

PARTE PRIMERA

TEORIA DE LAS MEDIDAS

AMERICAN MUSEUM OF NATURAL HISTORY

TEORIA DE LAS MARIAS



Importancia y problemática de las medidas

1. Significado positivo de las medidas

La entrada de las llamadas medidas de seguridad en los Códigos penales, desde el Anteproyecto de Carl Stooss de 1893 hasta nuestros días, está produciendo en el Derecho penal unas transformaciones profundas, y en su mayor parte positivas, que merecen la atención del jurista. En nuestros días tiene todavía plena vigencia lo que escribió Dorado Montero el año 1911: «El problema penal entero se reduce hoy, puede decirse, en el pensamiento de los doctos que lo estudian reflexivamente, a esta disyuntiva: ¿pena o medida? Todas las demás cuestiones que los mismos discuten vienen al cabo a subsumirse en la anterior, y la manera como ésta se resuelva, dará la clave para encontrar solución a las restantes» (1). Con razón se ha afirmado que «la medida de seguridad es, indudablemente, una de las más notables conquistas del tiempo moderno en el campo de la lucha contra el crimen» (2), y «uno de los más delicados temas que tiene planteados en la actualidad la ciencia del Derecho penal» (3).

Estas medidas inciden *cada día con más frecuencia* y profundidad en los *derechos elementales del hombre* y en los *puntos claves del Derecho penal*. Sin embargo, *la teoría y la legislación de las medidas no alcanzan todavía un nivel científico suficiente*, y presentan abundantes lagunas, problemas y contradicciones. Quienes llevan a cabo la aplicación práctica de las medidas, *carecen, a veces, de los medios indispensables*, y por ello producen resultados negativos.

(1) DORADO MONTERO, *¿Pena o medida?*, en "Rev. Gen. Leg. Juris.", t. 124, año 1914, pág. 209.

(2) BETTIOL, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, 8.^a ed., Padova, 1973, página 812.

(3) COBO (Manuel), *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código Penal español*, en "Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho", en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, 463.

2. Incremento de las medidas en el Derecho penal contemporáneo

Los legisladores, los teóricos y los ejecutivos del Derecho penal van admitiendo en *progresión acelerada* nuevas y más importantes medidas en sus leyes, en sus estudios y en sus decisiones. Un amplio sistema de medidas posdelictuales, teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto activo del crimen, resulta imprescindible para lograr el equilibrio entre el Derecho penal de hecho y el Derecho penal de autor (4).

Actualmente, todos los Códigos penales regulan numerosas medidas, a veces bajo el nombre de pena. Bastantes Códigos penales (por ejemplo, el español, en su artículo 4, y el alemán, en su parágrafo, 49-a) imponen sanciones por conductas que no constituyen todavía realización del *hecho típico (Tatbestandverwirklichung)*; estas sanciones responden más bien a los dictados de un Derecho penal de voluntad o *Gesinnungsstrafrecht*, como indica Rodríguez Mourullo (5). Ciertos actos «preparatorios» se tipifican principalmente en cuanto reveladores de peligrosidad, y fundamentan menos una pena que una medida. El artículo 9 del Código penal de 1822 establecía, con cierta lógica, que «el pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución del delito, no están sujetos a pena alguna, salvo la vigilancia especial de las autoridades (que, como indicaremos después, merece el calificativo de medida más que de pena) en los casos que determine la ley».

Los Códigos de reciente elaboración amplían notablemente el campo de las medidas (como el nuevo Código penal alemán) (6). Los teóricos

(4) El Derecho penal de autor puede admitirse en ciertos aspectos beneficiosos para el reo, pero nunca para perjudicar a éste. Cfr. DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2.^a ed., Valladolid, 1953. La justicia penal debe esforzarse por adaptar la sanción al delincuente, teniendo en cuenta su personalidad, como afirma J. CONSTANT, *La motivación de las resoluciones de las jurisdicciones represivas en Derecho belga*, en "Criminalia", julio-agosto 1972, págs. 224 y siguientes.

Una faceta especial del Derecho penal de autor aparece en la ley de 23 de septiembre de 1939 ("B. O. del E." de 30 del mismo mes), que declara no ser constitutivos de delito determinados hechos ilegales (homicidios, lesiones, etc.) cometidos entre el 14 de abril de 1931 y el 18 de julio de 1936. Particularmente ilustrativos son los artículos 1.^o y 4.^o

(5) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, en "Anuario de Derecho Penal", 1968, págs. 277 y sigs., especialmente págs. 291 y sigs. Idem, *Delito imposible y tentativa del delito*, en "Anuario de Derecho Penal", 1971, página 377. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, págs. 165 y sigs.

(6) BERISTAIN (Antonio), *La reforma del Código penal alemán*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1969, págs. 383 y sig.

Respecto a la evolución en el Derecho comparado, cfr. GOLDSCHMIDT, *Strafen und verwandte Massregeln*, en "Vergleichende Darstellung der deutschen und ausländischen Strafrechts. Allg. Teil", t. IV, Berlín, 1908, págs. 81 y sigs.; FLORIAN, *Parte generale del Diritto penale*, 3.^a ed., vol. II, Milano, 1926, págs. 282 y sigs.; SILVA MELERO, *Las medidas de seguridad en el Derecho penal contemporáneo. Es-*

llegan todavía más adelante, y algunos propugnan que las penas deben desaparecer, sustituidas por las medidas (7), aunque muy pocas naciones aceptan esta doctrina en su legislación penal.

Además, ciertos teóricos y ciertos legisladores (por ejemplo, el español), no contentos con aumentar el número y el campo de medidas posdelictuales, introducen en la legislación penal también las medidas predelictuales, ensanchando así extraordinariamente su volumen y su problemática. (En estas páginas, generalmente, nos referimos a las medidas posdelictuales, por las razones que después expondremos.)

El Derecho penal contemporáneo aplica en gran escala las medidas, sobre todo a los delincuentes juveniles, a los delincuentes profesionales, a los habituales y a los semiimputables, aunque la escasez de establecimientos propios y de personal especializado (con sus cuantiosos gastos) frenan los deseos de los jueces, de los magistrados y de los directivos de instituciones penitenciarias.

A pesar de las dificultades que obstaculizan la práctica de las medidas, las *estadísticas nacionales y extranjeras* ofrecen en este campo cifras dignas de consideración. En España, según la última estadística judicial (8), en diciembre del año 1967 los Tribunales Tutelares de Menores tenían sometidos 30.895 menores (14.030 en facultad reformadora y 16.865 en facultad protectora), y al final de 1968, la cifra global sufre un pequeño aumento, llegando a 30.934 (14.002 en facultad reformadora y 16.932 en facultad protectora).

tado actual del problema, en "Revista de la Facultad de Derecho de Oviedo", 1944, páginas 17 y sigs.; OLESA MUÑO, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951; BLAU, *Gefährlichkeitsberiff und sichernde Massregeln im iberamerikanischen Strafrecht*, Bonn, 1951; GEERDS, *Die Bekämpfung der Berufs- und Gewohnheitsverbrecher und Behandlung des Rückfalls*, en "Materialien zur Strafrechtsreform", tomo 2, vol. 1, Bonn, 1954, págs. 175 y sigs.; HERRMANN, *Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung*, en "Materialien zur Strafrechtsreform", t. 2, vol. 1, Bonn, 1954, págs. 193 y sigs.; ANCEL (M.), *Penas y medidas de seguridad en Derecho positivo comparado*, en "Anuario de Derecho Penal", 1956, págs. 442 y sigs.; Idem, *La noción de tratamiento en las legislaciones penales vigentes*, en "Revista de Estudios Penales", 1968, págs. 483 y sigs.; BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad con especial referencia al Derecho italiano y alemán*, en "Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca", 1958, págs. 161 y siguientes, reeditado en "Estudios de Criminología y Derecho Penal", Valladolid, 1972, págs. 11 y sigs.; BOUZAT (P.): *Etat de Droit et Mesures de Sûreté*, en "Stato di Diritto e misure di sicurezza", Cedam, Padova, 1962, págs. 93 y sigs.; Idem, *Traité de Droit pénal et de Criminologie*, Dalloz, 2.^a ed., t. I, París, 1970, págs. 428 y sigs.; JESCHECK, *Strafen und Massregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika im Vergleich mit dem deutschen Recht*, en "Festschrift f. E. Heinitz", Berlín, 1972, págs. 717 y sigs.

(7) DANNER (Manfred), *Repressives Strafrecht oder präventives Massnahmenrecht*, en "Aktuelle Kriminologie, Kriminalistik", Hamburg, 1969, págs. 191-211.

(8) Presidencia del Gobierno, Instituto Nacional de Estadística, "Estadísticas Judiciales de España, año 1968", Madrid, 1971, pág. 207.

Según la Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (9), al finalizar el año 1971 la población reclusa en los Centros penitenciarios españoles era de 11.598 internos. De ellos, por delitos y faltas, 10.073; por la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, 1.130 (hombres, 1.054, y mujeres, 76). Al finalizar el año 1970, la población reclusa en los Centros penitenciarios era de 13.890. De ellos, por delitos y faltas, 12.558; por la Ley de Vagos y Maleantes, 832 (789 hombres y 43 mujeres). El año 1969, las cifras de los sometidos a medidas eran semejantes (751 hombres y 53 mujeres). Los detalles de estas cifras globales y su comparación con años anteriores aparecen en el cuadro de la página siguiente.

Con la entrada en vigor de la nueva Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social aumenta el número y los efectos de las medidas. En los primeros meses de aplicación de la LPRS los expedientes se incrementaron alrededor de un 25 por 100 en relación con el año anterior (10).

En otras naciones, el volumen de las medidas supera las cifras de España. Según ciertas estadísticas, en Estados Unidos (prescindiendo de los sometidos a la medida de *Probation*), cada año dos millones de personas sufren arrestos debidos, en su mayoría, a lo que nosotros llamamos medidas de seguridad por vagabundeo (*vagrancy*), medidas preventivas, etcétera (11).

3. Problemas actuales y futuros de las medidas

Las medidas pueden *mermar los derechos fundamentales* de la persona, pues le privan, por ejemplo, de su libertad o de sus bienes. En algunas ocasiones penetran en capas más profundas que las penas, sobre todo en ciertos casos de resocialización que implica honda remodelación de la interioridad personal. El poder público pretende a veces, bajo capa de reeducación, invadir estratos ajenos totalmente a su competencia, y emplear las personas como meros objetos. Este punto tan delicado despierta hoy especial atención por la mayor profundidad y eficacia de las técnicas modificadoras de la conducta, y por la mayor sensibilidad de los individuos respecto a sus derechos personales.

(9) Dirección General de Instituciones Penitenciarias, "Memoria, año 1971", Madrid, 1972, págs. 10 y sigs.; Idem, "Memoria, año 1970", Madrid, 1971, págs. 9 y siguientes. La disminución en la población reclusa a finales de 1971 se debe al —tan criticado— Indulto general promulgado por Decreto de 23 de septiembre de 1971. Hasta el 31 de diciembre se beneficiaron de este indulto 4.058 internos: 2.804 penados y 1.254 procesados. El beneficio de los procesados viola la técnica legal y dogmática de los indultos, pues éstos presuponen la condena previa.

(10) *Memoria elevada al Gobierno nacional por el Fiscal del Tribunal Supremo*, Reus, Madrid, 1972, págs. 102 y sig.

(11) NIMMER, *Two million unnecessary arrests. Removing a Social Service Concern from the Criminal Justice System*, American Bar Assoc., Chicago, 1971, página 1.

PERSONAS SOMETIDAS A MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969	1970	1971
HOMBRES												
Simple custodia	114	185	150	153	129	146	209	152	181	111	133	149
Tratamiento por alcoholismo y estupefacientes ...	26	19	25	24	25	14	13	10	10	23	19	32
Régimen de trabajo	307	390	218	234	324	377	327	350	248	249	190	258
Colonias agrícolas	24	29	23	26	15	13	—	—	—	—	—	—
Con expediente en tramitación	387	282	243	499	689	822	651	484	556	368	447	615
TOTAL	858	905	659	936	1.182	1.372	1.200	996	995	751	789	1.054
MUJERES												
Simple custodia	18	31	37	25	16	12	12	10	8	7	4	1
Tratamiento por alcoholismo y estupefacientes ...	—	4	5	8	1	1	—	—	1	1	5	3
Régimen de trabajo	21	14	4	10	16	9	12	20	17	19	12	13
Colonias agrícolas	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Con expediente en tramitación	51	64	30	29	83	72	47	57	37	26	22	59
TOTAL	90	113	76	72	116	94	71	87	63	53	43	76
Mujeres de vida extraviada (Decreto 6-11-1941)... ..	486	293	223	115	148	159	58	—	—	—	—	—

Los márgenes necesariamente tan amplios y flexibles en el arbitrio judicial para la imposición y aplicación de las medidas abren la puerta a intolerables abusos del poder. Como indica atinadamente Rodríguez Mourullo (12), la experiencia histórica muestra que las medidas (y las penas) con que opera el Derecho penal moderno pueden convertirse en temibles instrumentos aniquiladores de los fundamentales derechos del individuo.

La incorporación de las medidas en la penología resulta hoy insoslayable, pero ha producido una fuerte reacción de rechazo, similar a la originada por la entrada de la culpa en la teoría del delito. Las medidas son un cuerpo extraño cuya admisión exige *reestructurar conceptos importantes del Derecho penal* (sustantivo y procesal) que, durante muchos años, nacieron y pervivieron como si la única reacción frente al delito fuese la pena. Con las medidas, en el Derecho penal contemporáneo necesitan un replanteamiento el concepto y el significado de «ley penal», «limitación espacial de la ley penal», «sanción penal», «irretroactividad» (13), «extradición», «juez de ejecución de penas», «condena», «sentencia firme», «prescripción», «juicio de revisión», «irrevocabilidad», «jurisdicción penal», «antecedentes penales», «rehabilitación» (14), etc. Sería metodológicamente erróneo intentar mantener estas instituciones en sus límites tradicionales, si ello aboca a considerar las medidas y su procedimiento como algo ajeno al Derecho penal (15). Parece más científico lo contrario: partir del hecho (justificado) de que las medidas (posdelictuales) y su procedimiento pertenecen al Derecho penal, y acomodar las instituciones tradicionales de éste a las innovaciones exigidas por las medidas.

Concretamente, por ejemplo, las normas que regulan los límites espaciales de la ley penal respecto a las medidas (aunque muchas de éstas lleven el nombre de penas, como en algunos casos la interdicción civil del artículo 43 del Código penal español) implican hoy —con la intensificación de los viajes más allá de las fronteras nacionales— muchos problemas en varios campos del Derecho nacional e internacional, pues no resulta fácil afirmar ni negar que las normas tradicionales para las penas puedan y deban aplicarse a las medidas. Probablemente, no puede establecerse un criterio general. Así, la norma que vale para el internamiento deshabitua-

(12) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" diciembre, 1965, separata, pág. 6.

(13) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Sub voce: Legalidad (principio de)*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. XIV, Barcelona, 1971, págs. 891 y sigs.; BRAMONT ARIAS, *Derecho penal. Parte general*, I, Lima, 1972, págs. 220 y sigs.

(14) Respecto al significado tradicional de "rehabilitación" en las diversas naciones de Europa, cfr. *Materialien zur Lehre von der Rehabilitation. Im Auftrag der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung gesammelt und herausgegeben von Ernst Delaquis und Janko Polec*, Berlín, 1905.

(15) Cfr. SERRA (M.), *Sub voce: Jurisdicción penal*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. XIV, Barcelona, 1971, págs. 563 y sigs.

dor de los delincuentes drogadictos, quizá no vale para la libertad vigilada de los menores prostituidos o para la privación del permiso de conducir.

Resulta lógico que los delincuentes necesitados de tratamiento, aunque hayan cumplido la pena, si continúan sometidos a una medida importante, sean también posibles sujetos de extradición, pues ésta —como toda institución del Derecho penal— no sólo busca la seguridad de la comunidad, sino también la resocialización (o personalización) del delincuente.

Sin embargo, la legislación y la doctrina acerca de la extradición no suelen referirse directamente a los sometidos a medidas. En concreto, la legislación española de la extradición no puede aplicarse a las medidas sin un replanteamiento previo de conceptos tan importantes como, por ejemplo, el de «responsabilidad penal» y «cumplimiento de la condena» (16). Hasta que éstas y otras nociones se modifiquen, resultará muy difícil o imposible aplicar la extradición a los sometidos a medidas.

Las transformaciones tan amplias que las medidas están produciendo en el Derecho penal durante los últimos setenta años implican otros cambios todavía más radicales para el futuro. Por ejemplo, en la denominación (hablando de Derecho criminal más que de Derecho penal), en la culpabilidad (integrada con la peligrosidad), en el principio de legalidad (con tipicidades más vagas, de estados, de conductas), en el fin perseguido (preventivo y resocializador más que retributivo), en el nuevo Derecho internacional penal (17), y en el Derecho procesal penal (el juez deberá formular distintamente los motivos que fundamentan su sanción, no sólo para justificarla mostrando que se hace justicia; sino también para cooperar a su ejecución, para facilitar el juicio de revisión, etc.) (18).

Baste ahora comentar brevemente la incidencia de las medidas en tres puntos: el principio de legalidad, el fin resocializador de la sanción y el Derecho internacional penal. La necesidad de técnicas eficaces contra la actual espiral de crímenes y violencias plantea algunas veces a la autoridad una problemática disyuntiva: o principio de legalidad o anarquía de

(16) Cfr. Código penal, artículo 112, y Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre extradición, artículo 6.º, número 6.

(17) Baste, como ejemplo, la referencia a las futuras normativas en el laberíntico mundo de las drogas. Cfr. BASSIOUNI (M. C.), *The International Narcotics Control System: A Proposal*, en "St. John's Law Review", vol. 46, núm. 4, mayo 1972, págs. 747 y sigs.; BERISTAIN (A.), *Las drogas y su legislación en España*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio 1973, págs. 25 y sigs., y en "Anuario de Derecho Penal", 1973; BELLASSAI (J. P.) y SEGAL (Ph. N.), *Addict Diversion: an Alternative Approach for the Criminal Justice System*, en "Georgetown Law Journal", febrero 1972, págs. 667-710.

Los textos básicos sobre derechos humanos debían referirse a las medidas penales de modo semejante a como se refieren a las penas, para regular las garantías judiciales, la competencia de los tribunales, la proporcionalidad, etc. (Cfr. *Textos básicos sobre derechos humanos*, edic. por G. Peces-Barba, con colaboración de L. Hierro, Madrid, 1973.)

(18) J. CONSTANT, *La motivación de las resoluciones de las jurisdicciones represivas en Derecho belga*, en "Criminalía", julio-agosto 1972, págs. 213 y sigs.

violencia (subversiva y represiva). Según Nuvolone, ésta es una de las integrantes más graves en la política criminal moderna (19).

El IV Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente (Kyoto, agosto 1970), siguiendo la línea marcada en los tres congresos anteriores, afirma (en su Declaración final) que el Congreso «no se puede sustraer a la obligación de alertar al mundo entero acerca de las graves consecuencias para la sociedad de la atención insuficiente que se presta a las *medidas preventivas* del crimen». En Norteamérica, bastantes especialistas pretenden reestructurar gran parte de la *Criminal Law* sobre la peligrosidad predelictual y la prognosis (20). También en países europeos las estadísticas penitenciarias muestran que encuentra amplia acogida la prisión preventiva (21). Parece oportuno recordar que la Política criminal abierta ampliamente a las medidas preventivas (predelictuales) corre un riesgo enorme de violar el principio de legalidad, como se verá después en las páginas dedicadas al tema.

Respecto a la finalidad resocializadora, las modernas ciencias del hombre prueban que si el Derecho penal se limitase a aplicar penas (sin medidas), renunciaría a una parte importantísima de su función social, y no resolvería ni científica ni prácticamente los principales problemas de la criminalidad. El Derecho penal de mañana ha de tomar mucho más en serio su tarea reeducadora. La lucha contra la criminalidad ha de estructurarse de tal manera que sea «un eficaz instrumento de progreso social, civil y moral para todos los países, que pueda contribuir consecuentemente al mismo mejoramiento del hombre y de la humanidad», como dice el artículo X de los Estatutos del «Centro Internacional para la asistencia a los países interesados y la formación de expertos en prevención y trata-

(19) NUVOLONE, *Perspectives Nouvelles de la Défense Sociale*, en "En Hommage a Jean Constant", Lieja, 1971, Faculté de Droit de Liege, pág. 289.

(20) HICKEY (J. P.), *Preventive detention and the crime of being dangerous*, en "The Georgetown Law Review", vol. 58, 1969-1970, págs. 287-316. En la página 309 leemos: "El proyecto de Ley 2.600 del Senado, que incluye las propuestas de detención preventiva de la Administración, establece tres clases básicas de detención: la de los acusados de "crimen peligroso", la de los imputados de "crimen de violencia" y la de los que intentan intimidar a los testigos o a los jurados. Una vez que se declara que una persona debe ser incluida en una de estas tres clases, y encontrándose indicios razonables de que probablemente cometió aquel delito, y que faltan condiciones para asegurar la seguridad de otras personas o de la comunidad, se debe imponer la detención."

KATZ (Al), *Dangerousness: A theoretical reconstruction of the criminal law*, en "Buffalo Law Review", vol. XIX, 1969-1970, págs. 1-33. Ya el año 1959, W. Friedmann expresaba enérgicamente sus temores "en relación con la facultad judicial —implantada en muchos países— para condenar a delincuentes habituales a detención preventiva..." FREIDMANN (W.), *El Derecho en una sociedad en transformación*, traducción de F. M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pág. 198.

(21) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker Humblot, 2.^a ed., Berlín, 1972, págs. 23 y sig. Idem, *La réforme de la detention preventive en Allemagne et le droit belge*, en "Revue de Droit pénal et de Criminologie", 1970-1971, págs. 456 y sig.

miento de comportamientos antisociales y criminales», dirigido por el profesor Benigno di Tullio.

El Symposium internacional organizado por Bettiol, en Bressanone —agosto 1963—, sobre la reeducación del condenado (22), evidenció, especialmente, la importancia que el delincuente (y su difícil reeducación) ha adquirido en el Derecho penal contemporáneo. Beccaria, el año 1764, con su *Dei delitti e delle pene*, elevó nuestra disciplina a una cumbre hasta entonces inaccesible. Hoy, aquella cota ha quedado, en ciertos puntos, al nivel del mar. El Derecho penal actual gira alrededor del delincuente —centro casi desconocido el año 1764— no menos que alrededor del delito y de la pena.

