

III

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD: MONISMO VERSUS DUALISMO

El Derecho penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación de un solo medio, con la pena, se habla de un Derecho penal monista. Por el contrario, se habla de un Derecho penal dualista, cuando junto a la pena, se aplican otras medidas de distinta naturaleza a las que se llaman medidas de seguridad o corrección.

1. Desde hace ya algunos años viene planteándose en la Ciencia española del Derecho penal una cuestión que no sólo tiene una importancia teórica fundamental, sino también, y sobre todo, una significación práctica evidente. Se trata de decidir, con todas las consecuencias, si el sistema de reacción jurídico-estatal frente al delito cometido debe ser un sistema monista de sanción única o un sistema diferenciado dualista de penas y medidas (1).

El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal 1980, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y la reforma par-

(1) Cfr. QUINTERO OLIVARES, «Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal», en La reforma penal y penitenciaria, editado por Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1980; también recientemente OCTAVIO DE TOLEDO, «Sobre el concepto del Derecho Penal», Madrid, 1981, p. 252 y ss.

cial de 1983 han puesto de relieve que la opción entre uno y otro sistema no es en absoluto una cuestión puramente teórica, sino que tiene sus raíces en las entrañas mismas del Derecho penal, ya que en ella se decide el futuro de esta rama del Ordenamiento jurídico como en ningún otro tema. En el fondo de esta cuestión late la eterna discusión, el siempre planteado y hasta ahora nunca resuelto antagonismo entre un Derecho penal retributivo y un Derecho penal preventivo, entre el «punitur quia peccatum est» y el «punitur ne peccetur», entre culpabilidad y peligrosidad, entre penas y medidas.

En el Derecho positivo actualmente vigente la discusión está saldada en favor de un sistema dualista de sanciones aplicables al autor de un delito. Así, por ejemplo, el art. 8, 1.º del Código penal prevé el internamiento del enajenado autor de un delito que haya sido declarado exento de responsabilidad criminal. Y lo mismo prevé el n.º 3.º del mismo artículo para el autor del delito que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Esta doble forma de reaccionar frente al autor de un delito, según sea, por ejemplo, un enfermo mental o una persona sana mentalmente, se corresponde también con un sistema dualista de los presupuestos de la reacción misma que se encuentra, más o menos explícitamente formulado, en los preceptos del Derecho positivo. Estos presupuestos de la reacción dualista son culpabilidad y peligrosidad. Desde un punto de vista formal, se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida. Culpabilidad y peligrosidad son, pues, los dos puntos de conexión del actual sistema

de reacción estatal frente a un delito: el delito cometido por un autor culpable dará lugar a la imposición de una pena, el delito cometido por un autor no culpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida (2).

2. En el Ordenamiento jurídicopenal español vigente existe, sin embargo, una peculiaridad que lo distingue del sistema dualista adoptado en otros países.

A diferencia de lo que suceda en los Ordenamientos de otros países, las medidas se aplican sobre todo y principalmente a las personas llamadas «peligrosas sociales», hayan o no cometido un hecho tipificado en la Ley como delito. Estas medidas, recogidas en su mayoría en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de Agosto de 1970, son aplicables, por tanto, también a supuestos de «peligrosidad predelictual», en los que ni siquiera se exige la probable comisión de delitos en el futuro. Sin embargo, estas medidas prácticamente en nada se diferencian, por lo menos en su forma de ejecución y a veces incluso en su contenido, de las penas propiamente dichas y mucho menos de las medidas posdelictuales (cfr. arts. 2 y 5 de la Ley de Peligrosidad).

Este sistema de medidas funciona además de un modo autónomo, es decir, se aplica al margen de la pena, e incluso, en caso de concurrencia de penas y medidas se ejecuta preferentemente la pena y después la medida (cfr. art. 25 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social) (3).

(2) Cfr. MAURACH, «Tratado de Derecho Penal», trad. y notas de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, vol. I, p. 58 y ss.

(3) Cfr. BERISTAIN, «Medidas Penales en Derecho contemporáneo», Madrid, 1974; JORGE BARREIRO, «Las medidas de seguridad en el Derecho español», Madrid, 1976; TERRADILLOS, «Peligrosidad social y Estado de Derecho», Madrid, 1981.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social constituye, pues, de hecho, un segundo Código penal que sirve para prolongar los efectos de la pena o para sancionar supuestos de peligrosidad social no constitutivos de delito. Se establece así un sistema de control social más amplio que el dual tradicional, desbordando los principios limitadores del poder punitivo característicos del Estado de Derecho: el principio de legalidad y el principio de intervención mínima (4).

El principio de legalidad queda infringido cuando el presupuesto de la reacción sancionatoria del Estado no está constituido por la comisión de un injusto tipificado en la ley penal, sino por estados de peligrosidad social que ni siquiera van referidos a la comisión de delitos futuros y que además son sancionados con medidas que, materialmente, en nada se diferencian de las penas.

El principio de intervención mínima igualmente se infringe, cuando se utilizan medios sancionatorios tan graves como las penas para reprimir estados de peligrosidad no basados en la previa comisión de un delito y que, por lo tanto, no constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social supone, pues, tanto en la teoría como en la práctica, una «perversión» del Derecho penal y un abuso de poder del Estado. Ciertamente que la tarea de defensa de la sociedad y de una convivencia social pacífica y organizada pluralmente no sólo incumbe al Derecho penal, sino a todo el Ordenamiento jurídico. Pero en esta tarea el Derecho penal no es sólo un plus, sino también un aliud frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico.

(4) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», Barcelona, 1975, p. 59 y ss.

Precisamente por su carácter de última ratio, al Derecho penal debe quedar reservada la tarea de reaccionar frente a los comportamientos más intolerables de desprecio a las normas fundamentales que rigen la convivencia, reaccionando frente a ellos con los medios más graves e importantes de que dispone el Ordenamiento jurídico, llámense penas o medidas; pero, en todo caso, el presupuesto de esta reacción sólo debe serlo la comisión de un hecho típico y antijurídico, es decir, la realización de un comportamiento prohibido y conminado con una pena en la Ley penal (5). En esto es prácticamente unánime la moderna doctrina española (6).

3. No es por ello extraño que una de las novedades más importantes y alabadas del Proyecto de Código penal de 1980 fuera precisamente la de prever la derogación de la tan desafortunada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (cfr. Disposición Derogatoria, Proyecto de Código penal).

Otra novedad importante del Proyecto de Código penal era incluir toda la materia relativa a las medidas en el Título VI del Libro I. Con ello se seguía mante-

(5) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos del Derecho Penal», trad. y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, p. 250: «Que la comprobación de la punibilidad sólo debe empezar cuando alguien ha actuado, excluye que los únicos presupuestos de la reacción jurídicopenal puedan ser pronósticos de lesiones futuras o diagnósticos de la actual peligrosidad».

