

Las medidas de seguridad en el Derecho Penal contemporáneo (Estado actual del problema)

Que la pena y la medida de seguridad son instituciones que solo tienen de común fortalecer la defensa social del Estado contra la delincuencia es cosa que parece fuera de duda.

Principio fundamental de la Escuela clásica, concebida en su pureza originaria, es que en el caso de que no exista imputabilidad moral no debe imponerse pena alguna, cesando por consiguiente la esfera de aplicación de la Ley penal.

La pena es una consecuencia del delito, que presupone una situación espiritual que permite la responsabilidad, dado que la conducta delictuosa es por ello jurídicamente reprochable. Cuando por consiguiente no existe aquel fundamento no pueden producirse consecuencias punibles. El principio es justo: aceptado el camino del mal de un modo consciente y libre, deben aceptarse las consecuencias.

Principio fundamental del positivismo es considerar al delito

como un producto de factores biológicos, sociológicos, psicopatológicos, endocrinológicos; etc., según las diferentes direcciones doctrinales, que determinan la conclusión de un pronóstico criminal, que permite la deducción de un peligro para la sociedad que es preciso prever y evitar, por ello, se hace necesario la imposición de medidas que sin tener en cuenta la libertad y la conciencia impidan los males presuntos. En una palabra, cuando una persona se considere peligrosa, desde el punto de vista criminal, debe ponerse en condiciones de inocuidad por medio de las correspondientes medidas de seguridad.

El positivismo, al romper los moldes clásicos del concepto del delito, irrumpió como un alud en el Derecho penal, borró fronteras y se apuntó la victoria indudable, de que al lado del concepto de imputabilidad se perfilara con caracteres destacados el de peligrosidad. Derrumbados los obstáculos que encontró en su camino, se llegó a una especie de solución transaccional, consistente en admitir al lado de la pena, la medida de seguridad, instituciones perfectamente diferenciadas, y que obedecen a distinta motivación con la consecuencia de hacer aparecer una contradicción, la de querer conciliar lo inconciliable como ha expresado brillantemente Carnelutti (1).

En este trabajo se pretende plantear el estado actual de algunos de los problemas de más relieve que suscitan las medidas de seguridad en el Derecho penal.

I

Es sobradamente conocido que la pena tiene un fundamento

(1) Vid. Mezger «Kriminal Politik auf kriminologischer Grundlage» 2.^a edición (1942). Silva Melero en Revista de Legislación y Jurisprudencia (Septiembre 1942), págs. 330 y ss. Filippo Colace Imputabilità e pericolosità nel Codice penale vigente (Milán) 1938. Carnelutti en Riv. di Dir. proc. Enero-Mayo de 1940, página 61. Sánchez Tejerina, El investigador católico ante la moderna biología. (Revista Universidad de Oviedo, 1943). Luigi Scorano «Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale» (1937).

retributivo, para la reintegración del orden jurídico perturbado como consecuencia del delito.

Es esta la concepción clásica que perdura todavía, y que informa aún la mayoría de los Códigos contemporáneos, en los que se asigna a la pena entre otras finalidades, la de prevención general que se ejercita mediante la intimidación derivada de la ejemplaridad y de la amenaza, siempre naturalmente adecuada, al requisito subjetivo de la imputabilidad penal declarada judicialmente.

Antolisei llega a la conclusión de que si es verdad, como se dijo, que aún los juristas buscan una definición conceptual del Derecho, también en el campo estrictamente punitivo puede afirmarse otro tanto en lo que respecta al concepto de la pena. Discusiones antiguas tienen todavía hoy actualidad, y el célebre debate que duró casi veinte años, entre Feuerbach y Grolman puede contribuir a poner de relieve su naturaleza intrínseca, sin cuya previa fijación no será posible señalar las diferencias con la medida de seguridad. (1)

Ambos insignes escritores creen que la pena no tiene un fin en sí misma, los dos aceptan la idea de la utilidad social pero difieren al precisar este objetivo. Para Feuerbach la pena está destinada a ejercitar una coacción psicológica, esto es, a intimidar a la colectividad impidiendo de este modo que se perpetren delitos mediante la amenaza de un mal mayor. De este modo la Ley penal con su intimidación abstracta suscita la representación de la necesidad y efectividad de la sanción penal.

Grolman, al contrario, cree que la pena está destinada a suprimir y procurar la inocuidad de las tendencias antisociales. Verdaderamente, dice, el delito ha demostrado que para el autor, la amenaza de la sanción no fué suficiente contra su voluntad antijurídica, por eso, la finalidad derivada de la pena es, según este punto de vista, la restauración de la condición de ausencia del peligro eliminando la motivación.

(1) Antolisei «Problemi penali odierni» (1940) cuarto estudio. Hans von Hentig La pena, Orígene, scopo, psicología, (1942). Rosario Occhipunto Fondamento scopo e contenuto della pena (1942).

Como se ve, el contraste aparece en el modo de entender la prevención que es general en Feuerbach y especial en Grolman. Lógicamente pena fija e inmutable en la primera dirección, y pena variable e individualizada en la segunda con amplios poderes discrecionales atribuidos al Juez.

Si Feuerbach con la afirmación de libre albedrío, con la exclusión programática de poderes discrecionales al juzgador, con el positivismo legal, con la absoluta eliminación de los valores morales del dominio de la penalidad, con la concentración preferente de la investigación sobre el hecho, en lugar de referirse fundamentalmente a su autor es un precursor de la Escuela clásica, Grolman se anticipa a la Escuela positiva al destacar la importancia del estudio de la personalidad del delincuente, al establecer la peligrosidad individual, al propugnar la necesidad de la individualización de la pena, al moralizar el Derecho penal, al atribuir al Juez amplios poderes para adaptar la represión penal a los fines preventivos.

