

3. SENTENCIA CORTE EUROPEA DE DERECHO HUMANOS

CUSTODIA DE SEGURIDAD POSTERIOR A LA PENA

CUESTIONES EN TORNO A LA CUSTODIA DE SEGURIDAD
(COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013,
ASUNTO H.W. CONTRA ALEMANIA)

GONZALO J. BASSO*

En tiempos contemporáneos resulta cada vez más sencillo identificar regulaciones jurídico-positivas cuya plena compatibilidad con un genuino Derecho Penal liberal resulta discutible¹. Un caso de suma actualidad que escenifica perfectamente dicha afirmación es el de la *custodia de seguridad posdelictual*, la cual constituye una medida de seguridad privativa de libertad que el legislador en algunos países² ha autorizado a imponer complementariamente al sujeto penalmente responsable –en razón de su *posible reincidencia futura*– luego de que ha cumplido la pena que le haya sido impuesta por el hecho cometido –en función de su *culpabilidad*–. Se trata de un instituto cuya finalidad de hecho radica en neutralizar a un sujeto imputable peligroso que ya ha cumplido previamente una condena acorde a su culpabilidad³.

* Investigador predoctoral y profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid (España).

¹La creciente complejidad de los sistemas jurídico-penales y las tendencias político-criminales contemporáneas constituyen factores que explican buena parte de la dificultad creciente en valorar la vigencia práctica que tienen los principios de un Derecho Penal liberal en la praxis normativa infraconstitucional.

²La recepción normativa de la custodia de seguridad está en pleno avance. Entre los países con tradición en el empleo de la custodia de seguridad posdelictual se encuentra, entre otros, Alemania, cuya regulación ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte del TEDH. Al respecto, puede consultarse SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; ¿Es la custodia de seguridad una pena?, en *Indret 2* (2010), disponible en http://www.indret.com/pdf/editorial_02_2.pdf, consultado el 29/10/2013, p. 1.

³Cfr. RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, Teoría del delito y de la pena en el moderno Derecho Penal. La custodia de seguridad: ¿"retorno al pasado" o "regreso al futuro"?, ponencia aceptada en el III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales de la Universidad de Salamanca, 2013, p. 2. Texto no publicado facilitado con generosidad por el autor. Allí puede observarse también una enunciaci3n de pa3ses que

Las controversias jurídico-penales suscitadas por la custodia de seguridad posdelictual han conducido a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sentara jurisprudencia en la materia a partir de los asuntos que le han ido siendo sometidos a su jurisdicción. En este sentido, y a título meramente enunciativo, por ejemplo, es menester señalar que el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido la legitimidad de la custodia de seguridad postdelictual, ha afirmado que ostenta una naturaleza jurídica de pena a la que se le aplican en su plenitud las garantías derivadas del principio de legalidad y ha indicado que su aplicación retroactiva se encuentra proscrita cuando ello resulta perjudicial para el sujeto afectado⁴.

Sin perjuicio de reconocer la complejidad de las problemáticas inherentes a la custodia de seguridad posdelictual y de la jurisprudencia del TEDH a ella referida, en los párrafos que siguen centraré mi objeto de estudio en las cuestiones de relevancia jurídico-penal que se han suscitado en el reciente pronunciamiento en la materia emitido por el Tribunal de Estrasburgo el 19 de septiembre de 2013 en el asunto *H.W. contra Alemania*.

La controversia jurídica planteada en el asunto *H.W. contra Alemania* consistía en determinar si se había producido una vulneración del derecho a la libertad⁵ a partir de irregularidades producidas en perjuicio de un sujeto sometido a una medida de custodia de seguridad posdelictual, habiéndose agotado el cumplimiento de la pena privativa de libertad a la que había sido condenado. El caso se planteó a partir de la demanda interpuesta por el Sr. H.W., un ciudadano alemán que, en razón de la comisión de diversos delitos, entre ellos delitos sexuales, había sido condenado a pena privativa de libertad y a una custodia de seguridad posdelictual, puesto que el tribunal sentenciador consideró que el sujeto presentaba un trastorno de la personalidad y una propensión a cometer ofensas de gravedad que lo erigían en un peligro para la sociedad.