También en el Derecho penal socialista se patentiza un intenso propósito de reeducación según Zdravomíslav, Schneider, Kélna, Rashkóvskaja y otros. Este deseo explica la amplia práctica, por ejemplo, en el nuevo Código penal ruso cuyo texto transcribimos parcialmente en el anexo III, de sustituir las penas por las medidas de influencia social y por otras medidas de carácter educativo.

El moderno Derecho internacional penal reconoce, en su teoría, en su legislación y en su jurisprudencia, la necesidad de establecer medidas de corrección y de seguridad como complemento o como sustitución de las penas. Así, por ejemplo, los artículos 20 y 22 de la *Convention on Psychotropic Substances*, 1971 («Draft Protocol on the Control of Psychotropic Drugs Outside the Scope of the Single Convention on Narcotic Drugs of 1961») (23), establecen la conveniencia de regular medidas de tratamiento, de educación, de resocialización y de prevención como alternativas o complementarias de las penas. En el mismo sentido se expresa el Protocolo de Ginebra de 1972, para reformar la Convención de 1961.

(22) II Convegno di Dirritto penale, Bressanone, 1963, *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, Cedam, 1964.

(23) El artículo 20 de la *Convention on Psychotropic Substances*, 1971, determina que:

1. Las partes tomarán todas las medidas posibles para la prevención del abuso de sustancias psicotrópicas y para la identificación pronta, tratamiento, educación, cuidados posteriores, rehabilitación y reintegración sociales de las personas complicadas, y coordinarán sus esfuerzos para estos fines.

2. Las partes promoverán, tan rápidamente como sea posible, la formación del personal en el tratamiento, cuidados posteriores, rehabilitación y reintegración social de los que abusan de sustancias psicotrópicas.

El artículo 22 añade:

A pesar del subparágrafo precedente, cuando los que abusan de sustancias psicotrópicas han cometido tales delitos, las partes deben proveer, ya como alternativa de declaración de culpabilidad o castigo o como adición al castigo, que a quienes abusan se apliquen medidas de tratamiento, educación, cuidados posteriores, rehabilitación y reintegración social en conformidad con el parágrafo 1 del artículo 20.

4. Escasez de estudios doctrinales

La gran importancia y las muchas dificultades que surgen con la aplicación cada día mayor de las medidas han suscitado, por desgracia, *escasos estudios doctrinales y sistemáticos* y, para colmo, en gran parte de lo publicado hasta ahora abundan las vaguedades, las inseguridades y los apasionamientos.

Varias razones explican esta escasez bibliográfica. Sobre todo, los pocos decenios transcurridos desde que las medidas adquirieron mayoría de edad en el Derecho penal, y la preferencia que muchos penalistas han mostrado por el estudio de otros campos —también importantes— del Derecho penal, por ejemplo, la teoría del delito, o los problemas técnico-dogmáticos de cada figura de delito en la parte especial.

Desafortunadamente, sigue siendo verdad que (como declaró el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal celebrado en Palermo, el año 1933) el Derecho penal y penitenciario, en lo concerniente a las medidas, está aún hoy en fase de elaboración. No olvidemos que las medidas, dirigidas total y directamente al sujeto autor del hecho antisocial, son instituciones más complejas que las penas, más variadas, más personales y, por tanto, merecen especial atención de quien las piensa, las regula y las aplica.

Sin negar lo dicho hasta aquí, hemos de reconocer que actualmente las medidas despiertan entre eximios teóricos una atención insospechada hace cuarenta años. Recordemos que Mezger, el año 1932, en la segunda edición de su *Lehrbuch*, considera las medidas dentro de otras consecuencias jurídicas de índole diversa que la pena (24), les dedica sólo dos páginas y las cita de paso tres o cuatro veces. En cambio, Jescheck, el año 1972, en la segunda edición de su *Lehrbuch*, les dedica expresamente (aparte de las otras consecuencias del hecho antijurídico) todo un capítulo casi tan extenso como el de las penas, y más de cincuenta referencias —algunas muy amplias— en el resto del libro (25).

Los especialistas no han logrado todavía ni plantear con una metodología unánime los principales problemas de las medidas. Quedan muchas lagunas, muchos puntos inseguros y muchas teorías contradictorias respecto a sus antecedentes, a su concepto, a sus clases, a su denominación, a su naturaleza jurídica, y a su justificación.

A continuación intentamos aclarar algo estos puntos.

(24) MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 2.^a ed. Traducción y notas por A. Rodríguez Muñoz, tomo I, Madrid, 1935, pág. 4.

(25) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker Humblot, 2.^a ed., Berlín, 1972, págs. 59 y sigs. y 606 y sigs.

Antecedentes de las medidas

Se discute entre los especialistas acerca del origen común o distinto de las penas y de las medidas. La solución de este problema aporta luz para esclarecer importantes cuestiones actuales teóricas y prácticas. Por ejemplo, las que comentaremos después acerca de la separación y diversidad de las funciones y las competencias que la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (arts. 8 y sigs.) establece entre el penar y el imponer medidas, o las que surgen acerca de la conveniencia de promulgar un solo texto legal punitivo, un Código penal que incluya penas y medidas, o dos cuerpos legales: un Código penal (con sólo penas) y otro preventivo (con medidas).

Eminentes penalistas afirman que las medidas llegan al Derecho penal procedentes de otros campos del Derecho, para completar la insuficiencia de los medios tradicionales en la lucha contra el crimen. Niegan (o al menos prescinden de) que las medidas provienen de un tronco común con las penas (1). Se apoyan en que, según ellos, las medidas poseen un contenido pluridimensional y preventivo, frente al contenido unidimensional y retributivo de las penas; las medidas, en el aspecto subjetivo, presuponen únicamente la peligrosidad del delincuente; las penas, sólo su culpabilidad; las medidas de seguridad aparecen por primera vez, a finales del siglo XIX, como fruto innovador del positivismo italiano, mientras que las penas brotaron hace muchos siglos, con el Derecho penal primitivo.

(1) Cfr. PINATEL, *Le problème de l'unification des peines et mesures de sûreté*, en "Revue Internationale de Droit pénal", 1953, págs. 579 y sig.; JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis), *Las medidas de seguridad*, en "El Criminalista", 2.^a serie, t. II, Buenos Aires, 1958, págs. 223 y sigs.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allg. Teil*, 3.^a ed., Karlsruhe, 1965, págs. 16 y sig., 748.

1. Antecedentes remotos legales y teóricos

Nosotros (2), en cambio, al considerar la evolución del Derecho penal opinamos que las medidas han surgido en él como desarrollo de algo propio, interno, que siempre —ya en las fuentes primeras— ha estado activo, aunque más o menos latente. Las medidas no proceden, ni exclusiva ni principalmente, de otros campos del Derecho (civil, administrativo...). Creemos también que la pena, en la historia legal y penitenciaria (salvo excepciones), aparece como un *mixtum compositum* (3) abarcando variadas y complejas exigencias de seguridad pública, de eliminación, de inocuización, de reeducación, de reparación, etc., rebasando unilaterales criterios de filosofía punitiva o vindicativa. Conforme la humanidad ha ido progresando, la sanción penal ha ido perdiendo su carácter de mal y de mero castigo, para adquirir —cada vez más— los rasgos de prevención y de reeducación, de tratamiento y de protección. La intimidación general de la comunidad ha cedido cada vez más campo a la resocialización, a la personalización del delincuente y a la reparación a la víctima.

Aunque el término técnico de medidas de seguridad surge en el Derecho penal por primera vez en el siglo XIX, sin embargo, como indicaremos en seguida, todas las legislaciones y costumbres penales —desde los primeros tiempos históricos— muestran la existencia de algunas instituciones similares a las medidas, pues se basan en la peligrosidad de quien había cometido un delito (o estaba a punto de cometerlo) y tienden (más que a castigarlo) a segregarlo, a inocuizarlo, a reeducarlo... Además, desde los primeros tiempos, elocuentes testimonios de algunos pensadores propugnan para la sanción penal unas bases y unas metas coincidentes en gran parte con las de nuestras actuales medidas. También hay cierto fondo común en el campo del lenguaje. Así, en la Edad Media los alemanes, para designar las penas, emplean, entre otras, las expresiones de corregir (*bersern*), cambiar de conducta (*wandeln*) y transformar (*kehren*).

En todos los Derechos penales, desde los tiempos más primitivos, encontramos algunas «penas» semejantes —en sus presupuestos y/o en su contenido y/o en sus fines— a las actuales medidas. Por ejemplo:

- algunas formas de pérdida de paz;
- algunas formas de mutilación (Código de Hammurabi, Leyes de Manu);

(2) Semejantemente opina, entre otros, SALDAÑA, en sus *Adiciones* a la traducción del "Tratado de Derecho penal de von Liszt", t. III, Reus, Madrid, 1917, págs. 212 y sigs.; CUELLO CALON (E), *La moderna penología*, t. I, Barcelona, 1958, págs. 83 y sigs.

(3) ANTOLISEI (F.), *Manual de Derecho penal, Parte general*, traducido por Juan del Rosal y Angel Torio, Uteha, Buenos Aires, 1960, pág. 514. Muchos años antes, también Alfredo CALDERÓN definía la pena como "un sistema mixto", en su estudio sobre *La pena de muerte*, en "Anuario Republicano Federal", por J. Castro y Compañía, editores, Madrid, 1870, pág. 555.

- la *relegatio* romana, y sus derivaciones posteriores en Europa;
- la expulsión de extranjeros (*interdictio aquae et ignis*);
- la prisión de duración indeterminada (notablemente en el Derecho islámico);
- la cláusula de retención;
- el internamiento de los locos peligrosos (en sus propias casas o en manicomios judiciales) hasta que recobren su sano juicio (si lo pueden recobrar);
- la marca (frecuente, como precaución) en Estatutos, Fueros, etc.;
- la Galera, como establecimiento de custodia (en España, Italia, Francia, etc.);
- el internamiento en Casas de trabajo (como las de Bridewell, abiertas en 1552 y 1576, y las holandesas, fundadas en 1595 y 1596);
- el internamiento en Casas de corrección (como la de San Fernando de Jarama) (4);
- el confinamiento;
- la vigilancia de la policía;
- la suspensión o disolución de personas jurídicas;
- las inhabilitaciones de profesión, oficio, etc.

Entre los pensadores de los principios teóricos que con el transcurso del tiempo darán vida a las modernas medidas, destacan Platón (según el cual, la sanción es medicina del espíritu, *ne peccetur*), Lucio Anneo Séneca (quien considera como fines de la sanción penal la corrección del delincuente y la seguridad de los buenos, separando a los malos), Santo Tomás (según el cual, la sanción es —también— medicina del alma), Alfonso de Castro, Carpozowio (que escribe: «las penas no existen sino para la enmienda de los hombres»), Beccaria (con su tajante afirmación de que «es mejor evitar los delitos que castigarlos») y Lardizábal (que enumera entre los fines particulares de la sanción penal «la corrección del delincuente para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad») (5).

(4) Tiene interés histórico la exposición y el comentario de GOROSABEL, *Noticias de las cosas memorables de Guipúzcoa*, t. III, Edit. La Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1972, págs. 199 y sigs., acerca de los fracasados intentos para abrir en Guipúzcoa Casas de corrección dependientes de la autoridad gubernativa. Respecto a la Casa de San Fernando, cfr. RIVACOBIA y RIVACOBIA, *La fundación de la Casa de Corrección de San Fernando*, en "Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa", Buenos Aires, 1964, págs. 204 y sigs.

(5) ANTÓN, ONECA (J.), *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, págs. 17 y sig., 33, 38. Idem, *La teoría de la pena en los correccionistas españoles*, en "Estudios en homenaje al profesor Legaz Lacambra", t. II, Santiago de Compostela, 1960, págs. 1015 y sigs. Idem, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1964, págs. 415 y sigs. Idem, *El Derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizábal*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1966, págs. 595 y sigs.

2. Antecedentes inmediatos legales y teóricos

En el siglo XIX, bastantes Códigos penales establecen varias clases de penas (criminales, correccionales de policía, principales, accesorias), algunas de las cuales se aproximan notablemente a las medidas (6). Baste citar aquí los Códigos penales españoles de 1822 y 1848 y el Código penal italiano de 1889. El primer Código penal español —art. 28— enumera entre sus penas: «La sujeción a la vigilancia especial de las autoridades» y «la obligación de dar fianza de buena conducta». El Código penal de 1848 regula también varias medidas —bajo el nombre de penas— en sus artículos 8 (párrafos 1.º y 2.º), 258 y siguientes, al establecer la sanción de los dementes que hubieran cometido un hecho tipificado como delito grave, y de los vagos.

El Código penal de Zanardelli regula ampliamente sanciones penales muy semejantes a las medidas —aunque sin emplear tal denominación— para los autores de un delito no imputables (7) (en el título IV, «De la imputabilidad y de las causas que la excluyen o la disminuyen») y también para los imputables (en los títulos precedentes II y III, «De las penas», «De los efectos y de la ejecución de las condenas penales»).

En el siglo XX, la inmensa mayoría de los Códigos penales dan entrada a las medidas. También, en cierto sentido, el Libro quinto del Código de Derecho canónico (año 1917), con sus Remedios penales —amonestación, reprensión, precepto y vigilancia— (cánones 2.306 y sigs.) y, en más amplio sentido, con las censuras (cánones 2.355 y sigs.).

Los antecedentes teóricos inmediatos de las medidas maduran principalmente en Alemania (comienzos del siglo XIX) y en Italia (fines del siglo XIX), coincidiendo con la transformación del Estado policía en el Estado de Derecho. (La mayoría de edad de las medidas llegará después, con el Estado social de Derecho) (8).

A comienzos del siglo XIX, varios penalistas alemanes discuten detenidamente acerca de las medidas de seguridad. Merecen citarse aquí las aportaciones de Klein, Kleinschrod, Tittman y Feuerbach (9).

(6) I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, Milán, 1970, págs. 8 y sigs.

(7) Desde el 7 de junio de 1929, el Código penal de Zanardelli había sido adoptado (con ligeras adaptaciones) como Código penal del Estado de la Ciudad del Vaticano. La reforma del 29 de junio de 1967 ha modificado ampliamente este título IV. Cfr. *Legge che modifica la legislazione penale e la legislazione processuale penale*, de 21 de junio de 1969, que entró en vigor el 1 de agosto del mismo año, publicada en "Acta Apostolicae Sedis. Supplemento per le Leggi e Disposizione dello Stato della Città del Vaticano", del 21 de junio de 1969.

(8) Acerca de la evolución del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, en general, LUCAS VERDÚ, *Principios de Ciencia política*, t. II, Madrid, 1969, págs. 45 y sigs. y 273 y sigs., y t. I, Madrid, 1967, págs. 170 y sigs.

(9) KLEIN, *Kurze Übersicht meiner Theorie über die sog. ausserordentlicher Strafen*, en "Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preuss. Staaten", vol. XXI, págs. 1801, 291 y sigs. KLEINSCHROD, *Systematische Entwi-*

Las teorías de estos y otros autores acerca del Derecho de seguridad van madurando con los años, pero no encuentran eco en la legislación, debido, principalmente, a los juristas partidarios del liberalismo individualista (representados en el campo penal, sobre todo Feuerbach), que luchan enérgicamente contra el binarismo (pena-medida de seguridad) y contra la admisión de la prevención especial dentro del campo penal.

El año 1806, José Marcos Gutiérrez reconoce que algunas sanciones que se consideran penas, en realidad no son tales, sino lo que hoy llamamos medidas. Dice textualmente: «Nuestra legislación impone a los vagabundos y holgazanes unas penas que no tiene por tales, *sino por un destino precaucional para impedirles que caigan en delitos, y obligarles a que sean útiles a la patria* (Circular de 6 de febrero de 1781), es, a saber: las de aplicarlos a las armas precediendo el reconocimiento de sanidad y la medida, y teniendo el mayor cuidado en no destinar a ellas los que hubiesen cometido delitos feos, contra los cuales ha de procederse por los términos regulares para imponerles las penas establecidas» (10).

A fines del siglo XIX, los pioneros de la *Scuola Positiva* replantean con nueva orientación el tema de las medidas de seguridad. Critican a la escuela clásica por su falta de lógica al admitir dentro del Derecho penal (con su fundamento del *quia peccatum est*) el internamiento para los enajenados autores de ciertas acciones tipificadas como delitos, al aplicar privación de libertad por tiempo indeterminado a ciertos delincuentes, etcétera.

También critican que la legislación impone medidas sólo a los delincuentes mentalmente anormales, pero no a los delincuentes más peligrosos: los reincidentes y los profesionales. En la escasa aplicación de las medidas ven una causa importante del fracaso del Derecho penal.

Niegan el libre albedrío y, por lo tanto, la responsabilidad ética y su consecuencia: la pena (en el sentido clásico de *vindicta*). La sanción por el delito, dicen, se funda en la responsabilidad legal o social, derivada para

cklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 3.^a ed., página 1805. TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaften und der deutschen Strafrechtswissenschaften*, vol. I, 2.^a ed., 1822, parág. 2 y 133. Cfr. Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 2.^a ed., Göttingen, 1951, págs. 240 y sigs., 219, 262; GUARNERI, *Le concezioni penalistiche di G. D. Romagnosi e P. A. Feuerbach*, en "Giustizia Pen.", 1942, I, págs. 78 y sigs.

Ya desde sus comienzos, la filosofía jurídica de cierto sector marxista exige que la sanción penal (no sólo "castigue", sino que, además) posibilite y favorezca la readquisición de la libertad jurídico-ética del delincuente; cfr. SCHEFOLD, *Die Rechtsphilosophie des jungen Marx von 1842*, Beck, München, 1970, págs. 184 y sigs.

(10) MARCOS GUTIÉRREZ (José), *Práctica criminal de España*, t. III, Madrid, 1806, págs. 214 y sig. Más detalles sobre los antecedentes en la legislación española, en ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes*, en "Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional", Buenos Aires, 1944, primera parte.

todo ser humano del mero hecho de vivir en sociedad y de aprovecharse de las ventajas que la vida común ofrece. Según los positivistas, cada uno debe responder de sus acciones, prescindiendo de si las ha hecho con o sin libertad. A quienes cometen un delito, lo mismo que a quienes contraen una enfermedad contagiosa, la autoridad les debe tratar como a elementos peligrosos; la sociedad procurará defenderse de ellos aislándolos, inocuizándolos o curándolos. La sanción tiene carácter esencial y predominantemente preventivo. Pero la defensa social puede exigir, a veces, que la sanción tenga también carácter aflictivo, cuando éste sea necesario y eficaz para intimidar a los miembros de la comunidad.

Según afirma Ferri (11), «una vez excluida toda idea de retribución de la culpa moral en el delito, las medidas de seguridad poseen la misma función y naturaleza que las penas». Quizá permanezcan algunas diferencias formales, pero no de fondo. Estas medidas pertenecen al Derecho penal y al Código penal, y no deben confundirse con las medidas de policía o medidas de prevención (directa), ni con los sustitutivos penales, que son medios de prevención indirecta, aunque más útil y eficaz que la directa.

Los partidarios de la escuela clásica y neoclásica resisten energicamente contra las innovaciones positivistas, aunque, con el transcurso del tiempo, van reconociendo bastantes de sus postulados, especialmente la necesidad de tomar más en consideración la personalidad y peligrosidad del delincuente, la necesidad de individualizar legal y judicialmente la sanción y la necesidad de dar mayor entrada a las medidas de seguridad en el Derecho penal. Pero distinguiéndolas y separándolas de las penas (12). En este sentido, a fines del siglo XIX, Carl Stooss sistematiza armónicamente penas y medidas (con el nombre de *Sichernde Massnahmen*) en su Anteproyecto del Código penal suizo (que, después de largas discusiones, críticas y reformas, plasmó en el Código penal entrado en vigor el 1 de enero de 1942), ofreciendo así un modelo que tendrán en cuenta los Proyectos alemán y austríaco de 1909 y 1910, y casi todos los futuros Códigos de las naciones europeas.

En resumen, la historia muestra que las medidas brotan principalmente del propio seno del Derecho penal, y no exclusivamente de otros campos jurídicos, como el civil o el administrativo. Con razón escribió F. von Liszt que ambas instituciones no están en profunda oposición, pues algunas medidas pueden asumir más o menos la esencia de la pena, y también la pena puede entrar en la esfera de la medida.

(11) FERRI, *Principios de Derecho criminal*, traducción española de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, págs. 49 y sigs., 277 y sigs., 575 y sigs.

(12) PINATEL (J.), *Histoire des idées relatives à la responsabilité pénale et à l'état dangereux*, en "Estudios penales en homenaje al R. P. J. Pereda", Bilbao, 1965, págs. 543 y sigs.

Hoy, los especialistas reconocen que las penas y las medidas coinciden (al menos) en varias facetas comunes. En nuestra opinión, siempre (no sólo actualmente, aunque sí cada vez más con el transcurso del tiempo) el Derecho penal ha tenido en cuenta la peligrosidad y la resocialización (13) del delincuente, que son las características principales de las medidas, como veremos ahora, al estudiar su concepto.

Capítulo III

Concepto de las medidas

Las medidas penales consisten en la imposición de un castigo o pena a un delincuente por haber cometido un delito. Estas medidas se aplican a los delincuentes que son considerados peligrosos para la sociedad y que necesitan ser resocializados. Las medidas penales tienen como finalidad principal la resocialización del delincuente, es decir, la transformación de su conducta delictiva en una conducta socialmente aceptable. Para lograr este fin, las medidas penales deben ser aplicadas de manera que permitan al delincuente adquirir hábitos y actitudes que le permitan reintegrarse a la sociedad.

Las medidas penales se aplican a los delincuentes que son considerados peligrosos para la sociedad y que necesitan ser resocializados. Estas medidas tienen como finalidad principal la resocialización del delincuente, es decir, la transformación de su conducta delictiva en una conducta socialmente aceptable.

Las medidas penales se aplican a los delincuentes que son considerados peligrosos para la sociedad y que necesitan ser resocializados. Estas medidas tienen como finalidad principal la resocialización del delincuente, es decir, la transformación de su conducta delictiva en una conducta socialmente aceptable.

Las medidas penales se aplican a los delincuentes que son considerados peligrosos para la sociedad y que necesitan ser resocializados. Estas medidas tienen como finalidad principal la resocialización del delincuente, es decir, la transformación de su conducta delictiva en una conducta socialmente aceptable.

Las medidas penales se aplican a los delincuentes que son considerados peligrosos para la sociedad y que necesitan ser resocializados. Estas medidas tienen como finalidad principal la resocialización del delincuente, es decir, la transformación de su conducta delictiva en una conducta socialmente aceptable.