Como los dos tenían razón, por eso en nuestros días pudo escribir Antolisei que para conseguir el fin de luchar victoriosamente contra la delincuencia, el legislador debe considerar todos los efectos de la sanción, tanto las exigencias de la prevención general como los de la prevención especial ya que los dos penalistas que mantuvieron inicialmente ambas tesis, aceptaron recíprocamente principios de sus respectivos puntos de vista. En esta coincidencia ve Guarnieri la posibilidad de una unificación entre la dirección clásica y la positivista.

Pero aún atribuyendo a la Pena todas las características que Feuerbach y Grolman le atribuyeron, siempre resultará que existen una serie de presuntos delincuentes, a los cuales no será posible aplicar una pena, porque sus actos si ciertamente inducen a suponer una ulterior actuación delictiva, aún no alcanzaron las condiciones que la Ley Penal objetiva, señala para ser tipificados como punibles, y otros, que por ser inimputables no cabe imaginar la atribución de consecuencias penales a quienes no fueron su causa

eficiente y libre (1). Es decir, que un gran sector de peligrosos sociales quedarían fuera de la órbita penal, lo que naturalmente por otro lado, resulta inconciliable con elementales deberes de defensa de la sociedad que el Estado viene en el deber de tutelar. (2).

II

Al lado de la pena el nuevo Derecho punitivo conoce la medida de seguridad acerca de cuya naturaleza jurídica debate la doctrina, sobre todo desde que fué introducida en el vigente Código penal italiano. Se la considera como medida administrativa denominación que sin resolver el problema ha abierto nuevas perspectivas al campo de discusión. Rocco el exponente más autorizado del citado cuerpo legal, asigna a la medida de seguridad un fin de tutela preventiva sobre futuros delitos con una finalidad parecida a la de la medida de policía, sin que modifique esta apreciación el hecho de que la medida de seguridad venga impuesta judicialmente, ya que en su opinión ello, es debido a razones de oportunidad y conveniencia social (3). Battaglini no se aparta de esta opinión (4). Longhi cree que la medida de seguridad es norma de Derecho penal por su naturaleza jurisdiccional y porque represión y prevención son dos caras del mismo concepto unitario criminal (5). Conti, piensa que las penas se refieren al hecho delictivo y al delito, la medida de seguridad, al contrario, a la peligrosidad criminal del autor de un hecho punible siendo un complemento de la pe-

(1) Crispigni «Espiazioni e difesa nel nuovo codice penale germanico (1940)

(2) Antolisei «Pene e misure di sicurezza» en Riv. ital. di dir. pen 1933 páginas 129 y ss. Battaglini «La natura giuridica delle misure di sicurezza» Riv. dir. pen. 1930. Benvenuto «Le pene e le misure di sicurezza» (Messina) 1931.

(3) Rocco «La pena e le altre sanzioni giuridiche» en Riv. Pen. 1917 «Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica en Riv. di Dir. Penit 1930 año 1.º, pág. 1.245.

(4) Battaglini «La natura giuridica delle misure di sicurezza, cit. pág. 1.285. Sabatini «La pericolosità criminale» en Scuola positiva 1921 pág. 253.

(5) Longhi «Repressione e prevenzione» y en «Per un Codice di prevenzione criminale», Milán 1922.

na y dando lugar a un Derecho penal de policía (1). Manzini entiende, que la medida de seguridad es un medio de policía jurisdiccional, con lo que el Estado cumple el fin de tutela preventiva social, construyendo a determinadas personas imputables o no, punibles o exentas de penalidad, a sufrir una privación o una disminución de bienes personales o patrimoniales por causa de la peligrosidad de las personas mismas, que se revela por la comisión de unos o más hechos que la Ley considera como delitos, o tienen de éste algún elemento, y en previsión de la probabilidad de ulteriores manifestaciones de una actividad socialmente nociva. No tienen, según este autor carácter de sanciones jurídicas porque no son consecuencia de la declaración de una responsabilidad; no se pueden equiparar a la pena porque no son castigos consecuentes a la comisión del delito que pudo no haber sido cometido, teniendo una finalidad preventiva y social de naturaleza cautelar, y sin que sean catalogables entre las instituciones de Derecho penal por tener naturaleza jurídica administrativa como explícitamente el Código italiano las configura (2).

Para Binding se trata de penas accesorias (3). Según Heller pena y medida de seguridad son instituciones que pueden sustituirse recíprocamente, concepto que se encuentra en otros autores alemanes, aunque admitan la relevante función de la pena, tesoro de nuestra cultura tan inestimable que se ha dicho que sin ella la humanidad no podría existir (4).

La moderna doctrina alemana sienta el principio de que el Derecho penal conoce dos caminos para luchar contra los que que-

(1) U. Conti «Pena e complementi di pena» en Riv. Pen. 1914.

(2) Manzini «Trattato di Diritto Penale Italiano» 1914. Vol. 3.º, página 275 Cfr. Crispigni en Scuola positiva págs. 97-141, año 1920.

(3) Binding Handbuch, vol. 1.º, págs. 873 y siguientes.

(4) Heller en Scritti in onore del Prof. Conti 1933, pág. 209.