La normativa alemana establecía un plazo de dos años a fin de tramitar y resolver el procedimiento de revisión de la custodia de seguridad. En el caso concreto del ciudadano alemán condenado, el plazo de dos años expi-

ya han regulado un sistema de custodia de seguridad para enfrentarse al problema de la peligrosidad criminal, mencionándose, entre otros, Alemania, Austria, Dinamarca, Italia y Suiza, entre otros.

⁴Al respecto, pueden consultarse, entre otros, las sentencias del TEDH de 17 de diciembre de 2009, *asunto M. c. Alemania*; de 16 de mayo de 2013, *asunto Radu c. Alemania*, entre otras.

⁵El derecho a la libertad está consagrado en el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

raba el día 24 de diciembre de 2009. Sin embargo, la resolución de dicho procedimiento recién se adoptó el día 20 de enero de 2010 por el tribunal competente, momento en el que se determinó la continuación de la medida. La decisión de mantener la custodia de seguridad se sustentó en que el condenado, a juicio del órgano judicial interviniente, reincidiría en caso de ser puesto en libertad. El retraso en la adopción de dicha decisión fue imputable íntegramente a las autoridades alemanas. Asimismo, la decisión tardía se adoptó sin haber obtenido un nuevo y actualizado informe psiquiátrico sobre la peligrosidad del Sr. H.W. por parte de un experto en la materia.

La resolución del Tribunal Regional de Berlín que mantenía la custodia de seguridad quedó firme el 16 de septiembre de 2010 al no ser admitido el recurso que planteó el afectado ante el Tribunal Constitucional alemán. En razón de las irregularidades en la revisión de la medida de custodia de seguridad el Sr. H.W. interpuso recurso ante el TEDH en marzo de 2011, por vulneración de su derecho a la libertad (art. 5.1 CEDH).

Luego de explicitar la base fáctica en la que se plantea el asunto, corresponde introducirse en la fundamentación jurídica elaborada por el tribunal en su sentencia. En particular, las cuestiones que debía resolver el tribunal eran, básicamente, dos: la primera consistía en determinar si las autoridades alemanas habían vulnerado el derecho a la libertad de un ciudadano alemán por haber mantenido una medida de custodia de seguridad luego de que venciera el plazo previsto para resolver el mantenimiento de dicha medida; la segunda cuestión era si la resolución de mantener la custodia de seguridad requería necesariamente como diligencia probatoria la realización de un examen médico psiquiátrico actualizado respecto a la peligrosidad del sujeto afectado por la custodia.

Sobre la primera cuestión, el TEDH resolvió que el mero incumplimiento del plazo procesal previsto para adoptar la resolución de mantenimiento de la custodia de seguridad no conducía a sostener una vulneración del derecho a la libertad. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que el tribunal alemán encargado de llevar adelante el proceso de revisión de dicha medida sí había incurrido en arbitrariedad en razón de las circunstancias en virtud de las cuales se produjo el retraso.

Respecto a la segunda cuestión, el TEDH sostuvo que, siendo el último informe psiquiátrico respecto a la peligrosidad del sujeto de fecha superior a 12 años —era el informe utilizado en el juicio de condena en el que se le impuso sucesivamente cumplir pena y custodia de seguridad—, la resolución conducente a revisar si se mantenía la custodia de seguridad debió haberse adoptado luego de valorar un nuevo informe psiquiátrico actualizado respecto a la peligrosidad del afectado, cuya solicitud debió haber sido diligenciada oportunamente.

En particular, el TEDH consideró cumplida la exigencia de que la medida de seguridad posdelictual que se impusiese tuviese un vínculo previo con una condena a pena privativa de libertad adoptada legalmente. Asimismo, dicho tribunal consideró que existía una conexión suficiente entre la imposición inicial de la pena privativa de libertad (1997) y la continuación posterior de la custodia de seguridad (2010), y que ambas medidas resultaban consistentes en cuanto a la finalidad perseguida, que consistía en evitar la reincidencia futura del sujeto afectado. Sin embargo, a juicio del Tribunal de Estrasburgo, dicha conexión causal no fue objeto de evaluación razonable al no haberse recabado un nuevo informe psiquiátrico que acreditase la peligrosidad subsistente del sujeto afectado⁶.

Por tanto, en razón de la conclusión obtenida en ambas cuestiones, el Tribunal de Estrasburgo condenó al Estado alemán por infringir el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en perjuicio del Sr. H.W.

