

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”
Polít. Crim. Vol. 21 N° 41 (Julio 2026), Art. 5, pp. 129-160
<https://politecrim.com/wp-content/uploads/2026/03/Vol21N41A5.pdf>

¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables¹

Is it possible to justify the existence of security measures regarding the mentally insane? Commentary on an ethical legitimization proposal that distinguishes between the mentally disabled and the dangerous indictable

Humberto Ramírez Larraín

Abogado PUCV, magister en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra, magister en derecho de la PUCV y doctorando PUCV (becario ANID).

humberto.andres.r.l@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-4685-4071>

Fecha de recepción: 02/12/2024

Fecha de aprobación: 27/09/2025

Resumen

El presente artículo busca dilucidar los argumentos para poder (si es que es posible) justificar, en algo más que su utilidad, la imposición de medidas de seguridad en contra de sujetos enajenados mentales. Para ello se revisan las diversas tesis que se han sostenido por parte de la doctrina, adoptando finalmente una postura que se acoge parcialmente al planteamiento eticista de Welzel, abogando por la necesidad de analizar en cuerdas separadas las medidas de seguridad respecto de inimputables y las impuestas respecto de sujetos imputables, viendo ello como una de las grandes falencias de las teorías presentadas. Se destaca como un elemento trascendental el rol que cumple el contenido preventivo especial positivo para legitimar la intervención en el inimputable, siendo un deber ético del Estado agotar los esfuerzos para recuperar la libertad interna del individuo mediante su tratamiento y al mismo tiempo contener la peligrosidad criminal de este, y con ello prevenir probables delitos.

Palabras clave: Enajenados mentales, medidas de seguridad, prevención especial y peligrosidad.

Abstract

¹ Investigación desarrollada en el marco de la ejecución de la Beca ANID, doctorado nacional, financiada por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de Chile, de la cual el autor es beneficiario.

The following article seeks to uncover the arguments – if at all possible- to justify, beyond its use, the imposition of security measures against mentally impaired individuals. To do this, we review the different thesis being held by the doctrine, taking a stance that partially admits Welzel ethicist premise, advocating for the need to review separately the measures imposed to the un-indictable and the indictable, seeing that as one of the major flaws of the theories presented. The role that the positive specific deterrence content fulfills to legitimate the un-indictable intervention stands as a key element, being an ethical duty of the State to exhaust all means for an individual to regain inner freedom by way of treatment and at the same time, by containing the criminal effect of said individual, and in doing so preventing probable crimes.

Key Words: Mentally impaired, security measures, specific deterrence and dangerousness.

1. Introducción

El análisis de la finalidad y contenido de una medida de seguridad, carece de mayor sentido si es que no podemos sostener de forma legítima el concepto material de estas.² La contribución de marras pretende postular una tesis que habilite a justificar la imposición de una medida de seguridad respecto de un enajenado mental. De forma previa a esta tarea es necesario efectuar ciertas aclaraciones.

Las medidas de seguridad, sin duda, afectan garantías fundamentales, independiente de la naturaleza jurídica que prediquemos del derecho de medidas de seguridad³ (en sede penal, administrativa o civil). Es complejo sostener, sin afrontar abundantes contraargumentos, que una internación coactiva en un establecimiento asistencial no es aflictiva para el individuo que la padece. En función de ello, es imperativa la búsqueda de una justificación en un ordenamiento como el chileno que, al menos de forma declarada, prescribe dos tipos de medidas de seguridad (custodia y tratamiento e internación en establecimiento asistencial). Respecto de la pena la tarea parece más sencilla, la autoría culpable en un hecho obliga al individuo a soportar la respuesta del *ius puniendi*. Razonamiento, que como parece obvio, es inaplicable para las medidas de seguridad. Cabe entonces preguntarse ¿basta que la medida “sirva” para prevenir delitos para justificarla? Desde ya adelantamos que la justificación de una institución jurídica no puede estar subordinada solamente a su utilidad, requiere algo más que ello.⁴

La legitimidad de las medidas, a nuestro criterio, es un tema central. Nos estamos cuestionando el por qué el Estado puede y debe privar a una persona de libertad por hechos que no han acontecido, con el fin de prevenir que se lleven a cabo,⁵ lo cual debe distinguirse

² FRISCH (2007), p.18.

³ Nuestro planteamiento es que pertenecen al derecho penal. En el mismo sentido SANZ (2003), p.71; HORVITZ (2004) II, p.580 y MUÑOZ Y GARCÍA (2007), p.52.

⁴ PUENTE (2021), p.383.

⁵ ZIFFER (2008), p.66. En términos similares BERISTAIN (1974), p.92.

de su fundamento (el por qué se imponen las medidas), que como bien sabemos es la peligrosidad criminal.⁶ En definitiva, pasaremos a estudiar si la peligrosidad criminal exige inexorablemente, en justicia, la aplicación de medidas de seguridad.⁷

Ahora bien, no solamente se necesita una justificación para la imposición misma de la medida de seguridad sino también para su finalidad. Es más Frisch explica que cuando se trata el tema relativo a la justificación de las medidas de seguridad, lo que realmente se está cuestionando es cuál es la legitimidad del concepto de prevención especial, independientemente si esta es la finalidad de una pena o de una medida de seguridad.⁸ La prevención especial (positiva y negativa) da por sentado intromisiones en la autonomía de la persona. La mera premisa que existen individuos incorregibles, no susceptibles de ser parte de la comunidad y por tanto deben ser incapacitados, nos debe llamar la atención. Desde la óptica de la prevención especial positiva, la reinserción de un sujeto también debe ser analizada con cautela. No solo por el posible contenido moralizante que puede poseer, sino porque debemos preguntarnos por la legitimidad del Estado para mutar la estructura de personalidad o los modelos de conducta de una persona, su identidad misma. Otro asunto, no menos complicado, son los límites de aquella intrusión.⁹

Como referimos, nuestra encomienda consiste en la búsqueda de una teoría que legitime la aplicación de medidas de seguridad exclusivamente respecto de sujetos inimputables. En relación con los individuos imputables peligrosos, dicha misión excede nuestra contribución y cabe reconocer que, sin desmerecer nuestro trabajo, su dificultad supera la de nuestro cometido.¹⁰ Sin embargo, como se podrá apreciar más adelante, es menester, para poder obtener aquel elemento justificante que nos permita trazar la frontera entre medidas aplicables a enajenados mentales y a individuos imputables peligrosos, revisar las diversas tesis que se han esgrimido para legitimar las medidas de seguridad, tanto respecto de inimputables como imputables, especialmente teniendo presente que la doctrina que examinaremos estudia ambas materias de forma conjunta.

La discusión sobre la justificación de las medidas de seguridad ha sido olvidada por la mayoría de los autores, a diferencia del mismo debate respecto de la pena, que sí ha concitado la atención de la doctrina.¹¹ Nuestra estructura será revisar los distintos planteamientos y finalmente argumentar y explicar nuestra postura. Esta materia carece de tratamiento exhaustivo en la doctrina chilena, salvo Maldonado que ha analizado en detalle la justificación de la imposición de medidas de seguridad, pero respecto de delincuentes

⁶ BERISTAIN (1974), p.92. Mismo sentido SANZ (2005), p.969. En contra sosteniendo que la peligrosidad no es el fundamento, sino que un presupuesto y que el fundamento son los motivos que justifican a las medidas de seguridad PUENTE (2021), pp.334-336.

⁷ BERISTAIN (1974), p.92.

⁸ FRISCH (2007), p.19.

⁹ ZIFFER (2008), pp.69-70. En sentido semejante véase MAYO Y GRACIA (2023), pp.633-634.

¹⁰ Es más, hay autores que derechamente sostienen que dicha intervención es ilegítima. Véase GUZMÁN (2008), p.70.

¹¹ En el mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.449; JAKOBS (1997), pp. 38-39; ROXIN (1997), p.105 y ZIFFER (2008), p.66.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

peligrosos imputables y su compatibilidad con la aplicación conjunta de penas.¹² Por tanto, nuestro examen se enfocará principalmente en doctrina extranjera.

2. Teoría Negativa

Esta posición la trataremos sucintamente, puesto que creemos que tiene mayor trascendencia en la discusión relativa a la legitimidad de la intervención punitiva mediante medidas de seguridad en contra de sujetos imputables. Autores como Bettiol han sostenido que la imposición de las medidas de seguridad, salvo casos excepcionales, transgreden los principios fundamentales del Estado de derecho. Alguno de los motivos que se aducen es la antinomia entre los conceptos de libertad y peligrosidad. La persona como cimiento del derecho penal supone libertad para decidir, por consiguiente, responsabilidad. Un sujeto libre simplemente no puede ser peligroso, ya que no está obligado a llevar a cabo una determinada acción delictiva, o dicho, en otros términos, puede elegir realizar la conducta ajustada al ordenamiento jurídico.¹³ Beristain entrega razones para poner en tela de juicio el planteamiento de Bettiol, cuestionando que el ser humano sea totalmente independiente, para ello refiere que no puede obviarse del análisis el hecho que el hombre y la mujer no son del todo independientes al estar insertos en sociedad. Por otro lado, agrega que la libertad de los seres humanos está sujeta a obstáculos que, en determinados casos, sí habilita a pronosticar de forma acertada la conducta futura de un individuo, aunque esta sea libre.¹⁴ Sobre el particular nos limitaremos a esgrimir que creemos que los argumentos expuestos por Bettiol no solo son razonables sino que presentan una interrogante importante ¿Qué justifica sancionar a través de una medida de seguridad al individuo imputable peligroso por sobre el límite de la culpabilidad? Guzmán Dalbora responde dicha incógnita de forma tajante aseverando que las medidas de seguridad respecto de imputables carecen de justificación política y moral, afectando la dignidad del ser humano.¹⁵ Los postulados expuestos invitan a la reflexión,¹⁶ sin embargo, no otorgan argumento alguno para sostener que las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales no son susceptibles de justificación. Siendo lo anterior así, no nos detendremos más en este punto por alejarse de nuestro ámbito de estudio.

3. Teorías utilitaristas

El primer argumento que surge (y el más sencillo), que cualquiera que no haya estudiado el tema enarbolaría, es que las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales se justifican dada su utilidad para la sociedad, ya que tienen como objetivo prevenir conductas

¹² Para un estudio en detalle véase MALDONADO (2011), pp.389-439.

¹³ BETTIOL (1962), p.16.

¹⁴ BERISTAIN (1974), p.93.

¹⁵ GUZMÁN (2008), p.70. Estima improcedente la imposición de medidas de seguridad respecto de sujetos imputables URRUELA (2009), p.13(nota N°35). En contra Cerezo Mir, a quien le parece necesario incorporar medidas de seguridad contra imputables peligrosos CERESO (2008), p.31.

¹⁶ Para un examen detallado sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra imputables véase PUENTE (2021), pp. 383-411.

indeseadas de sujetos considerados peligrosos, su legitimidad entonces radicaría en la defensa social.

Las medidas son concebidas en su origen en el siglo XIX, como éticamente incoloras, no estando limitadas por la culpabilidad y justificadas precisamente por ser útiles.¹⁷ Es más en la obra de Stooss la única referencia a su justificación es en relación con su utilidad¹⁸ y al ser incorporadas en diversos ordenamientos jurídicos (por ejemplo el alemán)¹⁹ se tuvo únicamente a la vista una visión pragmática, dejando de lado la pretensión de una justificación ética de las medidas, su compatibilidad con el Estado de derecho y los diversos problemas que traen aparejadas (por ejemplo la determinación y contenido de la peligrosidad).²⁰ Ferri, como defensor de esta visión, apuntaba que las medidas se legitimaban en la necesidad imprescindible de la propia conservación.²¹

Reconociendo que resulta inevitable un grado de intervención del Estado ante los delitos cometidos por personas enajenadas mentales, no nos parece que lo anterior explique la carencia de formulaciones teóricas sobre las razones que otorgan legitimidad a la intervención mencionada. Se nos podría replicar que la utilidad sería tan palmaria que este asunto es trivial o que su eficacia *per se* las justifica.²² Sin embargo, como bien anotaba Rodríguez Mourullo, que algo sea útil no nos dice nada sobre si es legítimo o no.²³

En la línea de estas posturas, Exner analiza la justificación de las medidas de seguridad desde una perspectiva análoga al principio de economía.²⁴ Es efectivo que aparece en su obra una preocupación por establecer límites, sin embargo, no existe un examen de las medidas desde la óptica de la justicia. Se reconoce por parte de dicho autor que la prevención especial no habilita el uso de cualquier herramienta, particularmente aquellas que afectan más intensamente las garantías de una persona. En este sentido Exner sostenía que, si la búsqueda del legislador es prevenir la comisión de delitos para tutelar bienes, esto no debe ser preterido al momento de determinar que medios serán los idóneos para el logro de aquel fin.²⁵ En síntesis, postula una lógica de coste-beneficio realizando una comparación entre el daño que se le inflige a quien delinque y la suma de males que se ahorran a las potenciales víctimas (en definitiva, a la sociedad).²⁶ A nuestro juicio, como detallaremos más adelante, este postulado de Exner es redundante, la premisa básicamente es “el Estado al momento de sancionar debe aplicar el principio de proporcionalidad” ¿posee lo anterior una relación conceptual con la legitimidad de la intervención? La verdad es que no incorpora un criterio de justificación, empero al menos contempla la necesidad de establecer algún coto a la

¹⁷ GUZMÁN (2008), p.69. En términos semejantes ZIFFER (2008), pp.71-72 y SANZ (2005), p.970.