La medida de seguridad se distingue de la medida de policía que supone un estado antijurídico de naturaleza administrativa en que no tiene finalidad educativa y viene establecida con un concepto más amplio de la peligrosidad social (Vid. De Marsico en Riv. di Dir. pen. 1933, págs. 1288 y ss. y Maggiore en Riv. di Dir. pen 1934, páginas 978 y siguientes.)

brantan la paz jurídica. Por medio de la amenaza de un mal que implica expiación e intimidación o sea imponiendo penas, y al mismo tiempo, admite en interés de una eficaz protección de la comunidad del pueblo, lo que denomina medidas de seguridad y corrección en las que está ausente un concepto de culpa y de expiación (1).

En todo caso las verdaderas y propias medidas de seguridad son un producto de la doctrina moderna, si bien el pasado conoció aunque difusamente el concepto de peligrosidad del delincuente, que fué intuído por el Derecho Romano, y difusamente comprendido en la Edad Media. En nuestra época ciertamente que el concepto de peligrosidad estuvo presente también en la mente de los maestros de la Escuela clásica y en los Códigos inspirados en su doctrina, pero en todo caso se trata de un conocimiento rudimentario de las medidas de seguridad de las que si bien cabe encontrar precedentes en Legislaciones anticuadas es forzoso constatar que el concepto moderno de la medida de seguridad nace y se difunde como consecuencia de la influencia de la Escuela positiva.

El primer proyecto de reforma en que las medidas de seguridad vienen expresamente consideradas es el suizo de 1893 debido a Stoos donde encontramos un capítulo especial dedicado a las penas y a las medidas de seguridad. Los proyectos sucesivos de aquel país continúan esta ruta y lo mantienen el vigente Código penal de 21 de diciembre de 1937, aprobado en 2 de julio de 1938 por referendum popular y que entró en vigor el 1.º de enero de 1942. Los establecimientos para las penas y medidas de seguridad previstos en el nuevo Código Suizo son unos de tipo pedagógico para niños y adolescentes, otros tienen el carácter de prisión para menores de dieciocho a veinte años, existen además el arresto, detención y reclusión, lugares de tratamiento para los delincuentes habituales, asilos para bebedores, internamiento para delincuentes

(1) Schönke «Strafgesetzbuch» (1942). Págs. 82 y ss.

de responsabilidad disminuída e instituciones educativas de tipo laboral (1).

En el proyecto preliminar alemán del año de 1909 las medidas de seguridad aparecen en el mismo capítulo que las penas y lo mismo ocurre en el del año de 1913, aunque ampliando su contenido. El proyecto de 1925 prevé para la seguridad y corrección de los peligrosos el internamiento en sanatorio, asilo de alcoholizados, la vigilancia, custodia preventiva, prohibición de frecuentar determinados establecimientos, el extrañamiento del territorio del Reich, la inhabilitación y hasta la confiscación. Después del proyecto de 1930 y de la conferencia austro-alemana de Derecho penal las medidas de seguridad vienen reducidas en relación a las del proyecto de 1925, pero se añade el internamiento en campo de trabajo. La Ley de 24 de noviembre de 1935 contra los delincuentes habituales peligrosos y reguladora de las medidas de seguridad y corrección introduce en la Legislación vigente en Alemania las siguientes medidas de seguridad: 1.º Internamiento en sanatorio o Casa de salud. 2.º Internamiento en Asilo para alcoholizados o toxicómanos. 3.º Internamiento en campo de trabajo. 4.º La detención preventiva. 5.º La castración de delincuentes peligrosos contra la moral. 6.º La inhabilitación para el ejercicio profesional. 7.º La expulsión del territorio nacional. De todas las medidas de seguridad transcritas la que ha suscitado, como era de esperar una mayor discusión doctrinal ha sido la castración, la cual ha sido combatida no solo desde el plano moral, sino desde el biológico psiquiátrico y sociológico por lo que tiene de irreparable, atentatorio a la integridad física y al equilibrio psíquico. Además se ha controvertido su utilidad práctica, pues parece haberse observado que pese a la aplicación de la gravísima medida persisten las inclinaciones libidinosas de carácter criminal ya que éstas radican más que en la posibilidad material de su realización, en una apetencia o in-

(1) Juan del Rosal y Francisco Murillo Ferrol en «Revista de Estudios penales», Valladolid. 1943, vol. 1.º, págs. 127 y ss.

clinación morbosa que permanece incólume pese a la mutilación (1).

El proyecto francés (1934) comprende las medidas de seguridad divididas en tres categorías: a) privativas de libertad (internamiento en campo de trabajo, hospital psiquiátrico o depósito para mendigos); b) restrictivas de libertad (prohibición de ejercicio de profesión u oficio, de residencia en lugar determinado, extrañamiento, vigilancia por un Patronato, caución de conducta); c) de orden patrimonial (confiscación, clausura de establecimientos comerciales e industriales, suspensión o disolución de sociedades). La Ley belga de 9 abril de 1930 es particularmente interesante, ya que dispone el internamiento por tiempo indeterminado de los delincuentes enajenados, desequilibrados o débiles mentales, y la detención después de cumplida la pena de reincidentes y habituales.

Uno de los proyectos que influyeron destacadamente por su orientación en la materia objeto de estudio fué el de Ferri, que inspiró diversas legislaciones del centro y sur de América y en un tiempo la legislación rusa especialmente el Código de 1927. Su autor entiende, siguiendo la dirección positivista, que no debe existir diferencia éntre penas y medidas de seguridad como instituciones distintas y contrapuestas, unificando ambas en el común concepto de sanción criminal.