(6) Cfr. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p.40; RODRIGUEZ DEVE-SA, «Derecho Penal Español», Parte General, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 926; CEREZO MIR, «Curso de Derecho Penal», I, 1.ª ed., Madrid, 1981, p. 38; BUSTOS RAMIREZ, «Manual de Derecho Penal Español», Barcelona, 1984, p. 77. Sin embargo, un sector de la doctrina española considera que las medidas predelictivas también tienen carácter penal en la medida en que se refieren a un delito, cfr. MIR PUIG, «Introducción a las bases del Derecho Penal», Barcelona, 1977, p. 25; COBO-VIVES, «Derecho Penal», Parte General, I, Valencia, 1980, p. 27; OCTAVIO DE TOLEDO, ob. cit., p. 49; críticamente sobre esta posición, TERRADILLOS, ob. cit., p. 133.

niendo el sistema dualista, pero se introducían importantes novedades respecto al sistema actualmente vigente. Por lo pronto, y esta era la novedad más importante, sólo se admitían en el Proyecto las medidas posdelictuales, es decir, aquellas aplicables a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión ha de revelar además la peligrosidad criminal de su autor, (art. 131), es decir, la probabilidad de que éste vuelva a cometer en el futuro otros delitos. Además, el art. 133 disponía que estas medidas debían guardar proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer (7).

Sin embargo, a pesar de estas mejoras del sistema entonces vigente, en el Proyecto se mantenían prácticamente las medidas ya existentes en la Ley de Peligrosidad e incluso algunas de ellas, como las medidas privativas de libertad, sin duda las más graves por su incidencia en la libertad y derechos fundamentales de los afectados, se modificaban generalmente para prolongarlas. Así, por ejemplo, el internamiento en centros de rehabilitación social para delincuentes jóvenes y habituales podía llegar a durar hasta diez años y para delincuentes profesionales hasta quince años (art. 135, 4.^a y 5.^a). El internamiento en centros psiquiátricos y pedagógico especial duraría el tiempo indispensable (art. 135, 1.^a y 3.^a), que podía ser indefinido. Y el internamiento en centro de deshabitación un tiempo que no podía exceder de tres años (art. 135, 2.^a).

(7) Cfr. BARBERO SANTOS, «Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en *La reforma penal*, cit.; MIR PUIG, «El sistema de sanciones», en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980, p. 21 y ss.

Pero no era eso lo más grave. Lo más grave era la relación existente entre esas medidas y las penas privativas de libertad. Si la medida privativa de libertad puede ser de mayor duración que la pena propiamente dicha, e incluso de duración ilimitada, entonces está claro que el sometido a ellas puede llegar a ser de peor condición que el condenado con una pena. Pero si la medida privativa de libertad puede además imponerse para ser ejecutada una vez cumplida una pena de la misma naturaleza, entonces no sólo se grava más al condenado, sino que se produce una auténtica burla de los principios y garantías del Estado de Derecho.

El Proyecto de 1980 pretendió evitar esta absurda paradoja, introduciendo en materia de ejecución de penas y medidas privativas de libertad el llamado sistema vicarial, un sistema en el que, en caso de imposición conjunta de ambas sanciones, se ejecuta primero la medida y luego la pena, permitiendo el abono del tiempo de duración de aquélla en el de ésta y la suspensión del resto de la pena que quede por cumplir, si con la ejecución de la medida se hubieran conseguido ya las metas resocializadoras (8). Con ello se llega, de hecho, por lo menos en materia de ejecución, a un sistema monista en el que las diferencias entre penas y medidas prácticamente desaparecen. El Proyecto acogía este sistema aunque de un modo incompleto para los semiimputables, es decir, enajenados mentales, sordomudos y alcohólicos o toxicómanos que no hubieran sido declarados plenamente incapaces de culpabilidad y a los que por su peligrosidad criminal se les imponía una medida de internamiento junto con la pena (arts. 145, 146 y 147).

Sin embargo, volvía a acoger el sistema dualista para los delincuentes habituales y profesionales a los

(8) Cfr. MIR PUIG, «El sistema de sanciones», cit.

que se podía imponer «como complemento de la pena correspondiente al delito cometido» el internamiento en centro de rehabilitación social por tiempo que no podía exceder de diez años para los primeros y de quince para los segundos (arts. 150 y 152). En estos casos, la aplicación conjunta de pena y medida sin ningún tipo de corrección vicarial se convertía de hecho en una sanción única de privación de libertad, y en una prolongación encubierta de la pena que, en principio, y por imperativo del principio de legalidad, no debe pasar de un máximo fijado legalmente como garantía de seguridad jurídica para el condenado y para la sociedad. El sistema dualista se convierte así, con el pretexto científico para un control social ilimitado de los ciudadanos, o en todo caso superior al que permite el penal tradicional; todo ello en aras de unos intereses oscuros cuya irracionalidad hay que poner de relieve.

4. La crítica del sistema dualista se centra en dos puntos que muestran con gran claridad cuál es la falacia implícita a dicho sistema.

a) Las penas y medidas privativas de libertad, si bien son diferenciables teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenido.

Esta proposición, por discutible que pueda parecer, no es sino el resultado de la simple lectura de preceptos legales concretos que se refieren a la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en el Derecho español.

Dice el art. 25, 2 de la Constitución: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados». Prácticamente lo mismo dice el art. 1 de la Ley General Penitenciaria:

«Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad».

Tras leer estas declaraciones legales, más de uno se preguntará qué sentido puede tener ya la distinción entre pena y medida cuando ambas en la práctica de su ejecución tienen asignada la misma finalidad. En el fondo, la equiparación de la finalidad de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad debería conducir a un sistema monista que superase la contradicción teórica entre pena y medida, entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención del delito. Ello sería, por lo demás, perfectamente coherente con un planteamiento funcionalista en el que el efecto de una institución aporta siempre su fundamento (9). Con un planteamiento de este tipo la distinción entre pena y medida carece de sentido, ya que tanto una como otra institución viene a coincidir en la misma finalidad ejecutiva: la reinserción y readaptación social del delincuente.

b) Un sistema dualista en el que junto a la pena limitada por la culpabilidad existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado.

La pena adecuada a la culpabilidad puede ser efectivamente insuficiente para cumplir las funciones preventivas, general y especial, que tiene que cumplir el Derecho penal.