¹⁸ FRISCH (2007), p.10(nota N°46). Mismo sentido ROIG (2014), p.5.

¹⁹ ROIG (2014), pp.21-22.

²⁰ En este sentido FRISCH (2007), p.10 y ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.449.

²¹ SANZ (2005), p.970.

²² ZIFFER (2008), p.68.

²³ RODRÍGUEZ (1965), p.783. En el mismo sentido véase PUENTE (2021), p.346 y WELZEL (1993), p.288.

²⁴ FRISCH (2007), p.10(nota N°46). En los mismos términos SANZ (2005), p.970.

²⁵ ZIFFER (2008), p.72.

²⁶ ZIFFER (2008), p.72. En sentido semejante SANZ (2005), p.970.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

utilidad, pero no sustentada por elementos éticos, sino que, de adecuación,²⁷ subordinando el principio de justicia al de protección de bienes.²⁸

El planteamiento teórico utilitarista padece de una gran falencia. Si las medidas hallan su justificación en la utilidad que prestan, la persona es simplemente instrumentalizada, rebajada en su calidad de sujeto a objeto, ya que podrá sufrir intervenciones en su personalidad que carecen de límites.²⁹ Sin cotos los cuestionamientos a estas injerencias aumentan, producto de las propias fronteras que posee el poder punitivo en un Estado de derecho.³⁰ Llevando la situación al extremo, medidas de seguridad como la internación perpetua, la lobotomía o la castración aparecen, bajo esta argumentación, totalmente validadas, precisamente porque son útiles para contener (o eliminar, mejor dicho) la peligrosidad criminal del sujeto.³¹ Estos ejemplos, no son una hipérbole, en 1933 durante el régimen nacional socialista se publicó la “Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y de corrección” que introdujo en el Código Penal alemán las medidas de seguridad. En dicha normativa se incorporó la custodia de seguridad y la castración de delincuentes sexuales.³² Además, en 1941 la pena de muerte para delincuentes habituales.³³ La existencia de las medidas de seguridad referidas al alero del régimen nacional socialista llevó a replantearse la necesidad de imponer límites a esta perspectiva,³⁴ puesto que dicha experiencia demostró que la remisión a la mera utilidad para justificar las medidas no asegura que se van a evitar intromisiones inhumanas y que transgreden la dignidad de las personas que delincan.³⁵

Esta teoría para justificar las medidas, que podría parecer un resabio decimonónico, la verdad es que comenzó a ganar adeptos nuevamente en la década de los 90 con el retorno de la inocuización (especialmente, aunque no de forma exclusiva,³⁶ en Estados Unidos)³⁷ enfocado principalmente en materia de delitos sexuales.³⁸ Este fenómeno no es casual, es consecuencia de la evolución de la política criminal. Sin perjuicio de ser multicausal, podemos mencionar algunos motivos de este fenómeno, a saber: i) la decepción (con razón o no) de las

²⁷ En términos similares al analizar el modelo de Von Liszt véase ROIG (2014), p.22.

²⁸ FRISCH (2007), p.10(nota N°46).

²⁹ ZIFFER (2008), p.68. En sentido análogo BERISTAIN (1974), p.95; SANZ (2005), pp.970-971 y ROIG (2014), p.22.

³⁰ ZIFFER (2008), p.68.

³¹ ZIFFER (2008), p.70. En términos análogos GUZMÁN (2008), p.69.

³² SANZ (2003), pp.52-53. Respecto de la custodia de seguridad Ziffer indica que es debatible que esta sea consecuencia de la ideología nacional socialista, sino más bien es producto del compromiso entre la “lucha de escuelas” ZIFFER (2008), p.303. Para un estudio detallado de las medidas de seguridad durante el régimen nacional socialista véase CARUSO (2014), pp.34-48.

³³ ZIFFER (2008), p.73.

³⁴ SANZ (2003), p.80.

³⁵ ZIFFER (2008), p.73. En términos similares ROIG (2014), p.22 y WELZEL (1993), p.288.

³⁶ Sobre la tendencia defensista en el Reino Unido véase SANZ (2003), p.66 y ROBLES (2007), p.5. En Suiza véase SANZ (2007), pp.7-8 y ROBLES (2007), p.7. Por último, respecto de la misma tendencia con diversas reformas a la custodia de seguridad en Alemania véase PUENTE (2021), pp. 416-419; SANZ (2003), p.59; SÁNCHEZ (2009), p.8 y SILVA (2010), p.1.

³⁷ SILVA (2001), pp.177-178. En sentido análogo SANZ (2007), p.8 y ROBLES (2007), pp. 3-4.

³⁸ Sobre la evolución política criminal de Estados Unidos en materia de delitos sexuales véase SILVA (2001), pp.180-183 y ROBLES (2007), p.5 y pp.9-12.

posibilidades de reinserción de las personas que cometen delitos; ii) la elevada percepción de inseguridad y sensibilidad al riesgo de la comunidad y iii) la obsesión con la criminalidad y seguridad de sectores políticos y los medios de comunicación.³⁹ La política criminal de Chile tampoco ha estado ajena al fenómeno señalado, una muestra de ello son los proyectos de diversos parlamentarios para restituir la pena de muerte o instaurar la castración química.⁴⁰

Manifestaciones concretas del utilitarismo inspirado en el retorno de la incapacitación, podemos visualizarlo en la castración química,⁴¹ que es impuesta en algunos estados que forman parte de Estados Unidos, incluso en algunos casos no es voluntaria y se debe decretar de forma obligatoria por el juez.⁴² Otro caso podemos hallarlo en la medida de custodia de seguridad en Alemania que desde el año 1998 ha sufrido diversas modificaciones en dicha orientación, por ejemplo, su duración indeterminada (antes la extensión no podía superar los 10 años).⁴³ Resulta evidente que las medidas antes mencionadas socavan la dignidad de la persona sometándolo a un trato degradante.⁴⁴ Retrata este punto con claridad Jorge Barreiro al afirmar que “la intervención del Estado, que nunca podrá justificar, por meras razones de utilidad, la destrucción de componentes esenciales de la personalidad humana. Así, aunque la castración libere a un ser de su instinto sexual excesivo y logre curarle, significa un deterioro en la personalidad del hombre”.⁴⁵

³⁹ SILVA (2001), p.179. En sentido análogo SANZ (2007), p.8. Para un examen en detalle de los dos últimos factores véase SILVA (2011), pp.13-33.

⁴⁰ En el año 2024 el diputado don Johannes Kaiser presentó un proyecto de ley para restituir la pena de muerte como sanción en el Código de Justicia Militar respecto de personas que cometan el delito de homicidio contra funcionarios de carabineros o las fuerzas armadas <https://www.diarioconstitucional.cl/2024/05/19/proyecto-de-ley-modifica-el-codigo-de-justicia-militar-y-la-ley-organica-de-investigaciones-a-fin-de-restablecer-la-pena-de-muerte-para-quienes-cometan-homicidio-contr-efectivos-policiales-o-militare/>

El año 2022 el diputado don Gaspar Rivas también presentó un proyecto con el fin restituir dicha pena, pero no respecto de ciertos delitos, sino que de carácter general <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/06/20/proponen-reestablecer-la-pena-de-muerte-en-el-codigo-penal/> Por último, el año 2019 el senador don Rafael Prohens presentó un proyecto de ley con el fin de establecer en el Código Penal en relación con condenados por delitos sexuales la pena de castración química. Del tenor del texto se desprende que en principio es voluntaria, empero en caso de reincidentes puede ser aplicada de forma obligatoria a petición del Ministerio Público. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13321&prmBoletin=12796-07>

⁴¹ Para un análisis de la castración química véase ROBLES (2007), pp. 8-11; ARMAZA (2013), pp.238-244 y OTERO (2015), pp.35-37. Para un examen de la discusión en el Reino Unido véase HARRISON (2007), pp.20-28.

⁴² Sobre la imposición obligatoria de la castración química véase ROBLES (2007), pp. 9-10; ARMAZA (2013), p.241 y SILVA (2001), p.182(nota N°25). Welzel afirmaba que solo el consentimiento del afectado podía legitimar la castración, véase WELZEL (1993), p.289. A nuestro parecer, ni siquiera su consentimiento le otorga legitimidad, ya sea como pena o medida de seguridad.

⁴³ Existe un amplio debate sobre la medida de custodia de seguridad, como asimismo profuso material. Para un análisis detallado véase ARMAZA (2013), pp.174-187; SÁNCHEZ (2006), pp.142-165.; PUENTE (2021), pp. 413-424; ZIFFER (2008), pp.303-311; RINCEANU (2017), pp.256-257; ROBLES (2007), pp. 6-8; SILVA (2001), pp.183-185; URRUELA (2009), pp.239-257; CARUSO (2014), pp.106-127 y SANZ (2007), pp.7-9. Particularmente interesantes resultan los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación de la custodia de seguridad. Sobre este punto véase SILVA (2010), pp.1-3 y BASSO (2013), pp.305-309.

⁴⁴ SANZ (2007), p.6. Mismo sentido MAYO Y GRACIA (2023), p.634.

⁴⁵ JORGE (1976), pp.84-85. En sentido semejante SÁNCHEZ (2006), pp.150-151 y WELZEL (1993), p.288.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

Nosotros compartimos la opinión de Frisch que la invasión sobre derechos fundamentales que produce la aplicación de medidas de seguridad requiere una justificación ético-jurídica y constitucional que simplemente no es satisfecha con el argumento relativo a que estas son útiles para prevenir delitos.⁴⁶ En definitiva, y para cerrar, que una política criminal proporcione un beneficio, no nos confiere argumentos a favor de la existencia de dicha institución, porque es fácil imaginarse que para alcanzar el objetivo pretendido se transgredan límites que no son admisibles de renunciar en un Estado de derecho. Aseverar que las medidas de seguridad otorgan un bien para la sociedad, a lo más es una constatación de los hechos, pero nuestras dudas no son fácticas, sino valóricas, máxime cuando debemos preguntarnos no solo que la legítima en abstracto, sino también en el caso de la imposición a una persona concreta.⁴⁷

4. Teorías eticistas

Posterior a la segunda guerra mundial y dado los excesos cometidos en dicho conflicto bélico, se intentó otorgarles una justificación moral a las medidas de seguridad.⁴⁸ Desde este punto de vista diversos autores como Welzel, Bettiol, Rodríguez Mourullo,⁴⁹ Jescheck y Jorge Barreiro⁵⁰ intentaron dicho cometido.⁵¹

Conocido es el planteamiento teórico de Welzel, el cual parte de la base de asignarle una función de prevención general positiva a la pena, a través del castigo penal se busca reafirmar la vigencia de los valores éticos-sociales promoviendo en el ciudadano la fidelidad al ordenamiento jurídico.⁵² Para ello es esencial que el individuo destinatario de este mensaje tenga la capacidad para captarlo y decidir guiar su accionar en conformidad a los valores en cuestión. Respecto de los sujetos que carecen de la capacidad para comprender a cabalidad el sentido normativo de los valores que contiene el tipo penal, se requiere una herramienta político criminal diversa, que es la medida de seguridad.⁵³ Es la constatación de la concurrencia de dicha incapacidad que justifica la limitación de la libertad del individuo.⁵⁴

Maldonado sintetiza la propuesta de Welzel, indicando que dicho autor elabora su tesis con base en “dos premisas fundamentales: i) la persona es un ente moral que detenta libertad; y ii) el Estado tiene el deber de dotar a los individuos de condiciones básicas para su desenvolvimiento y desarrollo social a fin de posibilitar el ejercicio de la libertad”.⁵⁵ Para

⁴⁶ FRISCH (2007), p.18. Mismo sentido CEREZO (2008), p.31.

⁴⁷ PUENTE (2021), pp. 383-384.

⁴⁸ SANZ (2005), p.971. Mismo sentido GUZMÁN (2008), p.69.

⁴⁹ Véase RODRÍGUEZ (1965), p.759-791.