Según el proyecto aludido las sanciones se dividen en cuatro categorías:

Primera. Sanciones para los delitos comunes cometidos por mayores de dieciocho años que van desde la multa a la separación de la convivencia social de un modo total y perpétuo. Segunda: Sanciones para los delitos político-sociales cometidos por los mayores de dieciocho años para los que se previene la multa, el destierro y

(1) Schönke ob. cit. págs. 97 y ss. Vid entre otros: Kluge. Die Rechtsprechung des Reichsgericht zu dem Massnahmen der Sicherung und Bessernug (1937) y Wolf Die Kastration bei sexualen perversionen... (1934). Cfr Vervaeck en Giustizia penale 1938-1.^a parte col. 567 y ss.

la detención en distintos grados. Tercera: Sanciones para los delitos cometidos por menores de dieciocho años, libertad vigilada, establecimientos pedagógico-correctivos, reformatorios por medio del trabajo de distintas clases, etc. Cuarta: Sanciones para los enajenados mayores de dieciocho años, manicomios criminales, establecimientos especiales de detención y trabajo.

Se añaden además, las sanciones accesorias y complementarias.

Citamos este proyecto no sólo porque ya hemos destacado su influencia en algunas legislaciones, sino porque de un modo parcial al menos, ejerció notable influencia en el vigente Código penal italiano y porque fué objeto de las más vivas controversias en casi todos los países.

La preocupación por el problema de la peligrosidad criminal en las diferentes legislaciones se patentiza por el hecho de que son escasísimas las que no han previsto medidas de seguridad como complemento de los medios de lucha contra la delincuencia. Además de las citadas acotamos con las disposiciones dictadas por Suecia contra anormales y reincidentes, Turquía que prevé la sustitución de la prisión, en ciertos casos, por una medida educativa, Yugoslavia en cuyo Código de 27 de enero de 1929 se estatuye la retención de los reincidentes después de la condena, y Polonia que prevé medidas de seguridad para enajenados semiresponsables, y alcoholizados, independientemente de otras prevenciones contra la delincuencia habitual o profesional.

En Portugal, por disposición de 27 de mayo de 1936, nos encontramos con penas que vienen a desempeñar en la práctica la misión de una verdadera medida de seguridad, lo que tiene el interés indudable de significar una tentativa de unificación. Los dominios ingleses de Nueva Zelanda, Canadá, Australia y Unión Sudafricana, prevén supuesto de detención indeterminada para la delincuencia habitual y la juvenil. Hungría por leyes especiales comple-

mentarias del viejo Código vigente, se introducen medidas contra vagabundos y otros peligrosos sociales. (1)

Los Países Bajos introducen el 11 de julio de 1932 igualmente estas prevenciones, contra reiterantes y reincidentes y lo mismo cabe decir de Inglaterra, desde el año de 1908, Noruega desde 1919, Dinamarca desde 1925 y en fin, posteriormente la corriente legislativa en el sentido indicado se expande por América desde Argentina, año de 1921, Méjico en 1929, que sigue íntegramente el proyecto Ferri aunque posteriormente y desde 1931 se vuelva a distinguir entre pena y medida de seguridad, pero solo parece que a efectos terminológicos, Perú 1924, Venezuela 1928, y por último los modernos Códigos penales de Colombia, Cuba, Brasil entre otros y cuantos proyectos están actualmente en estudio admiten unánimemente al lado de la pena la medida de seguridad (2).

III

Consideración relevante merece el Código penal italiano, especialmente por la extraordinaria elaboración doctrinal a que dió lugar su puesta en vigor.

Fuente única de las medidas de seguridad en este Código es la Ley y solo pueden ser aplicadas en los casos en ella previstos.

Supuesto para la aplicación de la medida de seguridad son los hechos que se consideran delictivos en unas ocasiones por imputables, en otras por inimputables, a veces en los casos de delito imposible otras en grado de proposición sin ulterior realización, o inducción frustrada. La mera peligrosidad no es suficiente para la aplicación de una medida de seguridad si el caso no aparece previsto en la Ley penal, lo que significa la extensión del principio de legalidad a la medida de seguridad.

Las medidas de seguridad previstas en el Código italiano se di-

(1) Vid Schönke en Deutsche Justiz (1938) n. 4 págs. 142 y ss.

(2) Eugenio Florián en Nuevo Dig. it. vol. VIII págs. 638 y ss.

Vid Cuello Calón Desarrollo de la Legislación penal a partir de 1936 (1942).

viden en dos categorías fundamentales: personales y patrimoniales. Las primeras son privativas de libertad como el internamiento en colonia agrícola o establecimiento laboral obligatorio en los casos de habitualidad o tendencia delictiva en sanatorios y correccionales, manicomios judiciales, reformatorios, en todos los cuales se prevén tratamientos pedagógicos, médicos y correctivos.

Existen medidas de seguridad que son solo restrictivas de la libertad individual. Son éstas la libertad vigilada, la prohibición de residencia, la de frecuentar determinados establecimientos o lugares de reunión y la expulsión de extranjeros obligatoria para determinados delincuentes y que tiene carácter perpétuo.

Las medidas de seguridad patrimoniales, según el Código penal italiano son solamente dos: caución de buena conducta y secuestro. La primera consiste en la obligación de depositar una suma de mil a veinte mil liras, y cabe la sustitución por garantía hipotecaria o constitución de fianza.

El Juez debe fijar determinadamente la duración de la caución por el plazo mínimo de un año y el máximo de cinco. Si durante este término la persona garantizada por la caución no comete delito o contravención castigada con arresto, la suma es restituída, la hipoteca cancelada y la fianza resuelta. En caso contrario la suma, importe de la caución, queda en beneficio de la administración pública.