(13) Según KORN y McCORKLE, *Criminology and Penology*. Holt, New York, 1960, el origen de la prisión como sanción penal tiene más carácter de medida que de pena. Y ello se debe a las sanciones aplicadas a los vagabundos y peligrosos, a finales del siglo xv. Concretamente, las primeras prisiones modernas son casas de trabajo y casas de corrección.

Concepto de las medidas

Parece necesario establecer y desarrollar aquí el concepto de las medidas para —entre otras razones— evitar vaguedades e imprecisiones.

Prescindiendo de muchos detalles, las principales opiniones de los especialistas pueden agruparse en dos tendencias: la positivista y la neoclásica (entendidas en sentido amplio). Dentro de la primera (que no coincide con la escuela positiva italiana) incluimos, por ejemplo, la Nueva Defensa Social, así como algunas orientaciones bastante extendidas en Norteamérica y en Alemania.

1. Tendencias positivistas

1.1. Sus orígenes en Italia

La *Scuola positiva* italiana recibe importantes influjos filosóficos del materialismo antimetafísico con su negación del libre arbitrio, y establece sus líneas de fuerza ya en 1878, fecha en que aparecen tres importantes publicaciones de sus fundadores:

— La segunda edición de *L'uomo delinquente* (1), donde Lombroso critica sarcásticamente la justicia eterna de los metafísicos y de los penalistas clásicos.

— La monografía de Ferri —posterior y distinta que su tesis doctoral— sobre la *Teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, en la que (influido por su maestro Ardigó) niega el libre arbitrio, que era la base de la doctrina penal, tal como el mismo Ferri la había escuchado de labios de Carrara, en la Universidad de Pisa.

— El artículo de Garofalo titulado *Estudios recientes sobre la penalidad*, que apareció en el «Giornale napoletano di filosofia e lettere», y posteriormente más desarrollado en la monografía *De un criterio positivo de la penalidad* (Nápoles, 1880), y después, con más sistemática, en su *Crimi-*

(1) La primera edición de *L'uomo delinquente* apareció dos años antes, en 1876.

nología. Según Garofalo, la sanción no debe adaptarse a la gravedad del delito (escuela clásica), ni al deber violado (Pelegrino Rossi), ni a la *spinta criminosa* (Romagnosi), sino a la temibilidad del delincuente.

El positivismo, apoyado en estas publicaciones, critica desde la raíz el sistema jurídico-penal de la escuela clásica. Afirma que el hombre no es libre y, por tanto, el autor de un delito carece de culpabilidad y de responsabilidad en sentido clásico. Lógicamente, la reacción social carecerá de reproche moral, y no se conmensurará en proporción al delito ni en proporción a la culpabilidad.

La sanción será esencialmente la capacidad de defensa social —no la venganza— contra la criminalidad, adecuándose a las particulares condiciones del sujeto peligroso (sin excluir la prevención general).

La autoridad tiene que adoptar los medios de defensa social que exigen la prevención indirecta (los sustitutivos penales), la prevención directa (las medidas de policía) y, dentro ya del Derecho penal, las sanciones preventivo-represivas (las medidas penales o las penas y las medidas). Mientras algunos positivistas niegan toda diferencia entre las penas y las medidas, otros admiten diferencias secundarias (Ferri y Grispigni). Todos coinciden en que la sanción penal debe individualizarse en razón a la temibilidad o peligrosidad del delincuente (no por su culpabilidad moral).

Ciertos comentaristas interpretan equivocada o parcialmente la teoría del positivismo, y olvidan que en algunas circunstancias éste exige también la retribución, mejor dicho, la represión (no sólo la prevención) para asegurar la defensa social.

El positivismo, afirma Ferri (2) no prescinde de la pena, ni de la represión, ni del *quia peccatum est*, sino que considera todos estos momentos (igualmente) necesarios, «del propio modo que en la defensa contra las enfermedades ordinarias conviene emplear a la vez la profilaxis higiénica y la terapéutica clásica». Los criterios de la prevención son distintos que los criterios de la represión, pero esta distinción no quiere decir separación. Hay una necesidad práctica, apoyada en la lógica y en la teoría, de reunir en un sistema todos los diferentes medios de defensa de que la sociedad puede disponer contra las acciones antijurídicas. La *Scuola* no quiere separarlos, sino coordinarlos en un todo orgánico para que concurren a la defensa de la sociedad contra el delito.

La escuela positiva va logrando, con el transcurso del tiempo, una progresiva maduración y depuración. Actualmente, gran número de penalistas admiten muchos de sus postulados, pero rechazan (o prescinden de) otros y sus principios filosóficos negadores del libre arbitrio. Entre los penalistas seguidores parciales en este punto del positivismo destacan, actualmente, los partidarios de la Nueva Defensa Social, bastantes norteamericanos y algunos alemanes.

(2) FERRI, *Sociología criminal*, traducción española por A. Soto, t. II, Góngora, Madrid, s. a., págs. 154 y sigs. Atinadamente resume la evolución histórica PINATEL, *Criminologie*, 2.^a ed., París, 1970, págs. 500 y sigs.

1.2. Tendencia positivista en la Nueva Defensa Social acerca de las medidas

Marc Ancel, paladín del movimiento humanista de la Nueva Defensa Social (cuyas líneas generales son admitidas por penalistas tan eminentes como Antolisei, Bouzat, Jean Graven, Nuvolone, Pinatel, Pisapia, etc.) expone el tema de las medidas principalmente desde cuatro puntos de vista: el Derecho comparado, la doctrina jurídica, el sistema penitenciario y la regulación legislativa. En el campo doctrinal-dogmático admite la autonomía conceptual de las medidas, separadas de las penas. Separación o distinción que niega en el terreno de la ejecución, por considerarla inútil y aun nociva. Puesto que todos, o casi todos (dice), admitimos que también la pena tiende a la resocialización del delincuente, lo importante es organizar un régimen de resocialización, el mejor posible, sin necesidad de analizar si tal sanción es pena o medida. El monismo se impone en el sistema penitenciario con tanta evidencia como el dualismo en el plano jurídico (3).

Al reconocer este monismo penitenciario, al afirmar que el legislador debe dar al juez el mejor medio para combatir eficaz y humanitariamente la criminalidad, lógicamente concluye que casi siempre las dos sanciones —penas y medidas— en la práctica se encuentran confundidas.

Marc Ancel encomia varias veces la tendencia angloamericana, que coincide en muchos aspectos con su teoría.

1.3. Tendencia positivista en Norteamérica respecto a la sanción

La Criminología y el Derecho penal norteamericanos muestran, en algunos puntos fundamentales, semejanzas con el positivismo italiano. Por ejemplo, al esperar de la prevención indirecta (y directa) más que de los métodos de tratamiento de los delincuentes y mucho más que de las penas; al comparar el tratamiento de los delincuentes con el de los enfermos, y al estructurar muchas de las reacciones frente al delito con métodos, sistemas y estructuras no punitivas (4).

Los especialistas norteamericanos (como los ingleses) prescinden de las discusiones mantenidas en Europa continental y en Sudamérica acerca de las diferencias o similitudes entre la pena y la medida. Ante tal despreocupación por dilucidar teóricamente si la sanción —en general y en particular— es pena o medida y ante la carencia de una traducción literal, en sus estudios y en sus leyes, de nuestras «medidas de seguridad»,

(3) ANCEL (M.), *Penas y medidas de seguridad en el Derecho positivo comparado*, en "Anuario de Derecho Penal", 1956, págs. 442 y sigs.; Idem, en "Jornadas de Derecho penal", Buenos Aires, 1962, págs. 142 y sigs.; Idem, *La défense sociale nouvelle*, 2.^a ed., París, 1966, págs. 258 y sigs.

(4) SUTHERLAND y CRESSEY, *Criminology*, 8.^a ed., Philadelphia, Nueva York, Toronto, 298. JOHNSON, *Crimen, Correction, and Society*, Homewood, The Dorsey Press, Illinois, 1968, págs. 340 y sigs.

algunos penalistas europeo-continentales afirman que en el sistema anglosajón no hay medidas. Esta opinión me parece inexacta. Con más razón podría afirmarse que no hay penas (5).

En Norteamérica, los tratados dogmáticos discuten con interés las teorías acerca del fundamento y de los fines de la sanción penal. La inmensa mayoría niegan las justificaciones unidimensionales (retribución o corrección, o intimidación o incapacitación) y abrazan una fundamentación híbrida (síntesis ecléctica) de retribución y reeducación y prevención (6), subrayando más las dos últimas. Respecto a los fines que deben pretender las sanciones, la mayoría de los penalistas coinciden con los establecidos por el *Model Penal Code*: prevenir la comisión de otros delitos, resocializar al delincuente, evitar una sanción excesiva, desproporcionada, etc. (7).

Los autores de los mejores tratados de dogmática penal —Bassiouni, La Fave y Scott, Perkins, J. Hall, Clark y Marshall— no explican (ni discuten) los conceptos de pena y de medida. Ni tan siquiera comentan la legislación propia de las sanciones, por considerarla materia propia de los criminólogos o penólogos.

Los libros de Criminología y Penología (tengamos en cuenta que la Criminología pertenece al Departamento de Sociología, no al de Derecho) recuerdan —brevemente— las discusiones de los partidarios del *Punishment* frente a los partidarios del *Treatment* y de la prevención, y formulan una pragmática conciliación de las tres posturas, concediendo más importancia a las modernas ciencias sociológicas del tratamiento y más aún a las campañas preventivas. Si estudiamos con detención el contenido de las sanciones reguladas en la legislación penal norteamericana, aparece claro que la mayoría de sus sanciones reúnen las principales características de las penas y de las medidas, sobre todo de estas últimas, pues tienen muy en cuenta la personalidad y peligrosidad del delincuente, así como su posible resocialización.

Por fin, todos los textos de Criminología dedican uno o varios capítulos a explicar la *Correction*, el *Treatment* y especialmente la *Prevention*. No todos tratan del *Punishment*.

(5) Respecto a Gran Bretaña, HALL WILLIAMS (J. E.), *The English Penal System in Transition*, London, Butterworths, 1970, espec. págs. 251 y sigs.; CROSS, *The English Sentencing System*, London, 1971, págs. 15 y sigs.; DEWLIN, *Sentencing Offenders in Magistrates' Courts*, London, 1970, págs. 58 y sigs.; GRÜNHUT, *Das englische Strafrecht*, en "Das ausländische Strafrecht der Gegenwart", editado por Mezger-Schönke-Jescheck, t. III, 1959, págs. 240 y sigs.

(6) Cfr. las obras de BASSIOUNI, GRÜNHUT, LIONEL FOX, NORVAL MORRIS, R. KORN y LL. W. McCORKLE, etc.

(7) M. Ch. BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes. The Law of Public Order*, Springfield, Illinois, 1969.

1.4. Tendencia positivista en Alemania

En Alemania, la legislación y la doctrina modernas adoptan nuevas concepciones de las medidas, algunas de ellas con notables acercamientos a la escuela sociológica de von Liszt, a la *Scuola positiva* y a la Nueva Defensa Social (8). Los autores y los partidarios del *Alternativ Entwurf*, por ejemplo, conceden gran importancia a la peligrosidad y resocialización del delincuente; proponen (parágrafo 2,1) un fin común para las penas y las medidas, dando así (y con el principio de la sustitución, admitido en el nuevo Código penal, parágrafo 67) un paso importante hacia el monismo (9).

La nueva parte general del StGB (cfr. párrafos 61 y sigs.) reforma radicalmente todas las medidas de seguridad y tratamiento, y reconoce más importancia que antes a la peligrosidad y a la resocialización del delincuente (10).

2. Tendencia neoclásica

La doctrina neoclásica respecto a las medidas adquiere carta de ciudadanía en el Derecho penal con Carl Stooss (Anteproyecto del Código penal suizo, 1893) (11), y logra plena madurez a mediados del siglo xx. Actualmente, la mayoría de los penalistas que siguen (con más o menos innovaciones) las líneas del Derecho penal neoclásico (prescindiendo de Bettiol, Soler, Manzini y otros que conciben las medidas como ajenas al Derecho penal, por ser medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito) (12), consideran que entre las sanciones del Derecho penal —junto a las penas— figuran y deben figurar las medidas. Así opinan, también, la generalidad de los penalistas españoles.

(8) MELZER (M.), *Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion*, Tübingen, 1970; ídem, *Die Neue Sozialverteidigung — ein neuer Begriff in der deutschen Strafrechtsreformdiskussion?*, en "JZ", 1970, págs. 764 y siguientes.

(9) BAUMANN, *Problèmes réels et faux problèmes de la réforme du droit pénal en République fédérale d'Allemagne*, en "Revue de Science Criminelle et de Droit pénal Comparé", t. XXV, 1970, págs. 803 y sigs.; ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", t. 81, fascículo núm. 3, 1969, págs. 613 y sigs.

(10) BOCKELMANN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils*, en "ZgStW", t. 81, fascículo núm. 3, 1969, págs. 597 y sigs.

(11) STOOSS, *Sichernde Massnahme*, en "Rev. P. Sui.", 1905, págs. 167-181. Ídem, *Zur Natur der sichernden Massnahme*, en "Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform", 1912, págs. 368 y sig. Ídem, *Der "Dualismus" im Strafrecht. Eine Berichtigung*, en "Rev. P. Sui.", 1928, págs. 54 y sig.

(12) V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. 3.º, 9.ª ed., Edictrice Torinese, Torino, 1950, pág. 207. G. BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, 8.ª ed., Padova, 1973, págs. 818 y sig. S. SOLER, *Las medidas de seguridad no son sanciones*, en "Anuario de Derecho Penal", 1964, págs. 215-227.

En este terreno destaca la aportación de Jiménez de Asúa, que se ocupó del tema en muchas ocasiones. De sus conferencias y escritos se puede concluir una visión bastante completa, aunque menos armónica que en otros campos, como él mismo reconoce (13).

Según Jiménez de Asúa, las medidas son medios asegurativos que van acompañados de una privación de libertad o de una intromisión en los derechos de la persona, de duración más bien indeterminada, que se imponen por el carácter dañoso o peligroso del agente (con el fin de evitar futuros delitos). Difieren de las penas en su origen histórico, en su naturaleza, en sus efectos y en sus fines (aunque en este punto hay a veces cierta coincidencia, según decía ya von Liszt). Olvidar estas diferencias, como pretende la *Scuola positiva*, sólo consigue desvirtuar ambas instituciones y poner en superlativo riesgo las garantías de la libertad del hombre. El fundamento de las medidas es el estado peligroso del agente. Esta noción no puede enclavarse jurídicamente y resulta sobremanera ajena al método y a la fundamentación del jurista cuando se impone en vez de la pena, pues el estado peligroso es noción de Psicología, no de Derecho. Sólo puede enclavarse esta noción jurídicamente cuando se aprecia en un delito en el que no predomine el estado peligroso, y entonces se la puede incluir en el juicio de culpabilidad, dentro del examen y de la valuación del elemento caracteriológico.

Jiménez de Asúa, al considerar ajena al Derecho penal la medida que se impone en vez de la pena, coincide parcialmente con Bettiol y los demás que excluyen las medidas del ámbito del Derecho penal. Sin embargo, admite una peligrosidad sin delito y una medida predelictual (que sólo puede dictar el juez). En este punto quiebra algo el rigor sistemático del gran tratadista, como también cuando desea que a los delincuentes habituales y profesionales se les someta a una especial medida que reemplace eficazmente a la pena, como medio asegurativo, en función de prevención especial, y que sea lo bastante rigurosa y públicamente proclamada para cumplir la indispensable prevención general (14).

3. Definición de las medidas

Para nosotros, después de reflexionar sobre las definiciones y las observaciones de los principales teóricos y a la luz de las modernas legislaciones, las medidas (penales) son *medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales* (con la ayuda de peritos en las ciencias del hombre), *a tenor de la Ley, a*

(13) JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Jornadas de Derecho penal*, Buenos Aires, 1962, páginas 106 y sigs., espec. 110.

(14) Atinadamente opina JIMÉNEZ DE ASÚA que la pena retributiva ordinaria es inútil para estos delincuentes, pero no se les puede dejar sin el reproche que merecen sus delitos graves.

las personas (naturales) peligrosas (con peligrosidad delictual) para lograr la prevención especial. Por prevención especial entendemos la superación del peligro en la persona concreta, su inocuización y/o su integración en la comunidad (15). Lógicamente, las medidas contribuyen también a la defensa de la comunidad, en cuanto evitan la comisión de futuros probables delitos (16), pero pretenden ante todo la asistencia a los delinquentes peligrosos.

Las definiciones que conciben las medidas como privación de bienes jurídicos tendentes a evitar futuros delitos, etc., desenfocan el tema —en nuestra opinión—, pues insisten en lo accidental y negativo (la privación de los bienes jurídicos), que a veces puede faltar y pasan por alto lo principal y positivo: los medios asistenciales.

Estos medios asistenciales pueden entenderse en sentido estricto, verigracia, internamiento reeducador, y en sentido amplio, v. gr., privación del permiso de conducción. Tal privación beneficia al sujeto en cuanto le impide realizar una actividad que para él resulta excesivamente peligrosa. Nuestra definición puede entenderse mejor si consideramos los rasgos característicos de las medidas contrastados brevemente con los rasgos de las penas (en el campo dogmático, en el legislativo, en el judicial y en el de ejecución) y con las reparaciones penales (17).

Pero antes de este confrontamiento conviene aclarar tres puntos: el relativo a las personas naturales, el relativo a la peligrosidad delictual y, por fin, el de las personas marginadas.

Excluimos las personas jurídicas como sujetos pasivos de las medidas, aunque, *de lege lata*, bastantes legislaciones regulan como medidas algu-

(15) ANTÓN ONECA entiende por prevención especial “la actuación sobre el autor de un hecho antijurídico para que no vuelva a realizar otro hecho similar, ya mediante la readaptación al medio social del que se mostró enemigo, ya poniéndolo en condiciones de que no vuelva a dañar”. ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, 7.

(16) ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Uteha, Buenos Aires, 1960, pág. 559, considera las medidas como “ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según que tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicar. Destinadas a integrar el sistema tradicional de las penas en los casos en que éstas no son aplicables o, aun siendo aplicables, no se consideran suficientes para la prevención de nuevos delitos, hicieron su primera aparición en el Proyecto de Código penal para Suiza de 1893”.

(17) Otros autores siguen también este método al estudiar el concepto de la medida. Por ejemplo, J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, volumen II, Madrid, 1972, págs. 551 y sigs.; BARBERO SANTOS, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con especial referencia al Derecho italiano y alemán*, en “Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca”, 1958, págs. 186 y sigs. (reeditado en “Estudios de Criminología y Derecho penal”, Valladolid, 1972); CUELLO CALON, *Las medidas de seguridad*, en “Anuario de Derecho Penal”, 1956, págs. 9 y sigs.; ídem, *La moderna penología*, Barcelona, 1958, págs. 95 y sigs.; ANCEL, *Les mesures de Sûreté en matière criminelle*, Melun, 1950; BUENO ARUS, *La peligrosidad social y la legislación española*, en “Razón y Fe”, mayo 1971, págs. 487 y sigs.

nas sanciones aplicadas a personas jurídicas, por ejemplo, el cierre de establecimientos (18).

En buena técnica dogmática —de acuerdo con la mayoría de los especialistas continentales, y en desacuerdo con algunas legislaciones, sobre todo la inglesa—, tales sanciones no son (ni deben considerarse como) medidas penales. Son sanciones administrativas, aunque las impongan y apliquen las autoridades de la jurisdicción criminal.

Las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de medidas penales (19), pues carecen de peligrosidad criminal, ya que nunca delinquen, *societas delinquere non potest* (20), pues les falta capacidad de actuar, de ser culpables y responsables, en el sentido exigido por la acción, la culpabilidad y la responsabilidad, como elementos básicos del delito.

Nuestra definición al hablar del fundamento de las medidas incluye la peligrosidad delictual, pero excluye la peligrosidad *social*. La probabilidad de que el sujeto realice actos levemente perturbadores de la vida comunitaria (actos asociales), sin llegar a constituir delitos (pues no son actos antisociales), resulta insuficiente para fundamentar la imposición de medidas penales.

Sin embargo, las medidas posdelictuales (que tienen ya un fundamento suficiente) pueden —en algunos casos y respetando los derechos elementales de las personas— pretender corregir no sólo la peligrosidad delictual, sino también la social. Admitimos que a quien cometió un delito y necesita un tratamiento de reinserción social se le someta a un régimen terapéutico tendente a evitar los delitos futuros y también los actos asociales. Dicho con otras palabras, la probabilidad de hechos asociales no fundamenta las medidas penales, pero la pretensión de evitar esos hechos puede constituir parte (totalmente accidental) de la meta propia de las medidas penales (21). Esta finalidad no puede agravar ni la duración ni el contenido de la medida.

(18) Generalmente, los textos legales entremezclan las medidas a personas naturales con las sanciones a personas jurídicas. Pocas legislaciones penales regulan en capítulo autónomo las sanciones aplicables a las personas jurídicas, como el Código penal del Estado de Veracruz (Méjico), en su artículo 21.

(19) Para no dejar sin sanción penal ciertos hechos delictivos cometidos en nombre de personas jurídicas, puede aplicarse la teoría moderna relativa a quien actúa en nombre de otro. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 2.^a ed., Madrid, 1971, págs. 319 y sig. Esta teoría puede fundamentar también ciertas medidas penales aplicables a esas personas naturales que antes permanecían inmunes de toda sanción penal.

(20) La frase *societas delinquere non potest* de Sibinaldo de Fieschi no tiene en su contexto el sentido que suele atribuírsele. Cfr. PANIZO ORALLO (S.), *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sibinaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, San Sebastián, 1973 (inédito, de próxima publicación), especialmente el capítulo XII: "Capacidad criminal de la persona jurídica", donde se prueba que Sibinaldo de Fieschi admite la probabilidad de delinquir de la *universitas*.

(21) A la luz de lo expuesto en el texto, debe entenderse la circunstancia cuarta del artículo 98 del Código penal, que los sentenciados "ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad".

Las víctimas de un delito han de incluirse, sin duda, entre las personas a las que el Derecho penal debe atender. La importancia, actualmente en crecimiento, de la victimología obliga a incluir entre los sujetos pasivos de la sanción a los marginados por delitos ajenos.

Menos evidente resulta la sistematización de estas sanciones. En algunos casos deberán considerarse medidas penales, si las víctimas —por el delito ajeno— han abocado al delito y a la peligrosidad. Como ejemplo pueden citarse ciertos menores de edad que se hallan en estado de prostitución y de peligrosidad delictual, víctimas del abandono de las personas que sobre ellos ejercen autoridad familiar o ético-social. En otros casos, si las víctimas no son delinquentes y peligrosas, estas sanciones deberán considerarse (como veremos después) reparaciones penales.