Piénsese, por ejemplo, en unos abusos deshonestos cometidos por un psicópata sexual que tiene alterada su

(9) Cfr. FLETCHER, «'Ordinary Language Philosophie' und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik», en Seminar: Abweichendes Verhalten IV, Kriminalpolitik und Strafrecht, edit. por Lüderssen y Sack, 1980, p. 185.

capacidad de culpabilidad, pero no hasta el punto de poder ser declarado incapaz de culpabilidad. La pena adecuada a la culpabilidad que conforme al Código penal vigente podría imponerse en este caso al autor del delito apenas sería la de unos meses de privación de libertad; las necesidades preventivas, tanto de defensa de la sociedad como de la reeducación (si ello fuera posible) del delincuente puede exigir, por el contrario, la aplicación de una medida de internamiento en algún centro especial para este tipo de delincuentes por un período de tiempo superior al de la duración de la pena; por ejemplo, varios años (10).

La situación no puede ser más paradójica: primero se le dice al delincuente que la pena que se le va a imponer viene limitada por su culpabilidad y que esta pena, entre otros fines, tiene como «fin primordial» su reeducación y reinserción social; luego se le dice que para conseguir esta meta es necesario, además, una medida muy superior en gravedad y extensión a la pena propiamente dicha.

¿Hasta qué punto no constituye este proceder una infracción y una burla de las garantías juridicopolíticas y de los principios limitadores del poder punitivo estatal característicos de un Derecho penal liberal, entendido en el mejor sentido de la palabra por von Listz como «la infranqueable barrera de la Política criminal»?

¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y al cambiar el nombre de pena por el de medida

(10) Cfr. JESCHECK, «Tratado de Derecho Penal», trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1982, vol. 1, pág. 113: «La pena adecuada a la culpabilidad por el hecho no siempre puede ajustarse a la misión preventiva del Derecho penal, pues muchas veces la duración de la pena no es suficiente para garantizar el éxito preventivo. Muchas veces será necesario un tratamiento pedagógico o terapéutico del delincuente, que por su naturaleza no es posible llevarlo a cabo en el establecimiento penitenciario».

no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal?

Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran «fraude de etiquetas», en el que el Derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos.

¿Es ésto síntoma inevitable de la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de control social? (11).

Todo parece indicar que así es y que, como dice Stratenwerth, «la derogación del Derecho penal tradicional, del Derecho penal 'clásico' parece ser sólo una cuestión de tiempo» (12). Lo que también parece claro es que esta derogación no debería significar necesariamente el sacrificio de las libertades y de las garantías del individuo al poder omnipotente del Estado. Ahí sí que habría que insistir hasta el agotamiento, en lugar de aferrarse tanto en la defensa de unos conceptos incapaces de explicar y cumplir satisfactoriamente esta tarea.

Es, pues, el eterno dilema entre la libertad individual y el poder estatal lo que está en juego en toda esta cuestión. Y está claro que el sistema dualista, tal como

(11) Cfr. FOUCAULT, «Vigilar y castigar», 3.^a ed., 1978, p. 29 y ss.

(12) STRATENWERTH, «El futuro del principio de culpabilidad», trad. de Bacigalupo y Zugaldía, Madrid, 1980, p. 84.

se concibe en la actualidad, resuelve este antagonismo descaradamente en favor del poder estatal: legitimando su intervención con el concepto de culpabilidad y permitiendo que esta intervención sea prácticamente ilimitada en el terreno de las medidas.

5. A la vista de las críticas precedentes no puede extrañar que sean muchos los que hoy solicitan el abandono del Derecho penal de culpabilidad y su sustitución por un Derecho de medidas (13). No creo, sin embargo, que ello sea defendible mientras que en el Derecho vigente sea la pena la principal consecuencia del delito y su imposición requiera en el autor del delito unas facultades psíquicas y un determinado grado de madurez psíquica y física que no se exigen para imponer una medida. Tampoco creo que sea conveniente de lege ferenda, mientras no se produzcan al mismo tiempo las condiciones y presupuestos que lo hagan posible.

Lo único que se puede hacer para superar la situación actualmente existente, respetando al máximo las paredes maestras del sistema dogmático y del Derecho vigente, es dotar a la culpabilidad de un contenido capaz de incluir en él también las necesidades preventivas (14). En un Estado democrático y social de Derecho el concepto de culpabilidad debe servir para realizar la tarea protectora del individuo y de la sociedad que tiene asignada el Derecho penal y no para entorpecerla (15).

(13) Así, por ejemplo, BAURMANN, «Schuldlose Dogmatik», en Seminar, cit., p. 242 y ss., quien habla de un «Derecho de medidas referidas al hecho».

(14) Cfr. ROXIN, «Política criminal y sistema del Derecho Penal», trad. e introducción de Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 67.

(15) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Culpabilidad y Prevención en Derecho penal», Cuadernos de Política Criminal, n.º 12, 1980, p. 50 (también como introducción a Roxin, «Culpabilidad y Prevención en Derecho penal», traducción de Muñoz Conde, Madrid, 1981, p. 27).

Para ello habría que empezar por abandonar el concepto tradicional que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que sólo afecta al autor del delito (16). Realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es la sociedad, o mejor, la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad (17).

Para ello habría también que superar la tajante separación entre culpabilidad y prevención que, como dice Hassemer, ha sido absolutamente disfuncional para el sistema total del Derecho penal (18). La relación exis-

(16) Cfr. MUÑOZ CONDE, «El principio de culpabilidad», en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela, 1975, p. 219 y ss.; sobre esta posición, CORDOBA RODA, «Culpabilidad y Pena», Barcelona, 1977, p. 28 y ss.; BERGALLI, «La recaída en el delito, modos de reaccionar a ella», Barcelona, 1980, p. 77 y ss.; BUSTOS-VALENZUELA, «Derecho Penal Latinoamericano», vol. 1, Buenos Aires, 1981, p. 309 y ss. Cfr. también MUÑOZ CONDE, «Über den materiellen Schuldbegriff», en GA, 1978, p. 72 (sobre esta versión alemana, cfr. LENCKNER, en Schönke-Schröder, «Strafgesetzbuch Kommentar», 20.^a ed., Munich, 1980, p. 153; GEDDERT, «Das Dilemma des Justizsystems», en Seminar cit., p. 296, nota 74.

(17) Cfr. HAFFKE, en «Sozialwissenschaften im Studium des Rechts», tomo III: Strafrecht, ed. por Hassemer y Lüderssen, Munich, 1978, p. 163.