⁵⁰ Esta es la posición sostenida por Jorge Barreiro en JORGE (1976), pp.82-86. Sin embargo, el referido autor cambia de opinión en una obra posterior véase JORGE (2001), p.153. Destacan este cambio de postura de Jorge Barreiro pasando de la tesis eticista a la del interés público preponderante PUENTE (2021), p. 347; MALDONADO (2011), p.420(nota N°130) y SANZ (2003), p.81(nota N°114).

⁵¹ SANZ (2005), p.971. Mismo sentido BERISTAIN (1974), p.93(nota N°5) y URRUELA (2009), p.10

⁵² WELZEL (1993), pp.3-5. Mismos términos ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.453.

⁵³ ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.454.

⁵⁴ JAKOBS (1997), p.39. Mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.453 y SÁNCHEZ (2010), p.7.

⁵⁵ MALDONADO (2011), p.420.

interactuar en la sociedad se requiere poder autodeterminarse moralmente, es decir poder captar el valor de la norma y accionar conforme a este. Siguiendo el razonar expuesto solo aquellos que tienen aquella capacidad de autodeterminación pueden participar en la comunidad. El fundamento de la libertad externa radica en la autodeterminación moral (la libertad interior).⁵⁶

Explicado lo anterior, Welzel sostiene que se justifica la imposición de medidas de seguridad mediante la limitación de la libertad externa de aquel que carece de libertad interna para guiar su actuar conforme a derecho. La frontera a la injerencia estatal es el respeto a la personalidad del individuo, en este sentido el Estado tiene la prohibición absoluta de despersonalizar al sujeto y objetivarlo.⁵⁷

Se debe añadir que el Estado posee el deber de asistir mediante un tratamiento a estas personas con el fin de lograr la recuperación de la libertad interna, prohibiéndose las medidas que únicamente buscan la incapacitación del sujeto, careciendo de legitimidad aquellas que atentan contra la dignidad del ser humano.⁵⁸ Guzmán Dalbora al examinar las diversas teorías de justificación, refiere que en el deber estatal de curar, educar e instruir a los enajenados mentales que delinquen, radica la justificación de las medidas de seguridad respecto de estos, siempre con el límite impuesto por la personalidad moral de esta persona, la cual debe ser respetada, sin importar la carencia de voluntad.⁵⁹

No son pocas las críticas que le han formulado a este planteamiento, esbozaremos las que nos parecen más importantes. En primer lugar, y es la apreciación más visible, se señala que no logra explicar razonablemente la aplicación de medidas de seguridad respecto de delinquentes imputables peligrosos, puesto que, estos sí gozan de libertad interior, siendo capaces de motivarse por la norma. En ese orden de ideas, la decisión de delinquir sí es susceptible de reproche precisamente por ser consecuencia del ejercicio de la libertad interna.⁶⁰ En segundo lugar, se plantea que todas las personas por el mero hecho de serlo el Estado les garantiza la libertad personal, en este sentido no es posible aseverar que hay personas que no tienen derecho a la libertad externa por la mera incapacidad de hacer uso de esta.⁶¹ En tercer lugar, respecto del sujeto imputable, resulta contraintuitivo reconocerle libertad externa al individuo, sancionarlo con una pena como consecuencia del uso de aquella libertad, para con posterioridad aplicarle una medida de seguridad porque carece de libertad

⁵⁶ WELZEL (1993), p.288. Mismos términos MALDONADO (2011), pp.420-421.

⁵⁷ WELZEL (1993), pp.288-289. En sentido análogo ZIFFER (2008), p.73.

⁵⁸ WELZEL (1993), pp.288-289. Mismos términos MALDONADO (2011), p.421.

⁵⁹ GUZMÁN (2008), p. 70.

⁶⁰ ZIFFER (2008), p.74. En el mismo sentido respecto de la insuficiencia para fundamentar la imposición de medidas de seguridad en relación con personas imputables peligrosas FRISCH (2007), pp.19-20; SANZ (2005), p.972; JAKOBS (1997), p.39; MALDONADO (2011), p.425 y ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.455. Urruela Mora, sin perjuicio que es partidario de esta teoría, reconoce que la tesis de Welzel no es válida para justificar la imposición de medidas en contra de sujetos peligrosos imputables, empero no lo visualiza como un obstáculo válido a su propio planteamiento, ya que él no les otorga validez ni legitimidad a las medidas de seguridad contra sujetos imputables URRUELA (2009), pp.13-14.

⁶¹ ZIFFER (2008), pp.74-75.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

interna.⁶² Por último, la tesis ni siquiera sería totalmente válida respecto de los enajenados mentales, Frisch expone como ejemplo el de los enfermos mentales no peligrosos.⁶³

El primer argumento y el tercero los compartimos. Efectivamente la tesis eticista de Welzel es incapaz de explicar de forma completa y sin vacíos, la legitimidad de las medidas de seguridad aplicables respecto de delincuentes imputables refractarios.⁶⁴ Sostener que puede justificar la imposición respecto de imputables peligrosos conlleva a una serie de inconvenientes que permitirían tildarla de paternalista.⁶⁵ En definitiva, respecto de delincuentes imputables esta teoría ha sido abandonada por parte de la doctrina.⁶⁶ Ahora bien ¿aquello conlleva a que el postulado deba ser totalmente desechado? La respuesta nos parece evidente, que no logre explicar y justificar un todo (aunque es efectivo que Welzel sí tenía esa pretensión)⁶⁷, no significa que la tesis no sea válida para legitimar una parte, por ello el contrargumento planteado es parcialmente válido y no deriva en que debamos eliminar de la discusión esta teoría,⁶⁸ es más los mismos críticos de ella reconocen su validez respecto de inimputables.⁶⁹ Por otro lado, y hemos insistido en esto, nuestro trabajo busca justificar la aplicación de medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico chileno, concretamente respecto de enajenados mentales. Huelga recordar que, en Chile, al menos formalmente, no existe la aplicación de medidas respecto de sujetos distintos a los enajenados mentales. En ese orden de ideas, la imposición de medidas de seguridad por sobre el límite de la culpabilidad para cumplir fines preventivos especiales que la pena no pueda satisfacer, siendo un punto de sumo interés en el debate, no afecta la validez de esta teoría para los efectos de esta contribución. Para finalizar con este punto, creemos que se debe realizar una distinción en el debate, las teorías utilizadas para justificar a las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales deben diferenciarse de aquellas enarboladas para imputables peligrosos.⁷⁰ Es más, Guzmán Dalbora afirma que mientras no se efectué dicha distinción al momento de construir una teoría de justificación de las medidas de seguridad, estas están destinadas al fracaso.⁷¹

Respecto del segundo argumento relativo al reconocimiento de la garantía fundamental de la libertad personal para todas las personas, no se está postulando que los enajenados mentales no tengan dicho derecho fundamental, sino que es el mismo ordenamiento jurídico que parte de la base que tienen su culpabilidad y su capacidad interna limitada. Por otro lado, la forma de legitimar dicha intervención es que esta tenga como misión fundamental que el individuo

⁶² ZIFFER (2008), p.74. También hacen alusión a esta contradicción MALDONADO (2011), p.423 y p.425; GUZMÁN (2008), pp.69-70 y JAKOBS (1997), p.39.

⁶³ FRISCH (2007), p.20(nota N°100).

⁶⁴ Para un tratamiento en detalle de los puntos críticos de la tesis de Welzel en relación con sujetos imputables peligrosos véase SÁNCHEZ (2010), pp.8-10 y MALDONADO (2011), pp.421-429.

⁶⁵ En este sentido PUENTE (2021), pp. 347-348(nota N°89). Para un desarrollo detallado del paternalismo denunciado en la tesis de Welzel véase MALDONADO (2011), pp.421-428.

⁶⁶ MALDONADO (2011), p.420(nota N°130) y p.421.

⁶⁷ MALDONADO (2011), p.420. Mismo sentido PUENTE (2021), p. 348(nota N°89).

⁶⁸ PUENTE (2021), pp. 347-348(nota N°89).

⁶⁹ MALDONADO (2011), p.421.

⁷⁰ PUENTE (2021), p.352. Mismo sentido SÁNCHEZ (2006), p.151.

⁷¹ GUZMÁN (2008), p. 70.

pueda volver a reinsertarse en la comunidad para hacer uso de dicha libertad externa, es decir no es una mera incapacitación, sino que la medida respecto de estas personas tiene un fin terapéutico, con pleno respeto a su dignidad humana, al cual se debe propender siempre por parte del Estado, al ser un deber de este la asistencia curativa de personas inimputables.⁷² En cuanto al posible contraargumento relativo a que el tratamiento sea de carácter forzoso⁷³ y por tanto vulnere la dignidad de la persona, en relación con los enajenados mentales al carecer de capacidad para autodeterminarse su sometimiento a un tratamiento no conculca dicha dignidad, siempre y cuando, la ejecución de la medida de seguridad respectiva no degrade al ser humano ni lo someta a tratamientos crueles.⁷⁴ Puente Rodríguez realiza ciertas precisiones sobre este punto. Refiere que es en parte correcto indicar que al no gozar de verdadera voluntad el enajenado mental, difícilmente el tratamiento puede ser “contra la voluntad” del individuo. Sin embargo, agrega que se debe distinguir, hay escenarios donde no solo es legítimo imponer de forma forzosa un tratamiento, sino que es una obligación ética, por ejemplo, en el caso de una esquizofrenia paranoide (u otra psicosis), pero habrá ciertas situaciones, como una dependencia grave a las drogas o al alcohol, donde su justificación requiere una argumentación más sólida.⁷⁵ Sobre este punto debemos indicar que si la dependencia a las drogas es de tal entidad que el imputado es declarado enajenado mental, la verdad es que la apreciación de Puente, a nuestro juicio, carece de validez. Si es inimputable, sencillamente es inimputable, y en ese orden de ideas el argumento relativo a la ausencia de capacidad para autodeterminarse sí es procedente. Ahora bien, si esa adicción al alcohol o a las drogas deriva en una imputabilidad disminuida (pensemos en la aplicación de la atenuante privilegiada del artículo 73 del Código Penal por un consumo problemático de pasta base de cocaína) o es lisa y llanamente imputable, en esos casos sí se podría atender al argumento del autor mencionado. Efectivamente la búsqueda de una justificación para un tratamiento coactivo en los casos donde el mismo ordenamiento jurídico le reconoce voluntad al individuo se torna en un asunto alambicado, si se reconoce plena imputabilidad para sancionarlo, no se puede, desde un punto de vista lógico, a la misma vez aseverar que no hay voluntad alguna e imponerle a la persona un tratamiento forzoso.

Por último, en cuanto al argumento expuesto por Frisch, a nuestro parecer, el profesor alemán yerra en su análisis. Sin perjuicio de carecer el enajenado mental no peligroso de libertad interna, y que indudablemente requiere asistencia terapéutica por parte del Estado, incluso en la hipótesis de haber delinquido, huelga insistir, que sin peligrosidad criminal no hay medida de seguridad (precisamente por ser su fundamento). En ese orden de consideraciones, cuando se alude a la intervención sobre enajenados mentales no peligrosos, ya no estamos en el campo de las medidas de seguridad, y por ello el debate no se centra en la justificación de estas.

En el contexto de las tesis eticistas, Mayer intenta formular una teoría de justificación de las medidas de seguridad tanto para imputables como inimputables, aquella se sustenta en el aspecto tutelar de la afectación a la libertad del sujeto. La medida ha de ser concebida como

⁷² En sentido similar véase JORGE (1976), pp.84-85; CEREZO (2008), pp.31-32; MAYO Y GRACIA (2023), p.631 SÁNCHEZ (2010), p.7.

⁷³ En este sentido Roxin, quien indica que la idea de tratamiento no justifica la coacción ROXIN (1997), p.105.

⁷⁴ MAYO Y GRACIA (2023), p.633. Mismo sentido SILVA (1997), p.31.