Hechas ya estas aclaraciones acerca de las personas naturales, de la peligrosidad delictual y de las víctimas, pasemos a la comparación de las tres sanciones penales entre sí.

4. Comparación de las medidas con la pena

4.1. Divergencias y coincidencias dogmáticas

Desde el punto de vista dogmático, al confrontar el concepto de medida con el de pena (entendiendo por pena el *conjunto de obligaciones y privaciones que la autoridad impone y aplica a tenor de la ley, por medio de los órganos jurisdiccionales, al culpable de un delito para lograr la prevención general y la prevención especial*) (22) aparecen varias divergencias y varias coincidencias que aclaran nuestra definición de las medidas.

La divergencia principal se refiere al *presupuesto básico* y al *límite*. Las penas presuponen la culpabilidad (23); las medidas únicamente se

(22) Hoy, en muchos casos, resulta insuficiente y anacrónico considerar lo esencial de la pena en sólo la privación de derechos. En la teoría y en la legislación (Código penal y legislación penitenciaria), las penas suelen tener bastantes rasgos esenciales positivos (de *tratamiento para el delincuente*).

Más insuficiente y anacrónico resulta —como ya hemos indicado— formular la definición de las medidas única o principalmente como medios privativos o limitativos de bienes jurídicos. Cfr. CUELLO CALON, *La moderna penología*, Barcelona, 1958 página 88. FENECH, *Derecho procesal penal*, II, 1960, págs. 936 y sig.

(23) Penas aparentemente tan lejanas y aun opuestas a las medidas como pueden ser el cepo y la horca, tienen por fundamento, en algunas legislaciones, la peligrosidad tanto o más que el *quia peccatum est*. Así, en el Derecho penal vasco del siglo XIV —“Cuaderno de Hermandad de 1394”, título XXXIX—, los peones lanceros y homes andariegos, por ser peligrosos (por ser comúnmente atendidos a fazer muchos maleficios), pueden sufrir la pena del cepo y la horca. Cfr. LABAYRU y GOICOECHEA, *Historia general del señorío de Bizcaya*, t. II, Bilbao, 1897, págs. 497 y sigs.

También el Derecho germano anterior a la recepción (siglos XII y XIII) imponía sanciones penales apoyándose en la peligrosidad social (um des Nachweis der sozialen Schädlichkeit und Gefährlichkeit) a los “nocivos a la tierra”. Cfr. Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte des deutschen Strafrechtspflege*, 3.^a ed., Göttingen, 1965,

apoyan en la peligrosidad. La pena no puede rebasar el límite de la culpabilidad del delincuente; la medida prescinde de este límite. También difieren respecto al ámbito temporal de la Ley, ya que para las (al menos, para algunas) medidas no se aplica el principio de irretroactividad.

Las divergencias continúan, aunque en menor grado (pues aquí median también coincidencias importantes), respecto a *los fines*. Las medidas pretenden únicamente la prevención especial (24); las penas buscan la prevención general (restauración de la tranquilidad, restablecimiento del orden jurídico, intimidación del delincuente potencial, reafirmación de los valores éticos, etc.) y la prevención especial. (Según algunos, la prevención especial ocupa un lugar muy secundario.)

Todavía median menos divergencias (o, si se quiere, más coincidencias) respecto al contenido, respecto a la esencia de las medidas y de las penas. Parcialmente, y dentro de sus criterios, lo reconoció von Liszt (y algunos que posteriormente citan su testimonio) respecto a las medidas postdelictuales, al afirmar que «si la medida de seguridad está asociada a la comisión de un hecho punible, puede muy bien asumir en sí misma la esencia de la pena (un mal ligado a la reprobación); e indudablemente también desde el punto de vista de la teoría retributiva. Ambas instituciones jurídicas son como dos círculos secantes» (25). Esta parte común aparece evidente en las sanciones —integradas por penas y por medidas— aplicadas generalmente, de acuerdo con la mejor técnica dogmática, a los delincentes profesionales, habituales y semiimputables.

Más claramente coinciden ambas instituciones por su contenido de tratamiento en los sujetos con gran posibilidad de resocialización. Muchos niegan esta identidad porque consideran la pena como mera retribución vindicativa al pasado (*quia peccatum est*), como mero mal (*malum passionis*), como mera privación de derechos... Esta concepción unidimensional y unilateral no puede mantenerse hoy. La esencia de la pena —en la aplicación práctica, prescindiendo de prejuicios de escuelas (26)— es más variada, más rica y más positiva, pues ciertamente su contenido

páginas 82 y sigs., p. 67. Todavía muy recientemente, el año 1955, nuestro Tribunal Supremo (sentencia de 30 de diciembre de 1955), al fundamentar la pena se refiere a “la temibilidad que manifiesta quien trata de realizar un hecho cuya ejecución resulta imposible”. Actualmente, varios Códigos penales de las repúblicas socialistas determinan la cuantía de la pena según la peligrosidad del sujeto, con las consecuencias dogmáticas que indica CALVI, *Tipo criminológico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, págs. 518 y sigs.

(24) La prevención especial puede exigir una reprensión o una amonestación por las acciones pretéritas. Cfr. LTTM, art. 17, y LPRS, art. 5, núm. 13. Las medidas pueden, accidentalmente, ayudar a la prevención general. Cfr. GRISPIGNI, *Derecho penal italiano*, trad. de Beneditti, vol. I, Buenos Aires, 1948, págs. 99 y sigs.

(25) F. v. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, traducido por Jiménez de Asúa, tomo III, 3.ª ed., Madrid, s. a., 198 y sig.

(26) En las penas pecuniarias aparece menos clara esta pluridimensionalidad. Ya Ulpiano, en el Digesto (libro 50, 16, 131, párrafo 1) distingue la multa de la pena.

Acerca de la doctrina actual, cfr. ZIPF, *Die Geldstrafe*, Luchterhand, Berlín, 1966.

(prescindiendo de su finalidad) incluye algunas técnicas y prácticas de tratamiento carentes de sentido vindicativo. La pena, aun por su esencia de retribución, incluye también la devolución al delincuente de algo propio que perdió al delinquir. Si la pena no incluyera esencialmente cierta terapia, no podría cumplir la finalidad reeducadora que generalmente la ley y la doctrina también le asignan. El mero castigo no reeduca, como insisten los pedagogos y sociólogos, sobre todo modernamente (27).

Todos los juristas reconocen que los establecimientos penitenciarios donde se cumplen las penas privativas de libertad han de tener instituciones reeducadoras de trabajo, de formación cultural, de instrucción religiosa, etc., porque hoy el Estado social de Derecho no puede internar a un ciudadano sin brindarle simultáneamente ciertos medios de positiva asistencia social. Nadie concibe la pena como mera privación de derechos, sino que todos (aunque no lo formulen) ven en ella un contenido esencial multivalente y también terapéutico.

Por fin, ambas sanciones coinciden —y siempre— en su *justificación* última, que, como veremos después, radica en la necesidad de su imposición y aplicación para posibilitar la digna convivencia social.

4.2. Panorama legislativo

La legislación penal de todas las naciones modernas suele regular penas, medidas y reparaciones penales. A veces, dentro del Código penal, bajo títulos distintos específicos; otras veces, bajo un título genérico de «sanciones»; en algunas naciones, las penas figuran en el Código, y las medidas, en leyes especiales. (Las reparaciones se establecen frecuentemente en la legislación penal y/o en la civil.) Las medidas aplicables a los menores y a los militares suelen regularse en la legislación —especial— correspondiente.

Algunas legislaciones, como la española (Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, y su antecedente la Ley de Vagos y Maleantes), incluyen no sólo medidas posdelictuales, sino también predelictuales, de las que hablaremos más adelante.

Parece poco exacto afirmar que tal o cual legislación penal mantiene el sistema monístico, con sólo penas o sólo medidas, pues generalmente las legislaciones *aplican ambas sanciones* (aunque terminológicamente no lo reconozcan) o una sanción de carácter mixto, llámese pena de seguridad o medida de seguridad penal (28). Para probarlo, baste constatar que en

(27) Las principales teorías modernas de la educación, especialmente de la educación programada, insisten en los resultados frustrantes del castigo.

(28) ANTÓN ONECA (J.), *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, págs. 114 y sigs. JESCHECK (Hans-Heinrich), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Duncker Humblot, Berlín, 1972, págs. 62 y sig.; BLAU (G.), *Das Problem der Zweispürigkeit von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massregeln im Vollzug; Unterscheidungsmerkmale verschiedener Freiheitsstrafen im Vollzug*, en "Materialien zur Strafrechtsreform. Reform des Straf-

la generalidad de las naciones el enajenado peligroso que mata a otra persona queda sometido a una medida de seguridad, pero libre de pena. Y, por otra parte, todas las legislaciones aplican ambas sanciones —o una sanción híbrida— a los delincuentes profesionales, habituales, semiimpuntables, etc.

En sentido amplio, pueden considerarse monistas algunas legislaciones que rubrican todas sus respuestas al delito con el título de sanciones, o de correcciones, o de tratamiento (incluyendo privaciones de derecho y técnicas de resocialización), sin analizar, en cada caso concreto, si se trata de una pena o de una medida, o de una reparación penal.

4.3. Semejanzas en el campo judicial

Las naciones jurídicamente desarrolladas suelen imponer las medidas mediante un procedimiento semejante (pero no idéntico) al de las penas. Aunque en estas páginas prescindamos de la problemática procesal en cuanto tal, sin embargo, conviene señalar la necesidad de llevar a cabo la imposición de las medidas penales bajo el *control de la autoridad judicial* para impedir que se violen (como sucede con relativa frecuencia) los derechos elementales de la persona, y para facilitar (con un criterio más) su diferenciación de las simples medidas administrativas (ajenas al Derecho penal).

Dada la complejidad de las modernas ciencias del hombre, tan necesarias para diagnosticar el estado peligroso y para señalar el tratamiento adecuado, cada día es más frecuente que un equipo de especialistas asesore a la autoridad judicial en la imposición y —sobre todo— en la aplicación de las medidas. El asesoramiento de los peritos es también necesario para la imposición, individualización y ejecución de las penas, pero en grado menor que cuando se trata de las medidas (29).

De cara al futuro, propugnamos la división del proceso penal en dos fases —*conviction* y *sentencing*—, especialmente cuando se impongan medidas (30).

vozugsrechts", t. 8, parte primera y segunda, Bonn, 1959, 1-251; LANG-HINRICHSSEN, *Das Strafsystem*, en "Materialien zur Strafrechtsreform. Reform des Strafvollzugsrechts", 2. Band, I, Allg. Teil, Bonn, 1954, 33-84.

(29) El VII Congreso Internacional de Defensa Social, celebrado en París, del 18 al 22 de noviembre de 1971, estudió "Las técnicas de la individualización judicial" cfr. "Revue Scienc. Crim.", 1972, págs. 184 y sigs., 327 y sigs.; BUENO ARUS, *En torno al VIII Congreso Internacional de Defensa Social*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 942, febrero 1973, págs. 3 y sigs. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOVSKY, *Judicial individualisation in four stages of criminal proceedings*, en "International journal of criminology and penology", vol. 1, núm. 2, mayo 1973, págs. 161 y sigs.

(30) Otro planteamiento presenta BARBERO SANTOS, *La división en dos fases del proceso penal*, en "Estudios de Criminología y Derecho penal", Valladolid, 1972, páginas 191 y sigs. (Se publicó también en "Anuario de Derecho Penal", 1969, páginas 269 y sigs.)

La doctrina moderna respecto a la dinámica del delito muestra que entre la culpabilidad y la peligrosidad no media una cesura esencial y tajante. Por eso Jiménez de Asúa, Eberhardt Schmidt, Grünhut, etc., en algunos casos, propugnan incluir el juicio de la culpabilidad dentro del examen y de la valuación del elemento caracteriológico (31). A la vista de tal interdependencia y del elevadísimo porcentaje de delincuentes peligrosos, como lo muestran las estadísticas de los reincidentes (32), resulta criticable, según expondremos después, el artículo 13 de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.

4.4. Semejanzas en la ejecución

En el terreno de la ejecución, muchos especialistas (y aun algunos defensores a ultranza del dualismo) consideran imposible distinguir las penas de las medidas. Tienen razón en cuanto la ejecución de la pena coincide en muchos aspectos con la ejecución de la medida, por su naturaleza y finalidad reeducadora (33). Pero sólo tienen parte de razón, pues la ejecución (como la imposición) de las medidas, sobre todo en algunos casos, evita totalmente el cariz retributivo (y también peyorativo) respecto al pasado (*quia peccatum est*). En cambio, la ejecución de la pena no siempre puede evitar ese aspecto de reproche (y sin olvidar que su imposición no debe evitarlo).

En este campo, la realidad presente no debe confundirse ni con la teoría ni con la realidad futura. En teoría, la ejecución de las penas implica una doble vertiente, al pasado y al futuro, a la culpabilidad y a la peligrosidad, mientras que la ejecución de las medidas sólo tiene en cuenta el futuro, la peligrosidad.

Si el sometido a la medida es inculpable (por inimputabilidad, o por otra causa), la ejecución de la medida evita fácilmente todo carácter de reproche. Pero si, como sucede con más frecuencia, el sometido a las medidas es (total o parcialmente) culpable, entonces la ejecución no suele diferenciarse tanto. El juez de ejecución, a tenor del principio de vicariedad o sustitución (*Vikarierenprinzip*), ordenará que, según las circunstancias, se cumpla primero la pena o la medida, o parte de una o parte de otra, y que después se compute el tiempo transcurrido, según lo exija

(31) JIMÉNEZ DE ASÚA, en "Jornadas de Derecho penal", Buenos Aires, 1962, segunda sección: Penas y medidas de seguridad, págs. 101 y sigs.

(32) Suponemos que la reincidencia es un índice de posible peligrosidad. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia*, en "Anuario de Derecho Penal", t. XXV, mayo-agosto 1972, págs. 289 y siguientes.

(33) FRAILE AMELIVIA (A.), *Aspectos generales del tratamiento penitenciario en España*, en "Rev. Est. Pen.", 1971, págs. 41 y sigs.; GUARNERI, *Misure*, en "Novissimo Digesto Italiano", 1964, pág. 793; VASSALLI, *Las medidas de seguridad en el Código penal argentino y en la experiencia italiana*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", octubre-diciembre 1971, págs. 574 y sigs.

la pena impuesta y la resocialización lograda. En realidad, muchas veces la ejecución avanzará por la «tercera vía», que llamaríamos, con Antón Oneca, medida de seguridad penal o pena de seguridad.

Así sucede, por ejemplo, con algunas instituciones modernas como la de Herstedvester, en Dinamarca (cfr. el artículo 70 del Código penal danés, en relación con el artículo 17), dirigida por Stürup, la clínica Van der Hoeven (en Utrech) y los establecimientos de terapéutica social proyectados en el nuevo Código penal alemán (34), cuya preparación y puesta en marcha ha retrasado la entrada en vigor de parte del nuevo Código penal hasta el 1 de enero de 1974 o, muy probablemente, más tarde.

Prácticamente, en no pocas naciones (también en España) muchas (o todas las) medidas privativas de libertad quedan equiparadas en la ejecución a las penas, por falta de instituciones y de personas especializadas. Los resultados de esta equiparación son funestos, si los servicios carcelarios carecen (como sucede con frecuencia, por desgracia) de la debida preponderante (o exclusiva) dimensión reeducadora. No son tan funestos si el tratamiento resocializador recibe la atención debida. Las medidas, algunas especialmente, producirán frutos mejores si se llevan a cabo en instituciones propias, a cargo de equipos de técnicos (controlados por el juez —o los jueces— de ejecución de medidas) conocedores de los modernos procedimientos de diagnosis, de tratamiento y de reeducación.

4.5. Conclusión

Como resumen de lo expuesto en este capítulo se puede concluir que las medidas difieren, más o menos, de las penas, ontológica y formalmente, sustantiva y procesalmente. Sin embargo, no media entre ambas una separación tajante. Sus conceptos se estructuran (o deben estructurarse) sobre coordinadas asistenciales, más que sobre las privativas de derechos y mucho más que sobre las afflictivas.

En ciertos casos las penas y las medidas difieren grandemente. Por ejemplo, la pena que se imponga a un parricida poco peligroso que llevó a cabo su delito arrebatado por la infidelidad de su cónyuge tiene muy poco de medida; y la medida aplicada a un menor víctima de ciertos

(34) LANDECHO, *Die Indikationsklausel zur Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt*, en "Juristenzeitung", 5 noviembre 1971, págs. 672-678; HANACK, *Die juristische Konzeption der sozialtherapeutischen Anstalt*, en "Kriminologische Gegenwartsfragen", 1972, Cuaderno 10, págs. 68 y sigs.; MAUCH, GERHARD y MAUCH, ROLAND, *Sozialtherapie und Sozialtherapeutische Anstalt. Erfahrungen in der Behandlung Chronisch-Krimineller: Voraussetzungen, Durchführung und Möglichkeiten*, en Cuaderno núm. 9 de "Beiträge zur Strafvollzugswissenschaft", Stuttgart, 1971, 101 págs. YAÑEZ ROMÁN, *Consideraciones en torno a la "imputabilidad disminuida", con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados "establecimientos de terapéutica social"*, en "Anuario de Derecho Penal", 1970, páginas 301 y sigs. STÜRUP (G. K.), *Institutional treatment of violent offenders*, en "International journal of criminology and penology", vol. 1, núm. 1, febrero 1973, páginas 99 y sigs.

delitos contra la honestidad, y por esto delincuente con gran peligrosidad, posee mínimos rasgos comunes con las penas.

En otras circunstancias, ambas instituciones pueden coincidir en gran parte, como dos círculos secantes, según afirmaron von Liszt, Jiménez de Asúa y otros. Pero conviene añadir algunas aclaraciones:

1.º La zona común —sobre todo durante el período de ejecución y en ciertos delincuentes (jóvenes, semiimputables, habituales)— es más extensa de lo que opinan eminentes penalistas, por ejemplo, Jiménez de Asúa.

2.º Las diferencias principales se refieren a la culpabilidad (indispensable para la pena, innecesaria para la medida) y a la peligrosidad (indispensable para la medida, innecesaria para la pena).

3.º Las coincidencias (o semejanzas) más importantes radican en la justificación, y en ciertos regímenes de tratamiento aplicables a delincuentes peligrosos que pueden resocializarse.

4.º Ambas instituciones (y sobre todo la medida) admiten tanta diversidad de especificaciones que resulta difícil establecer relaciones —con pretensiones de universalidad— entre la pena y la medida. En algunos casos mediará menos diferencia entre una pena y una medida (por ejemplo, entre destierro —Código penal, art. 88— y prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe —Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, art. 5.º, 10—) que entre dos penas o dos medidas (por ejemplo, entre internamiento en un establecimiento de preservación y amonestación).

5.º A pesar de las diferencias, creemos posible la unificación (más exactamente, la integración); pero preferimos el llamado dualismo, a pesar de las semejanzas.

En nuestra sistemática no hablamos de dualismo, pues, como veremos a continuación, creemos que la dogmática penal moderna debe estructurar un concepto genérico de sanción penal, con tres —no dos— especies principales: penas, medidas y reparaciones penales.

5. Comparación de las medidas con las reparaciones penales

Actualmente, los penalistas alemanes, después de estudiar las penas y las medidas suelen dedicar un tercer capítulo a las sanciones mixtas, o «consecuencias accesorias» (35).

El contenido y el concepto de esta especie intermedia varía muy poco en los principales tratadistas. Así, Jescheck incluye bajo el nombre de

(35) Mezger estructuraba distintamente el sistema de las sanciones, pues, como hemos indicado antes, en su *Lehrbuch* (2.ª ed.) sólo hablaba de penas y de «otras consecuencias jurídicas de índole diversa que la pena, sobre todo (las) medidas...» *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas por A. Rodríguez Muñoz, t. I, Madrid, 1935, páginas 4 y sigs.

Nebenfolgen, el comiso, la privación de la capacidad para desempeñar cargos públicos, la privación del derecho de voto activo y pasivo, la publicación de la sentencia y la reparación del daño. Welzel incluye: el comiso, la privación de cargos públicos, la publicación de la sentencia y la confiscación. Y Baumann: el comiso, la publicación de la sentencia y la indemnización del daño. Maurach reduce el campo de este grupo a sólo la indemnización (indiscutida) y el comiso (discutido) (36).

Jescheck reúne estas sanciones bajo el concepto específico de consecuencias accesorias, porque, según él, no se pueden considerar ni sólo como penas accesorias, ni sólo como medidas de seguridad, ni sólo como compensación de daños, sino que muestran un carácter jurídico resultante de diversos elementos. Las *Nebenfolgen* son sanciones, dice, que, en virtud de la ley o de la decisión judicial, se imponen junto a una pena y están en la frontera entre las penas, las medidas y la compensación de daños (37).

Welzel afirma que en las *Nebenfolgen* las características de la pena se mezclan con la finalidad de seguridad, predominando, según los casos, ésta o aquéllas (38). Según Maurach, la fórmula «penas consecuencias accesorias» es insatisfactoria, pues no dice nada sobre su contenido, pero resulta imprescindible, ya que bajo esa expresión se comprenden aquellas medidas judiciales que no pueden incluirse en las dos sanciones fundamentales del Derecho penal: penas y medidas (en sentido amplio). Este es el único elemento común de las consecuencias accesorias; en el aspecto positivo difieren tanto entre sí que es imposible encontrar una característica común (39).

Baumann (a diferencia de Jescheck, Welzel y Maurach) habla de «otras consecuencias», omitiendo el calificativo de accesorias (40).

El profesor de Tubinga no define los *sonstige Folgen*, pero las considera como (*ein gemisch von Sicherung und Nebenstrafe*) una sanción mixta entre medida de seguridad y pena (accesoria).

El Tribunal Supremo alemán reconoce la naturaleza mixta (*gemischte Natur*) de estas sanciones, concretamente de la publicación de la sentencia.

(36) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1972, págs. 596 y sigs.; WELZEL (H.), *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, págs. 254 y sigs.; BAUMANN (J.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1968, págs. 734 y siguientes; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., C. F. Müller, Munich, 1965, págs. 699 y sigs. Hay traducción (de la 2.^a edic.) y notas por CÓRDOBA RODA.

(37) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. Duncker-Humblot, Berlín, 1972, pág. 586.

(38) WELZEL (H.), *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pág. 254.

(39) MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Karlsruhe, Munich, 1965, págs. 729 y sigs.