(18) HASSEMER, «Strafzumessung, Strafvollzug und die gesamte Strafrechtswissenschaft», en Seminar: Abweichendes Verhalten III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, tomo 2, Strafprozess und Stravollzug, edit. por Lüderssen y Sack, 1977, p. 277 y ss.; BACIGALUPO, «Significación y perspectiva de la oposición Derecho Penal-Política Criminal», en Revue Internationale de Droit Pénal, 1978, 1, p. 16; LUZON PEÑA, «Medición de la pena y sustitutivos penales», Madrid, 1979, p. 9 y ss. (que más bien vé esta disfuncionalidad entre prevención general y prevención especial, cfr. también infra V.); GOMEZ BENITEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudios sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 3 monográfico, Madrid, 1980, p. 130 y ss.

tente entre culpabilidad y prevención general es evidente. Si en un momento histórico determinado se consideró que el enfermo mental, el menor de edad, o el que actúa en error inevitable de prohibición no eran culpables y, por lo tanto, no debían ser castigados con una pena, ello no se hizo para debilitar la prevención general, sino precisamente por lo contrario: porque el efecto intimidatorio general y la fe de los ciudadanos en el Derecho se robustecen al declarar no culpables a unos pocos de los que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando la necesidad de cumplimiento para los demás que son la mayoría que no se encuentra en dicha situación (19). Existen, sin duda, además, otras razones: posibilidad de elaborar el conflicto por otros medios, distinción entre ciudadanos «normales» y «anormales», etc. Pero, en todo caso, el origen y fundamento de estas causas de exclusión de la culpabilidad es preventivo y ciertamente preventivo general, aunque después, dentro de lo posible y de los límites que permita la prevención general, deban ser tenidas en cuenta las finalidades preventivas especiales (20), es decir, la resocialización o por lo menos la no desocialización del delincuente (21).

(19) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Culpabilidad y prevención», cit., p. 51; esta tesis se encuentra ya en GIMBERNAT (en «Estudios de Derecho Penal», 2.^a ed., Madrid, 1981, p. 105 y ss.) y a ella se han adherido LUZON, ob. cit. (también LUZON, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 16, 1982, p. 93 y ss.); MIR PUIG, «Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito», en La reforma del Derecho Penal, edit. por Mir Puig, Barcelona, 1980, p. 145 y ss. También en la más reciente doctrina alemana suele ofrecerse una fundamentación parecida a la pena y al Derecho penal, cfr. recientemente STRENG, «Vergeltung und Generalprävention», ZStW, tomo 92, 1980, p. 637 y ss.; SCHÖNEBORN, «Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips», ZStW, 92, 1980, p. 682 y ss. Cfr. también supra II, 2.

(20) Cfr. LUZON, ob. cit., p. 58 y ss.

(21) Cfr. MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en La Reforma del Derecho Penal, p. 61 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles», en La reforma penal, edit. por Barbero Santos, Madrid, 1982, p. 101 y ss. Infra IV.

Evidentemente, no se nos oculta que la finalidad preventiva general puede en algunos casos conducir a imponer penas excesivamente duras, a castigar infracciones meramente formales o a rebajar los límites para la exigencia de la responsabilidad penal (22). Pero entonces lo que hay que hacer es criticar la legislación que permite esos excesos y conducirlos, dentro de lo posible, por la vía dogmática y jurisprudencial, a un correcto entendimiento de la prevención general. En todo caso, lo que interesa destacar ahora es que el concepto de culpabilidad difícilmente puede limitar esos excesos preventivos generales, porque, como dice JAKOBS, «si el Derecho penal pretende un fin preventivo, la culpabilidad (limitadora) debe corresponder a ese fin preventivo; de lo contrario debilitaría la finalidad preventiva hasta hacerla ineficaz y la pena sería también ineficaz e inadecuada desde el punto de vista preventivo» (23).

Lo que de todos modos hay que rechazar es la pretendida identificación entre prevención general y terror

(22) La objeción se encuentra en casi todas las críticas que se hacen a la idea de prevención general, cfr., por ejemplo, MAURACH, ob. cit., p. 77, y más específicamente en varios autores partidarios de una fundamentación retributiva del Derecho penal, cfr., por ejemplo, BETTIOL, «Ottimismo e pesimismo in tema di prevenzione», *Indice Penale*, 1978, n.º 1, p. 12; CORDOBA RODA, «Culpabilidad y pena», cit., p. 49; CEREZO MIR, «Culpabilidad y pena», en *Anuario de Derecho Penal*, 1980, p. 365; BOIX REIG, «Significación jurídico-penal del art. 25,2 de la Constitución», en *Estudios Penales*, Valencia, 1979, p. 132. Pero el concepto de prevención general es tan equivoco que apenas se pueden hacer afirmaciones de esta índole sin especificar qué se entiende previamente por prevención general, cfr. ZIMRING-HAWKINS, «Deterrence», Chicago, 1973, HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 380 y ss.; también: «Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati», Boloña, 1980 (con aportaciones de Stella, Andenaes, Naucke, Mantovani, Hassemer y Romano).

(23) JAKOBS, «Schuld und Prävention», en *Recht und Staat*, Heft 452-453, Tübinga, 1976, p. 3. Téngase, sin embargo, en cuenta que, para JAKOBS, la prevención general es prevención integradora, es decir, pura retribución, cfr. las críticas a esta posición supra I, 3 y II, 4.

penal (24), porque esa identificación se puede dar también con cualquier otra teoría de la pena y porque, como demuestra la experiencia histórica, no es la prevención general como tal, sino su manipulación en cualquiera de las instancias de control social lo que puede hacer del Derecho penal un Derecho de sangre y lágrimas (25).

Desde esta perspectiva, aquí brevemente descrita, el Derecho penal de culpabilidad no es más el Derecho penal retributivo que, ajeno a toda finalidad preventiva, sólo tiene como objeto aparentemente el ejercicio del poder por el poder mismo o la realización de una justicia absoluta en la tierra (26). El Derecho penal de culpabilidad, concebido en el sentido aquí expuesto, tiene una misión, si se quiere, filosóficamente modesta, pero social y políticamente importante: brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual.

La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general; porque, si se entiende la culpabilidad como aquí lo hacemos, es la pena adecuada a la culpabilidad también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo (27). A partir de ella se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de

(24) Cfr. BÉTTIOL, ob. cit.

(25) Como ha señalado GIMBERNAT, ob. cit., las ideas retributivas y el dogma de la libertad de voluntad han estado unidas muchas veces a sistemas autoritarios o fascistas: «Incluso más que en el Tercer Reich se ha abusado del Derecho Penal en países católicos en los que cualquier duda en la libertad de voluntad se consideraba casi como una herejía».

(26) Cfr. MAURACH, ob. cit., p. 79.

(27) Cfr. ROXIN, ob. cit.

ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente. En la medida que sean compatibles con las exigencias preventivas generales (28), estas necesidades preventivas especiales pueden hacer rebajar la pena hasta límites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma, sustituir un tipo de pena por otro, etc. Todo ello son realidades recogidas en gran parte y afortunadamente en casi todas las legislaciones penales modernas. Gracias a ellos lo que se consideraba el terrible fantasma del Derecho penal preventivo, se ha convertido en la mejor garantía de eficacia políticocriminal de las normas penales y de un máximo de libertad individual.