⁷⁵ PUENTE (2021), pp.349-350.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

una ayuda social benefactora para la persona.⁷⁶ El gran problema de esta formulación es la justificación para sujetar a tutela al sujeto imputable.⁷⁷

Por último, también podemos clasificar dentro de tesis eticistas la formulación propuesta por Jescheck.⁷⁸ Su argumentación, que pretende justificar las medidas de seguridad tanto respecto de imputables como inimputables, es una reformulación del planteamiento de Welzel. Jescheck enfoca el fundamento de las medidas de seguridad en la libertad del sujeto, pero no en su autodeterminación moral (libertad interna), sino en su capacidad para vivir en sociedad. La libertad como garantía fundamental, está vinculada con el resto de los integrantes de la sociedad. Ahora bien, aquellos que han abusado de su libertad al situar a las demás personas en peligro de ser dañadas, demuestran una incapacidad social, debiendo soportar restricciones en su libertad en beneficio de la comunidad.⁷⁹⁸⁰ El autor ejemplifica este postulado con tres ideas: la idea del merecimiento, en el sentido que nadie puede ejercer un determinado derecho si es que con él sitúa en peligro al resto de la comunidad (verbigracia, conducir un automóvil, si es que con el delito cometido se ha demostrado que se carecen de las aptitudes para ello). Respecto del internamiento psiquiátrico o en un centro de desintoxicación, la imposición de la medida de seguridad reside en la obligación estatal de otorgar a las personas enajenadas mentales (que son peligrosas criminalmente) tratamiento, ya sea para mejorar su condición, mitigarla o en el peor de los casos neutralizar su peligrosidad (idea del tratamiento terapéutico). Por último, también alude a la idea de asistencia social, ejemplificándola con la libertad vigilada.⁸¹

Por su parte Roxin critica el argumento relativo al abuso del uso de la libertad externa, puesto que no aclara porque dicha libertad se pierde por sobre el límite de la culpabilidad.⁸² Correcto o no, la verdad es que la apreciación de Roxin, como la mayoría de las críticas contra estas teorías, nada nos dice sobre los enajenados mentales. Frisch también formula reparos contra este planteamiento, indicando que no resulta convincente el argumento que quien delinque al abusar de su libertad, pierde esta, incluso antes de la imposición de la medida.⁸³ Sin embargo, es menester destacar que Jescheck sí reconoce que es compleja y problemática la justificación de medidas de seguridad impuestas con fines exclusivamente incapacitadores contra sujetos plenamente imputables (da como ejemplo la custodia de seguridad).⁸⁴

Sin perjuicio que al final de este trabajo formularemos nuestra propuesta completa, adelantamos que adherimos a la formulación de la tesis de Welzel, creemos que esta efectivamente permite justificar la imposición de medidas de seguridad respecto de sujetos

⁷⁶ ZIFFER (2008), p.75.

⁷⁷ Respecto de las críticas a este planteamiento de Mayer véase ZIFFER (2008), pp.75-76.

⁷⁸ Véase JESCHECK y WEIGEND (2002), p.92.

⁷⁹ MALDONADO (2011), p.429.

⁸⁰ Para un análisis crítico de esta tesis véase MALDONADO (2011), pp.430-431.

⁸¹ JESCHECK y WEIGEND (2002), p.92.

⁸² ROXIN (1997), p.105.

⁸³ FRISCH (2007), p.20.

⁸⁴ JESCHECK y WEIGEND (2002), p.92.

inimputables y con imputabilidad disminuida⁸⁵ (que no es el caso en Chile). Urruela Mora esgrime, opinión a la cual suscribimos totalmente, que el debate (y las tesis que veremos a continuación), está condicionado por las posturas desarrolladas en Alemania. Dicha discusión está profundamente contaminada por la búsqueda de la justificación de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos y enfocada, principalmente, en la controvertida custodia de seguridad.⁸⁶ Todo lo anterior, resulta lejano para el ordenamiento nacional, sin embargo, revisaremos los demás postulados.

5. Teorías relativas a la ponderación de bienes

5.1 Las medidas como legítima defensa (o estado de necesidad) de la sociedad contra el individuo peligroso.

Esta postura parte de la base que la utilidad de la medida no es suficiente para sostener su legitimidad. Por otro lado, busca superar las falencias del proceso de ponderación de intereses (propio de la teoría del interés preponderante que veremos a continuación).

Para resolver la colisión de derechos entre la seguridad de la sociedad y las garantías de la persona, se asume la premisa que la peligrosidad criminal constituye una forma de agresión ilegítima, por lo cual, está justificada una reacción defensiva de la comunidad.⁸⁷ Siguiendo, entre otros, a Sax,⁸⁸ la justificación de la imposición de una medida de seguridad radica en el derecho a la legítima defensa que tiene la comunidad en contra del individuo peligroso.⁸⁹ Las objeciones contra esta premisa saltan a la vista sin mayor esfuerzo. En primer lugar, llama poderosamente la atención tratar de forma análoga una amenaza de agresión ilegítima de carácter actual o inminente (requisito fundamental de la causal de justificación que examinamos) con la probabilidad (incierto a todo esto) de comisión futura de un hecho delictivo. A todas luces el concepto de peligrosidad criminal (dada su falta de urgencia) es incompatible con la actualidad o inminencia de una agresión que habilita a la reacción defensiva propia de la legítima defensa.⁹⁰ Por otro lado, teniendo presente que el pronóstico de peligrosidad no entrega certezas, concebir a la peligrosidad criminal, como un término próximo a una agresión, requiere una ficción, que transforma a esta teoría en una alegoría.⁹¹ Ziffer lo grafica claramente al referir “un delito que se espera que alguna vez se produzca y una agresión actual son cosas bien diferentes”.⁹²

⁸⁵ Compartiendo este criterio respecto de inimputables y sujetos con semiimputabilidad URRUELA (2009), p.13; CEREZO (2008), pp.31-32; MATEO (2004), pp.33-34 y MAYO y GRACIA (2023), p.631.

⁸⁶ URRUELA (2009), p.12. En sentido análogo Frisch al referir en esta materia se concentra de forma inmediata el debate en la custodia de seguridad sin analizar en detalle la justificación de las medidas curativas y educacionales FRISCH (2007), p.19.

⁸⁷ MALDONADO (2011), p.413.

⁸⁸ Véase SANZ (2005), p.974(nota N°24).

⁸⁹ ZIFFER (2008), p.77.

⁹⁰ JAKOBS (1997), p.39. Mismo sentido FRISCH (2007), pp.20-21; ZIFFER (2008), p.77; MALDONADO (2011), p.414 y ORTIZ Y ARÉVALO (2013), pp.457-458.

⁹¹ MALDONADO (2011), p.415. En sentido similar ZIFFER (2008), p.77.

⁹² ZIFFER (2008), p.77.

Un segundo aspecto por destacar es la impropiedad de utilizar una causal de justificación que está llamada a invocarse entre privados, para legitimar el *ius puniendi* estatal.⁹³ En tercer lugar, la legítima defensa, al menos en el ordenamiento jurídico chileno, requiere que el medio utilizado en la reacción defensiva sea racionalmente necesario. Desde la óptica de la necesidad no se le exige a la persona que agote todas las demás opciones menos lesivas antes de defenderse,⁹⁴ elemento que sí es parte del concepto de las medidas de seguridad, las cuales son de ultima ratio.⁹⁵ Ziffer indica que al no reconocer la legítima defensa el principio de proporcionalidad, la posibilidad de este criterio de limitar el uso de las medidas de seguridad es más bien restringido.⁹⁶ Dado todo lo expuesto el paralelismo entre legítima defensa y las medidas de seguridad está destinado al fracaso.⁹⁷

Respecto de la figura del estado de necesidad para legitimar el uso de las medidas de seguridad, la verdad es que las dos primeras críticas expuestas a la legítima defensa son plenamente aplicables a este caso. Se requiere que el peligro al cual se ve expuesto el bien jurídico sea actual o inminente para estar en presencia de una situación de necesidad, lo cual no concurre en materia de peligrosidad criminal (nos remitimos *mutatis mutandi* a lo explicado en relación con la legítima defensa). Además, tampoco se logra superar la objeción que el estado de necesidad es una eximente que se aplica a las relaciones entre particulares y no para justificar el accionar estatal. Respecto de la tercera objeción, no es el caso del estado de necesidad, ya que respecto de dicha eximente sí es aplicable el criterio de subsidiariedad.⁹⁸

Para finalizar, podemos esgrimir un último reparo. Estos planteamientos buscan superar la falta de claridad y contenido de la tesis del interés preponderante, principalmente el ejercicio de ponderación al cual invita. Sin embargo, tanto la legítima defensa como el estado de necesidad requieren el mismo ejercicio, el cual es particularmente complejo cuando consideramos que uno de los elementos a valorar es la peligrosidad criminal de un sujeto. Concepto que por sí mismo es difícil dotar de contenido y sobre todo cuando la reacción es necesaria respecto de una actualidad o inminencia que, en verdad, es inexistente.⁹⁹

5.2 Sacrificio especial del afectado

Este criterio está profundamente conectado con la tesis del interés preponderante, al cual pretende complementar. Debemos adelantar, que se invoca especialmente respecto de la custodia de seguridad en Alemania, es por ello que nos referimos de forma sucinta dado que esta medida de seguridad, como hemos expuesto, se aplica respecto de sujetos imputables y

⁹³ FRISCH (2007), p.21. Mismo sentido ZIFFER (2008), p.77; JAKOBS (1997), p.39; MALDONADO (2011), p.415 y ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.457.

⁹⁴ En este sentido véase GARRIDO (2019), pp.173-174 y CURY (2020), p.543. En contra indicando que sí es de naturaleza subsidiaria MATUS Y RAMÍREZ (2019), p.272 y BALMACEDA (2016), p.192.

⁹⁵ FALCONE (2007), p.236.

⁹⁶ ZIFFER (2008), p.77.

⁹⁷ JAKOBS (1997), p.39. Mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.458.

⁹⁸ CURY (2020), pp.556-557. Mismo sentido BALMACEDA (2016), p.201.

⁹⁹ MALDONADO (2011), p.415.

el principal cuestionamiento que busca responder este postulado es que justifica una privación de derechos desprovista de los límites del principio de culpabilidad.

El supuesto es que al individuo peligroso le es exigible un sacrificio especial en beneficio de la comunidad, y que consiste en tolerar una injerencia en sus garantías fundamentales por hechos que aún no acontecen.¹⁰⁰ Este argumento no nos entrega insumos para legitimar el sacrificio exigido. A mayor abundamiento, si soportar la imposición de una medida de seguridad es una carga pública para el sujeto peligroso, en el sentido que sería “expropiado” de su libertad en función del bien de la comunidad, sería justo que reciba una indemnización por ello, empero no recibe compensación alguna por el sacrificio requerido.¹⁰¹ El contraargumento relativo a que sí recibe una prestación, en concreto el tratamiento otorgado por el Estado al sujeto peligroso, resulta inadmisibles como una indemnización, más teniendo presente que el individuo no tiene opción de rechazar dicho tratamiento, ya que es impuesto coactivamente.¹⁰²

6. Teoría del principio del interés preponderante

Esta teoría goza de amplio respaldo a nivel doctrinal.¹⁰³ Fue formulada originalmente por Nowakowski, y desarrollada con mayor detalle por Stratenwerth.¹⁰⁴ Su postulado para explicar la justificación de la imposición de medidas de seguridad radica en que, frente a dos intereses en conflicto, el legislador debe priorizar la tutela del interés preponderante.¹⁰⁵

Al momento de evaluar la procedencia de una medida de seguridad estamos ante una colisión de derechos. Por un lado, la seguridad de la comunidad y por otro lado los derechos del individuo destinatario de la medida.¹⁰⁶ El punto de partida es que los argumentos que habilitan a justificar las medidas de seguridad requieren algo más que un mero llamado a su utilidad (esto se comparte con las teorías éticas). Lo que se debe evaluar al momento de imponer una medida es el derecho a la libertad personal del sujeto. Dicha garantía cede cuando el peligro proveniente del individuo es de tal magnitud que se debe otorgar preferencia a la protección de la sociedad.¹⁰⁷ En este orden de ideas, el derecho de las medidas sustenta su legitimidad en el interés público preponderante, es decir en la necesidad de protección de la sociedad ante los posibles actos de sujetos peligrosos criminalmente. Las garantías del individuo peligroso deben sopesarse ante dicha necesidad de tutela de la comunidad, cuando la amenaza que emana de él es de tal relevancia que se requiere privilegiar la protección de la comunidad.¹⁰⁸ En definitiva, el Estado cuando dicha necesidad

¹⁰⁰ ZIFFER (2008), p.84.

¹⁰¹ ZIFFER (2008), p.84.

¹⁰² ZIFFER (2008), p.85.

¹⁰³ En este sentido véase MALDONADO (2011), p.404; ZIFFER (2008), p.78; PUENTE (2021), p.392 y SANZ (2005), p.973.

¹⁰⁴ En este sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.456 y SANZ (2003), p.81.

¹⁰⁵ ZIFFER (2008), pp.79-80.

¹⁰⁶ ZIFFER (2008), p.80. Mismo sentido PUENTE (2021), p.392.

¹⁰⁷ ZIFFER (2008), p.78.