En cuanto a las cosas que sirvieron para la perpetración del delito, que resultan producto del mismo o el lucro que aquél pudo producir, puede ser objeto de una resolución judicial que se califica de secuestro. Se trata de una medida de seguridad *sui géneris* en cuanto no depende del presupuesto común de la peligrosidad. Su objeto son en todo caso los objetos que sirvieron o fueron destinados a cometer el delito, lo que de éste resulta como producto y equivale al provecho o beneficio ilícito obtenido.

La exposición siquiera haya sido sucinta de las medidas de seguridad en el Código penal italiano permite corroborar, cómo este cuerpo legal sigue el sistema dualista componiendo sobre el terre-

no práctico de las realizaciones las tendencias opuestas de la Escuela positiva y de la clásica.

Por lo demás, las corrientes contemporáneas marchan en esa dirección según hemos tenido ocasión de ver, y lo mismo ocurre en nuestra Patria, donde al lado de la pena se regulan las medidas de seguridad, encontrándose éstas excepcionalmente en el Código penal, de un modo muy incompleto, y orgánicamente reguladas en la Ley especial de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, lo que permite asegurar que en nuestra Legislación se sigue también el sistema de bifurcar los medios de defensa y de lucha contra la delincuencia por medio de la pena y también por la medida de seguridad.

La Legislación italiana en lo que respecta a la ejecución de las medidas de seguridad establece su imposición por el Juez en la sentencia de condena o de absolución, o con carácter provisional durante la instrucción. La duración de las medidas de seguridad es indeterminada en el sentido que no se fija límite máximo a su actuación y duran lo que la peligrosidad presunta. Se exceptúan las medidas de seguridad patrimoniales donde estas normas son atenuadas.

Pero la ejecución de la medida de seguridad plantea problemas de cierta envergadura tanto por lo que se refiere a las facultades del Juez en este respecto como por lo que se refiere a las diferencias con la ejecución de las penas.

Independientemente de que los establecimientos para la ejecución de las medidas de seguridad respondan a la función de readaptación social como finalidad prevalente, y aparte de que el tratamiento de los sometidos a custodia en razón de su peligrosidad al desaparecer toda sombra de expiación, sea distinto, la cuestión fundamental en este respecto se polariza en torno a los poderes del Juez en la ejecución de la medida. No tratamos de traer a debate la viva controversia planteada acerca del problema, que ha motivado una copiosa literatura y que ha sido objeto de estudio en los Congresos internacionales de París y Berlín en época relati-

vamente reciente. (1). Parece sin embargo, que cada vez va abriéndose paso con más fuerza la idea de que el Juez no termina su misión con la sentencia, sino que sus poderes deben ser ampliados a la fase de ejecución y conste que aunque la cuestión no sólo se ha planteado en relación a las medidas de seguridad, sino sobre todo con respecto a las penas, creemos que es precisamente en aquéllas donde la eficacia de las posibilidades judiciales en la ejecución puede aparecer más destacada. El control judicial de las medidas de seguridad está absolutamente justificado en la ejecución de las llamadas medidas sociales predelictivas. En el Congreso de París (reunido del 26 al 31 de julio de 1937) se preconizó esta solución al acordar que corresponde a la autoridad judicial estatuir sobre la suspensión de las medidas de seguridad así como sobre la prolongación del internamiento o la liberación de los peligrosos sociales. Esta resolución sería de desear que encontrara de *jure condito* la posibilidad de ponerse en vigor... (2)

IV

La tendencia de superar el dualismo entre penas y medidas de seguridad lleva a algunos autores a tratar de unificarlas bajo la rúbrica de sanción criminal creyendo otros en la absorción de la pena por la medida; (3), mientras que alguno entiende que al final ocurrirá precisamente lo contrario por un fenómeno de atracción que determinará la pena que englobe a la medida de seguridad. (4). Se ha propuesto además una sanción única determinada por un sufrimiento proporcionado a la gravedad del delito determinada en el

(1) G. Novelli en Nuovo Digesto it. vol. ci págs. 649 y ss. Vid Jung y Eichler en Deutsche Justiz 1938 n. 7 págs. 259 y ss.

(2) Vid acerca del problema Sliowski «Les pouvoirs du juge dans l' exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté Paris 1939.

(3) Asi Grispigni «Corso di Diritto penale» (1932) vol I, pág. 121 Florian «Confluenza delle pene e delle misure di sicurezza» en Riv di Dir proc. pen 1930 págs. 337-340, vol. 1.º.

(4) Carnevale Diritto criminale (1932) vol. I, págs. 381 y ss.

máximum y haciéndola cesar al suprimirse la peligrosidad. (1). No falta quien propone sustituir el sistema de la duplicidad por otro en que la unificación encontrase su expresión tangible en la eventual sustitución recíproca de penas y medidas. (2).

La necesidad de superar el dualismo entre penas y medidas de seguridad no sólo ha sido una inquietud doctrinal sino que alcanza a las preocupaciones legislativas y siendo Ministro de la Italia Grandi invitó a los estudiosos a superar esta dualidad aunque no fuera más que con relación a determinadas clases de delincuentes, semienajenados, menores y habituales, con respecto a los cuáles se ha intentado y sugerido muchas veces la idea unificadora.