6. Sin embargo, un Derecho penal así concebido, cada vez más racional y controlado, no puede gustar a quienes están acostumbrados a utilizar el poder del Estado en su particular beneficio y en la protección de sus intereses. El Derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones pero también con todas sus garantías para el individuo, comienza a ser sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales, pero mucho más eficaces en el control de los individuos y, sobre todo, mucho más difíciles de limitar y controlar democráticamente. En esa tendencia se observa un aumento creciente de la importancia de las medidas y se

(28) Cfr. ROXIN, «Culpabilidad y Prevención», cit. Sobre ello se ha desarrollado una interesante evolución en la moderna ciencia española de la determinación de la pena, cfr. QUINTERO OLIVARES, «Determinación de la pena y política criminal», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 4, 1978, p. 52 y ss.; LUZON, ob. cit.; BACIGALUPO, «La individualización de la pena en la reforma penal», en Revista de la Facultad de Derecho, cit., p. 55 y ss.; GOMEZ BENITEZ, ob. cit., p. 133 y ss.; GARCIA ARAN, «Los criterios de determinación de la pena en Derecho español», Barcelona, 1982, p. 115 y ss. En la doctrina italiana, cfr. DOLCINI, «La commisurazione della pena», Padua, 1979, p. 220.

habla incluso de un Derecho de medidas que se rige por unos principios distintos a los del Derecho penal de culpabilidad. El sistema dualista ha sido la puerta por la que se ha colado esta nueva fórmula de control social, sin que prácticamente nadie haya denunciado hasta la fecha con claridad cuáles son los peligros que para la libertad individual se avecinan. El Derecho penal como instrumento de control social está pasando a un plano secundario, porque las clases dominantes son cada día que pasa más conscientes de que hay otros sistemas más sutiles y más eficaces, pero también menos costosos, de control social para defender sus intereses y controlar a los que, real o potencialmente, puedan atacarlos. En la medida en que el Derecho penal de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado y sirve para realizar una finalidad preventiva racional y eficaz desde el punto de vista políticocriminal y juridicopolítico, se convierte en un obstáculo para esta evolución; en un obstáculo que muchos, consciente e inconscientemente, están ayudando a destruir en aras del «progreso». Entiendo que en tanto no se sepa muy bien a dónde conduce ese progreso, hay que ser muy cautos al admitir cualquier sistema que suponga una merma en las garantías y derechos de los ciudadanos. Por eso, hoy por hoy, el Derecho de medidas sólo puede tener una importancia secundaria en el total sistema sancionatorio (29) y, en todo caso,

(29) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 298: «Ante la evolución alcanzada hoy en el sistema de ejecución de las penas y medidas, la gran tarea jurídicoconstitucional y políticocriminal no consiste en reactivar el contraste entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que, por un lado, determinen que se imponga al delincuente una consecuencia jurídicopenal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad y que, por otro lado, garanticen que el delincuente, tanto en el ámbito de las medidas, como en el de las penas, quede protegido en sus derechos ante intervenciones desproporcionadas. Ante esta tarea la distinción entre penas y medidas es de importancia secundaria».

igual que el Derecho penal de culpabilidad, debe estar controlado y limitado por unos principios que salvaguarden los derechos individuales en la misma medida que lo hacen los principios penales tradicionales. No puedo ahora ocuparme de desarrollar con detenimiento estos principios, pero creo que basta con los siguientes ejemplos para mostrar cuáles son mis ideas al respecto.

a) En primer lugar, la medida puede ser aplicada como sustitutiva de la pena en aquellos casos en los que el autor del delito es inculpable, pero peligroso. Piénsese, por ejemplo, en un enfermo mental peligroso que intenta matar a alguien y muestra tendencias homicidas evidentes.

Su falta evidente de culpabilidad no puede significar su inmediata puesta en libertad y la indefensión de la sociedad ante él (y en la medida que ello pudiera ocurrir es seguro que se le declararía culpable sin más ni más). Es necesario que, aparte de la pena, la sociedad disponga de otros medios de control y aseguramiento, por lo menos en la fase aguda, de estas personas. Este fue, en parte, el origen de las medidas sustitutivas de la pena, ya conocidas en los primeros Códigos penales. La aplicación de la medida se hace indispensable en tanto la pena no pueda imponerse, por no darse sus presupuestos. El internamiento en un centro psiquiátrico puede, en cambio, cumplir estas tareas de defensa de la sociedad y de tratamiento del enfermo peligroso.

Pero esta finalidad preventiva que cumple la medida, igual que la que cumple la pena, debe ser limitada de algún modo, pues de lo contrario el afectado por ella, el enfermo mental, sería de peor condición que el cuerdo que comete el mismo delito y al que se le puede aplicar una pena. La medida, como la pena a la que sustituye, tiene que estar limitada de algún modo. Y pa-

rece lógico que estos límites deben ser, en principio, los mismos que tiene la pena. Conforme al principio de intervención mínima, la medida debe durar el tiempo indispensable para conseguir eliminar la peligrosidad criminal del enfermo mental. Conforme al principio de proporcionalidad, la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sea probable vaya a cometer en el futuro. La referencia a la gravedad del delito cometido y a la de los que sea probable que el sujeto pueda cometer en el futuro, medidas por el marco penal que los respectivos delitos tengan asignado, impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que le hubiera correspondido al sujeto en caso de ser culpable. Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso, aunque quizás la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos. Pero éste es un riesgo que la sociedad debe asumir, lo mismo que asume diariamente el de la reincidencia de los que habiendo cumplido su condena en la cárcel salen en libertad.

Esta idea ha sido acogida por lo que se refiere a los semiimpuntables en el art. 9, 1.^a, 2 del vigente Código penal, tras la reforma de 1983: «En los supuestos de eximente incompleta en relacion con los números uno y tres del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, *la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuera privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última*». Este precepto es, en principio, sólo aplicable a los semiimpuntables. Nada

dice, sin embargo, para los totalmente inimputables; pero ello, a mi juicio, no impide que por analogía se pueda limitar también la duración de la medida refiriéndola a la *pena que hubiera podido ser impuesta*, siendo el sujeto imputable (30).

b) En segundo lugar, la medida excepcionalmente puede ser impuesta juntamente con la pena en aquellos casos en los que junto a la culpabilidad se dá también una peligrosidad relevante en el autor del delito, siempre que la forma de ejecución de la pena no pueda cumplir una buena función preventiva. Pero en este caso, además de los principios ya citados, deberá darse preferencia a la ejecución de la medida, abonándose el tiempo de duración de ésta en el tiempo de duración de la pena. Si una vez cumplida la medida se comprueba que las finalidades preventivas, general y especial, se han realizado satisfactoriamente el resto de la pena que aún quede por cumplir dejará inmediatamente de aplicarse, ya que su aplicación podría poner en peligro esas finalidades preventivas. Este sistema vicarial es, a mi juicio, el único compatible con la finalidad asignada a las penas y medidas privativas de libertad en la Constitución y en la Ley General Penitenciaria. Con ello, la pena adecuada a la culpabilidad constituye el límite máximo de la duración de la privación de libertad, cuya ejecución se unifica.