(40) BAUMANN (J.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1968, pág. 659.

Schmidhäuser sistematiza las sanciones con unos criterios distintos. Pero, en el tema que aquí tratamos coincide con las opiniones hasta ahora expuestas. Según él, bastantes sanciones —por ejemplo, el comiso— tienen características de pena y de medida. Concretamente, respecto a la publicación de la sentencia y la indemnización de perjuicios, Schmidhäuser sigue la teoría de Jescheck, de Baumann y de Maurach, como reconoce al citarlos (41).

Entre los penalistas hispanos merece destacarse, en este campo, la aportación de Antón Oneca.

El año 1944, el entonces catedrático de Salamanca, al estudiar la prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, después de explicar las principales doctrinas acerca de la distinción o identidad de penas y medidas, concluye que cabe admitir, entre la pena y la medida, una zona intermedia de sanciones de carácter mixto, y propone que la solución podría estar en generalizar «la tercera vía», en crear un tercer término, entre la pena retributiva y orientada principalmente a la prevención general, y la medida de prevención individual. Esta tercera especie de sanción podría llamarse, dice, *pena de seguridad* o *medida de seguridad penal* (42).

Tienen razón éstos —y otros— autores al afirmar que en las legislaciones penales contemporáneas algunas sanciones cubren una «tierra de nadie» entre la pena y la medida. Y que esas sanciones, en determinados casos, poseen predominantemente las características de la pena, mientras que en otras circunstancias se acercan mucho más —o totalmente— a las medidas. La ubicación sistemática de esta «tercera vía» puede discutirse. Quizá aporte ventajas —especialmente en la doctrina alemana— el formar un tercer capítulo semejante a los dos básicos de penas y medidas. Pero, en mi opinión, resulta más de acuerdo con la técnica dogmática —al menos en el Derecho penal español— agrupar estas sanciones en una subespecie intermedia entre las penas, las medidas y las reparaciones penales, como aparece en el diagrama de la página 31.

Estas *Nebenfolgen* no coinciden entre sí tanto ni discrepan de las demás tanto como para formar una especie autónoma diversa de las penas, de las medidas y de las reparaciones.

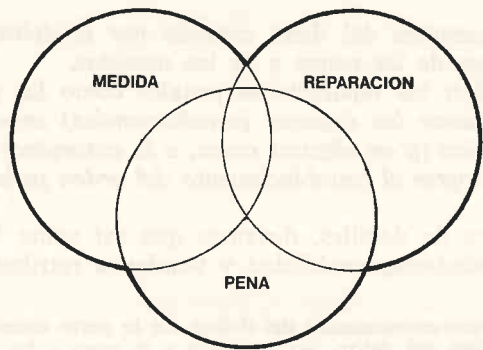
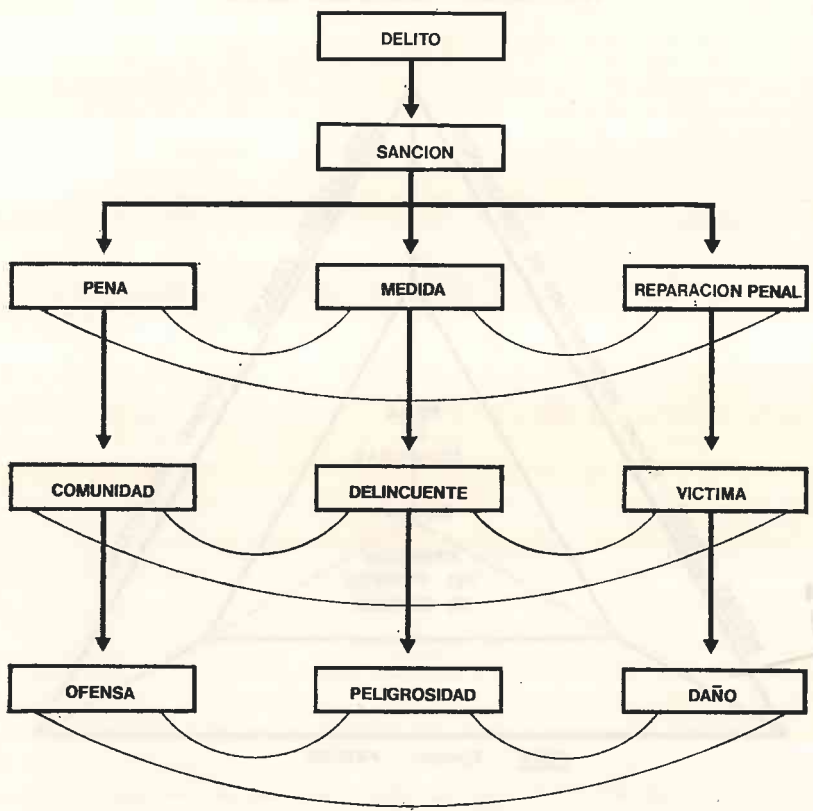
En cambio, sí parece oportuno reunir en una tercera especie de sanciones penales todas las demás, es decir, aquellas que no son ni penas ni medidas (ni «tercera vía»).

En nuestra opinión (43), las une un punto común: todas ellas giran

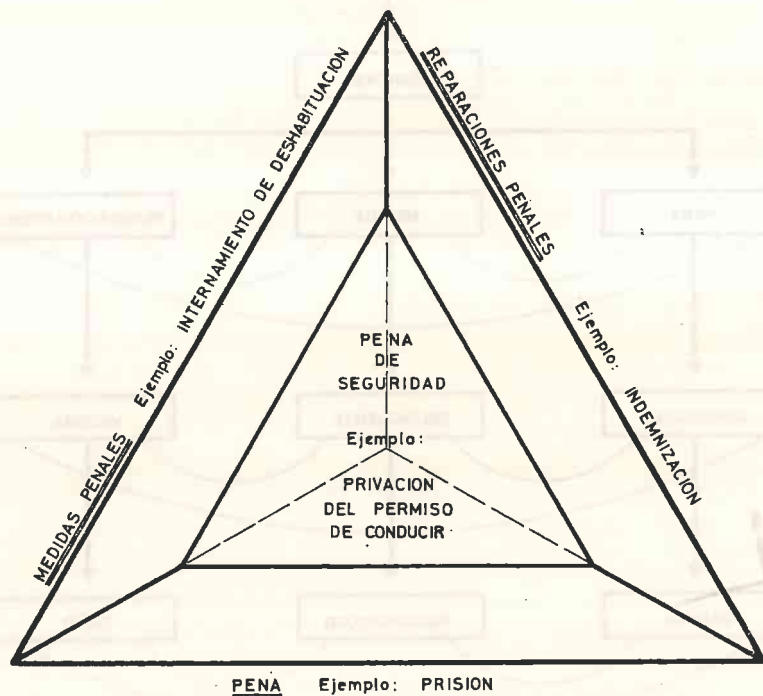
(41) SCHMIDHÄUSER (E.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1970, págs. 622 y 671 y sig.

(42) ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Cervantes, Salamanca, 1944, págs. 114 y sig.

(43) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, 2.ª ed., Madrid, 1971, 10, al definir el Derecho penal se refiere a la sanción penal (genérica) con una fórmula que puede comprender tres especies: «las penas y otras medidas preventivas



SANCIONES PENALES EN DERECHO ESPAÑOL



en torno a la reparación del daño causado por el delito, y este mismo rasgo las diversifica de las penas y de las medidas.

Podríamos definir las reparaciones penales como *las prestaciones que la ley penal (mediante los órganos jurisdiccionales) impone al autor de un hecho antijurídico (y en algunos casos, a la autoridad) para compensar a la víctima y así lograr el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad.*

Si prescindimos de detalles, diríamos que así como las penas presuponen la culpabilidad-responsabilidad y tienden a retribuir la ofensa a la

o reparatorias" que son consecuencia del delito. En la parte tercera, al comentar las consecuencias jurídicas del delito, no se limita a la pena y las medidas, sino que trata también de la responsabilidad civil y las costas procesales (págs. 805 y sigs.).

ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1949, divide la sanción penal en tres secciones; la tercera trata de las sanciones reparatorias.

comunidad (y a lograr la prevención general de la comunidad), y las medidas presuponen la peligrosidad y tienden a resocializar al delincuente, la tercera especie —que llamamos *reparaciones penales*— presuponen el hecho antijurídico y tienden a reparar el daño-perjuicio causado a la víctima. Los diagramas representados en las páginas 61 y 62 muestran, en resumen, esta sistematización de las tres sanciones penales, más relacionadas y dependientes entre sí que los lados del triángulo.

A esta tercera especie la denominamos «reparaciones penales», porque creemos que todas las sanciones en ella incluidas tienen cierta faceta sustantiva de reparación o indemnización (en sentido amplio), que actualmente conviene atender con mucho cuidado.

Aunque esta sistematización ni en las legislaciones ni en los tratadistas ha logrado todavía madurez, esperamos que aporte resultados fecundos en el Derecho penal de un mañana próximo, especialmente preocupado por la víctima (44).

(44) No responden a la teoría contemporánea los textos legales, que sólo reconocen y establecen dos sanciones penales (las penas y las medidas), como el artículo 1.º de la *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments* del 28 de mayo de 1970, y el artículo 1.º de la *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*, del 15 de mayo de 1972. Cfr. "European Treaty Series", núms. 70 y 73.

Clases de medidas

1. Criterios varios de clasificación

Las cada día más numerosas medidas pueden clasificarse en varios grupos, tomando en consideración diversos criterios. Entre los criterios diferenciadores interesan principalmente los siguientes: el fundamento, el bien jurídico, el destinatario, el tiempo, la finalidad objetiva y la finalidad subjetiva.

Algunas de estas diversificaciones aportan luz para solucionar problemas importantes, por ejemplo, para decidir si tal medida concreta debe incluirse o excluirse de las normas del Derecho penal, de los tratados de extradición, etc.

1.º Conviene empezar por la clasificación según el *fundamento* de las medidas. Las *posdelictuales* se distinguen de las *predelictuales* por razón de su diverso fundamento, es decir, del diverso criterio de diagnóstico del estado peligroso. Aquéllas se fundan en la peligrosidad *posdelictual*, o sea la de quien (sin necesidad de que sea imputable y culpable) ha realizado una acción tipificada como delito que es índice (o uno de los índices) de su inclinación criminal o antisocial. Por ejemplo, la medida aplicada a un delincuente tendente a la reincidencia. En sentido amplio, pueden considerarse también *posdelictuales* las medidas impuestas por los Tribunales Tutelares de Menores a ciertos menores que han realizado una acción tipificada en el Código penal, a tenor del artículo 9 de la Ley de los TTM.

Teniendo en cuenta la relevancia de las medidas *posdelictuales*, en la página 65 exponemos, esquemáticamente, sus posibles subdivisiones. Estas iluminan el campo y el contenido que pueden regular las legislaciones positivas.

Las medidas *predelictuales* se fundan en la peligrosidad (criminal o social) *predelictual*, o sea la detectada por indicios personales distintos del delito. Puede darse tal peligrosidad en quien no ha cometido un delito, y también en quien lo ha cometido (si el indicio es ajeno a ese delito).

MEDIDAS POSDELICTUALES

1.º Bien jurídico ...	} Libertad	} Privativas	{ Internamiento.
} Otros derechos	} Restrictivas	{ Permiso de conducir.	
			} Pecuniarias
2.º Destinatario	} Personas (edad)	} Adultos: Código penal, LPRS. Jóvenes: Código penal o Ley especial (LPRS). Menores: LTM.	
			} Personas (imputabilidad)
3.º Tiempo	} Duraderas	{ Determinadas. Indeterminadas.	
			} No duraderas.
4.º Finalidad objetiva	} Delictuales - Criminales. Sociales (?)		
		5.º Finalidad subjetiva	} Seguridad
} Corrección	} Curativas		
		} Educativas	{ Libertad vigilada. Caución.
6.º Relación con la pena	} A. Sustitutivas. B. Complementarias.		
		7.º Naturaleza jurídica	} A. Penales. B. Procesales. C. Administrativas. D. Civiles.

Esta diferenciación, atendiendo al fundamento, es relativa, pues si una determinada acción se considera delito en esta nación, pero no en aquélla, la peligrosidad descubierta porque el sujeto ha realizado esa acción (que indica su estado interno, su tendencia, etc.) será aquí posdelictual, pero allí, predelictual. La medida correspondiente será también posdelictual en esta nación y predelictual en aquélla.

2.º Por razón del *bien jurídico* afectado, las medidas (como las penas) pueden ser: privativas de libertad (v. gr., internamiento en un establecimiento de reeducación), restrictivas de libertad (v. gr., prohibición de entrar en ciertas ciudades o en ciertos locales), privativas o restrictivas de otros derechos (v. gr., privación del permiso de conducir vehículos de motor), pecuniarias (v. gr., caución), etc.

3.º Respecto al *destinatario*, las medidas se dividen en *personales* y *no personales* (reales, según algunos). Las primeras —que son todas las penas— corresponden a las personas naturales, y las segundas a las personas jurídicas. Como ejemplos de éstas podemos citar algunos casos de disolución de una sociedad y/o de cierre de un establecimiento. (En ciertos casos, estas medidas pueden ser personales.)

Dentro de las medidas personales conviene tener en cuenta al menos dos subdivisiones, la primera, según que los sujetos pasivos sean: adultos, jóvenes o menores, y la segunda, diversificando los imputables, semiimputables e inimputables.

4.º En relación al *tiempo*, las medidas pueden ser *duraderas* o *aisladas* (no duraderas, según el Reglamento de T. T. M., art. 36). Estas últimas, como, por ejemplo, la amonestación, no hacen referencia alguna al tiempo. En cambio, las primeras (por ejemplo, la libertad vigilada o el internamiento) se aplican por un tiempo variable (más o menos determinado), cuya duración depende de varias circunstancias, algo así como en las penas privativas de libertad o restrictivas de derechos. Algunas medidas duraderas plantean graves problemas, pues en ciertos casos y/o en cierto sentido son de duración indeterminada. Tal indeterminación puede violar el principio de legalidad.

5.º Atendiendo a la *finalidad objetiva*, hablamos de medidas *criminales* (o *delictuales*) si pretenden evitar el delito; y de medidas *sociales*, si pretenden evitar perturbaciones sociales (no delictivas). Como ejemplo de estas últimas pueden servir las medidas aplicadas a los malvivientes o a las prostitutas de vida más o menos desordenada, pero sin tendencia a cometer crimen alguno.

Tanto las delictuales como las sociales pueden ser posdelictuales y predelictuales. Generalmente, por medidas posdelictuales se entiende las medidas posdelictuales criminales (o delictuales), no las posdelictuales sociales.

Esta diversificación tiene importancia porque abre la posibilidad y la conveniencia de establecer una diferenciación paralela en la peligrosidad. Urge aclarar la existencia de un género —la peligrosidad— y dos especies

—la peligrosidad social y la peligrosidad criminal—. Aporta resultados funestos que todavía hoy algunos teóricos y algunas leyes empleen como fórmula genérica la de peligrosidad *social*, y ni tan siquiera mencionen la especie más importante: la peligrosidad *criminal*.

6.º La relación de la medida con la pena da pie a establecer otra diversificación: medidas *sustitutivas* y *complementarias* (1). Aquéllas reemplazan la pena. Así, por ejemplo, el internamiento regulado en el artículo 65 del Código penal español, y en otros muchos Códigos penales.

Las medidas complementarias colman la pena, prolongando la prevención especial propia también de ésta, mediante una especial asistencia al autor del hecho típicamente antijurídico, para mejor lograr su reinserción social. Como ejemplo pueden servir los artículos 452 bis g) y 546 bis d) del Código penal, que facultan al juez para, si le parece oportuno, añadir a la pena una medida complementaria.

2. Especial consideración de las medidas de seguridad y de las medidas de corrección

Importa notablemente distinguir, según la *finalidad subjetiva*, entre las medidas de seguridad y las medidas de corrección (2). Muchos desatenden esta clasificación, y hablan como si únicamente existiesen las medidas de seguridad. Otros equiparan las diversas especies. Aquéllos, al suponer la unicidad, y éstos, al equiparar las correspondientes categorías, dan pie a lamentables confusiones (3).

Los diferentes matices de estas dos clases de medidas reflejan una notable evolución histórica, y aportan serias consecuencias en la justificación y en el contenido de las medidas, e (indirectamente) en el concepto y en la finalidad del Derecho criminal.

Las medidas de *seguridad* pretenden únicamente evitar que el peligroso realice nuevos hechos antijurídicos. Buscan asegurarle contra la reincidencia, por técnicas impeditivas, no correctivas, ni curativas (¡ni eliminatorias!). Estas medidas, como todas las demás, se dirigen al peligroso. Por tanto, no parece apropiado afirmar que las medidas de seguridad pretenden asegurar a la comunidad frente a la amenaza del peligroso. Esto

(1) Según SALDAÑA, *La nueva penología (Penas y medidas de seguridad)*, Madrid, 1931, págs. 21 y sigs., la medida —que no es sanción— deberá un día sustituir la pena; ahora debe completarla.

(2) Acerca de la antinomia entre el fin de seguridad y el fin de corrección y acerca de la necesidad de que la ley especifique las metas de cada medida: MAYER (H.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Kolhammer, Stuttgart, 1967, págs. 179 y siguientes.

(3) Las medidas de seguridad, en cierto sentido, responden a la "Preventive Reaction" (de que hablan algunos norteamericanos); las de corrección, a la "Therapeutic Reaction", y la pena, a la "Punitiva Reaction". Cfr. E. H. JOHNSON, *Crime Correction, and Society*, Homewood, The Dorsey Press, Illinois, 1968, págs. 281 y siguientes, y 340 y sigs.

no impide que indirectamente las medidas pretendan también la seguridad de la sociedad (sería absurdo lo contrario).

Si el sujeto peligroso padece una enfermedad incurable, la medida consistirá en privarle de libertad (manicomio judicial para incurables) o someterle a un control suficiente (vigilancia familiar, etc.). Al enajenado incurable que mata a su padre e intenta matar a su madre, la autoridad lo interna para evitar que lleve a cabo su deseo criminal. La autoridad (con esta medida) no pretende la sanidad (científicamente imposible) del perturbado mental.

En cambio, al sujeto peligroso (no enfermo) incorregible, se le impondrá otra medida que le impida reincidir: por ejemplo, la privación del permiso de conducir.

Algunos equiparan a estas medidas las preventivas, o inocuidadoras, o eliminatorias. Otros colocan bajo estas rúbricas medidas en parte distintas de las aquí llamadas medidas de seguridad. Nos parece muy desacertado hablar de medidas eliminatorias.

Las medidas de *corrección* o medidas de tratamiento (4), en cambio, pretenden principalmente reinsertar en la sociedad, tratar, corregir, reeducar al peligroso delictual (criminal) o social. Al drogadicto, por ejemplo, que para conseguir unos gramos de marihuana ha cometido un delito de robo y que probablemente hará lo mismo en el futuro, la autoridad le somete a un régimen (cerrado o abierto) de deshabitación. Estas medidas *pretenden también la seguridad* del drogadicto, pero no exclusivamente, ni en primer plano.

En primer término pretenden restablecer en el individuo la total capacidad personal de autodeterminación. La autoridad, si persiguiera como único fin la seguridad, se limitaría a aplicar una mera privación de libertad, y se evitaría todos los gastos y problemas del tratamiento terapéutico. Las legislaciones penales (y penitenciarias) contemporáneas prestan cada día más atención a las medidas de corrección.

(4) La fórmula *medidas de corrección (de seguridad y corrección)* responde más a la tradición española (y centroeuropea); en Francia se habla de "mesures de sûreté et d'amendement"; en Alemania, de "Massregeln der Besserung und Sicherung". La denominación *medidas de tratamiento (de seguridad y tratamiento)* tiene más en cuenta la teoría y la práctica en los países de lengua inglesa. Preferimos la primera denominación porque, entre otras razones, el tratamiento pertenece a la pena tanto como a la medida. La corrección, en cambio, implica un contenido más propio de la medida y más positivo.

Las medidas de corrección, como ya hemos dicho, existen hace muchos siglos. Ya en 1597, en la puerta del Spinhuis, se leía: "No temas. No vengo el delito, sólo te obligo a que seas bueno. Dura es mi mano, pero piadoso mi espíritu." Cfr. H. von HENTIG: *La pena*, t. II, "Las formas modernas de aparición". Trad. de Rodríguez Devesa, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, págs. 214 y sigs. Amplias y atinadas consideraciones acerca de la finalidad pretendida en las iniciales Casas de trabajo ofrece Eb. SCHMIDT, *Entwicklung und Vollzug der Freiheitsstrafe in Brandenburg-Preussen bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Geschichte der Freiheitsstrafe*, Guttentag, Berlín, 1915, págs. 3 y sigs. y 60 y sigs.

Sin embargo, en tiempos pasados las medidas de seguridad prevalecían mucho más que hoy sobre las de corrección.

Dentro de las medidas de corrección pueden subdistinguirse las curativas y las educativas. Las primeras se proponen curar —mediante tratamiento médico— en establecimientos adecuados a los peligrosos inimputables o semiimputables por enfermedad mental (no incurable). Las educativas o reeducativas (no siempre coinciden) tienden a reformar —mediante técnicas de cambio de conductas— al sujeto peligroso imputable (o semiimputable, no incorregible) para que no reincida en la delincuencia. (Claramente se aprecia que ambas clases pueden superponerse en algunos sujetos.)

Las medidas de seguridad, como hemos dicho, pretenden únicamente inocular al peligroso, imposibilitarle la recidiva (5).

La mayoría de las medidas no se contentan con este primer paso y (si el peligroso no es incurable o incorregible) procuran dar el segundo paso: corregirlo. En todos estos últimos supuestos, la medida debe llamarse de corrección, y no de seguridad (aunque, evidentemente, pretende también la seguridad del peligroso). Con esta terminología ofrece poca dificultad, al menos en teoría, la separación entre estas dos clases de medidas.

La diferenciación resulta más problemática si bajo el nombre de medidas de seguridad se entiende, como hacen algunos autores, y en cierto sentido el Código penal alemán (6), las que pretenden asegurar a la comunidad contra la amenaza del peligroso. Con esta terminología no hay separación clara entre ambas clases de medidas. Con tales presupuestos, la mayoría de las medidas buscan esos dos fines: asegurar a la comunidad y corregir al peligroso. Según prevalezca más uno u otro, deberá emplearse una u otra denominación. Cuando el fin de la corrección prevalece grandemente sobre el asegurativo, se hablará de medidas de corrección. Por ejemplo, a un sordomudo de nacimiento, carente en absoluto de instrucción, que cometa un delito leve y manifieste escasa peligrosidad criminal (delictual), se le aplicará (a tenor del Código penal, art. 8, núm. 3) una medida que, en teoría, puede decirse de seguridad y de corrección (pues existe una pequeña peligrosidad), pero, dada la gran prevalencia del fin educativo, parece preferible calificarla como medida de corrección. En otros casos, cuando la finalidad asegurativa (aunque no sea exclusiva) prevalezca grandemente sobre la correctiva, se hablará de medidas de seguridad (7).