El positivismo trata esta cuestión con gran simplicidad, recuérdese el Proyecto de Ferri, engloba la pena en la medida de seguridad punto de vista peligroso porque como dice Mezger un sistema penal que se basara sólo en la pena no puede luchar victoriosamente contra la delincuencia, y añade, que aquel que se fundara sólo en la presunta peligrosidad desconocería, con daño de la justicia, el más profundo sentido de la responsabilidad personal, por lo que el ilustre Profesor alemán estima erróneas las direcciones que tratan de eliminar del Derecho penal el concepto de pena subordinado al principio de causalidad (3). En el mismo sentido Maggiore entiende que el dualismo pena y medida no puede impedirse ya que la pena, es en su sentir, la sanción represiva y la medida la sanción preventiva. (4).

Recientemente Giuseppe Bettiol ha dedicado a la cuestión un interesante trabajo en el que se aseguraba que es profundamente equivocado que la unificación de ambos medios de lucha contra el delito sea fatal. Critica el punto de vista de que tendiendo a individualizarse la pena en el momento de su ejecución en realidad la aproximación con la medida resulta evidente y por ello quedaría anulada.

(1) Antolisei «Pene e misure di sicurezza» cit.

(2) De Marsico lec. cit.

(3) Vid Silva Melero en Revista de Legislación cit comentario a Mezger.

(4) Maggiore en Riv de dir. pen: 1934, págs. 962 y ss.

Aunque la pena se individualice, asegura el citado autor con acierto nada tiene que ver con el fin perseguido por la medida de seguridad que no tiende a retribuir sino a prevenir, o sea a eliminar las condiciones subjetivas y objetivas que determinan la peligrosidad del sujeto con vista a delitos futuros. Otra de las bases unificadoras propuesta por el positivismo ha sido la humanización de las penas lo que la aproxima a la medida de seguridad en el sentir de aquella Escuela, pero aunque tal tendencia sea loable ha de limitarse forzosamente para evitar el peligro de que la penalidad no llegue a perder su carácter retributivo, resultando estéril en una de sus finalidades.

Florian cree que se puede llegar a la unificación partiendo de premisas éticas ya que justicia y caridad no deben tener finalidades distintas, pero si se considera que la base de la medida de seguridad es una peligrosidad presunta, llegamos a la conclusión de que unificando pena y medida nos limitaríamos a procurar una redención puramente biológica, lo que implica naturalmente un descenso de consideración en las finalidades espiritualistas de la pena. Se ha creído que el criterio de la defensa social común a ambas puede servir para la anhelada unificación, porque en último análisis éste parece ser un sentido común a las dos, pero no hay que olvidar que represión y prevención si bien son medios de la defensa aludida y sirven a la protección de la sociedad, lo hacen en forma independiente con medios y fines específicos que le son propios y peculiares. (1).

Como consecuencia de lo expuesto podemos llegar, asegura Bettiol, a la conclusión de que el momento actual no se vislumbran perspectivas optimistas en orden a una unificación, ya que con la excepción de los menores y semienajenados en que se ha llegado casi por unanimidad a admitir penalidades, que independientemente de su función específica, impliquen tratamientos curativos, en los demás casos, y fuera de esa hipótesis bien delimita-

(1) Bettiol en Riv. it. di Dir. pen. 1942, págs. 213 y ss.

da y circunscrita, no se ha logrado aún a la fórmula que permita borrar el dualismo que es forzoso reconocer pese a todos los optimismos y que perturba la unidad conceptual del Derecho penal. (1).

V

La necesidad de incluir dentro del Derecho penal el estudio del delincuente desde tantos planos como ha sido visto (antropológico, psicopatológico sociológico, biológico, cosmológico, endocrinológico, tipológico, etc.) ha determinado cierto confusionismo y aunque resulta indudable que ha sido superada la época de una identificación del Derecho penal con la Política criminal, Filosofía, Sociología y tantas otras ramas del saber, que ahora permanecen en misión auxiliar y colaboradora con aquella ciencia jurídica, todavía no se ha conseguido que los límites del Derecho penal con otras ciencias tengan el relieve que parece indispensable. Es verdad que merced a la labor de juristas eminentes, el Derecho penal camina por la ruta de su liberación, proponiéndose ampliaciones conceptuales, y perfilándose la órbita propiamente penal con rigor técnico y estrictamente jurídico, tanto, que a veces se cae en el peligro de un aislamiento perturbador, quizás teóricamente impecable, pero en la práctica inútil especulación dogmática de conceptos artificiales sin eficacia (2).

Al Derecho penal, desde el punto de vista de nuestro estudio le amenazan las ciencias no precisamente jurídicas, de las que será

(1) La opinión de Bettiol en lo que se refiere a los menores no me parece exacta salvo que la expresión pena se formule en un sentido figurado. Siendo el menor inimpunible es obvio afirmar que no puede hablarse de penalidad. Vid Pérez Vitoria «La minoría penal (1940) y Cuello Calon «Criminalidad infantil y juvenil» (1934), y en Rev. de Leg. y Jur. Mayo 1944, págs. 490 y ss.