¹⁰⁸ SANZ (2005), p.973. En términos semejantes ROXIN (1997), p.105.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

de protección pese más que los derechos del sujeto peligroso, puede limitar sus garantías mediante el uso de medidas de seguridad.¹⁰⁹

Ahora bien, para determinar el interés preponderante, se debe realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos del sujeto y la necesidad de prevenir delitos, y por tanto proteger a la sociedad.¹¹⁰ Es decir, pesar por un lado la libertad del individuo peligroso y por otro lado la seguridad de la comunidad. En función de esta ponderación estará justificada la privación de libertad (a través de una medida de seguridad) de una persona peligrosa, cuando es altamente probable que, de no aplicar dicha medida, cometerá delitos y la sumatoria de aquel daño a terceros sea mayor que aquel que se provoca al sujeto peligroso mediante su privación de libertad.¹¹¹ En ese caso al tener mayor valor la protección de la comunidad por sobre las garantías del individuo, será legítimo imponer la medida de seguridad respectiva.¹¹² El interés público tendrá un mayor peso si los delitos que se espera que cometa el sujeto son graves y la probabilidad de comisión es alta.¹¹³ En cambio, si la peligrosidad del sujeto es baja o los delitos a esperar son de menor entidad, quien debe cargar con el riesgo es la sociedad.¹¹⁴

Como se puede apreciar el ejercicio valorativo propuesto requiere de una ponderación de garantías. Dicha valoración debe enfocarse en primer lugar en que la imposición de la medida de seguridad sea necesaria, es decir que la contención del peligro no pueda alcanzarse por otra vía menos lesiva. Pero lo anterior no es suficiente, además debe ser adecuada. En este sentido quedan excluidas aquellas intervenciones que, siendo necesarias, afectan la dignidad de la persona o ámbitos intangibles de su personalidad (nos remitimos a lo expuesto en relación con la castración química).¹¹⁵ Por tanto, entre más valor tengan en el ordenamiento jurídico los derechos del individuo, menor será el campo de acción de las medidas de seguridad.¹¹⁶

Al planteamiento de Nowakowski se le puede reprochar la ausencia de un criterio objetivo y concreto que nos permita dilucidar cuándo los elementos en juego tienen un mayor o menor peso, más allá de la valoración genérica relativa a la peligrosidad criminal de la persona y la gravedad del delito.¹¹⁷ Asimismo, esta tesis tiene un carácter más bien formal, puesto que no es más que la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad.¹¹⁸

Lo expuesto conlleva a que Stratenwerth intente concretizar la tesis de Nowakowski y dotarla de mayor contenido. Se agregan a los criterios de la peligrosidad del sujeto y la gravedad de

¹⁰⁹ ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.456.

¹¹⁰ MALDONADO (2011), p.404. Mismo sentido PUENTE (2021), p.392.

¹¹¹ ROXIN (1997), p.105. Mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.456 y ZIFFER (2008), p.78.

¹¹² SANZ (2005), p.973. Mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.456 y MALDONADO (2011), p.404.

¹¹³ ZIFFER (2008), p.79. En sentido semejante CEREZO (2008), p.32.

¹¹⁴ MALDONADO (2011), p.405. En sentido análogo SANZ (2005), p.973 y ROXIN (1997), p.106.

¹¹⁵ ZIFFER (2008), p.80. En términos similares SANZ (2005), p.973.

¹¹⁶ ROXIN (1997), p.105. Mismo sentido SANZ (2005), p.973.

¹¹⁷ MALDONADO (2011), p.405.

¹¹⁸ SANZ (2005), p.975.

los ilícitos esperados, la consideración de la afflictividad de la medida de seguridad, teniendo para ello presente la duración de esta y su naturaleza. Se incorpora la necesidad de comprobar, además del provecho de la comunidad mediante la ejecución de la medida de seguridad, el beneficio al sujeto particular sometido a ella. Además, el examen de ponderación se realiza caso a caso y no de forma general y abstracta.¹¹⁹ Por último, la tesis de Stratenwerth argumenta que la evaluación de la ponderación de intereses será diversa dependiendo si la medida tiene como fin la corrección del individuo o el mero aseguramiento de este.¹²⁰

Según algunos autores, mediante la tesis del interés preponderante se supera la falencia de la teoría de Welzel, en el sentido que la primera sí permite justificar la imposición de medidas de seguridad respecto de delincuentes peligrosos imputables.¹²¹

Esta posición, como hemos referido, ha sido sostenida por diversos autores.¹²² En principio representa una mejora en relación con el utilitarismo.¹²³ La premisa presentada por la teoría del interés preponderante considera que la utilidad es un parámetro insuficiente para justificar la imposición de una medida de seguridad,¹²⁴ se debe, además, tomar en cuenta su necesidad, es decir que el objetivo preventivo no pueda ser alcanzado por una vía menos gravosa para las garantías del individuo peligroso.¹²⁵ Una segunda circunstancia positiva es que incluye en los elementos a ponderar los derechos del sujeto afectado por la medida.¹²⁶ Es más, al menos formalmente (a diferencia del utilitarismo) tenemos conocimiento que es lo que se va a ponderar. Por último, constituye una mejora al aplicar al ámbito de las medidas de seguridad el principio de proporcionalidad.¹²⁷

Sin perjuicio de lo dicho, no son pocas las falencias que se le pueden reprochar a este planteamiento. Incluso sobre la base de los avances que se han recién comentado, los cuales, como veremos, son más bien aparentes. En primer lugar, el principio en cuestión no posee contenido propio, es más bien una fórmula vacía.¹²⁸ Si analizamos la propuesta, la verdad, es que carece de un contenido material contrastable que habilite a limitar la aplicación de las medidas de seguridad, se confiere un motivo que solo superficialmente justifica la medida.¹²⁹ Lo que afirma el postulado en estudio es de Perogrullo ¿quién sostendría que hay privilegiar al momento de decidir el interés menos valioso? El principio del interés preponderante, como ya lo destacamos, nos da cuenta de los valores a ser ponderados, facilitando el ejercicio comparativo, sin embargo, su gran defecto es que nada nos dice sobre el valor de dichos

¹¹⁹ MALDONADO (2011), p.405. En sentido similar se pronuncia ZIFFER (2008), pp.82-83.

¹²⁰ SANZ (2005), p.975. Mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.457(nota N°1158).

¹²¹ ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.457.

¹²² Sosteniendo esta tesis (total o parcialmente) ROXIN (1997), p.105; JORGE (2001), p.153; CEREZO (2008), p.32 y MAYO Y GRACIA (2023), p.632. Se infiere que Ziffer también es partidaria de esta posición véase ZIFFER (2008), p.91 y p.95.

¹²³ En contra Frisch quien refiere que incluso deja más que desear que el utilitarismo, véase FRISCH (2007), p.32.

¹²⁴ ZIFFER (2008), p.81. Mismo sentido MALDONADO (2011), p.406.

¹²⁵ MALDONADO (2011), p.406.

¹²⁶ ZIFFER (2008), p.81.

¹²⁷ PUENTE (2021), p.394.

¹²⁸ ZIFFER (2008), p.81. Mismo sentido PUENTE (2021), p.393.

¹²⁹ MALDONADO (2011), pp.407-408. En términos análogos se pronuncia ZIFFER (2008), pp.81-82.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

intereses ni cual será el peso que se le asigne a cada uno de ellos,¹³⁰ ni tampoco se realiza esfuerzo alguno para determinar el peso de los principios a ser ponderados.¹³¹ Es ahí donde la crítica a la ausencia de capacidad para limitar la aplicación de las medidas de seguridad, que es el mayor reparo que se le efectúa a las tesis utilitaristas, cobra mayor fuerza.

La premisa del interés público preponderante no entrega elementos objetivos para decidir cuándo deben primar los derechos del imputado por sobre la seguridad de la sociedad, quedando al arbitrio del encargado de llevar a cabo la ponderación respectiva la resolución de dicha disyuntiva. Así las cosas, el componente intuitivo de esta tesis es considerablemente alto.¹³²

Otro aspecto defectuoso es que la tesis no distingue que la afectación a la sociedad es potencial. No puede obviarse la incertidumbre propia de un pronóstico de peligrosidad, en cambio la afectación a la libertad personal del sujeto sometido a la medida es cierta y concreta. Desde ese punto de vista al momento de llevar a cabo el ejercicio de ponderación no puede omitirse que no pesa lo mismo una tutela preventiva que una afectación actual a la libertad.¹³³ En definitiva, se objeta la falta de claridad respecto al valor que tienen los derechos de la persona.¹³⁴ Dicha imprecisión también se visualiza en el término “seguridad de la sociedad”, al que se le debe entregar contenido si se pretende obtener un análisis comparativo que pueda sustentarse en algo más que el criterio de quien lo realiza. En los términos propuestos la necesidad de prevención siempre podrá conllevar a que la seguridad de la comunidad pese más que la libertad de quien delinque.¹³⁵ En definitiva, si es que uno de los objetos a situar en la balanza siempre puede pesar menos al arbitrio de la necesidad del caso concreto, no existen límites materiales para la aplicación de las medidas de seguridad y eso nos acerca peligrosamente a los argumentos positivistas.

En segundo lugar, la tesis del interés preponderante no es más que la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad.¹³⁶ Esto no es negativo *per se* (lo indicamos dentro de sus virtudes), empero en el mejor de los casos opera como límite, pero nada nos dice acerca de su legitimidad, que es precisamente lo que pretende.¹³⁷ Urruela refiere que el problema de esta propuesta es que la ponderación de intereses alude a bienes jurídicos, no pudiendo integrarse de forma directa en aquel concepto la persona titular de estos ni menos la dignidad humana. Siendo lo anterior así, la tesis en estudio en el supuesto más favorable logrará proporcionar la medida al hecho cometido, pero no justificar su imposición.¹³⁸

¹³⁰ PUENTE (2021), p.393.

¹³¹ SÁNCHEZ (2010), p.11.

¹³² SÁNCHEZ (2010), p.11.

¹³³ SÁNCHEZ (2010), pp.12-13.

¹³⁴ JAKOBS (1997), p.39.

¹³⁵ En términos similares MALDONADO (2011), p.408.

¹³⁶ ZIFFER (2008), p.81. En el mismo sentido PUENTE (2021), p.394.

¹³⁷ PUENTE (2021), p.394.

¹³⁸ URRUELA (2009), p.12. En términos idénticos GUZMÁN (2008), p. 69.

Un tercer reproche, que en parte ya adelantamos, es que no otorga un criterio que realmente la distinga de las posiciones utilitaristas.¹³⁹ Como bien expone Maldonado es una reformulación de dichos postulados, que solo se diferencia de ellos por plantear una relación concreta que debe ser examinada, en vez de presumirla solo con base en la utilidad. Es complejo en ese escenario singularizarlas materialmente, el interés preponderante es funcional al planteamiento que sobrepone la utilidad de la medida en desmedro de las garantías fundamentales.¹⁴⁰ Explica Frisch que en estricto rigor se siguen encontrando los mismos elementos propuestos por Exner hace más de un siglo (bajo el alero del utilitarismo) para legitimar las medidas de seguridad.¹⁴¹ Una muestra de ello es la similitud de la fórmula relativa a la sumatoria de los males que probablemente el sujeto va a causar a la sociedad en relación con la afectación a su libertad, este postulado está presente tanto en el examen económico de Exner como también en el interés preponderante.¹⁴² Cabe añadir, y aunque a veces se olvide, el utilitarismo también conlleva juicios de valor. La suma y resta de costes, requiere necesariamente una decisión previa, que es cuales son aquellos costes y beneficios, a dicha determinación le es inherente un juicio valorativo.¹⁴³

Por último, la tesis del interés preponderante es incompleta en su labor, ya que incluso de superar los reparos formulados, solo lograría explicar la legitimidad de la medida desde la perspectiva de la sociedad, mas no se hace cargo de la justificación desde la óptica de la persona sometida a la medida respectiva.¹⁴⁴ Ziffer refiere que la medida para poder estar justificada debe decretarse no solo teniendo presente la seguridad de la generalidad, sino que es necesario, que pueda ser invocada objetivamente como un beneficio en favor del afectado. Complementándose de aquella manera el interés público con el individual mediante la función terapéutica.¹⁴⁵

7. Teoría del deber de protección elemental del Estado

Esta tesis expuesta por Frisch sostiene que la imposición de las medidas de seguridad y de las privaciones de libertad sustentadas en fines preventivo especiales (es necesario recordar que la justificación que pretende Frisch es respecto de la prevención especial misma)¹⁴⁶ se justifica en el deber de protección elemental del Estado, que el penalista alemán considera que goza de reconocimiento constitucional. El autor destaca que el Estado no cumple a cabalidad su función si es que esta únicamente al servicio de los intereses preponderantes, se requiere además que ejerza la fuerza, obviamente dentro de sus potestades consagradas en el sistema normativo, para proteger los posibles daños a bienes jurídicos. Dicha coacción no procede respecto de una obligación de reeducar al individuo. Este deber clarifica que el

¹³⁹ Es más, hay autores que derechamente la clasifican como una teoría utilitarista, por ejemplo, SÁNCHEZ (2006), p.150.