(5) Empleamos la palabra "recidiva" en el sentido indicado por RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español, Parte general*, 2.^a ed., Madrid, 1971, pág. 609.

(6) El Código penal alemán establece como condición para imponer algunas medidas que "lo exija la seguridad pública". Este prerrequisito puede quizá entenderse como finalidad de tales medidas.

(7) Quienes mantengan la terminología expuesta en este párrafo del texto, hablando con exactitud, distinguirán entre:

A) Medidas de seguridad.

B) Medidas de seguridad y corrección.

C) Medidas de corrección y seguridad (brevemente, medidas de corrección).

Las medidas B y C difieren sólo por la prevalencia de la primera finalidad: seguridad en B, corrección en C. (El grupo B carece de importancia.)

3. Las impropiedades llamadas medidas de protección

En el capítulo anterior, al comparar las medidas con las reparaciones penales, hemos manejado un concepto genérico de sanción penal, que consta de tres especies: penas, medidas penales y reparaciones penales. Después volveremos sobre el tema. Ahora únicamente lo tratamos en cuanto es necesario para sistematizar rectamente las impropiedades llamadas medidas de protección.

Algunos entienden por medidas de protección las que intentan proteger y/o corregir a quienes (por ser víctimas de un delito o por estar abandonados o marginados) se hallan en estado de peligrosidad social o delictual. No admitimos esta denominación. Tales medidas son en realidad medidas de corrección (o de seguridad) predelictuales, ya que se fundan en la peligrosidad predelictual, no en el abandono o en la marginación.

Más interés ofrece otra teoría de las medidas de protección sostenida por bastantes teóricos y legisladores. Estos conciben las medidas de protección como los medios asistenciales que regula la ley penal para proteger a quienes, víctimas de un delito, se encuentran en estado de abandono o marginación, o carentes de educación, de asistencia familiar, etc. Como ejemplos pueden citarse algunas «medidas» que adoptan los Tribunales Tutelares de Menores en el ejercicio de la facultad protectora (Ley de los T. T. M., art. 17), o algunas «medidas» establecidas en el Código penal, artículos 446-447 (albergue especial para menores en estado de prostitución, o en abandono).

Nosotros no admitimos, dentro del Derecho penal, estas llamadas medidas de protección (8). Reconocemos que existen y deben existir esos medios asistenciales para las víctimas del delito, pero negamos que se les deba considerar como medidas penales. En buena sistemática, son reparaciones asistenciales, son medidas de Derecho privado.

No son medidas penales, porque no cumplen los requisitos de su definición (tal como antes la hemos formulado), ya que no se aplican a personas peligrosas de cometer delitos futuros, sino a las víctimas de un delito pasado. La ausencia de la peligrosidad, el elemento básico —según todas las teorías— de las medidas, impide que podamos considerarlas como tales. En cierto sentido, son medidas de seguridad al revés, pues el peligro viene de la sociedad al individuo, no del individuo hacia la comunidad. Podría hablarse de *peligro pasivo*.

Dentro del sistema general de la sanción penal, las instituciones de que ahora tratamos son reparaciones penales, pues brotan como respuesta asistencial que el juez impone al autor de un hecho antijurídico (o la autoridad) para compensar a la víctima de los perjuicios sufridos.

Las impropiedades llamadas medidas de protección pretenden fines propios de las reparaciones (y no de las medidas): desagraviar y asistir al sujeto pasivo (no al sujeto activo) de un hecho injusto. La importancia

(8) Aquí prescindimos de las medidas de protección administrativas o civiles.

cada día mayor (especialmente desde el año 1945) (9) que el Derecho penal otorga a la víctima obliga a estructurar en un grupo autónomo todas las sanciones que protegen al sujeto pasivo del hecho antijurídico.

4. Resumen

El esquema representado a continuación resume lo dicho en este capítulo. Las diversas clases de medidas aquí expuestas y las razones de su diversificación nos ayudarán después a solucionar varios problemas, especialmente el de su denominación y su naturaleza jurídica.

CRITERIOS DE CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS	1.º Fundamento:	Estado de peligrosidad	}	Predelictual.	
				Posdelictual.	
	2.º Bien jurídico ...	Libertad	Privativas	}	Internamiento en centros de deshabitación.
				
			Restrictivas		Prohibición de residir en un lugar determinado.
					Libertad vigilada.
		Otros derechos	}	Privación del carnet de conducir.	
				
	3.º Destinatario ...	Pecuniarias	}	Caución.	
				Multa.	
Personales (edad)		}	Adultos.		
			Jóvenes.		
Personales (imputabilidad)		}	Imputables.		
			Semiimputables.		
Personales o no personales. (A personas jurídicas.)	}	Inimputables.			
		Suspensión.			
		Disolución.			
		Multa.			
		Comiso.			
		Cierre de establecimiento.			
				
				

(9) Cfr. *Editorial Introduction*, en "International Journal of Criminology and Penology", vol. I, núm. 1, febrero 1973, págs. 2 y sigs.

CRITERIOS DE CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS

- | | | | | |
|--------------------------------|---|------------------------------|---|-------------------------------------|
| 4.º Tiempo | } | Duraderas | } | Determinadas. |
| | | | | |
| | | No duraderas - Amonestación. | | |
| 5.º Finalidad objetiva | } | Delictuales - Criminales. | | |
| | | Sociales. | | |
| 6.º Finalidad subjetiva | } | Seguridad - Inocuidadoras | } | Manicomio judicial para incurables. |
| | | | | |
| | | Corrección | } | Asilamiento curativo. |
| | | | | |
| Educativas | } | Libertad vigilada. | | |
| | | | | |
| | | "Protección" (?) | | |
| 7.º Relación con la pena | } | A. Sustitutivas. | | |
| | | B. Complementarias. | | |
| 8.º Naturaleza jurídica | } | A. Penales. | | |
| | | B. Procesales. | | |
| | | C. Administrativos. | | |
| | | D. Civiles. | | |

Denominación de las medidas

1. Evolución histórica

En el Derecho penal comparado, y sobre todo en el de lengua hispánica e italiana, la denominación tradicional —medidas de seguridad— ha cubierto durante mucho tiempo todo el campo de las medidas, entre otros motivos porque el Derecho penal tradicional contenía principalmente esta clase de medidas.

Hoy, por el contrario, el amplio desarrollo de las ciencias del hombre, la misión social del Estado, y otras razones, van concediendo cada día más extensión e importancia a las medidas de corrección (y a las reparaciones penales). La legislación penal en España y fuera de España se hace eco de este cambio y aumenta el número de las sanciones asistenciales al delincuente y a la víctima. Se trata de una modificación no sólo cuantitativa, sino también y principalmente cualitativa. Por eso la terminología de algunas legislaciones superó hace ya tiempo la rúbrica clásica de medidas de seguridad (1). Desde 1933, el Código penal alemán introduce una rúbrica amplia: «medidas de corrección y seguridad» (2), y, además, coloca la *Besserung* por delante de la *Sicherung*.

En España, el legislador emplea fórmulas asistemáticas (especialmente en la legislación de los Menores), o habla de «medidas de seguridad» como rúbrica genérica (así, en la Ley Vagos y Maleantes, en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación social y en la Exposición y Estudios para

(1) Carl STOOSS, en su Anteproyecto y en sus estudios publicados en la revista suiza de Derecho penal, en 1905, en 1912, en 1929, en 1930..., habla de *Sichernde Massnahmen*.

(2) También emplea esta fórmula el recientemente elaborado *Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Massregeln des Besserung und Sicherung —Strafvollzugsgesetz (StVollzG)—*, Bonn, 1972.

El Código penal de Alemania, actualmente en vigor, habla de medidas de seguridad y corrección. En cambio, según la formulación ya aprobada en la Segunda ley para la reforma del Derecho penal, del 4 de julio de 1969, el título VI del futuro Código penal alemán, es «medidas de corrección y seguridad» (parágrafos 61 y sigs.).

un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal), e incluye bajo esta denominación numerosas e importantes medidas de corrección y reparaciones penales (por ejemplo, las medidas a los ebrios y toxicómanos), empleando una formulación que ante la legislación y la teoría contemporánea *resulta equivocada y equivocante*. La misma impropiedad conceptual cubre las legislaciones penales hispanoamericanas.

Además, la rúbrica genérica «medidas de seguridad» va contra la evolución histórica. Esta muestra que las medidas de corrección van adquiriendo mayor importancia mientras que las (especificadas) de seguridad pasan a segundo plano (aunque importante).

2. El género y las especies

Para disipar la confusión entre el género y las especies de medidas, conviene distinguir las medidas ajenas al Derecho penal y las medidas propias del Derecho penal; y, dentro de éstas, es necesario diferenciar las diversas clases.

La denominación genérica de las medidas propias del Derecho penal no puede ser medidas de seguridad (por las razones que acabamos de indicar), ni simplemente medidas, pues daría pie a confundirlas con las medidas existentes en otros campos jurídicos: medidas administrativas, medidas civiles, medidas policiales, medidas gubernativas, medidas procesales, etc. La denominación propuesta el 6 de julio de 1951, en el Acuerdo de la Comisión Internacional penal y penitenciaria —medidas de defensa social—, resulta poco concreta (3).

Tampoco puede emplearse como fórmula genérica la de medidas posdelictuales, pues no pertenecen al Derecho penal todas las medidas que se apoyan en la peligrosidad posdelictual.

Parece más adecuado hablar de *medidas penales*, porque son las medidas comprendidas en la legislación del Derecho penal, y las relacionadas más o menos directamente con la pena (para completarla o para sustituirla). Contra esta denominación cabría objetar (a mi parecer, sin sólidos argumentos), que «medidas penales» es la denominación propia de las sanciones intermedias o mixtas entre la pena y la medida.

Bajo esta rúbrica general, «medidas penales», cabe estructurar sistemáticamente todas las diversas especies y subespecies: medidas posdelictuales y —si lo admite la ley— predelictuales; medidas de seguridad, medidas de corrección (medidas de seguridad y corrección, medidas de corrección y seguridad); medidas delictuales (o criminales), y (si las admite la ley) medidas sociales; medidas privativas de libertad, restrictivas de libertad, restrictivas de derechos...

(3) Cfr. *Recueil de documents en matière pénal et pénitentiaire*, París, 1951, página 481.

En todas las clases y subclases de medidas penales se intensifica cada día más la meta de tratamiento resocializador del autor del hecho anti-jurídico. Esta faceta repersonalizadora va produciendo una variación en el contenido y en la justificación de las medidas. Después, al exponer la legislación positiva, aparecerá el nuevo contenido. Ahora comentamos algo acerca de la naturaleza y de la justificación.

Capítulo II

Naturaleza jurídica de las medidas

La naturaleza de las medidas penales y de sus efectos, desde el punto de vista de la doctrina, ha sido objeto de numerosas opiniones. Algunas sostienen que se trata de un acto de ejecución de la pena, otras que de un acto de ejecución de la ley y de la justificación que respalda la imposición y el cumplimiento de las medidas.

1. Fuentes administrativas

Las medidas penales son actos que se dictan en virtud de la ley y de la justificación que respalda la imposición y el cumplimiento de las medidas. Estas medidas son actos de ejecución de la ley y de la justificación que respalda la imposición y el cumplimiento de las medidas. Estas medidas son actos de ejecución de la ley y de la justificación que respalda la imposición y el cumplimiento de las medidas. Estas medidas son actos de ejecución de la ley y de la justificación que respalda la imposición y el cumplimiento de las medidas.

Las medidas penales son actos que se dictan en virtud de la ley y de la justificación que respalda la imposición y el cumplimiento de las medidas. Estas medidas son actos de ejecución de la ley y de la justificación que respalda la imposición y el cumplimiento de las medidas. Estas medidas son actos de ejecución de la ley y de la justificación que respalda la imposición y el cumplimiento de las medidas.

Naturaleza jurídica de las medidas

La naturaleza de las medidas ha sido y sigue siendo objeto de acalorada discusión. Las principales teorías pueden reducirse a dos (que estudiamos a continuación): la administrativa y la penal.

Según se defienda una u otra postura, varían notablemente importantes consecuencias sustantivas y procesales. De la solución que se adopte, depende la ley y la jurisdicción que regularán la imposición y la aplicación de las medidas.

1. Teorías administrativas

Eminentes penalistas opinan que las llamadas medidas de seguridad no pertenecen al Derecho criminal. Entre éstos merecen citarse: Bettiol, Battaglini, De Mauro, García Ibrahim, Manzini, Rocco, Soler, Vannini, Zappieri, etc. Alatavilla y Sabatini las consideran formalmente jurisdiccionales, pero sustancialmente administrativas. Según Grispiigni (1), *de lege ferenda* son sanciones jurídicas, pero no *de lege lata*.

Para Manzini (2), las medidas son medios de policía, garantizados jurisdiccionalmente, que no tienen carácter de sanciones jurídicas porque no pretenden hacer obligatoria la observancia de un precepto, ni son consecuencia de la declaración de una responsabilidad jurídica, ni constituyen proporcionadas reacciones de justicia a una actividad ilícita, sino que están establecidas en consideración a un peligro social supuesto en la Ley y observado por el juez, y son modificables y revocables (3).

(1) GRISPIGNI, *Derecho penal italiano*, trad. Benedetti, vol. II, Buenos Aires, 1949, págs. 40 y sigs.

(2) V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. III, 9.^a ed., UTET, Torino, 1950, págs. 207 y sigs.

(3) También SERRA exige la irrevocabilidad para la actividad judicial *sub voce*, *Jurisdicción y jurisdicción penal*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. XIV, Barcelona, 1971, págs. 391 y sigs y 563 y sigs. Cfr. también A. PAULA PÉREZ, *sub voce*, *Juzgado de Vagos y Maleantes*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. XIV, 1971, páginas 757 y sigs.

Las garantías jurisdiccionales en la aplicación de las medidas —según el gran jurista italiano— no son suficientes para atribuirles carácter de sanciones criminales, porque, aunque excluyen la coacción directa propia de las medidas de policía, no privan a las medidas de su carácter administrativo. Las medidas, repite varias veces Manzini, no pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho administrativo *de lege lata* (el Código penal italiano las designa con este adjetivo) y *de lege ferenda*. Si en Italia están reguladas en el Código penal y en el Código de procedimiento penal, se debe únicamente a razones de conexión y de garantía.

Bettioli ha tratado el tema desde hace muchos años, y —en líneas generales— siempre mantiene la misma postura. Ya en 1942 afirmó que la medida no es una sanción propia del Derecho penal por múltiples razones y, sobre todo, porque el presupuesto para su aplicación no es la violación de una obligación (de un precepto), no es una acción, sino un simple modo de ser del sujeto, de su peligrosidad social. Muy parecidos son sus argumentos en 1973 (4). Y concluye, lógicamente, que la medida, al responder a una idea preventiva, al no ser una sanción, debe quedar fuera del Derecho penal (5).

Soler afirma enérgicamente que no son sanciones (6). Rocco las califica como medios de defensa social, de naturaleza administrativa, pero que (por razones de conexión, de economía funcional y de mayor garantía para la libertad de los ciudadanos) se regulan en el Código penal y se aplican por las autoridades judiciales. Las medidas —dice— responden a exigencias de utilidad general y social, mientras que las sanciones penales, a exigencias de justicia (7).

Brevemente, a la luz de lo expuesto por éstos y otros autores, los argumentos principales para negar a las medidas su pertenencia al Derecho criminal pueden resumirse en los cinco siguientes:

(4) G. BETTIOLI, *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza*, en "Rivista diritto penale", 1942, págs. 222 y sig.; ídem, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, 8.ª ed., Padova, 1973, págs. 88 y sigs. y 814 y sigs. "Se la misura di sicurezza non è una sanzione, essa esula completamente dall'ambito del diritto penale".

(5) Aun en naciones como Italia, donde eminentes juristas propugnan que las medidas ni pertenecen ni deben pertenecer al Derecho penal, buen número de especialistas, cfr. GUARNERI, *sub voce: Misure di sicurezza (diritto penale comune)*, en "Novissimo Digesto Italiano", t. X, 1968, págs. 778-798, afirman lo contrario; y, en nuestra opinión, con argumentos convincentes. La Ley de 27 de diciembre de 1957 regula medidas sociales, no medidas penales; medidas preventivas, no medidas de seguridad (empleando terminología de Guarneri y otros). Cfr. también I. CARACIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 1970, págs. 293 y sigs., en especial 299 y sig.; SABATINI, *sub voce: Misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la sicurezza e la moralità pubblica*, en "Novissimo Digesto Italiano", t. X, 1968, págs. 772-778.

(6) S. SOLER, *Las medidas de seguridad no son sanciones*, en "Anuario de Derecho Penal", 1964, págs. 215 y sigs.

(7) Rocco, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, en "Rivista Diritto Penitenziario", 1936, núm. 6, págs. 3 y sigs.

1. Las medidas no pretenden imponer un precepto.
2. No son consecuencia de una responsabilidad jurídica.
3. No son reacciones a una acción prohibida.
4. Son revocables.
5. Son discrecionales.

Para no alargarnos demasiado, omitimos el comentario crítico de cada una de estas razones, limitándonos a formular y probar positivamente nuestra opinión.

Creemos que la naturaleza jurídica de las medidas depende principalmente del fundamento o presupuesto de cada una de ellas. Por eso excluimos del Derecho penal a las medidas predelictuales e incluimos a las posdelictuales (criminales, no a las sociales).

1.1. Naturaleza jurídica de las medidas predelictuales

La mayoría de los especialistas que discuten la naturaleza jurídica de las medidas predelictuales suelen plantear el problema en general: ¿Las medidas predelictuales deben pertenecer al Derecho criminal?

Antes de indicar los más importantes argumentos en pro y en contra, consideremos brevemente el planteamiento del problema.

En este campo, más aún que en otros, conviene tener en cuenta la legislación concreta de cada país. Parece difícil trazar una línea divisoria que separe, en abstracto, las medidas posdelictuales de las predelictuales. Esa diversificación depende de las leyes vigentes en cada pueblo. Si tal o cual acción (8), catalogada en dos naciones A y B como índice de peligrosidad criminal, se considera en la nación A como constitutiva de delito, pero en la nación B no está tipificada, la medida correspondiente *de lege lata* será posdelictual en la nación A, mientras que esa misma medida en la nación B será predelictual.

Dada esta relatividad del concepto, mejor dicho del fundamento, de las medidas predelictuales, resulta arriesgado afirmar o negar, en general, si estas medidas pertenecen o no al Derecho criminal. Debe estudiarse cada caso concreto a la luz de la legislación positiva. Por ejemplo, supongamos que el Código penal de la nación X no tipifica como delito la evasión de capitales, la evasión de impuestos o la realización habitual de actos de proxenetismo (aunque *de lege ferenda* debiera considerarse delictivo), si esas conductas son legalmente índice de peligrosidad, la correspondiente medida, llamada —*de lege lata*— predelictual, podría quizá consi-

(8) Como ejemplos podemos citar el realizar habitualmente actos de proxenetismo, o el participar en ciertos juegos, o la tenencia de ciertas armas, o los denominados en terminología inglesa *crimes of personal condition*. No se olvide que en una nación puede ser necesaria la tipificación como delito de una acción que no debe incriminarse en otra nación, o en otro tiempo. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Buenos Aires, 1970, pág. 722.

derarse competencia del penalista, porque en cierto sentido —*de lege ferenda*— es una medida posdelictual.

En el caso contrario, y más frecuente, si el índice legal de peligrosidad ni está ni debe estar tipificado como delito, la medida correspondiente no debe incluirse en el Derecho criminal, por las razones que expondremos en seguida.

Brevemente, o tal conducta perturba gravemente la convivencia en la comunidad y debe tipificarse como delictiva, o no la perturba gravemente. En el segundo supuesto, la autoridad no tiene derecho a implicar al autor de esas acciones (conductas) en un proceso penal, con todo lo que éste conlleva de estigma público. Tampoco para imponerle una medida.

A pesar de las dificultades indicadas, tiene cierto sentido plantearse el problema en general.

Eminentes especialistas (por ejemplo, Jiménez de Asúa) (9) aducen numerosas razones en apoyo de la opinión afirmativa. Las medidas predelictuales —dicen— son propias del Derecho penal. Sus raciocinios pueden resumirse en tres capítulos:

Primero: El Derecho criminal moderno debe *prevenir más que castigar*. El volumen y la gravedad de la delincuencia aumentan en tal manera que resulta suicida para la sociedad no adelantar su muralla defensiva contra el crimen. El estigma que produce la pena obstaculiza la reeducación del delincuente; esta repersonalización será más fácil si se ataja el mal antes de cometido el delito.

Segundo: La mayor y mejor defensa de los derechos del individuo (del supuesto peligroso) exigen la *actuación de un órgano jurisdiccional* que generalmente actúa con mayor independencia, con mayor formación jurídica (necesaria en algunos problemas que se presentan, por ejemplo, para interpretar preceptos ambiguos como «vida honrada», «buena conducta», «inmoralidad») y con menor arbitrariedad que los órganos del poder ejecutivo.

Tercero: *Muchas legislaciones* criminales del pasado (10) y del presente incluyen entre sus sanciones (bajo el nombre de pena) verdaderas medidas predelictuales. Así, por ejemplo:

1.º La *Constitutio Criminalis Carolina*, del año 1532, en su artículo 176, permite imponer la caución de paz (*Friedensbürgschaft*) por una amenaza que, aunque no constituye delito, manifiesta —a criterio del juez— que el amenazador está en peligro de llevar a cabo la amenaza.

2.º Todas las legislaciones que en los diversos países regularon y regulan una *cautio de bene vivendo*, semejante a la de la *Constitutio Criminalis Carolina*. Por ejemplo, en Gran Bretaña, desde antes del siglo XVI,

(9) JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Jornadas de Derecho penal*, Buenos Aires, 1962, páginas 101 y sigs.

(10) Ph. GRAVEN, *Le cautionement préventif*, Basel, 1963, págs. 16 y sigs.

en la *Justices of the Peace Act* de 1361, en el capítulo III de las Leyes de Eduardo el Confesor, y en el famoso Estatuto de Eduardo III. Actualmente, también en Canadá, Cuba, Italia, Uruguay, etc.