La resolución adoptada por el TEDH resulta adecuada en cuanto al *resultado* alcanzado. La argumentación del tribunal en cuanto a la arbitrariedad de la medida extemporánea por la que se resolvió mantener la custodia de seguridad del Sr. H.W. es satisfactoria en razón de que las circunstancias que motivaron la demora en el dictado de la resolución eran ajenas al afectado e imputables a las autoridades alemanas. Asimismo, la exigencia impuesta por el Tribunal de Estrasburgo, en cuanto a la necesidad de contar con un examen actualizado respecto a la peligrosidad del sujeto sometido a custodia de seguridad, resulta sumamente razonable y encomiable. Como puede observarse, el resultado que en el caso concreto se ha obtenido se sustenta principalmente en cuestiones procedimentales.

Con lo antedicho en modo alguno pretendo cuestionar el razonamiento realizado por el tribunal para adoptar la resolución, ni tampoco el resultado alcanzado, sino poner énfasis en lo que indudablemente considero sigue siendo un tema controvertido *a pesar de* la jurisprudencia europea. Me refiero a la necesidad de encontrar una solución jurídica más acorde a las exigencias de un Derecho Penal liberal para el abordaje de los casos de *sujetos imputables peligrosos*, sobre lo cual sigue siendo menester trabajar a fin de encontrar la forma más adecuada para dar tratamiento jurídico a dicha categoría de individuos⁷.

⁶ Al respecto, ver los párrafos 103-113 de la sentencia TEDH de 19 de septiembre de 2013, *asunto H.W. c. Alemania*.

⁷ A mi entender, la forma de resolver el asunto por parte del TEDH hubiese sido diferente en el caso de haber existido un nuevo informe psiquiátrico del afectado en el

En efecto, que el caso haya sido resuelto correctamente en favor del sujeto sometido a custodia de seguridad no autoriza a que pueda afirmarse que existe una sólida doctrina europea respetuosa de un Derecho Penal liberal con base a la cual imponer a un sujeto penalmente responsable una medida de seguridad posdelictual. Y es aquí en donde merece reparos la posición reflejada por el Tribunal de Estrasburgo en fallos recientes: la flexible “conexión suficiente” requerida a fin de considerar legítima la imposición de una custodia de seguridad que complementa a una pena impuesta en razón de la culpabilidad resulta alarmante. En efecto, el criterio jurisprudencial del TEDH habilitara a que se aplique una medida típicamente concebida para sujetos no plenamente imputables a sujetos que sí lo son (“sujetos imputables peligrosos”). El fundamento que debería autorizar la imposición de una medida de seguridad –la peligrosidad del no plenamente imputable– se interpreta así de una manera diferente al orientarse a neutralizar el peligro que representa el sujeto plenamente imputable y pretender evitar así su reincidencia en cierto tipo de delitos por medio de medidas de aseguramiento⁸.

En este sentido, conserva plena vigencia la reflexión que atinadamente hiciera el Prof. Silva Sánchez hace ya algunos años: “si resultara que las medidas de seguridad complementarias a la pena (como la custodia de seguridad para imputables) tienen como fundamento alguna forma de autodegradación del sujeto como agente libre, entonces no dejaría de subyacer en ellas una cierta teoría de la culpabilidad [...]. Aquella concepción debería ser formulada explícitamente, sometida a crítica y depurada. Entonces –y solo entonces– sabríamos si hay algo de penas [...] en medidas como la custodia de seguridad”.⁹.

que se determinase que presentaba riesgos de reincidir en conductas delictivas. Ello, en razón de que el razonamiento seguido por el tribunal es concordante con su jurisprudencia previa y a que la diferente solución aquí adoptada obedece estrictamente a cuestiones procedimentales. El criterio del tribunal respecto al fondo de la cuestión de cómo tratar a un sujeto imputable peligroso, en esencia, no ha variado aquí respecto a otros casos analizados por el TEDH.

⁸Ello impide, a mi criterio, reputar como consistentes las finalidades perseguidas por una medida inicial de privación de libertad y una posterior medida de continuación de custodia de seguridad.

⁹SILVA SÁNCHEZ, *ob. cit.* 3.