¹⁴⁰ MALDONADO (2011), p.406 y p.407. En sentido semejante PUENTE (2021), pp.392-393.

¹⁴¹ FRISCH (2007), p.23.

¹⁴² En sentido análogo véase FRISCH (2007), p.23(nota N°125).

¹⁴³ PUENTE (2021), p.394.

¹⁴⁴ PUENTE (2021), p.393.

¹⁴⁵ ZIFFER (2008), p.87. En términos similares se pronuncia Sánchez Lázaro al referir que es el contenido rehabilitador y reeducador de la medida lo que habilita a justificarla respecto del destinatario de la misma SÁNCHEZ (2006), p.150.

¹⁴⁶ FRISCH (2007), p.19.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

Estado incumpliría sus obligaciones esenciales con la ciudadanía si es que renunciara a las injerencias con fines preventivo especiales.¹⁴⁷

Ahora bien, el órgano estatal no solamente tiene el mandato de proteger a la comunidad de futuras afectaciones a bienes jurídicos, sino que también debe tutelar los derechos del potencial infractor, los dos deberes descritos deben ser satisfechos en iguales partes.¹⁴⁸ La insatisfacción de alguno de ellos deriva en el incumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado.¹⁴⁹ La intromisión en las garantías fundamentales de la persona peligrosa, que tiene como consecuencia la transgresión al deber de tutelar los derechos de dicho sujeto, solo estará justificada cuando sea imprescindible. Entendiendo por dicho término que el deber de protección a la comunidad también se satisface a través de vías menos lesivas para las garantías del individuo, es decir las medidas de seguridad son de uso excepcional.¹⁵⁰ Así las cosas, si la obligación de tutela de la sociedad se puede cumplir sin la necesidad de privaciones de libertad motivadas en la prevención especial, aquellas no estarán legitimadas. Misma lógica es aplicable, cuando la prevención del delito se puede alcanzar sin la pérdida adicional de la libertad en el marco de restricciones de libertad con otros fundamentos¹⁵¹ o cuando son suficientes medidas de una afflictividad menor (no privativas de libertad, ejemplo un tratamiento ambulatorio).¹⁵²

Es cierto que nos encontramos ante una colisión de deberes del Estado, empero dicho conflicto no legitima *per se* las medidas de seguridad. Se demanda que la solución en contra de la libertad de la persona sea adecuada. Para estar ante ello la resolución a esta dicotomía se debe fundar en principios ético-valorativos y las reglas prescritas en el ordenamiento jurídico respectivo. En definitiva, debe primar el deber del Estado de proteger a sus ciudadanos en perjuicio de la libertad de la persona peligrosa criminalmente si es que con ello prevalece el interés preponderante.¹⁵³ Es por ello que las conductas esperadas del sujeto se deben concebir de tal forma que habiliten a servir de cimiento para justificar privaciones de libertad.¹⁵⁴ Ziffer sintetiza este planteamiento indicando “las medidas de corrección y seguridad privativas de libertad se justifican no tanto por la existencia misma de un interés preponderante, sino fundamentalmente a partir del deber estatal de proteger el interés(preponderante) de la generalidad en que los bienes jurídicos permanezcan suficientemente preservados frente a los hechos que pudieran amenazarlos”.¹⁵⁵

¹⁴⁷ FRISCH (2007), pp.21-22. En el mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p.458 y SANZ (2005), p.976.

¹⁴⁸ FRISCH (2007), p.22. En términos idénticos SANZ (2005), p.976; URRUELA (2009), p. 12 y MALDONADO (2011), p.411.

¹⁴⁹ MALDONADO (2011), p.411.

¹⁵⁰ FRISCH (2007), p.22. En el mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), pp.458-459.

¹⁵¹ Entendemos que el autor está aludiendo en este caso específico a medidas para imputables.

¹⁵² FRISCH (2007), p.22. En el mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p. 459.

¹⁵³ FRISCH (2007), pp.22-23. En sentido análogo URRUELA (2009), p. 12 y SANZ (2005), p.977.

¹⁵⁴ URRUELA (2009), p. 12.

¹⁵⁵ ZIFFER (2008), p.85.

Esta tesis ha sido también sostenida por el Tribunal Constitucional alemán¹⁵⁶ al declarar la medida de custodia de seguridad en conformidad con la Ley Fundamental.¹⁵⁷ Según lo expuesto por el tribunal referido, el Estado tiene la obligación de proteger las garantías fundamentales de las víctimas potenciales ante eventuales daños por parte de autores peligrosos. El deber señalado es más intenso cuanto más concreto es el peligro y cuanto más grave es el eventual daño a bienes esenciales.¹⁵⁸

Uno de los méritos de la postura de Frisch es que la colisión que se nos presenta es entre dos deberes del Estado, lo que no ocurre con la tesis del interés preponderante.¹⁵⁹

El deber del estado de tutelar el interés preponderante se concibe como la contracara de la prohibición de exceso, denominándola la prohibición de intervención insuficiente, pero la existencia de un principio constitucional como el recién mencionado, no basta por sí mismo para justificar la imposición de medidas de seguridad que vayan más allá de la culpabilidad ni tampoco en las situaciones que no se goza de claridad en torno a que la privación de libertad conlleve a una protección efectiva contra otros delitos.¹⁶⁰

En relación con las debilidades de la tesis en examen es el mismo Frisch que reconoce que se debe avanzar en la tarea de concretizar el ejercicio de ponderación entre ambos deberes para determinar en qué caso prima cada cual.¹⁶¹ Esto será relevante, ya que tendremos que analizar las herramientas que entrega el autor para dotar de contenido esta tesis en relación con los enajenados mentales, para concluir si es que nos proporciona algo más que la teoría del interés preponderante.

Profundizando lo recién expuesto, en principio, no vemos como la propuesta de Frisch supera de forma importante la crítica a la tesis del interés preponderante respecto a la vaguedad del ejercicio de ponderación propuesto.¹⁶² Es más, y no repetiremos cada uno de los reparos tratados en detalle en relación con la tesis del interés preponderante, pero, a nuestro parecer, gran parte de ellos son *mutatis mutandi* aplicables al caso de marras. Solo por mencionar un ejemplo, la teoría de Frisch lo que en definitiva propone es que el Estado al momento de aplicar las medidas de seguridad debe cumplir a cabalidad con el principio de proporcionalidad. Nos da un límite, pero nada nos dice sobre su justificación. Reiteramos que nos parece circular el argumento, en el cumplimiento de un deber estatal se requiere cumplir con un principio constitucional como es el de la prohibición de exceso, no es mucho más que eso lo que nos confiere el postulado en estudio.

Otro aspecto a mencionar es que cuando Frisch avanza en el desarrollo de esta idea,¹⁶³ especialmente en relación con sujetos imputables (que es su principal preocupación), nos damos cuenta que se enfoca en aspectos propios del individuo que comete el delito, lo cual

¹⁵⁶ Véase el fallo del BVerfG del 5 de febrero de 2004(2BvR 2029/01), publicado en *NJW*, 2004, pp. 739-749.

¹⁵⁷ ROBLES (2007), p.7 y ZIFFER (2008), p.85.

¹⁵⁸ ZIFFER (2008), p.86.

¹⁵⁹ SANZ (2005), p.977. Destaca el mismo punto MALDONADO (2011), p.412.

¹⁶⁰ ZIFFER (2008), p.86.

¹⁶¹ FRISCH (2007), p.23.

¹⁶² Formula una crítica similar MALDONADO (2011), p.412.

¹⁶³ FRISCH (2007), pp.23-28.

no vemos como se distancia del concepto de peligrosidad.¹⁶⁴ A más andar, particularmente en relación con los imputables peligrosos, visualizamos que al enfocarse en elementos de la persona se va acercando a un concepto de culpabilidad por el carácter.¹⁶⁵ Puente Rodríguez agrega que al responsabilizar al mismo afectado de la pérdida de su “inmunidad”, al explicarle que sus derechos se limitan por lo que imputablemente ha mostrado, se aproxima a un reproche más cercano a las penas.¹⁶⁶

La pretensión de Frisch es poder explicarle a una persona concreta porqué respecto de él se va a aplicar una medida de seguridad en beneficio del resto de la comunidad, teniendo presente todas las dificultades que generan las intervenciones preventivas debido a las imprecisiones del concepto de peligrosidad.¹⁶⁷ Para ello, respecto de los plenamente responsables, refiere la necesidad de una comunicación previa (una especie de advertencia) y la exigencia, al menos desde la óptica cuantitativa, de numerosos hechos delictuales previos que demuestren la incapacidad del individuo de comportarse en conformidad a derecho.¹⁶⁸ El mismo autor en relación con los enajenados mentales destaca que la justificación de las medidas de seguridad no reviste la misma complejidad. Precizando que no se necesita una variedad de hechos previos para imponerlas. La diferencia, a su criterio, se enfoca en que la dificultad del ejercicio de justificación es la responsabilidad y capacidad de la persona de actuar acorde al ordenamiento jurídico.¹⁶⁹

El problema de las exigencias expuestas es que no vemos como se relaciona con la solución de la legitimidad de las medidas de seguridad en relación con los enajenados mentales. Añade Puente que es llamativo, puesto que estos requerimientos de Frisch desdibujan su tesis¹⁷⁰ (y la nuestra) de las diferencias esenciales que existen entre penas y medidas de seguridad.¹⁷¹ Sobre lo explicado, reafirmamos el comentario crítico de Urruela, quien hace ver que la doctrina alemana está tan enfocada en la legitimidad de la custodia de seguridad que ha dejado de lado la justificación de las medidas respecto de inimputables.¹⁷² No negamos que la complejidad de la legitimidad de dichas medidas es mayor que la relativa a enajenados mentales, empero la pretensión de Frisch es explicar la justificación de la prevención especial y en atención a que no concretiza su tesis inicial respecto de los inimputables nos cuesta severamente distinguirla de la tesis del interés preponderante, como ya hemos reprochado.

Así las cosas, y a modo de cierre, la tesis de Frisch no nos aporta herramientas sustancialmente distintas a la teoría del interés preponderante para justificar las medidas objeto de nuestro estudio.

¹⁶⁴ MALDONADO (2011), p.412.

¹⁶⁵ MALDONADO (2011), p.412.

¹⁶⁶ PUENTE (2021), p.396.

¹⁶⁷ FRISCH (2007), p.26.

¹⁶⁸ FRISCH (2007), p.27.

¹⁶⁹ FRISCH (2007), pp.27-28.

¹⁷⁰ Véase sobre las diferencias entre pena y medidas de seguridad FRISCH (2007), pp.13-17.

¹⁷¹ PUENTE (2021), pp.397-398.

¹⁷² URRUELA (2009), p.12.

8. Teoría de las medidas de seguridad como garantía cognoscitiva

La teoría del profesor alemán que examinaremos a continuación presenta un gran avance y es que lleva a cabo la distinción que tanto hemos demandado. Los argumentos para justificar la imposición de una medida de seguridad respecto de un enajenado mental simplemente no pueden ser los mismos que en relación con un delincuente imputable peligroso.

Jakobs comienza su tesis indicando que todas las medidas de seguridad conllevan un mal que el sujeto debe soportar. Es por ello que las medidas, a su juicio, sí ejercen un efecto secundario de prevención general positiva al reafirmar la vigencia de la norma.¹⁷³ Ahora bien, para poder examinar la relación entre el conflicto y la medida de seguridad se debe llevar a efecto la siguiente clasificación, a saber:¹⁷⁴

- i) Medidas complementarias de la pena.¹⁷⁵ Este tipo de medidas se aplican respecto de sujetos imputables peligrosos. En este caso las medidas de seguridad se aplican junto con la pena y tienen dos funciones. En primer lugar, la medida aplicada conjuntamente con la pena tiene el objetivo de restablecer el imperio del derecho apoyando el efecto de la pena sobre el delito cometido mediante el respaldo cognoscitivo de la norma. El nexo entre la medida de seguridad y la norma deja en claro porque el hecho ilícito previo debe ser sintomático de la peligrosidad criminal del sujeto. La peligrosidad criminal que emana del delito tiene como corolario que no sea posible subsanar la vigencia del ordenamiento jurídico exclusivamente a través de la pena. Esta primera función se genera en un plano normativo, ya que la misión de la medida de seguridad es estabilizar la expectativa de conducta defraudada mediante el hecho delictual. Una segunda función, de carácter cognoscitiva, se da, puesto que la pena no repara el menoscabo sufrido por el sujeto pasivo en sus bienes básicos. Así, a modo de ejemplo, si X sabe que será víctima de un robo con violencia y/o intimidación de su celular mientras espera el transporte público en un paradero después de salir en la noche a compartir con amigos y amigas, sencillamente tendrá que evitar salir en la noche. La garantía normativa es que el no robar es una conducta vinculante para la comunidad, sin perjuicio que no cabe descartar la comisión de un hecho que la transgrede. Evidentemente lo anterior no puede derivar en no hacerse cargo de las posibles fuentes de peligro, por ello para refrendar la garantía normativa se debe enfrentar el delito también en sede cognoscitiva. No resulta muy útil para la persona afectada por un delito el saber que lo respalda el derecho si es que igual va a ser víctima del robo de su celular.¹⁷⁶ Es en función de lo anterior, que Jakobs estima que las medidas de seguridad complementarias de la pena son necesarias.