(2) Vid Antonio Ferrer Sama «La llamada crisis del Derecho penal y sus causas» en Anales de la Universidad de Murcia (1943), págs. 1-20. Una exposición de doctrinas técnico-jurídicas sobre el delito puede verse en Guallart L. de Goicochea «El adecuado lugar de la tipicidad en la construcción técnica del delito» (1943).

preciso liberarlo, pero también se presiente el peligro de dejarse influenciar destacadamente por el pensamiento civilista, olvidando que al lado del acto jurídico ilícito, delito, existe un hombre, una personalidad que no se desdibuja, como en el Derecho civil, por ejemplo, donde después de declarada una voluntad pueden ser indiferentes las características personales del sujeto que no afecten a su capacidad de obrar. El Derecho penal no puede prescindir del hombre, pero ello no puede llevarnos a un confusionismo con ciencias no jurídicas en el que caeremos fatalmente, si no tenemos el valor de aceptar la realidad y depurar al Derecho penal de cuanto sea inútil, superfluo o perturbador, para lo que no es suficiente una ampliación o restricción de los límites actuales, sino establecer las fronteras que hoy aparecen difuminadas y confusas, proclamando que tanto lo que afecta a la pena, como lo que se refiere a la medida de seguridad, es materia sólo y exclusivamente jurídica. Eliminar del Derecho punitivo la pena parece inadmisibile, el intento de Ferri quedó frustrado, y la propia ordenación soviética aparece hoy sometida a revisión, sin duda, porque no es posible establecer los cimientos de una ciencia jurídica sobre un pronóstico criminal desfavorable, cuya certeza ha de forjarse a través de elementos científicos no precisamente jurídicos, y además, porque negamos la predestinación fatalista. Podrá haber predisposición, pero como afirma Nagler, ello no puede llevarnos a una solución determinista que está reiteradamente comprobado que no existe (1).

(1) Vid el Prólogo de Rodríguez Muñoz a la traducción española de «Teoría general del delito» de Francisco Carnelutti (1941) Cfr. Bruns «Dis Befreiung des Strafrechts vom civilistischen Denken» (Berlín) 1938. Vid. Vincenzo Cavallo en Riv. it. di Dir. Pen. año XV núm. enero-abril 1943 (anotada por mí en Rev. de Leg. cit. octubre de 1943 págs. 433-434.) Nagler «Anlage, Umwelt und Persönlichkeit des Verbrechers (1935)» pág. 22. Es muy interesante en relación con el asandoreado problema del libre albedrío la frase de Saldaña de que si *el tipo determina originariamente el acto a su vez el acto determina finalmente el tipo*. El delincuente es responsable moralmente no del acto criminal tal vez necesario que ejecuta si no de su estructura psíquica o carácter y de la fisiológica elaboradas por el

Si a la pena como consecuencia legítima del delito, no cabe eliminarla de la órbita de un Derecho criminal, lo mismo cabe decir de la medida de seguridad, que se considera indispensable, y ya hemos visto, cómo una solución transaccional llegó a la conclusión de no poder evitar la coexistencia de ambas, siquiera las diferentes direcciones traten recíprocamente de englobar en una ambas instituciones. Resulta, pues, que en el momento actual tenemos que el Derecho punitivo presenta una doble fundamentación, de un lado, la imputabilidad como base de una responsabilidad que se exige judicialmente por medio de la pena, de otro, la peligrosidad que se previene por medio de la medida de seguridad aún frente a inimputables, y sobre todo, para éstos, de donde cabría registrar una formidable contradicción en una ciencia jurídica que tiene un pie en la voluntad eficiente y libre, y otro, en las características o particularidades del delincuente, abstracción hecha de su libre albedrío o a pesar de que su situación espiritual no permita una responsabilidad. La pregunta surge inmediatamente planteada así la cuestión. ¿Queda rota la unidad orgánica de las legislaciones penales que admitan por exigencias de realidad esta bifurcación de los medios de lucha contra el delito? (1)

hábito criminal. Cfr. acerca del punto de vista de Saldaña Jaime Masaveu «Nueva dirección española en Filosofía del Derecho penal» (1943) págs. 54 y ss.

Vid Crispigni «Il delinquente tipo» (1942) Cfr Niceforo «Criminología» (1939) y Giovanni Lombardi «Sociología criminale» (1942).

(1) Vid Crispigni «Ancora sulla sistematica della parte generale del Diritto penale» (Annali di dir. e proc. pen-1935) parte 1.^a fasc. 9.^o) Giotto Bonini. «La teoría general de las medidas de seguridad» (1935). De Marsico Premesse certe alla dogmatica delle misure penale-Roma 1935) Arturo Santoro «Misure di sicurezza e pericolosità sociale a propósito de un piano di riforma e di una ricostruzione dogmatica» en Riv. di dir pen-1935, núm. 3, pág. 560, donde sostiene la tesis que solamente renunciando al concepto de pena como pura retribución de culpa moral y acudiendo al concepto de sanción criminal pena y medida no serán entidades heterogéneas e irreductibles Battaglini. «La funzione punitiva dello Stato en Riv. di dir. pen. 1935, núm. 1, pág. 27. Hermann Georgi en Zeitschrift die gesamte Strafrechtswissenschaft 1935-fasc. 4-5, pág. 613, donde plantea el proble-

En nuestro sentir ni se rompe la unidad conceptual ni la orgánica del sistema legislativo que dé cabida, a las penas y a las medidas de seguridad, siempre que la cuestión se analice, no desde el punto de vista material de la realidad objetiva y tangible, sino desde un punto de vista jurídico formal, lo que naturalmente implica la necesidad de establecer, además de una teoría jurídica de la pena, otra de la medida de seguridad, como con razón, afirmó Arturo Rocco, cuando al lado de Derecho criminal penal o represivo en sentido estricto, se pronunciaba por un Derecho criminal civil y un Derecho criminal de carácter administrativo.