H.W. v. Germany - 17167/11
Information Note
Judgment 19.9.2013 [Section V]
Article 5
Article 5-1-a
After conviction

Failure to obtain fresh psychiatric reports before making order for continued preventive detention: violation

Article 5-1
Lawful arrest or detention

Order for continued preventive detention made 27 days after expiry of statutory time-limit: violation

Facts – In November 1997 the applicant was convicted of a series of offences, including rape, and sentenced to nine years and six months' imprisonment. At the same time, the sentencing court ordered his preventive detention, finding that he suffered from a personality disorder and had a propensity to commit serious offences, which made him dangerous to the public. In November 2009, after he had served his full sentence and had been held in preventive detention for almost two years, the domestic courts initiated a procedure to review whether his continued preventive detention was necessary, as the statutory two-year time-limit for such a review was due to expire on 24 December 2009. On 20 January 2010, after consulting his case-file and his counsel, a regional court ordered the applicant's continued preventive detention on the grounds that he was likely to reoffend if released. The decision was upheld on 16 September 2010, when the Constitutional Court declined to consider his constitutional complaint.

In his application to the European Court, the applicant complained under Article 5 § 1 of the Convention that the domestic courts' had failed to comply with the statutory time-limit for review and had taken their decision without ordering fresh psychiatric reports.

Law – Article 5 § 1

(a) Failure to comply with the statutory time-limit for review – The order continuing the applicant's preventive detention had not been made until twenty-seven days after the two-year statutory time-limit had expired. While the Court was prepared to accept that the detention during that period nevertheless remained lawful under the domestic law, it had to go on to determine whether it was arbitrary. Relevant here was the speed with which the domestic courts had issued a fresh detention order after the expiry of the previous one, the existence of adequate safeguards against unreasonable delay, the complexity of the proceedings and the applicant's conduct.

A delay of almost one month was at the upper limit of what could be considered reasonable, but this depended on all the circumstances. It was notable that the applicant had not contributed to the delays (indeed, he had enquired about progress) and he had clearly not accepted the prolongation of the review proceedings beyond the two-year time-limit. In the Court's view, the delays in the review proceedings were mainly caused by the fact that the domestic authorities had initiated the review proceedings belatedly, just six weeks before the expiry of the time-limit, and that essential procedural steps, such as the appointment of counsel for the applicant, the grant of access to the case-file and the holding of a hearing were not taken until after the time-limit had expired. There had not been any unforeseeable complexity of the proceedings. Finally, no sufficiently clear safeguards had been in place to ensure that a decision on the applicant's release from detention would not be delayed unreasonably. The threshold applied by the domestic courts – whether the review procedure disclosed a “flagrant irregularity” – was too high and failed to afford sufficient protection. Accordingly, the applicant's detention between 24 December 2009 and 20 January 2010 was arbitrary and thus unlawful.

(b) Failure to obtain up-to-date medical evidence – The domestic courts had had before them a number of elements for concluding that the applicant was still likely to reoffend if released and still dangerous to the public. He had been convicted of very serious sexual offences and, because he said he was only prepared to work with a therapist he could trust, he had not undergone the psycho-therapeutic treatment the psychiatric evidence available at the time of his conviction had indicated was necessary.

The Court noted however that, as more than twelve and a half years had elapsed since the domestic courts had last assessed the applicant's dangerousness with the help of a medical expert, recent expert advice had been necessary to determine whether he remained dangerous. Moreover, further elements relevant to the development of his personality in prison, and thus of his dangerousness, remained unclear. There had in particular been no examination of the question, raised by the prison authorities, whether the applicant's advancing age or his contact with the psychological counselling service had initiated any changes in his personality which could be taken up in a new therapy. It was also relevant that the applicant had been detained for a considerable time in a prison in which there appeared to be no means of breaking the deadlock that had set in and ensuring his cooperation with the prison staff. In such a situation, it was particularly important to consult an external expert to obtain fresh proposals for initiating the necessary therapeutic treatment. In that connection, the Court recalled that a decision not to release a detainee as he still posed a threat to the public could become inconsistent with the objectives of an order for preventive detention if the person concerned was deprived of the means, such as suitable therapy, to demonstrate that he was no longer dangerous.

Accordingly, in the absence of a fresh external medical expert on the need for continued preventive detention, there was no longer a sufficient causal connection, for the purposes of sub-paragraph (a) of Article 5 § 1, between the applicant's criminal conviction by the sentencing court in 1997 and his continued preventive detention ordered on 20 January 2010.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: EUR 5,000 in respect of non-pecuniary damage.