3.º Las varias *Vagrancy Act*, de Gran Bretaña y de algunos Estados norteamericanos.

4.º La Ley española de Vagancia, de 9 de mayo de 1845.

5.º La Ley de Vagos y Maleantes, de 1933, y sus imitaciones iberoamericanas.

6.º La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.

7.º Algunas leyes de delincuencia juvenil, o de menores.

A pesar de estos y otros serios argumentos, opinamos que las medidas predelictuales (*de lege ferenda*) no deben admitirse en el Derecho penal, porque:

Primero: *Falta proporción* entre el mal que se trata de evitar y la intromisión en el campo de la intimidad, la libertad y los derechos del ciudadano. Quien admite medidas predelictuales en el Derecho penal, abre la puerta a funestos abusos del poder.

Segundo: *Falta justificación*. No es necesario aplicar tales medidas como sanciones penales. Lo prueban todas las naciones carentes de tales medidas, sin que por ello se perturbe notablemente su paz, su justicia y su prosperidad pública.

La mayoría de las legislaciones no incluyen las medidas predelictuales dentro del Derecho penal. Algunas excepciones en tal o cual legislación son residuos históricos con muy escasa aplicación en la práctica, y frecuentemente criticados por la doctrina. Otras excepciones, por el contrario, son innovaciones que, por técnica legislativa defectuosa, brotan en la legislación como índice de peligrosidad antes que como delito. En buena técnica, debían tipificarse antes (o simultáneamente) como figuras de delito.

Un ejemplo aparece en el párrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley de Vagos y Maleantes, precedente del párrafo 2.º del artículo 52 del Código penal, que representa una importante novedad de la reforma de 1944.

Tercero: *Los teóricos*, en su mayoría (11), *niegan la necesidad de tales medidas*. Incluso entre los positivistas, muchos, por ejemplo, Grispigni, exigen la existencia de un delito como requisito previo para la declara-

(11) "A mi juicio, la ley que declara el estado peligroso antes del delito es siempre peligrosa", dice ANTÓN ONECA, *La generación española de la política criminal*, en "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho", en Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970, página 347; ídem, *Derecho penal*, t. I, Madrid, 1949, pág. 80. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 2.ª ed., Madrid, 1971, pág. 10; RODRÍGUEZ MOURULLO, *sub voce: Legalidad (principio de)*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. XIV, Barcelona, 1971, págs. 883 y sigs.; DEL ROSAL, *Esquema de un Anteproyecto de Código penal español*, Madrid, 1964, pág. 62, sólo admite la peligrosidad posdelictual. Idem, en el *Tratado de Derecho penal*, vol. I, 1968, 2, 5, admite las medidas antedelictuales.

ción del estado peligroso y para la imposición de una medida. Otros, como Jiménez de Asúa, a la luz de la experiencia, se arrepintieron de algunos resultados de sus opiniones en pro de las medidas predelictuales (12). Recordemos, una vez más, que el Derecho penal es el último recurso, y sus sanciones sólo pueden imponerse en situaciones límite.

Las razones para excluir las medidas predelictuales del Derecho criminal valen si pretenden evitar la comisión de probables conductas antisociales, y más valen cuando las medidas pretenden únicamente evitar probables conductas asociales. Las primeras serían medidas criminales (o delictuales); las segundas, sociales.

1.2. Referencia especial a las medidas predelictuales sociales

Respecto a las medidas predelictuales sociales —las correspondientes a la peligrosidad meramente social—, algunos especialistas se han expresado en pro de su inclusión en el Derecho criminal (dentro del Código penal o dentro del «Código preventivo») (13).

En todas las naciones —dice Jiménez de Asúa aduciendo a su argumento principal—, la policía aplica medidas de seguridad a los malvivientes, sin control de la autoridad judicial, con grave detrimento de los derechos elementales de la persona. Para evitar la violación de tales derechos conviene someter esas medidas al control judicial, insertándolas en el Derecho criminal.

Nosotros reconocemos el peligro de violación de los derechos elementales de la persona si la autoridad gubernativa impone y aplica esas medidas. Sin embargo, opinamos que tales medidas deben permanecer ajenas al Derecho criminal con más razón aún que las predelictuales criminales (o delictuales), pues no están relacionadas con el crimen, sino con el régimen de policía; no se refieren a (futuros) delincuentes, sino a malvivientes; no a antisociales, sino a asociales.

La admisión de las medidas predelictuales sociales violaría notablemente el principio de legalidad, porque el estado de peligrosidad social sin delito no puede concretarse en la ley con la debida certeza, claridad y seguridad. El único término de referencia —«posibles futuras perturbaciones del orden público que no llegan a constituir delito»— resulta demasiado vago e impreciso, teniendo en cuenta la escasa gravedad del mal que se pretende precaver y dada la gran injerencia de las medidas en los derechos del individuo.

Los abusos de las autoridades gubernativas que imponen y aplican las medidas predelictuales sociales pueden y deben mermarse si se les exigen las correspondientes responsabilidades criminales.

(12) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Buenos Aires, 1970, página 722.

(13) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Buenos Aires, 1970, página 222.

2. Teoría penal

Los argumentos que antes resumíamos contra la naturaleza penal de las medidas en general (y en su tanto de las medidas posdelictuales) se apoyan en un concepto de Derecho criminal y de sanción criminal que resulta rechazable o al menos apriorístico, y que ni nosotros ni muchos penalistas compartimos.

La sanción en el Derecho penal contemporáneo rebasa las coordenadas de antaño e incluye, indudablemente, algunas medidas posdelictuales (y algunas reparaciones penales), por las razones que exponemos seguidamente.

2.1. Naturaleza jurídica de las medidas posdelictuales

Como dijimos antes, las medidas posdelictuales presuponen la comisión de una acción (tipificada en la ley como delito) que revela la peligrosidad criminal del sujeto, es decir, la futura probable comisión de delitos (14).

Los argumentos que niegan la pertenencia de las medidas posdelictuales al Derecho criminal no concuerdan con la realidad ni desde el punto de vista histórico, ni desde el legal, ni desde el dogmático.

La *historia* muestra, como se ha visto al reflexionar sobre los antecedentes de las medidas, que éstas son actualmente una rama que brota del tronco común, denominado en tiempos anteriores pena. Este tronco, ya desde hace muchos siglos, contenía en germen las medidas, aunque mucho menos desarrolladas que en la actualidad.

Al considerar el Derecho comparado, vemos que la *mayoría de las legislaciones* incluyen las medidas posdelictuales dentro de la legislación criminal y dentro del procedimiento procesal penal y de la ejecución penitenciaria criminal (con más o menos especialización). El que alguna legislación, como la italiana, hagan referencia al Derecho administrativo, no tiene importancia decisiva.

Desde el punto de vista *dogmático*, las medidas posdelictuales pertenecen al Derecho criminal, pues quedan incluidas en su definición y mantienen las líneas de fuerza marcadas en sus cuatro principios más fundamentales: principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de humanitarismo y principio de resocialización (o repersonalización).

Siguiendo la orientación de los más conocidos penalistas españoles y extranjeros, así como de las mejores legislaciones criminales (que incluyen las medidas correspondientes a la peligrosidad posdelictual), se puede definir el Derecho criminal como *el sistema de normas jurídicas regula-*

(14) También son medidas posdelictuales, en sentido amplio, las que presuponen la comisión de una acción (tipificada en la ley como delito) que revela la peligrosidad social, es decir, la probabilidad de futuros comportamientos asociales (perturbadores de la vida comunitaria, pero no delictivos). No tratamos ahora de estas medidas.

doras del poder («*ius puniendi*» nacional e internacional) y determinantes de las acciones que constituyen delitos, así como de sus sanciones correspondientes: penas, medidas y reparaciones. El Derecho criminal pretende el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad mediante la resocialización de los delincuentes y la debida asistencia a las víctimas.

Una faceta esencial del delincuente es su peligrosidad manifestada al delinquir, y que exige el tratamiento correspondiente por medio de una medida. Actualmente, el Derecho penal, si prescinde de las medidas (y de las reparaciones penales), no puede cumplir su misión social. El Derecho penal debe rehacer y revalorar —en lo posible— todo lo deshecho y devaluado por el delito. No sólo el orden jurídico. Ni sólo el poder estatal. También, y principalmente, la situación personal concreta de los delincuentes (y de las víctimas).

Los principios más fundamentales del Derecho criminal (considerados en lo esencial de su contenido y de su fin) tienen aplicación también en las medidas posdelictuales de modo similar —no idéntico— que en las penas. Dicho con otras palabras, como veremos a continuación, estas medidas respetan lo sustancial de los cuatro principios básicos del Derecho criminal moderno.

2.1.1. Principio de legalidad y medidas posdelictuales

Ante todo conviene recordar el valor, el contenido y el significado del principio de legalidad. Este representa una de las más preciadas conquistas del Derecho en el siglo XVIII, pero no es un fin, sino un medio, utilizable sólo tanto cuanto conduzca a la meta deseada: la seguridad y la certeza jurídica.

El principio de legalidad —normativo, no matemático— concretiza el principio (más fundamental y universal) de seguridad jurídica. La garantía criminal (*nullum crime sine lege*), la garantía penal (*nulla poena sine lege*) y, más aún, la garantía penitenciaria (*nulla poena sine regimine legale*) deben intentar, pero no pueden alcanzar, una determinación y una certeza absolutas (15). Todo Código penal ha de admitir algunos tipos abiertos, algunos tipos con elementos normativos (a arbitrio del juez) y ciertos márgenes más o menos amplios para la cuantía de la pena (la individualización legal de la pena deja siempre campo a la individualización judicial, y ésta a la penitenciaria), que relativizan la concretización y la certeza (16).

(15) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 2.^a ed., Madrid, 1971, págs. 134 y sigs.; KAUFMANN (Arthur), *Gesetz und Recht*, en "Existenz und Ordnung", Fest. f. E. Wolf, Frankfurt M., 1962, págs. 357 y sigs., esp. 372; ídem, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Athenäum, Frankfurt M., 1972, págs. 353 y sigs.

(16) COBO (M.), *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español*, en "Homenaje a Jiménez de Asúa",

El contenido de este principio varía mucho en el tiempo y en el espacio. Hoy, sin menoscabo del principio de legalidad, pueden y deben inculparse más delitos de peligro que en tiempo de Binding.

Los juristas continentales consideran esencial que el delito y la sanción se encuentren descritos en la ley escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta et scripta*). Para los anglosajones e internacionalistas, lo esencial del principio no radica en la ley escrita, sino en la certeza (17).

Estas y otras variaciones histórico-geográficas en la interpretación del principio nos deben alertar para no afirmar la admisibilidad (o no admisibilidad) de las medidas apoyándonos en una concepción o interpretación del principio parcial o unilateral, o no universalmente reconocida.

La misión más importante del principio de legalidad —disminuir los abusos de las sanciones criminales, y salvaguardar las garantías políticas de los derechos elementales de los ciudadanos— puede y debe cumplirse también en el campo de las medidas, pues cabe una delimitación legal de los índices de peligrosidad exigibles como requisitos indispensables (aunque no suficientes) para declarar el estado peligroso (18) y cabe una regulación detallada del contenido y de la duración (dentro de ciertos límites) de las medidas.

Nadie afirma que los Códigos penales violan el principio de legalidad porque contienen tipos abiertos, tipos normativos o delitos de peligrosidad. Pues bien, la mayoría de los elementos típicos de la peligrosidad (distintos de la *fattispecie suggestiva di pericolosità*, de que hablan los italianos) (19), la mayoría de los índices requeridos por la ley, pueden describirse con no menos certeza que ciertos tipos abiertos, o ciertos tipos normativos, o ciertos delitos de peligro.

El contenido de las medidas admite una regulación legal lo mismo que el contenido de la pena. Y su duración puede también establecerse de modo semejante. Generalmente, la indeterminación temporal de las medidas es mayor, pero suele quedar compensada con la menor gravedad objetiva y con las ventajas del fin pretendido: la resocialización del peligroso. Esta resocialización, en algunos casos, exige la sentencia indeterminada (20).

Ninguna legislación establece exactamente la duración de la pena que

Buenos Aires, 1970, págs. 433-463; FERNÁNDEZ ALBOR, *Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales*, en "Homenaje al R. P. Julián Pereda", Bilbao, 1965, páginas 369 y sigs.

(17) TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg Br., 1965, págs. 124 y sigs.

(18) RODRÍGUEZ MOURULLO, *sub voce*, *Legalidad (Principio de)*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. XIV, Barcelona, 1971, págs. 883 y sig.

(19) NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, en "Pene e Misure di Sicurezza. Modificabilità e suoi limiti", Giuffrè, 1962, págs. 19 y sigs.; BETTIOL, *Diritto penale*, 8.^a ed., Padova, 1973, pág. 827.

(20) WÜRTENBERGER, *Die unbestimmte Verurteilung*, en ídem, "Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat", Stuttgart, 1970, págs. 78 y sigs.

corresponde a cada delito, pues sería (como hemos indicado antes) desconocer la importancia de la individualización judicial y de la individualización penitenciaria. Las leyes suelen fijar para las medidas —como para las penas— unos topes mínimos y máximos de duración. Estos topes no impiden que antes de conceder la libertad, si se sospecha que todavía perdura el peligro, se celebre otro juicio, para decidir si debe prolongarse la medida. Tampoco impiden que si se manifiesta haber desaparecido la peligrosidad antes de la fecha previamente fijada, se revise la causa para abreviar la medida. Los juicios sucesivos, los juicios de revisión, evitan las principales dificultades respecto a la legalidad en este terreno.

La posibilidad de que las medidas posdelictuales (y aun de algunas de duración indeterminada, como el internamiento de los enajenados) respeten el principio de legalidad encuentra un reconocimiento importante en la mayoría de las legislaciones y de los juristas. Algunos autores, como Bettiol y Nuvolone, encuentran dificultades parciales para conciliar las características de las medidas con el principio de legalidad (21).

En resumen, actualmente, en nuestra sociedad, las medidas correspondientes a algunos estados peligrosos posdelictuales no violan el principio de legalidad, de modo semejante —aunque no idéntico— a las penas. El legislador, al describir los índices de peligrosidad —base de los estados peligrosos que son fundamento de las medidas— encuentra dificultades muy semejantes (a veces un poco mayores) que al describir los elementos objetivos y subjetivos del tipo (base) de los delitos que son fundamento de las penas.

2.1.2. Principio de culpabilidad y principio de peligrosidad

Algunos especialistas objetan que todas las medidas —también las posdelictuales— violan el principio de legalidad porque la diagnosis de un estado subjetivo de peligrosidad referido a un comportamiento futuro (a un probable delito) no puede describirse legalmente con la certeza propia del Derecho criminal, que es la certeza de un hecho objetivo, por ejemplo, matar a otra persona concreta.

Esta dificultad plantea el problema con poca lógica, pues equivale a objetar que las penas violan el principio de legalidad porque la diagnosis

(21) Bettiol niega la posibilidad en el plano especulativo de conciliar el principio de la defensa social con el principio de legalidad. Indirectamente dice lo mismo (o casi lo mismo) de las medidas con el principio de legalidad. Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, 8.ª ed., Cedam, Padua, 1973, págs. 827 y sigs. Nuvolone encuentra dificultades para conciliar las medidas de seguridad con el principio de legalidad, pero no le parece totalmente imposible. Cfr. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, en "Stato di Diritto e misure di sicurezza", Cedam, Padua, 1962, págs. 169 y sigs. Algún autor cita frases textuales de Nuvolone sin tener en cuenta su contexto, y deforma el pensamiento —pleno de matizaciones— del penalista italiano, como si negase la aplicabilidad del principio de legalidad a las medidas. A fin de cuentas, la admite incluso en las medidas antedelictum.

del estado subjetivo de culpabilidad no puede describirse legalmente con la certeza de un hecho objetivo.

Exigir respecto a la determinación judicial del estado subjetivo peligroso una certeza similar a la necesaria para constatar un hecho objetivo del delito, sería aplicar el principio de legalidad al dictamen acerca de la culpabilidad. Al *estado* subjetivo peligroso deben aplicarse normas muy distintas que al *índice* objetivo (y subjetivo) del estado peligroso.

El estado subjetivo de peligrosidad no debe —ni puede— compararse con lo objetivo de la tipificación del hecho inculminable; únicamente puede compararse con lo subjetivo de la culpabilidad.

Que los índices de peligrosidad posdelictual indiquen respecto al estado peligroso menos o más que las figuras de delito respecto a la comisión *culpable* de éste, deja intacto el principio de legalidad.

Parece poco científico rechazar las medidas por creer que violan el principio de legalidad al describir con insuficiente certeza el estado subjetivo peligroso que es el fundamento de la medida. Esta dificultad, en realidad, no está en relación con el principio de legalidad. Únicamente puede referirse, en ciertos aspectos, al principio de culpabilidad, entendido en sentido muy amplio (mejor dicho, al que llamaremos principio de peligrosidad).

El *principio de culpabilidad* —de suma importancia en el Derecho criminal— exige el dolo o la culpa como condición previa, *sine qua non*, de la pena (*nulla poena sine culpa*) para garantizar los derechos elementales de la persona, que se violarían si se aplicase una pena a quien no es culpable.

Este principio de culpabilidad, entendido en sentido estricto, no tiene aplicación en el campo de las medidas. Para llenar su hueco conviene establecer un principio semejante. Podríamos denominarlo el *principio de peligrosidad* (*nulla mensura sine periculositate*) (22). Este principio exige la previa peligrosidad como condición inexcusable para la imposición de cualesquiera medidas. Así, garantiza los derechos elementales de la persona, que se violarían si se impusiese alguna medida a quien no es peligroso (23).

(22) NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, en "Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti", Giuffrè, 1962, págs. 328 y sig., formula y analiza el principio *nulla periculositas sine lege*, en parte coincidente, desde otro punto de vista, con nuestro principio *nulla mensura sine periculositate*.

(23) La peligrosidad que aquí manejamos tiene una valoración jurídica, pero también una dimensión constitutiva político-criminal (en razón de los fines de las medidas) similar a la dimensión político-criminal de la culpabilidad en razón de los fines de la pena. *Exempla docent*: La misma peligrosidad objetivo-subjetiva manifestada por quien lleva armas de fuego merece distinta consideración del juez si el sujeto es un policía que si es un médico o un maestro. Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín, 1970, págs. 33 y sigs. Hay

El estado subjetivo de culpabilidad respecto al delito resulta, en cierta manera, más difícil de reconocer por el juez que el estado subjetivo de peligrosidad, pues aquél versa sobre algo pretérito que ha podido desaparecer totalmente, mientras que el estado de peligrosidad es actual.

Pero, en otro sentido, la constatación del estado de peligrosidad ofrece más dificultades, pues se trata de un estado actual, pero que implica una conducta futura, y —dada la complejidad de las conductas humanas— resulta difícil (21) predecirlas para el futuro. En cambio, la culpabilidad se refiere a una situación que de hecho ha existido, y se ha manifestado externamente.

El mundo jurídico de hoy presupone la competencia y la posibilidad del juez penal (con la ayuda de peritos, si es necesario) para dictaminar acerca de los elementos subjetivos del injusto y acerca del estado subjetivo (de dolo o de culpa, o de su ausencia), del autor de una acción realizada con anterioridad al momento del juicio, quizá muchos años antes.

De modo semejante, aunque no idéntico, conviene admitir la competencia y la posibilidad del juez penal (con la ayuda de peritos, si es necesario) para dictaminar acerca del *actual* estado subjetivo de peligrosidad (acerca de la actual tendencia a cometer un delito futuro) de una persona a la luz de su conducta próximamente pasada y presente (conducta tan seria y grave como es el delito) y de su personalidad toda.

Como indica Delitala, «un juicio de la culpabilidad, por así decir, objetivo y que se limitase a establecer la existencia del querer, sin indagar la génesis, y que prescindiese, por tanto, de la consideración incluyente de la personalidad del sujeto, es moral y jurídicamente un absurdo» (25).

Téngase en cuenta (contra lo que indican Grispigni, Bettiol y otros) que la prognosis de que ahora hablamos no niega la libertad en la conducta futura; se limita a afirmar que el peligroso (con libertad o sin ella) actuará de tal manera concreta. Que el peligroso, si tiene libertad, la ejercerá en un sentido determinado.

La peligrosidad no es —como opinan Grispigni y otros positivistas (26)— una defectuosidad psíquica, pues no todos los delincuentes

traducción española de F. MUÑOZ CONDE, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972.

(24) MANNHEIM, *Rückfall und Prognose*, en "Handwörterbuch der Kriminologie", 2.ª ed., dirigida por R. SIEVERTS, tomo III, Berlín, 1969, pág. 38. W. MIDDENDORFF, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. J. M. Rodríguez Devesa, Espasa Calpe, Madrid, 1970. Las dificultades principales contra la prognosis suelen referirse a la peligrosidad predelictual. El Código penal, artículo 98, 4.ª ("que ofrecen garantías de hacer vida honrada en libertad"), supone en el juez cierta capacidad de pronosticar la conducta futura del condenado. HIPPEL, R. von, *Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis*, Berlín, 1972, páginas 21 y sigs.

(25) G. DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, en "Rivista Italiana Diritto Penale", 1950, pág. 704.

(26) GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del delitto*, en "La Scuola Positiva", 1920, págs. 97 y sigs. Otros positivistas niegan, como nosotros,

son psicológicamente defectuosos. La peligrosidad (delictual) es el conjunto de condiciones objetivas y subjetivas por las que una persona probablemente llegará a ser ulteriormente autora de un delito, con libertad en unos casos y sin ella en otros (27).

En resumen, el principio de peligrosidad (*nulla mensura sine periculositate*) puede garantizar que las medidas posdelictuales no violen los derechos elementales del ciudadano, de modo semejante a como el principio de culpabilidad lo hace respecto a las penas.

2.1.3. Principio de humanitarismo y medidas posdelictuales

El tercer principio básico del Derecho criminal moderno es el humanitarismo (28). Todas las sanciones han de respetar la dignidad de la persona, han de ser humanas (*nulla poena sine humanitate*).

El moderno Estado social de Derecho (que la mayoría de las Constituciones adoptan como propio) no puede permitir penas torturantes, ni degradantes, ni inútiles.

Las medidas posdelictuales pueden conculcar este principio y, en algunos casos, más que las penas. Baste como prueba el recuerdo de los lavados de cerebro en los regímenes totalitarios y dictatoriales. Pero estas violaciones del humanitarismo elemental no demuestran mucho (quizá nada) contra la inclusión de las medidas posdelictuales dentro del Derecho penal, pues representan casos excepcionales que infringieron las normas básicas del Derecho sustantivo y procesal. Si la autoridad no fuerza la naturaleza de las cosas, las medidas pueden respetar el principio del humanitarismo, y más que las penas. Y deben hacerlo siempre, pues, por definición, son medios asistenciales, medios que, para lograr sus fines, han de respetar al máximo los derechos elementales de la persona humana.