¹⁷³ JAKOBS (1997), p.40.

¹⁷⁴ Para el estudio de esta clasificación se utilizó como fuente esencial a JAKOBS (1997), pp.40-42. También se tuvo a la vista a SANZ (2005), pp.977-978 y ORTIZ Y ARÉVALO (2013), pp. 459-462.

¹⁷⁵ Para un estudio detallado de la posición de Jakobs respecto a las medidas de seguridad complementarias de la pena véase JAKOBS (2009), pp.8-14; PUENTE (2021), pp.398-404 y MALDONADO (2011), pp.431-439.

¹⁷⁶ Jakobs ejemplifica con claridad este punto al mencionar el caso de la persona que está siendo golpeada en el suelo, no basta con que se contente con la constatación que dichos golpes constituyen una infracción a la vigencia de la norma JAKOBS (2009), p.9. También utiliza este ejemplo para graficar lo mencionado PUENTE (2021), p.399.

Ejemplo paradigmático en el ordenamiento alemán es la controvertida custodia de seguridad. En Chile sabemos que no existen, nominalmente, medidas de seguridad respecto de sujetos imputables, sin embargo, la pena de sujeción de vigilancia a la autoridad en el caso consagrado en el artículo 372 del Código Penal es una manifestación bastante precisa de lo expuesto por Jakobs o el rol que viene a cumplir el aumento de pena contemplado en el inciso tercero del artículo 68 ter del CP (que entró en vigor en septiembre de 2024).

- ii) Respecto de las medidas complementarias la duración de esta no se extiende hasta que cese el peligro, sino que hasta que la vigencia del derecho vulnerado ha dejado de estar en duda.¹⁷⁷
- iii) Medidas sustitutivas de la pena. Estas son aquellas que se aplican a inimputables, es decir las que son materia de nuestra contribución. Respecto de ellas, Jakobs estima que no tienen una función auxiliar a la pena, sino que son independientes de esta. En este caso no hay una función de carácter normativa, sino que cognoscitiva y en concreto la finalidad es la eliminación de la peligrosidad criminal del enajenado mental.
- iv) Medidas que se imponen en lugar de la pena. En este caso la medida de seguridad se encuentra en una situación intermedia respecto de los dos casos antes explicados. Se aplica en relación con los sujetos imputables. Jakobs explica que tiene por una parte en común con las medidas complementarias a la pena que efectivamente es una reacción a la vulneración de la vigencia de la norma y por otro lado comparte con las medidas aplicables a inimputables que la solución al conflicto provocado se busca exclusivamente en el ámbito cognoscitivo. La forma de restablecer el valor normativo conculcado a través del delito es mediante la eliminación de la peligrosidad criminal. Una manifestación de este tipo de medidas se da con el sistema vicarial.¹⁷⁸

En cuanto a su valoración crítica lo que aparece en principio como el mérito (la distinción entre medidas) de la posición de Jakobs se desvanece una vez que analizamos cada una de las categorías. Efectivamente hay un intento de justificación de las medidas de seguridad contra imputables, que se enfoca en la prestación que cada persona le debe a la sociedad, que consiste en ser fiel al derecho.¹⁷⁹ En coherencia con ello, el defecto imputable al sujeto que no ha cumplido con dicha prestación consistente en velar por la fiabilidad cognitiva es lo que vendría a justificar las medidas de seguridad contra imputables.¹⁸⁰

Ahora bien, en relación con los enajenados mentales Jakobs solo expone la finalidad de la medida, la cual consiste en prevenir delitos mediante el tratamiento y/o incapacitación de la fuente de peligro, pero dicha aseveración no nos permite avanzar, alude a lo obvio, que es que las medidas de seguridad contra inimputables cumplen fines preventivo especiales, pero no se exponen mayores argumentos para justificarlas. Es más, la mera invocación de la

¹⁷⁷ MALDONADO (2011), p.432. En el mismo sentido ORTIZ Y ARÉVALO (2013), p. 461.

¹⁷⁸ SANZ (2005), p.978.

¹⁷⁹ JAKOBS (2009), p.13. Mismo sentido MALDONADO (2011), p.433.

¹⁸⁰ JAKOBS (2009), p.14.

prevención especial no solo no es suficiente para legitimarlas, sino que es precisamente lo que hace que las veamos con recelo.¹⁸¹

9. Toma de posición y conclusión

Nuestra postura, en parte la hemos adelantado, creemos que la justificación de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales radica en que la incapacidad de poder autodeterminarse (el carecer de libertad interna) conlleva a que el Estado tenga el deber ético de brindar un tratamiento a la persona que comete un hecho delictivo con el fin de poder reinsertarlo en la comunidad para que pueda en el futuro participar de esta y al mismo tiempo prevenir, mediante dicha corrección, futuras conductas delictuales que sea probable que se generen por la ausencia de libertad interna del individuo concreto. Ahora bien, esta afirmación requiere diversas precisiones que permitan ir suturando los agujeros argumentativos que pueden ir surgiendo al examinar la premisa presentada:

- i) Un límite esencial a la imposición y ejecución de una medida de seguridad es la dignidad y personalidad del sujeto, la medida nunca podrá afectar el núcleo elemental del ser humano ni conllevar a un trato cruel en contra de este. Así las injerencias como la castración o la reclusión perpetua en una tesis como la presentada no tienen cabida. Siguiendo este principio el planteamiento que la medida debe durar hasta que el sujeto deje de ser peligroso desde una óptica utilitarista puede parecer hasta lógico, sin embargo, transgrede esta frontera fundamental, transforma a la persona en un objeto a beneficio de la sociedad. En la disyuntiva utilidad contra dignidad, siempre debe vencer la última. Por ello nuestra postura indefectiblemente conlleva a establecer medidas de seguridad con plazos de duración determinados no prorrogables, aunque el sujeto continúe siendo peligroso.¹⁸²
- ii) Evidentemente el actuar del Estado está limitado por el principio de proporcionalidad, hemos insistido en que traer este principio como una novedad que justifique las medidas de seguridad es insuficiente, sin embargo, sí es relevante y constituye un obstáculo para el poder estatal pero no es la fuente legitimadora *per se*. Bajo el alero de la proporcionalidad, la medida de seguridad es una injerencia de carácter excepcional. Así la imposición de esta intromisión debe ser necesaria, cuando no es posible contener el peligro mediante otra vía menos gravosa. Además, la medida debe ser adecuada,¹⁸³ en el sentido que “la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general”.¹⁸⁴

¹⁸¹ ZIFFER (2008), p.86.

¹⁸² Sobre esta materia véase RAMÍREZ (2024), pp.199-247. Sobre este punto, Welzel, a diferencia de nuestra postura, abogaba por la duración indeterminada de las medidas de seguridad. Véase WELZEL (1993), p.9.

¹⁸³ ZIFFER (2008), p.97.

¹⁸⁴ BERNAL (2007), p.42.

- iii) La medida de seguridad contra un enajenado mental para que sea legítima se debe decretar no solo mirando la conveniencia de la comunidad, sino que, sobre todo, en beneficio del mismo inimputable, esta circunstancia es determinante. Para lograr lo anterior, debe tener un contenido correctivo, ya sea terapéutico o educativo, siendo esto lo que en definitiva justifica la medida, aquí recae su legitimidad.¹⁸⁵ Reconocemos que existen medidas que tienen un carácter mixto (ejemplo la internación en establecimiento psiquiátrico). Negar lo anterior sería intentar tapar el sol con un dedo, es evidente que hay medidas de seguridad respecto de inimputables que poseen una función inocuizadora, sin embargo, siempre debe buscarse el fin preventivo especial positivo, es la única vía para darle respaldo ético a esta privación de libertad preventiva. En Chile considerando que en relación con los imputados enajenados mentales solo existen dos medidas de seguridad, la custodia y tratamiento de contenido claramente terapéutico y la internación en establecimiento psiquiátrico que es, a nuestro juicio, de carácter mixto (incluso respecto de enfermos mentales incurables)¹⁸⁶ al poseer tanto una función incapacitadora como correctiva. Consecuente con lo aseverado una privación de derechos de carácter preventivo que no tenga ningún fin rehabilitador es sencillamente ilegítima. Imaginemos, a modo de ejemplo, una medida de seguridad contra un enajenado mental que se cumpla en un recinto penitenciario donde el sujeto no reciba atención psiquiátrica.
- iv) Esta última afirmación requiere ser abordada con mayor detalle. Es el tratamiento el que tiene como tarea la reinserción del individuo en la sociedad, sin un fin preventivo especial positivo dicha privación de derechos carece de justificación. Además, la faz correctiva cumple un rol importante en la ejecución de la medida, que es entregar las herramientas para que la posibilidad de atenuar o poner fin a la medida, sea una realidad y no un mero argumento teórico sin sustento práctico o un anhelo del legislador sin contenido. Lo anterior, permite distinguir a la medida en esta fase de la pena y legítima el actuar preventivo,¹⁸⁷ si no fuese así, sería complejo explicar porque a aquel que no es culpable se le impone una privación de libertad que es, en su implementación, semejante a la pena,¹⁸⁸ apareciendo el tan temido slogan de la “estafa de etiquetas”.¹⁸⁹
- v) Como corolario de lo aseverado, las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales solo cumplen fines preventivos especiales, debiendo excluir la posibilidad que satisfagan funciones de prevención general.¹⁹⁰
- vi) Se nos podría replicar que existen personas inimputables peligrosas respecto de las cuales las medidas de seguridad (particularmente la internación) con contenido correctivo no es una opción viable, al tratarse de sujetos incurables. Siendo ante

¹⁸⁵ En términos similares ZIFFER (2008), p.87. En páginas posteriores la autora aclara que la internación no se justifica exclusivamente con la finalidad de aseguramiento como tampoco de forma única con la correctiva, se debe encontrar, a su criterio, un equilibrio entre ambas ZIFFER (2008), p.90.

¹⁸⁶ ZIFFER (2008), p.89.

¹⁸⁷ En términos similares ZIFFER (2008), p.96.

¹⁸⁸ Destaca que las medidas de seguridad incapacitadoras tienen más en común con la pena que con las medidas terapéuticas PUENTE (2021), p.348.

¹⁸⁹ ZIFFER (2008), p.96.

¹⁹⁰ En este sentido FALCONE (2007), pp.244-245. En contra ROXIN (1997), p.104.

dicha coyuntura la medida de internación con contenido inocuizador la única opción. Este escenario hipotético es más bien un caso de laboratorio, supone un sujeto enajenado mental peligroso respecto del cual *ex ante* se pueda aseverar con certeza que ningún tratamiento ni terapia va a generar efecto positivo alguno y que solo se puede contener la peligrosidad mediante una internación psiquiátrica desprovista de todo tratamiento. Nos parece que es más bien una situación construida, mientras exista alguna posibilidad de intervención mediante medios correctivos que actúen disminuyendo la peligrosidad del sujeto (o en el peor de los casos neutralizándola), el Estado debe ejecutar el tratamiento.¹⁹¹

- vii) En este contexto se podría formular que dada esta justificación las medidas de seguridad predelictuales o sustentadas en una peligrosidad social (por ejemplo, la internación por ser la persona peligrosa para sí misma, como el caso chileno o argentino)¹⁹² estarían justificadas si es que el sujeto carece de libertad interna y se pretende su corrección mediante tratamientos terapéuticos. Es en este ámbito donde los presupuestos, funciones y fundamentos de las medidas de seguridad se conectan con sus límites y en un Estado de Derecho donde la dignidad del ser humano debe tener un alto valor, la excepcionalidad de las medidas de seguridad se hace realidad. En otros términos, el contenido que se le debe otorgar tanto a la función (preventiva especial positiva o mixta) de la medida, a su fundamento (peligrosidad criminal) y a sus presupuestos (postdelictualidad), no son sino una consecuencia del cimiento legitimador de estas y operan como cercos contra las políticas de prevención del delito que impone el Estado.
- viii) En cuanto al fundamento, ya hemos mencionado que este radica en la peligrosidad criminal. Este concepto, dada la excepcionalidad de las intrusiones de carácter preventivo en los derechos fundamentales de los sujetos, debe ser exclusivamente con el fin de prevenir conductas delictivas graves que de no mediar la aplicación de la medida es altamente probable que ocurran. Las medidas de seguridad al ser parte del derecho penal tienen como función prevenir acciones u omisiones que tienen un significado dentro de esta área del ordenamiento, que generan una lesividad a bienes jurídicos relevantes de terceros, por tanto, imponer un tratamiento coactivo a aquel que no posee libertad interna para prevenir conductas que no tienen cabida en el derecho penal (una acción atípica, por ejemplo), carece de sustento que la justifique.
- ix) En relación con la postdelictualidad, el hecho previo otorga competencia al juez penal y es sintomático de la peligrosidad, sin embargo, es mucho más que eso, está profundamente vinculado con la raíz legitimadora de la intervención preventiva.¹⁹³ Es el hecho previo el que al develar la peligrosidad permite concretizar la intervención estatal, es decir mediante el hecho previo se obtiene una fuente de información para poder recuperar la libertad interna del sujeto. El tratamiento no es una abstracción, sino que se impone a una persona concreta, con su subjetividad propia. Es por ello que el hecho delictual anterior debe cumplir ciertos requisitos. En función de lo explicado, las medidas predelictuales no cuentan con respaldo ético ni normativo.

