición tendería a la sola aplicación de la pena mínima establecida en la ley. Así s.T.J.O.P. Valparaíso, de 24 de mayo de 2005, RUC 0400099972-0.

Un criterio más arbitrario establece la ley de menores: la medida puede ser cualquiera, y su duración será de hasta un año, renovable, pudiendo en cualquier momento dejarse sin efecto o sustituirse por el tribunal.

La *Ley de alcoholos* señala que el juez precisará la duración de la medida, que no podrá exceder de noventa días, renovable por una vez. La ley de drogas indica plazos máximos de sesenta y ciento ochenta días.

En cambio, la ley de tránsito habilita al juez para imponer la medida de inhabilidad temporal o perpetua para conducir. Se entiende que la temporalidad debiera venir determinada por el tiempo que tarde en cesar la peligrosidad. La perpetuidad, por su parte, sólo podría aplicarse respecto de quienes se ha comprobado su ineptitud permanente para la conducción y, aún así, admitir su revisión posterior. Esta medida cumple, claramente, una función de inocuización, pues su contenido no indica ninguna actividad tendiente a la recuperación del sujeto.

#### V. CONCLUSIÓN

Se ha realizado una exposición sintética de aquello que la doctrina considera deseable en materia de peligrosidad y medidas de seguridad. Luego, se ha dado una visión panorámica del estado de la cuestión en Chile escogiendo, arbitrariamente, si se quiere, algunos puntos de interés, con la finalidad de ilustrar sobre ciertos problemas significativos.

La gran conclusión de estas breves reflexiones está a la vista: la ley no ha tomado en serio esta forma de reacción criminal.

Puede que las medidas de seguridad sean residuales y prácticamente insignificantes en cantidad frente a la pena. Pero esto no constituye excusa para el total abandono en que se encuentra este seudo sistema que nos rige en Chile y que debiera establecer criterios y conceptos elementales, para el derecho de la peligrosidad.

Proponemos algunos elementos mínimos necesarios que, por lo demás, se desprenden fácilmente del texto:

- i) Reconocimiento explícito de la peligrosidad y las medidas de seguridad en el texto de la *Constitución*, y fijación en él del principio de legalidad, a lo menos.
- ii) Claro establecimiento legal de los estados peligrosos que se desea someter a medidas.
- iii) Acoger las recomendaciones relativas a las características de la peligrosidad que la hacen admisible según el Derecho penal de hoy: peligrosidad postdelictual y criminal.

- iv) Una mejor determinación legal de las medidas de seguridad.
- v) Idealmente, reunir toda la materia relativa a medidas en un solo texto.

[Recibido el 31 de octubre y aceptado el 19 de noviembre de 2007].

#### BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN, Antonio, *Medidas penales en Derecho contemporáneo* (Madrid, Editorial Reus, 1974).
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español* (Madrid, Editorial Tecnos, 1985).
- COBO, Manuel - VIVES, T.S., *Derecho Penal. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1984).
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, parte general* (2<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).
- GRACIA MARTÍN, Lluís - BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel - ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000).
- JORGE BARREIRO, Agustín, *Las medidas de seguridad en Derecho español* (Madrid, Editorial Civitas, 1976).
- MARTÍNEZ GUERRA, Amparo, *Nuevas tendencias político-criminales en la función de las medidas de seguridad* (Madrid, Dykinson, 2004).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general* (6<sup>a</sup> edición, Barcelona, Reppertor, 2002).
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal* (2<sup>a</sup> edición, Montevideo - Buenos Aires, Editorial B de F, 2002).
- MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General* (6<sup>a</sup> edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal* (2<sup>a</sup> edición, Montevideo, B de F, 2001 [reimpresión 2003]).
- OLESA MUÑIDO, Francisco, *Las Medidas de seguridad* (Barcelona, Editorial Bosch, 1951).
- POLAINO NAVARRETE, Miguel - POLAINO-ORTS, Miguel, *¿Medidas de Seguridad “inocuidadoras” para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad*, en *Actualidad Penal* 3 - XXXVIII (2001).
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1978).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad* (Valencia, Colección de Estudios Instituto de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1974).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General* (2<sup>a</sup> edición, trad. cast. de Diego-Manuel Luzón Peña - Miguel Díaz y García Conledo - Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas Ediciones, 1997).

- SANTOS REQUENA, Agustín Alejandro, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal* (Granada, Comares, 2001).
- SIERRA LÓPEZ, M. del Valle, *Las Medidas de seguridad en el nuevo Código Penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *El Nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona, José María Bosch Editor, 1997).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Normas y acciones en Derecho penal* (Buenos Aires, Hammurabi, 2003).