También esta idea ha sido acogida, aquí lógicamente sólo en relación con los semiimputables, en la reforma de 1983, diciendo ahora el art. 9, 1.^a, 2: «En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiem-

(30) Cfr. QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, «La reforma penal de 1983», 2.^a ed., Barcelona, 1984, p. 82.

po de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento» (31).

c) Finalmente, siempre que desde el punto de vista preventivo especial sea aconsejable sustituir el internamiento por otro tipo de medida menos radical que no implique privación de libertad, será preferible esta medida. El tratamiento del delincuente peligroso no siempre requiere su internamiento en un centro e incluso puede ser contraproducente. Por eso, puede ser aconsejable que, bien desde el principio, bien más adelante, el internamiento pueda ser sustituido por tratamiento ambulatorio, privación de permiso de conducir, etc.

También en esto ha introducido la reforma de 1983 en el Código penal la posibilidad de que el internamiento puede ser sustituido por otro tipo de medidas no privativas de libertad más acordes con la finalidad terapéutica pretendida (cfr. art. 8, 1.^a).

Una importante restricción me parece también que el internamiento sólo puede ser decretado para los semiimputables, cuando la pena impuesta fuera privativa de libertad (cfr. art. 9, 1.^a, 2).

7. La reforma de 1983 ha supuesto, como se vé, un gran avance en la plena realización de los principios anteriormente expuestos, acercando bastante, por lo menos en su fase de ejecución, las penas y las medidas privativas de libertad e incorporando el espíritu que anida en el art. 25,2 de la Constitución a la legislación penal positiva. Queda, sin embargo, aún mucho camino por recorrer en esa larga marcha para superar el sistema

(31) QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 79.

dualista tradicional y crear un dispositivo de medidas que al mismo tiempo que eficaz sea respetuoso con los derechos fundamentales de los sometidos a ellas. Por mucho que se preconice un planteamiento predominantemente preventivo especial y, en consecuencia, terapéutico de este tipo de sanciones, es evidente que ello no puede conducir a unas ilimitadas medidas correccionales (32). El delincuente habitual contra la propiedad que comete delitos de esta índole de escasa entidad no debe ser privado varios años de su libertad en aras de un tratamiento de su inclinación delictiva que probablemente carecerá de eficacia, al encontrarse las causas más en el contexto social, que no cambia, que en su personalidad. La medida de internamiento no puede entenderse simplemente como una prolongación adicional de la pena, por muy aconsejable que esta prolongación sea desde el punto de vista preventivo especial. La duración de la medida posdelictual, impuesta y aplicada coactivamente tras el correspondiente juicio, no puede prolongarse indefinidamente con el pretexto de la persistencia de la peligrosidad criminal en que tuvo su origen. Para evitar estos excesos, es preciso un sistema global de medidas que, paralelamente al ya existente para las penas, determine claramente los presupuestos y límites de la aplicación de las medidas.

El Proyecto de 1980, como ya hemos visto, sólo de un modo insuficiente dió acogida a este sistema de garantías en la aplicación de las medidas. La reforma de 1983 ha dado un paso de gigante, pero, dentro de las limitaciones del Código penal vigente, limitándose a las medidas aplicables a los imputables y semiimputables por enajenación mental y sin derogar expresamente la

(32) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 360.

Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social. Sólo la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (PANCP), publicada por el Ministerio de Justicia a finales de 1983, acomete la empresa de configurar en el Título IV de su Libro I un sistema global de medidas de seguridad acorde en sus líneas esenciales, aunque con alguna variación importante, con las ideas y principios expuestos anteriormente en el epígrafe 6. Conscientes sus redactores de la creciente importancia, cualitativa y cuantitativa, de las medidas en el moderno Derecho penal, desarrollan un sistema de las mismas que al igual que el de las penas garantice el máximo respeto a los derechos de los sometidos a ellas, sin merma de su eficacia como medio de control de la delincuencia. Para ello proceden a una enunciación de los principios básicos que deben informar la aplicación de las medidas (previa comisión de un delito, constatación de la peligrosidad criminal con los informes de especialistas en la materia, art. 87; principio de proporcionalidad, art. 88; sistema vicarial, art. 89; posibilidad de suspensión o sustitución de las medidas, art. 90, etc.) y a una tajante separación entre el régimen de aplicación de las medidas privativas de libertad y de las medidas no privativas de libertad (Título IV, Capítulo II, Sección primera y segunda).

a) En relación con las medidas privativas de libertad el problema fundamental con el que se enfrentaron los redactores de la PANCP fue el buscar un criterio que, al igual que en el caso de las penas, permitiera limitar su duración, evitando que se convirtieran en una especie de sanción indeterminada, con todo lo que ello conlleva de inseguridad y de ausencia de garantías para el sometido a ellas. El principio de proporcionalidad y la obligación de decretar la cesación de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal, que se re-

cogen en el art. 81, no son garantías suficientes que permitan saber «a priori» con seguridad cuál puede ser la duración de la medida y siempre existe el peligro de que, a pesar de lo dispuesto en el art. 81, pueda durar más que la pena. La única manera de evitarlo era intentar traducir los mismos o similares criterios utilizados para limitar la pena en la limitación de la medida. Indirectamente los criterios utilizados en la medición de la pena también pueden ser utilizados como criterios orientadores de la duración de la medida (33), manteniendo con ello una situación similar tanto para el sometido a la pena, como para el sometido a la medida. En pocas palabras, la medida en ningún caso podría durar más del tiempo del que hubiera debido durar la pena, caso de poder haber sido impuesta en los plenamente inimputables, o que la efectivamente impuesta en los semiimputables.

Contra esta afirmación se podrán esgrimir sin duda razones de diversa índole, entre las que ocuparán las de prevención general el lugar más importante. Es cierto que con la tesis mantenida en el texto de la PANCP algunas medidas privativas de libertad podrían tener una duración excesivamente corta y hasta producir un efecto de indefensión social, cuando por el transcurso del tiempo tengan que cesar sin que el sometido a ellas esté plenamente curado y siga, por tanto, siendo peligroso. Pero esta es una objeción que igualmente puede hacerse contra los límites de duración máxima de las penas. Es preciso tener en cuenta que los marcos penales asignados a cada delito, que en el sistema de la PANCP sirven de referencia tanto a las penas como a las medidas, están

(33) Cfr. NOWAKOWSKI, «Die Massnahmenkomponente im StGB», en Festschrift für Broda, 1976, p. 211 y ss.

fijados con criterios preventivos generales, siendo generalmente suficientes para eliminar la peligrosidad criminal aguda que exige el internamiento. Cuando ello no sea así, será porque el delito en cuestión no es de mucha gravedad, con lo que tampoco el principio de proporcionalidad acogido en el art. 81 permitiría una privación de libertad demasiado larga. Pero incluso cuando en algún caso concreto la privación de libertad no pueda durar el tiempo necesario para eliminar la anomalía mental del sujeto y su peligrosidad, habrá que recurrir, para prolongar el internamiento, a las normas que en el Código civil tras su reforma de 1983 regulan la incapacidad civil (arts. 200 y ss.).