2.1.4. Principio de resocialización y medidas posdelictuales

El cuarto y último de los principios más fundamentales del Derecho penal contemporáneo, el principio de resocialización (*nulla poena sine resocializatione*) exige que todas las sanciones tiendan más o menos intensamente a la reinserción social del sometido a ellas.

que la peligrosidad coincida con la anormalidad psíquica del sujeto. S. RANIERI, *La pericolosità criminale nel codice penale vigente*, en "Scritti e Discorsi vari", volumen I, 1968, págs. 259 y sigs., esp. 269.

(27) Cfr. M. BARBERO, *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con especial referencia al Derecho italiano y alemán*, en "Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca", 1958, págs. 161 y sigs., reeditado en "Estudios de Criminología y Derecho Penal", Valladolid, 1972, págs. 9 y sigs. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, en "Pene e Misure di Sicurezza, Modificabilità e suoi limiti", Giuffrè, 1962, págs. 19 y sig. G. GUARNERI, *sub voce: Pericolosità sociale*, en "Novissimo Digesto Italiano", t. XII, 1965, págs. 951 y sigs.

(28) GEHLEN (A.), *Die ethische Tragweite der Verhaltensforschung*, en "Philosophische Anthropologie heute", München, Beck, 1972, págs. 111 y sigs.

El Estado social de Derecho no puede limitarse a castigar a los delincuentes ni limitarse a defender a la sociedad frente a los delincuentes. Tiene que dar un paso más, tiene que procurar el desarrollo de los derechos elementales de los ciudadanos todos, especialmente de los más necesitados, de los menos potenciados, de los menos dotados. Hoy, la justicia criminal de muchas naciones lleva a la práctica (con las limitaciones de todo lo humano) el postulado utópico del Código de Hammurabi: «la defensa del débil frente al fuerte». La mejor y la primera defensa del delincuente (peligroso) es abrirle el camino para reinserirse otra vez en la sociedad de la que se marginó. A veces, como indican Kaiser y otros especialistas (29), más y antes que la resocialización será necesaria la socialización básica. Otras veces, sobre todo en los delincuentes por convicción, resultará sumamente problemática la resocialización (30). Pero, siempre deberá afirmarse que la sanción penal, si es justa, pretende en última instancia la realización plena del bien común, mediante la integración (no mediante la exclusión) de todos y de cada uno de los ciudadanos.

Sobra explicar cómo las medidas cumplen este requisito de la sanción penal, pues constituye la parte más importante del fin que ellas pretenden: la prevención especial, la repersonalización del delincuente peligroso.

2.2. Naturaleza jurídica de las —llamadas— medidas de protección (reparaciones penales)

Conviene tratar o, al menos, bosquejar expresamente este tema, pues el criterio general —la medida posdelictual pertenece al Derecho penal, mientras que la predelictual no pertenece— difícilmente puede aplicarse a las —llamadas— medidas de protección. A éstas no les afecta el binomio posdelictuales-predelictuales, ya que, según las definiciones antes formuladas, las denominadas medidas de protección corresponden al que está

(29) KAISER (G.), *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1972, páginas 6 y sigs. THOMANN (R.), *Das Vollstreckungs— und Vollzugsgericht*, Stuttgart, F. Enke, 1973, págs. 27, 39, 53, 67.

(30) En el Symposium internacional sobre *Terrorismo y delito político* (Siracusa, 4-15 junio 1973), el profesor Triffterer, en su ponencia *Penological Treatment of Political Offenders*, que se publicará próximamente, con las demás del Symposium, en la editorial de Charles C. Thomas, Springfield, Illinois, analizó detenidamente los problemas de la sanción penal aplicable a estos delincuentes. Ahora repito el comentario que formulé durante el coloquio que siguió a la ponencia: las sanciones aplicadas a los delincuentes por convicción, dije, no deben revestir mayor severidad que las aplicadas a otros delincuentes. Sin embargo, en algunas circunstancias, al aplicarles penas privativas de libertad, se les aísla en grupos muy reducidos (o en soledad), y así se aumenta injustamente la severidad de la sanción. En casos concretos, puede perjudicar su salud mental.

Respecto a la posibilidad reeducadora de los delincuentes de tráfico —no de los políticos—, BERISTAIN (A.), *La reeducación del condenado*, en "Sul Problema della rieducazione", Cedam, Padova, 1964, págs. 331-345.

en peligro, mientras que las medidas pos- o predelictuales se aplican al que pone en peligro a otros. El sometido a la medida de protección no es peligroso. Sólo sería peligroso en potencia, indirectamente, porque su necesidad o abandono, con el tiempo, le lleve a un estado peligroso que aboque en la infracción de la ley. (Cuando llegue ese estado peligroso, la medida que se le aplique será una medida de corrección o de seguridad, no de protección.)

Dicho con otras palabras, las llamadas medidas de protección (31) son consecuencia del delito, pero no son medidas posdelictuales, pues no son medidas penales. Estas presuponen un estado subjetivo de peligrosidad posdelictual, mientras que las «medidas de protección» presuponen solamente una víctima.

Algunos teóricos y algunas legislaciones, al regular la sanción penal hablan también de medidas de protección, sobre todo en el campo de los jóvenes y de los menores.

Nosotros, de acuerdo con lo indicado antes, mantenemos que las llamadas medidas de protección no son medidas, sino reparaciones penales. Ya hemos probado que no son medidas. Aquí indicamos por qué pertenecen al Derecho penal.

La concepción clásica del Derecho penal prescinde de las reparaciones (medidas de protección), pues se limita a prestar atención al delito y a la pena (quizá también al delincuente), sin tener especialmente en cuenta las víctimas del hecho antijurídico.

En las concepciones contemporáneas, el derecho penal incluye reparaciones (medidas de protección), pues hoy así lo exigen —y en cuanto lo exigen— los principios fundamentales de la victimología y la misión positiva (preventiva y protectora) del Derecho penal. Por estas razones, la indemnización civil *ex delicto* se regula cada vez más dentro del Derecho penal e integra (cada vez más) parte de la sanción penal (32).

La víctima de un delito (si queda en abandono o en necesidad) debe ser atendida por una reparación propia del Derecho penal, pues éste pretende la defensa de la sociedad mediante la resocialización del delincuente y la debida asistencia a las víctimas. En muchos casos, la defensa —real, fáctica— de la sociedad no puede lograrse sino por medio de la debida asis-

(31) Prescindimos aquí de las medidas de protección, de asistencia social, reguladas en el Derecho civil y en el Derecho administrativo.

(32) La moderna ciencia de la Victimología subraya atinadamente la necesidad de incluir esta reparación personal del delincuente a la víctima en la sanción penal. Cfr. MUELLER (G. O. W.), *Compensation for victims of Crime: Thought before action*, en "Minnesota Law Review", vol. 50, núm. 2, diciembre 1965, págs. 213 y siguientes. Para el próximo Primer Symposium internacional sobre *Victimología* (Jerusalén, 2-6 octubre 1973) han anunciado comunicaciones muchos penalistas de las principales naciones.

Cfr. HERRERA (M. A.), *Victimología o victomología*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", abril-junio 1970, págs. 215 y sigs.

tencia a la víctima. Y, a veces, la resocialización del delincuente tampoco puede alcanzarse sin que éste colabore en la indemnización de los daños que produjo.

Antes decíamos que entre las medidas de seguridad y las de corrección no media separación tajante. Algo similar ocurre entre las medidas de corrección, y las llamadas medidas (penales) de protección y las medidas extrapenales (civiles o administrativas) de protección. Esta doctrina encuentra su comprobación en algunos ejemplos. Así, al menor de dieciséis años que con conocimiento y voluntad mata a otra persona y muestra con este motivo que es peligroso, ha de aplicársele una medida de corrección y seguridad (medida penal juvenil de corrección y seguridad). Al menor que se halla en estado de prostitución, no por su voluntad, sino con anuencia delictiva de sus padres, ha de aplicársele una reparación (o medida de protección) de naturaleza penal. Por fin, al menor que por un fortuito accidente de tráfico queda privado de familiares y de personas que le guarden y eduquen, se le aplicará una medida extrapenal de protección.

En conclusión, por todo lo anteriormente indicado, pertenecen al Derecho penal las medidas que fluyen como consecuencia de una actuación típicamente antijurídica. Las demás quedan adscritas a otras ramas del Derecho. Las reparaciones penales pertenecen al Derecho y a la sanción penal, pero no como medidas.

Justificación de las medidas

Antes de entrar en este tan discutido tema, conviene destacar que buscamos la justificación (el porqué pueden y deben aplicarse medidas), no el fundamento (el porqué se aplican medidas).

Todos estamos de acuerdo al considerar la peligrosidad como fundamento o presupuesto de las medidas. Ahora entramos por otro estrato más profundo y más problemático: la justificación de esas medidas (1). Ahora estudiamos si la peligrosidad puede exigir necesariamente, en justicia, la aplicación de las medidas. Dicho en lenguaje corriente: discutimos la legitimidad de las medidas, no su legalidad.

1. Teoría negativa

Algunos autores, entre los que destaca Bettiol, opinan que las medidas, salvo excepciones, violan los principios fundamentales del Estado de Derecho. Entre las razones que aducen merece considerarse aquí la supuesta oposición entre libertad y peligrosidad. La imagen del hombre que está en la base del Derecho penal, dicen, supone capacidad de autocontrol y, por tanto, responsabilidad y —si llega el caso— culpabilidad. Este «tipo» de hombre no puede calificarse nunca como peligroso. Su libertad, como nota esencial de su espíritu, no puede ser negada por un dato de la naturaleza o por un cálculo de probabilidades. Un hombre libre no puede ser considerado como obligado (como necesitado) a tal o cual acción delictiva y, por tanto, como peligroso. Media inevitable contradicción entre la libertad propia del hombre y la necesidad, categoría típica de la naturaleza (2).

(1) La diferencia entre fundamento y justificación no debe olvidarse. Terminológicamente, puede expresarse, quizá, con otras fórmulas. Pero no pueden confundirse ambos estratos.

(2) BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, 8.^a ed., Cedam, Padova, 1973, páginas 805 y sigs.; Idem, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, en "Stato di Diritto e Misure di Sicurezza", Cedam, Padova, 1962, págs. 3 y sigs.

Estos argumentos merecen seria reflexión, pero no parecen convincentes. En el fondo de ellos laten tres principios poco sólidos: que el hombre es un ser totalmente independiente, que la esencia de la libertad impide la prognosis de la futura conducta y que la peligrosidad presupone carencia de libertad.

Aquí interesa especialmente rebatir los dos primeros puntos. El hombre —según la elemental ciencia antropológica— carece de independencia total, pues no es un sujeto absoluto, sino un miembro de la sociedad, *zoon politikon*, obligado a sufrir ciertas limitaciones indispensables para lograr el bien común y su propia realización personal. Nadie niega, por ejemplo, que, en el caso de una enfermedad contagiosa, el Estado puede aislar a un individuo y segregarlo de los demás, mientras perdura el estado de peligro (3). Respecto al segundo punto, baste recordar que en realidad la libertad del hombre está sujeta a tales barreras internas y externas que permiten, en determinadas circunstancias y con determinadas limitaciones (4), pronosticar acertadamente acerca de sus actuaciones futuras, aunque muchas de éstas sean libres.

2. Teorías justificativas

Los penalistas que justifican las medidas, difieren entre sí respecto a la solución teórica de este problema menos de lo que parece. Sus opiniones pueden agruparse en dos bloques:

1.º Muchos penalistas partidarios de la orientación clásica exigen una justificación ético-moral. Permiten únicamente aquellas medidas que privan de sus derechos a quienes no pueden o no saben ejercerlos con libertad interior, o a quienes esa privación de derechos resulte en conjunto provechosa para superar la rémora a su desarrollo personal. Rechazan todas las medidas que atenten contra la dignidad de la persona (5) (por ejemplo, la castración sin consentimiento previo).

2.º Quienes actualmente siguen más de cerca las orientaciones abiertas por Ferri, por Lombroso y por Garofalo justifican las medidas porque, según ellos, la pena (entendida en sentido estricto, contraponiéndola a la

(3) HEINITZ (E.), *Le misure di sicurezza previste dal progetto del Codice penale tedesco sotto il profilo costituzionalistico*, en "Stato di Diritto e misure di sicurezza", Bressanone, Cedam, Padova, 1962, pág. 40.

(4) Recordemos la exigencia de un delito como requisito inicial para la prognosis de la peligrosidad posdelictual de la que únicamente tratamos. GRISPIGNI opina semejantemente, aunque desde puntos de vista diversos de los nuestros.

(5) Con extraordinaria seriedad y competencia trata el tema RODRÍGUEZ MOURULLO, *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", diciembre 1965; ídem, *Cara y cruz de las sanciones penales*, en "Cuadernos para el Diálogo", extraordinario, diciembre 1971, págs. 46 y sigs.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, 1969, págs. 289 y sigs.

medida) resulta insuficiente para alcanzar las metas del Derecho penal contemporáneo (6). Al mismo tiempo que reconocen la necesidad de las medidas, manifiestan que produciría enormes catástrofes contra los derechos elementales de la persona (tan amenazada, impotente y depauperada frente al omnipotente Estado) el uso incontrolado de las medidas (sobre todo de las predelictuales) en manos del poder ejecutivo. El empleo ilimitado de las medidas delictuales o criminales abocaría rápidamente a la excesiva politización del Derecho penal (7).

Contra la opinión de los positivistas (pretéritos y modernos), suele decirse que ellos justifican las medidas por la mera utilidad, considerando así al individuo como objeto sacrificado por la sociedad.

Muchos partidarios de la *Scuola* protestan contra estos reproches por considerar que interpretan mal su pensamiento. Ferri prueba «claramente cuánto se engañan aquellos que nos acusan de hacer del Estado un ídolo y de anular en su provecho todos los derechos de los individuos» (8). Garofalo propuso hace ya muchos años una justificación semejante a la indicada ahora por Welzel, al hablar de la falta de adaptación a la vida social, o la capacidad o tendencia para cometer nuevos crímenes (9).

3. Criterios generales

En resumen, la consideración ponderada de las diversas teorías justificantes de las medidas brinda las cuatro conclusiones siguientes:

1.^a La justificación última de las medidas (coincidente, en parte, con la justificación última de las penas) es *la necesidad del individuo y la necesidad de la sociedad*.

El delincuente en estado de peligrosidad criminal, carente de la suficiente capacidad para autodeterminarse con libertad interior, para

(6) NUVOLONE, *Perspectives Nouvelles de la Défense Sociale*, en "En Hommage a Jean Constant", Facultad de Derecho, Lieja, 1971, págs. 289 y sigs.

(7) Reconocemos inevitable una "prudente" colaboración política del Derecho penal, pero rechazamos su entrega excesiva al poder. Quienes afirman la total apolititud del Derecho penal incurren automáticamente en la abdicación total al poder constituido, olvidando la esencial función crítica de todo jurista, especialmente del penalista universitario. Cfr. MAIHOFER, *Demokratie im Sozialismus, Recht und Staat im Denken des jungen Marx*. Frankfurt, 11, 1969, especialmente, págs. 40 y siguientes; NAGEL, *Critical criminology*, s. a., 1970.

También reconocemos que la implantación de un régimen totalitario consigue rápidamente saltarse las barreras del Derecho penal, aunque éste haya adoptado las mejores posturas de justicia. Sin embargo, la misión del penalista es construir y mantener vivas esas barreras que, a la larga, acaban siempre renaciendo y venciendo.

(8) FERRI, *Sociología criminal*, trad. por A. Soto y Hernández, t. II, Góngora Alvarez, Madrid, s. a., págs. 180 y sigs.

(9) GAROFALO, *La Criminologie*, 2.^a ed., Alcan, París, 1890, págs. 276 y sig.

superar su debilidad, su tendencia al crimen, necesita la asistencia de la comunidad. El delincuente peligroso alcoholizado, por ejemplo, no puede salir de tal situación sin el correspondiente tratamiento de deshabitación.

La sociedad, para subsistir, necesita cumplir su misión social, necesita imponer medidas de seguridad para inocular (sin eliminar) a los individuos incurables o incorregibles que le amenazan con la futura comisión de hechos delictivos. Y, además, la sociedad, para realizar la justicia, necesita resocializar, mediante medidas de corrección, a los autores de hechos antisociales con tendencia (corregible) a reincidir.

Los clásicos del Siglo de Oro español justificaban algunas penas diciendo que sin ellas todo se perturbaría («*omnia perturbarentur*», escribió Soto). De modo semejante, en las circunstancias actuales podemos decir que sin las medidas de seguridad y sin las medidas de corrección, la vida comunitaria resultaría caótica; la autoridad no cumpliría sus obligaciones de cooperar al bien común, a la posibilidad del desarrollo de cada ciudadano como persona (10), mediante la prevención general y la prevención especial.

De esta necesidad brota la utilidad y la justicia de las medidas.

2.^a La *mera utilidad* (como suele entenderse vulgarmente, como opuesta a la justicia o a la necesidad) *no justifica* la imposición de medida alguna. Quien aceptase el criterio de la mera «utilidad», violaría realmente, más allá de los límites de lo imprescindible, el patrimonio sagrado de los derechos individuales, convertiría al individuo en mero instrumento del Estado.

3.^a La *diferenciación entre justicia y utilidad no debe exagerarse*, pues no media escisión ni oposición entre el campo naturalístico de la peligrosidad y el normativo de los valores. No hay solución de continuidad entre la científica valoración naturalista de la peligrosidad y la valoración ética o normativa de la justicia social. Conviene tener en cuenta el axioma clásico de que el ser, la verdad y la bondad se identifican metafísicamente (*ens, verum et bonum convertuntur*) (11). La utilidad (si es verdadera utilidad) de una medida no puede estar en oposición con su admisibilidad jurídica. La utilidad en rigor científico es el reverso de la justicia, su complemento inseparable. Por

(10) Cfr. JUAN XXIII, *Pacem in terris*, Segunda parte, 2, núms. 55 y sigs. En sentido parecido, Michael Marx define el bien jurídico como "los objetos necesarios para la libre autodeterminación de la persona". MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Heymanns, Köln, Berlín, 1972, págs. 48 y sigs., 62 y sigs.

(11) En la trilogía tradicional falta una importante dimensión —lo *pulchrum*, lo estético— que, por motivos obvios, no podemos ni debemos comentar aquí, a pesar de su gran interés para la tarea reeducadora de muchas medidas. Cfr. GARAUDY, *L'alternative. Changer le monde et la vie*, Laffont, París, 1972, págs. 140 y sigs.

lo tanto, no yerran quienes hacen referencia a la utilidad si emplean esta palabra en sentido científico. Cuando tales doctrinas abocan a resultados negativos, se debe a quienes interpretan como útil lo que no es útil (12). Los numerosos y atroces delitos cometidos por la autoridad imponiendo y ejecutando penas a personas inocentes bajo capa de justicia, no anula el valor de la justicia.

4.^a La dificultad principal respecto a la justificación de las medidas, más que en la formulación de los principios teóricos, radica en la *diversa interpretación y aplicación* de esos principios.

Al admitir que únicamente la necesidad justifica el empleo de las medidas, sólo las medidas necesarias son justas, y así, el Derecho penal alcanza sus metas sin convertirse en el terror penal. Esta solución teórica quiebra con frecuencia en la práctica.

En muchos países, el poder ejecutivo pretende justificar la aplicación de las medidas por mera conveniencia política, bajo capa de necesidad y de humanitarismo.

El problema básico para justificar rectamente, en la práctica, la imposición de las medidas consiste en determinar qué se entiende por necesidad, qué por utilidad y qué por dignidad humana. Y también en concretar o formular cómo impedir (o reducir lo más posible) las negligencias y los abusos de la autoridad en el momento de dictar y de aplicar las medidas.

Tres medios parecen los más importantes y eficaces para evitar —en lo posible— el uso excesivo o arbitrario de las medidas (13): la claridad conceptual en la doctrina y en la legislación (distinguiendo con nitidez la peligrosidad y la medida posdelictual de la peligrosidad y la medida predelictual), el respeto al principio de legalidad y la autonomía jurisdiccional (con verdadera libertad —tan difícil en los regímenes dictatoriales— y con profunda formación criminológica en los encargados de administrar justicia).

4. Referencia a la realidad

Las normas hasta aquí expuestas respecto a la justificación de las medidas son generales, abstractas y formales. Por tanto, en su aplicación fáctica corren el riesgo de ser utilizadas con un contenido material impropio, como instrumento en manos de un determinado interés político, en búsqueda de metas partidistas o injustas.

(12) Acertadamente, BETTIOL, *Diritto Penale. Parte Generale*, 8.^a ed., Cedam, Padova, 1973, pág. 819.

(13) También amenaza y debe superarse el absentismo, la carencia de las medidas. Las consecuencias de este conservadurismo extremo violarían los postulados del *Welfare State*, del Estado social de Derecho.

Para evitar o disminuir estos abusos, algunos especialistas formulan los principios generales (acerca de las medidas y su justificación) teniendo en cuenta —previendo— tal o cual situación y aplicación concreta irregular y tendenciosa.

Este método —cuyo fin merece todos los encomios—, si no explicita sus presupuestos, produce muchas veces resultados negativos. Nosotros, al hablar ahora de las medidas penales, suponemos su aplicación en un *Welfare State*, en un Estado social de Derecho, no en Estados policía o en regímenes dictatoriales (14).

En el campo de las medidas, los penalistas debemos emplear todas nuestras fuerzas para conseguir una altura inalcanzable. El continuar fracasando forma parte de nuestra misión y de nuestra victoria. Como Sísifo, debemos trabajar y descansar, creando siempre comunitariamente nuevos caminos hacia proyectos imposibles (15). La utopía concreta de que habla Bloch debe impulsar todas las investigaciones acerca de las medidas, dentro de una nueva orientación filosófica (16).

(14) WÜRTEMBERGER, *Horizonte der Strafvollzugsreform*, en "Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat", Stuttgart, 1970, págs. 220 y sigs.

(15) Je crois à l'utopie — non pas à celle où l'on s'évade — mais à celle où l'on se projette avec une volonté de fer — tôt ou tard, cette force donne son fruit — ne cédon pas trop nous-même aux ironies réalistes (Emmanuel Mounier).

(16) KAUFMANN (Arthur), *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt M., Athenäum, 1971, págs. 36 y sigs.