¹⁹¹ ZIFFER (2008), p.88.

¹⁹² Véase en Chile el artículo 455 del CPP y en Argentina el artículo 34.1 del Código Penal de dicho país.

¹⁹³ FRISCH (2007), pp.28-29.

- x) Uno de los temas controvertidos sin duda es la coactividad del tratamiento. A nuestro parecer brindar dicho tratamiento a una persona enajenada mental es un deber ético del Estado,¹⁹⁴ obviamente respetando los límites ya mencionados propios de toda intervención preventiva. La coacción del tratamiento solo se justifica si es que se impone no solo a favor de la seguridad del resto de la sociedad, sino que también en el interés objetivo del sujeto inimputable,¹⁹⁵ es más simplifica ostensiblemente la labor de búsqueda de la legitimación de la medida de seguridad impuesta contra un demente si es que la intervención terapéutica es provechosa para este.¹⁹⁶ Resultaría contradictorio consultarle al esquizofrénico paranoide si es que desea optar a un determinado tratamiento y al mismo tiempo presumir de derecho que carece de voluntad para, por ejemplo, acceder a un procedimiento abreviado. La solución otorgada y ya tratada en párrafos anteriores, parte de la premisa que la persona enajenada mental carece de voluntad y al estar ausente la capacidad de autodeterminación, es el fin terapéutico el encargado de intentar recuperarla, incluso coactivamente. Por último, es una solución coherente con el ordenamiento jurídico chileno que prohíbe la suspensión condicional del procedimiento o el procedimiento abreviado respecto de enajenados mentales,¹⁹⁷ precisamente porque un presupuesto esencial tanto de la salida alternativa como del procedimiento especial referido, es la voluntad libre y consciente del imputado, que el legislador presume que el enajenado mental no la tiene.
- xi) Finalmente, la fórmula propuesta podría resumirse así, la imposición y ejecución de una medida de seguridad respecto de un enajenado mental se justifica en la incapacidad de este para autodeterminarse. Ella genera el deber ético del Estado de imponerle una medida de seguridad que tiene como una de sus funciones su tratamiento en aras a poder insertarlo socialmente, la cual se decreta principalmente en beneficio del sujeto afectado. También, del resto de la sociedad mediante la prevención de probables acciones delictivas que revistan una cierta magnitud. Dicha imposición y ejecución para ser legítima debe estar restringida con base en la dignidad de la persona, de la cual derivan los presupuestos de imposición ya mencionados. Misma función cumple el fundamento de peligrosidad criminal y el principio de proporcionalidad. La finalidad terapéutica/educacional debe estar siempre presente, es el cimiento de justificación de la medida, sin ella la construcción realizada se diluye y podríamos estar ante penas impuestas contra inimputables.
- xii) Ya expuesta nuestra posición, es necesario concluir que el problema de justificación de las medidas de seguridad, requiere un tratamiento distinto, donde se diferencie con claridad las teorías respecto de inimputables y de sujetos imputables. Es el examen conjunto lo que, en nuestra opinión, ha enlodado la materia. Es más, llama profundamente la atención que la justificación de las

¹⁹⁴ En sentido semejante respecto de personas que padecen de psicosis o esquizofrenia PUENTE (2021), p.350.

¹⁹⁵ ZIFFER (2008), p.87.

¹⁹⁶ ZIFFER (2008), p.95.

¹⁹⁷ El inciso segundo del artículo 461 del CPP prescribe: “El fiscal no podrá, en caso alguno, solicitar la aplicación del procedimiento abreviado o la suspensión condicional del procedimiento”.

medidas de seguridad contra enajenados mentales se da por sentada o se trata como una materia carente de relevancia,¹⁹⁸ cuando creemos que es un ámbito donde hay mucho que debatir,¹⁹⁹ incluso al estar presente ante un actuar que no le es reprochable al inimputable, el problema de la justificación de medidas de seguridad privativas de libertad puede hasta ser más complejo.²⁰⁰ Insistimos en que la actuación preventiva estatal sea necesaria respecto de los enajenados mentales no es suficiente para estimarla justificada.

- xiii) Es más si se discrepa, como resulta necesario en el estudio del derecho, de la opinión sostenida de que toda medida de seguridad respecto de un inimputable debe tener (en al menos una medida) un fin preventivo especial positivo y se asume que las medidas de seguridad en relación con dementes también pueden estar dotadas de fines exclusivamente de incapacitación, sería necesario, en ese orden de ideas, separar el estudio de la justificación de las medidas dado su fin, es decir, que la tesis legitimadora de las medidas de seguridad con un fin terapéutico y/o educacional, sea distinta de aquellas que busquen únicamente la inocuización.²⁰¹ Sánchez Lázaro llama la atención en este sentido, indicando que en el concepto de medidas de seguridad se comprenden instituciones de contenido disímil.²⁰²
- xiv) También creemos que, sin perjuicio del enorme aporte en esta materia de la doctrina alemana, esta conlleva a profundizar el problema expuesto. Generando una discusión centrada en la intervención preventiva contra imputables peligrosos,²⁰³ dejando en un plano secundario a los enajenados mentales.

¹⁹⁸ En este sentido GUZMÁN (2008), p.70.

¹⁹⁹ ZIFFER (2008), p.96.

²⁰⁰ ZIFFER (2008), p.89.

²⁰¹ PUENTE (2021), pp.349-350. En sentido análogo véase SÁNCHEZ (2006), p.151.

²⁰² SÁNCHEZ (2006), p.151. Mismo sentido PUENTE (2021), p.348.

²⁰³ También llama la atención que la discusión se desplaza con mucha facilidad a la justificación de la implementación de medidas de seguridad contra imputables reincidentes ZIFFER (2008), p.96.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

Referencias bibliográficas

- ARMAZA ARMAZA, Emilio José (2013): El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso (Granada, Editorial Comares).
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2016): Manual de Derecho Penal. Parte general, 2^{da} edición (Santiago, Editorial Librotecnia).
- BASSO, Gonzalo (2013): “Custodia de seguridad posterior a la pena”, en: Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales, (Vol. II, Número 4), pp.305-312.
- BERISTAIN, Antonio (1974): Medidas penales en Derecho contemporáneo (Madrid, Editorial Reus).
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- BETTIOL, Giuseppe (1962): “I problema di fondo delle misure di sicurezza”, en: Stato di Diritto e misure di sicurezza (Italia, Cedam Padova), pp.1-17.
- CARUSO FONTÁN, María Viviana (2014): El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de política criminal (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).
- CEREZO MIR, José (2008): Derecho penal. Parte general (Buenos Aires, Editorial B de F).
- CURY URZÚA, Enrique (2020): Derecho penal. Parte general, 11^{ma} edición (Santiago, Ediciones UC), tomo I.
- FALCONE SALAS, Diego (2007): “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (XXIX) pp.235-256.
- FRISCH, Wolfgang (2007): “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho”, en: InDret (3), pp.2-52.
- GARRIDO MONTT, Mario (2019): Derecho Penal. Parte General, 4^{ta} edición (Santiago, Editorial jurídica de Chile) tomo II.
- GUZMÁN DALBORA (2008): José Luís, La pena y la extinción de la responsabilidad penal, (Santiago, Legal Publishing).
- HARRISON, Karen (2007): “The Hig-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is chemical castration an Option?” en: The Howard Journal of Criminal Justice, (vol. 46, n. 1) pp.16-31.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2004): Derecho procesal penal chileno (Santiago, Editorial jurídica de Chile) tomo II.
- JAKOBS, Gunther (2009): “Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena” en: InDret (1) pp.2-16.
- JAKOBS, Gunther (1997): Derecho penal. Parte general, 2^{da} edición (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas (2002): Tratado de Derecho Penal. Parte general (trad. Olmedo Cardenete), 5^{ta} edición, corregida y ampliada (Granada, Editorial Comares).
- JORGE BARREIRO, Agustín (2001): “Crisis actual del dualismo en el Estado social y democrático de Derecho”, en: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología (Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia), pp.143-192.

- JORGE BARREIRO, Agustín (1976): Las medidas de seguridad en el Derecho español (Madrid, Editorial Civitas).
- MALDONADO, Francisco (2011): “¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo”, en *Política Criminal* (Vol. 6, N° 12), pp.387-447.
- MATEO AYALA, Eladio José (2004): La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control (Madrid, Instituto de criminología de Madrid).
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2019): Manual de Derecho Penal Chileno. Parte general (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MAYO CALDERÓN, Belén y GRACIA MARTÍN, Luis (2023): “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, Carmen (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2^{da} edición (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) pp.617-704.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2007): *Derecho Penal. Parte General*, 7^{ma} edición (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- ORTIZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO CUNICH, Javier (2013): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar (2015): *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables?: presente y futuro* (Madrid, Editorial Dykinson).
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo (2021): *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre la imputabilidad penal y la peligrosidad criminal* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto (2024): “Análisis del artículo 481 del código procesal penal ¿cómo se determina la extensión de una medida de seguridad en el ordenamiento jurídico chileno?”, en: *Revista de Ciencias Sociales* N°84(2024), pp.199-247.
- RINCEANU, Johanna (2017): “Reflections on the German system of measures of rehabilitation and incapacitation”, en: ORTS BERENGUER, Enrique, ALONSO RIMO, Alberto y ROIG TORRES, Margarita (Dir.), *Peligrosidad criminal y Estado de Derecho* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch), pp. 251-260.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2007): “Sexual Predators. Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad”, en: *InDret* (4), pp.2-25.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1965): “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, en: *Revista general de legislación y jurisprudencia* (vol. II).
- ROIG TORRES, Margarita (2014): “Medidas de seguridad privativas de libertad: la regulación alemana y su reflejo en el proyecto de reforma del código penal español” en: *InDret* (4), pp.1-53.
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general* (Madrid, Editorial Civitas) tomo I.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (2009): “Alarma social y Derecho penal”, en: *InDret* (1), pp.2-29.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (2010): “Deconstruyendo las medidas de seguridad”, en: *InDret* (2), pp.2-26.

RAMÍREZ LARRAÍN, Humberto: “¿Es posible justificar la existencia de las medidas de seguridad respecto de enajenados mentales? Algunos comentarios para una propuesta ética de legitimación y que distinga entre enajenados mentales y peligrosos imputables”

- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (2006): “Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad”, en: *Revista Penal* (Nº17), pp.142-165.
- SANZ MORÁN, Ángel José (2003): *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal* (Valladolid, Lex Nova).
- SANZ MORÁN, Ángel José (2005): “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en: JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Madrid, Civitas), pp.969-979.
- SANZ MORAN, Ángel (2007): “El tratamiento del delincuente habitual”, en: *Política Criminal* (Vol. 2, Nº 4), pp.1-16.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010): “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en: *InDret* (2), pp. 1-3.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1997): *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona, J.M Bosch Editor).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001): “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en: *Revista de Derecho*, (Nº8), pp.177-188.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2011): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edición (Buenos Aires, Editorial B de F).
- URRUELA MORA, Asier (2009): *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica* (Granada, Editorial Comares).
- WELZEL, Hans (1993): *Derecho Penal Alemán* (trad. Yáñez Pérez y Bustos Ramírez), 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZIFFER, Patricia (2008): *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Alemania, 5 de febrero de 2004 en: *NJW*, 2004, pp. 739-749.