Por todo ello, me parece correcta la regla que se contiene en los arts. 95, 96 y 97 de la PANCP, según la cual para los enajenados, alcohólicos o toxicómanos y sujetos con alteraciones de la percepción, declarados exentos de responsabilidad criminal conforme a lo dispuesto en los núms. 1.º, 2.º y 4.º del art. 22, «el internamiento no podrá exceder del tiempo que hubiese durado la pena privativa de libertad, si hubiese sido declarado responsable el sujeto». En principio, la duración de la medida viene aquí referida a la duración de la pena abstracta, es decir, al grado máximo del marco penal asignado a cada delito, y no a la pena concreta que hubiera podido imponerse, ya que ello sólo es posible cuando esa pena llega efectivamente a imponerse. No sucede así, en cambio, respecto a los semiimputables, porque para ellos la pena se determina y se aplica en el caso concreto, constituyendo entonces el límite máximo de duración de la medida la duración máxima de la pena concreta impuesta (art. 98). Lo mismo sucede respecto a la medida de internamiento en centro reeducador para los jóvenes delincuentes (de 18 a 21 años de edad), a los

que ya no se impone la absurda atenuación de la pena del actual art. 9, 3.^a del Código vigente, aunque en este caso, por imperativo del régimen penitenciario especial para este tipo de delincuentes (art. 9, 2 de la Ley General Penitenciaria), la medida no puede durar más de cuatro años (cfr. art. 99 de la PANCP).

b) Otro criterio limitador que adopta la PANCP en relación con las medidas privativas de libertad es el que éstas sólo pueden ser impuestas cuando sustituyan a, o se impongan juntamente con penas privativas de libertad. A los ojos de la Comisión redactora es injusto que el autor de un delito para el que el legislador no ha previsto una pena privativa de libertad pueda ser sancionado con una medida de esta índole. Para estos casos están las medidas no privativas de libertad (cfr. infra d), si se dan los presupuestos de las mismas. Algunas dudas surgen, sin embargo, respecto a las reglas de conducta que como alternativas o complemento de las medidas de internamiento se recogen en el art. 101 de la PANCP. Del tenor literal del precepto se desprende que se no pueden aplicar autónomamente, lo que en algunos casos puede ser un inconveniente, pues algunas de ellas puede ser aconsejable que se impongan, aunque el delito no tenga asignada una pena privativa de libertad. Una posibilidad podría darse en los casos de delitos castigados con multa, cuando ésta no se pague y se convierta en arresto sustitutorio, pero, aparte de lo discutible de la solución, ello sólo será posible en algunos casos en los que además la imposición de la medida no prevista directamente podría tener una fuerza coactiva al pago de la multa. Por todo ello, quizás fuera conveniente plantear la posibilidad de imponer alguna o algunas de las reglas de conducta contenidas en el art. 101 de la PANCP autónomamente, incluso aunque el delito en

cuestión no tenga asignada una pena privativa de libertad. Lo que en todo caso hay que seguir manteniendo es el principio de que la medida privativa de libertad sólo se pueda imponer cuando el delito tenga asignada una pena de la misma índole. Fuera de estos casos cualquier tipo de tratamiento que requiera el internamiento en un centro psiquiátrico o similar deberá realizarse por los cauces previstos para la incapacitación civil en los arts. 200 y siguientes del Código civil.

c) El otro problema que en relación con las penas y medidas privativas de libertad se planteó la comisión redactora de la PANCP fue el de su aplicación conjunta. Como ya hemos visto supra 4, el sistema dualista puro permite la acumulación sin más restricciones, con lo que la medida se convierte de hecho en una prolongación de la duración de la pena. El sistema vicarial acogido en el art. 89 de la PANCP establece el cumplimiento de la medida, en primer lugar, y luego el de la pena, computándose el tiempo de duración de la medida en el de la pena. Pero a diferencia de otras propuestas (cfr., por ejemplo, la Propuesta Alternativa del Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de 1980), el art. 89 de la PANCP sólo permite suspender la ejecución del resto de la pena, una vez cumplida la medida de seguridad, «si por el tiempo transcurrido procediere la aplicación de la libertad condicional». Personalmente creo que en teoría es más correcto el criterio que obliga a suspender el cumplimiento del resto de la pena, en todo caso, «si con su ejecución se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la aplicación de la medida» (34), pero hay que reconocer que este criterio coloca al pena-

(34) Cfr. MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal del Grupo parlamentario Comunista», en CPC, n.º 18, p. 643 (art. 99).

do sometido a medidas en mejor situación que al no sometido a ellas, dándose excesiva importancia al efecto preventivo especial a costa del también necesario efecto preventivo general. La PANCP, por el contrario, sólo permite la suspensión del resto de la pena que quede por cumplir, una vez cumplida la medida, si se dan los requisitos de la libertad condicional, acentuando así el efecto preventivo general en todo caso.

Una importante excepción a este sistema vicarial se contiene, sin embargo, en el art. 100 de la PANCP para los delincuentes habituales, entendiendo por tal el párrafo tercero de dicho artículo «al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que no habiendo sido cancelados registralmente hagan presumible su inclinación a delinquir, según declaración expresa del Tribunal, previo los informes a que se refiere el art. 87, 2.^a». Para estos delincuentes prevé el art. 100 el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años, pero este internamiento podrá ejecutarse antes o después de la pena, no computándose su duración en la duración de la pena. Dejando ahora a un lado el problema que plantean estos centros de terapia social (35), es evidente que la PANCP configura esta medida de hecho conforme al sistema dualista clásico, es decir, como una prolongación de la pena impuesta, si bien condicionándola a la existencia de unos presupuestos específicos (habitualidad), además de los generales de todas las medidas (peligrosidad criminal y proporcionalidad). El centro de terapia social

(35) Cfr. KAUFMANN, Hilde, «Ejecución penal y terapia social», trad. de Bustos Ramírez, Buenos Aires, 1979; también JESCHECK, «Tratado», cit., vol. 2, p. 1.123 y ss. Cfr. también el número monográfico sobre este tema de la «Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform», 1979.