En relación al Código penal italiano concretamente se ha planteado esta interesante cuestión de la unidad orgánica, por la dualidad del sistema sancionador elegido, considerándose que todo lo referente a medidas de seguridad, tiene carácter jurídico administrativo y señalándose por algún autor, que la relación que une, delito y peligrosidad social, pena y medida, norma penal y norma administrativa, es una relación de hecho, un supuesto de conexión que resulta de un acto con valoración punible, sea o no constitutivo de delito, en relación a un autor. Así perfilándose lógicamente la conexión objetiva y subjetiva, nos encontramos ante una situación jurídica que presupone una norma, o un conjunto de normas, que son premisas o elementos de hecho de la situación creada. Por lo demás, la denominación adoptada por Rocco de un Derecho criminal de carácter administrativo en lo que a las medidas de seguridad respecta, en lugar de expresión plena Derecho criminal administrativo, denota la exactitud de esta noción, ya que no es necesario en efecto, que la norma de prevención criminal sea concebida como verdadera y perfecta disposición de Derecho penal administrativo, siendo suficiente, por ser de natura-

ma de la distinción práctica en la fase de ejecución de la pena y la medida. Klee en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* vol. 28.^o, pág. 485 y ss. critica la Ley alemana de 24 de noviembre de 1935 por suponer una distinción entre penas y medidas de seguridad, a su juicio reminiscencia de la concepción liberal inconciliable con el Estado Nacional-socialista.

leza distinta a la norma de Derecho penal, que sea encuadrada en un esquema lógico similar al típico del Derecho administrativo. Claro que este punto de vista puede presentar la objeción de que se trata de plantear la imposible conexión jurídica entre dos ramas de Derecho, pero como demostraremos enseguida el supuesto no es sólo típico ni exclusivo del Derecho penal. (1).

La cuestión fué planteada entre otros, por Mariano D' Amelio y Eugenio Florian al debatir acerca de si las medidas de seguridad son típicas del Derecho penal o existen en el Derecho civil igualmente. (2).

Al punto de vista de D' Amelio, que entiende que algunas disposiciones del Código civil, como las precauciones en el supuesto de que la viuda quede encinta, el internamiento de menores, la interdicción o inhabilitación, pérdida de la patria potestad, remoción de tutor, etc., etc., son verdaderas y propias medidas de seguridad, opone Florian, que aún admitido que puedan denominarse así, siempre resultará que la finalidad es distinta en ambos casos. Una cosa, asegura Florian, es la peligrosidad social y otra la peligrosidad criminal como Ferri había ya señalado. No importa, que el Código penal italiano hable de peligrosidad social y defina como administrativas las medidas de seguridad, para Florian, son sus palabras, vale la realidad y no la nomenclatura, y en definitiva, en su sentir, aunque a las instituciones civiles de referencia se les denominara medidas de seguridad, sólo tendrían con las penales una afinidad terminológica, pues la finalidad sería notoriamente distinta entre ambas, por pertenecer a ramas jurídicas cuya diversidad es bien notoria. (3).

Pero sin perjuicio de admitir que el ilustre maestro del positivismo italiano contemporáneo, tenga razón en distinguir entre am-

(1) Isaia Gregori en *Giustizia penale*, septiembre 1936. (Segunda Parte). Fascículo 9 col. 1153 y siguientes.

(2) D' Amelio *Misure di sicurezza nel codice civile* (Arch. di antrop. crim. psichiatria e med. leg. 1938-I- Florian en *Giustizia penale* 1928-I col. 393 y ss.

(3) Florian ob. cit. col. 396-97.

bas clases de supuestas medidas de seguridad en función de su finalidad, lo que parece evidente, es que también en otras ramas jurídicas, existen medidas de seguridad, sin que por ello se piense en que se rompa la unidad conceptual. Por ejemplo, encontramos medidas de este tipo en el Derecho procesal, además de civil y mercantil, en todos los procesos cautelares, y en las facultades de orden gubernativo de jueces o tribunales, en las que se percibe el carácter administrativo, y una verdadera finalidad precautoria provisional, colaborando a la función específica del proceso, y sin embargo, no negamos ni su unidad conceptual ni estimamos como perturbadora su subsistencia, sobre todo en nuestro tiempo en que la interferencia de unas ramas jurídicas en otras e incluso del Derecho público en el privado es una realidad. (1).

En definitiva queremos expresar que en el Derecho penal las medidas de seguridad con su finalidad de prevención, pueden coexistir con las penas de finalidad retributiva, sin que esta rama jurídica sufra trascendental quebranto, si nos limitamos a verlas como algo que pertenece al campo del Derecho y no las desplazamos por rumbos científicos donde el jurista nada tiene que hacer. Por último, las medidas de seguridad han de venir inspiradas en un hondo espíritu de caridad y más interesante que especular acerca de la teoría será su forma de realización práctica. Es cabalmente en la forma de ejecución donde radicará el éxito o fracaso de una institución llena de posibilidades y de perspectivas. (2).

VALENTIN SILVA MELERO

Catedrático de la Universidad de Oviedo

(1) Pérez Serrano «Cinco Conferencias sobre el Código popular alemán». (1943) Ed. Ministerio de Trabajo.—Escuela social de Madrid.

(2) Maggiore «Aspetti dogmatici nel problema della esecuzione delle misure di sicurezza en Riv di dir. pen. (1934-35, págs. 957 y ss.), donde sienta el criterio de que la ejecución de la medida plantea problemas extraordinariamente delicados por influencia de la tendencia a la moralización del derecho y los principios de individualización penal que le llevan a destacar la exigencia de una autonomía del derecho penitenciario. Para este autor pena y medida son sanciones jurídicas criminales en cuanto tienden a combatir el delito. Una realiza el Derecho criminal preventivo y otra el represivo, y la coincidencia en la finalidad de lucha contra el crimen es precisamente lo que las hace complementarse.