viene así a cumplir, además de las funciones terapéuticas que le son características, una función similar a la custodia de seguridad recogida en el párrafo 66 del Código penal alemán que, por cierto, también está excluida del sistema vicarial (36). De algún modo, la PANCP reintroduce la tradicional agravante de reincidencia que la propia PANCP elimina del catálogo de las circunstancias agravantes en su art. 24, si bien exigiendo mayores presupuestos para su aplicación y tiñendo la prolongación de la privación de libertad de un matiz terapéutico ajeno a la agravante. Pero, a pesar de esta mayor exigencia de requisitos, la medida, sin el correctivo vicarial y dado el carácter genérico de la misma, resucita el viejo sistema dualista puro y está expuesta a las mismas objeciones que ya hemos indicado. Los redactores de la PANCP, situados ante el dilema de qué camino seguir frente a la delincuencia habitual, auténtico «pan nuestro de cada día» en la Administración de Justicia penal que cuestiona la eficacia preventiva de las sanciones penales, ha tenido que optar entre la agravación tradicional que prolongaba por puras razones preventivas generales la duración de la pena y la posibilidad de que esta prolongación tuviera el carácter de medida, permitiendo una mayor eficacia preventiva especial, al mismo tiempo que exigiendo mayores requisitos para su aplicación. Una tercera vía que tuviera en cuenta el problema de la habitualidad y procurara tratarla dentro del marco penal normal correspondiente al delito, sin prolongarlo, no ha sido acogida. En la medida en que se acepte esta última solución, está claro que la regulación de la PANCP no puede satisfacer en esta materia, pero, aún así, habrá que admitir que es preferible el sistema que propugna la PANCP a la agravante de reincidencia tradicional.

(36) Cfr. JESCHECK, «Tratado», cit., p. 1.126.

Una novedad importante de la PANCP que no se encuentra en el Título dedicado a las medidas, sino en el de las penas, es la inclusión en el tiempo de la duración de la pena del tiempo que hubiere durado la medida curativa, cuando el penado cayere en enajenación después de pronunciada sentencia firme (art. 55).

d) El régimen de aplicación de las medidas no privativas de libertad (Título IV, Capítulo II, Sección segunda) tiene, como es lógico, importantes diferencias con el de las medidas privativas de libertad, aunque parta de los mismos presupuestos y principios.

En esta materia la novedad más importante que aporta la PANCP es la reunión en un solo precepto, el art. 101, de distintas reglas de conducta que, tanto en la Ley de Peligrosidad social, como en el Proyecto de 1980, se regulaban de manera inconexa. Ahora la PANCP las reúne en un mismo precepto como alternativa o complemento de las medidas privativas de libertad (37). Con él se ofrece al Juez o Tribunal un amplio

(37) Dice el art. 101: «En los casos previstos en los artículos 95, 96, 97, 99 y 100, el Tribunal podrá acordar razonadamente, previo los informes a que hace referencia el artículo 87.2.ª, una vez cumplido o suspendido el período de internamiento, la imposición por un tiempo no superior a cinco años de la observancia de una o varias de las siguientes reglas de conducta:

- a) Sumisión a tratamiento externo en centro médico o unidad hospitalaria.
- b) Obligación de residir en un lugar determinado.
- c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.
- d) Prohibición de concurrir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.
- e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- f) Privación del derecho a portar armas blancas o de fuego con retirada, en su caso, de la licencia de estas últimas por tiempo máximo de cinco años. Excepcionalmente, la privación de este derecho podrá tener carácter definitivo.
- g) Asistencia y observación por delegados del Juez de Vigilancia.
- h) Caución de conducta».

catálogo de posibilidades que desde el primer momento puede utilizar como alternativas al internamiento cuando éste no sea necesario o sea incluso contraproducente. Pero también puede utilizarlas como complemento de un internamiento ya cumplido, asegurando así un ulterior control aunque menos radical del individuo todavía peligroso. Estas posibilidades vienen reforzadas con la ayuda o asistencia social que puede decretar el Tribunal se preste al sometido a estas medidas (art. 103). También dispone este precepto que se designará una persona u organismo que se encargue del sujeto durante el período de tiempo en que se ejecute la medida y que mantenga puntualmente informado al Tribunal del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas.

Este último precepto (art. 103) introduce en el ámbito de las medidas un sistema similar a la «probation» que, sin embargo, no se prevé en la PANCP para los casos de suspensión del fallo y de remisión condicional de la pena (arts. 74 a 81), que son los casos para los que originariamente surgió la institución. Ello ha producido y producirá alguna objeción por parte de quienes estiman que también los sustitutivos penales como la suspensión del fallo o la remisión condicional de la pena es necesario que una persona u organismo se encargue de ayudar (y controlar) durante el período de prueba (de 2 a 5 años) al probando. Sin embargo, la PANCP ha optado por introducir este control sólo en el ámbito de las medidas, ya que en estos casos la misma aplicación de la medida, aunque no sea privativa de libertad, supone una peligrosidad criminal que hay que controlar, mientras que en la suspensión del fallo y en la remisión condicional de la pena no sólo no hay peligrosidad, sino que por definición es necesario que para conceder el beneficio exista un buen pronóstico de que el condenado

no cometerá delito en el futuro (cfr. arts. 75,1.^a y 77,1.^a), quedando supeditada la revocación del beneficio sólo a que el sujeto no vuelva a delinquir durante el período de prueba (cfr. art. 76). Naturalmente, también puede pensarse que igual que en las medidas en la condena condicional también el sometido a un período de prueba por concesión de la suspensión del fallo o de la remisión condicional de la pena necesita de ayuda y control durante ese período. Este es el sistema seguido por el Código penal alemán (cfr. párrafos. 56 y 56 c StGB) y por el Proyecto de 1980 que imponen al probando durante el período de prueba determinadas «cargas» o «instrucciones», cuyo incumplimiento determina la revocación del beneficio. Pero como la praxis de este sistema demuestra, aparte de los costos adicionales que para la Administración de Justicia ello significa, la presencia de un funcionario especialmente encargado de vigilar y controlar (en algunos casos también ayudar) al probando durante un período de tiempo, supone muchas veces un control adicional más gravoso que la pena misma que, por lo demás, se presta a abusos incompatibles con la esencia de la institución (38). Obviamente este peligro se da también en el ámbito de las medidas, pero aquí no hay más remedio que aceptarlo (naturalmente, intentando que no sea así), porque el mal pronóstico del sujeto, su peligrosidad comprobada, exige este control adicional. De todos modos, tampoco en el ámbito de la suspensión del fallo y de la remisión condicional de la pena hay inconveniente en que se presten ayudas y asistencia social al probando, siempre que ello no determine, de hecho, una especie de vigilancia encubierta de su

(38) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 371; también nota del traductor, p. 378.

comportamiento. La experiencia habida en otros países con esta institución es que el encargado de ayudar y controlar al probando durante el período de prueba se ve siempre situado ante un conflicto de roles: cumplir una función de ayuda, por un lado, y otra de control, por otro, no siendo infrecuente que predomine la segunda sobre la primera (39).

Volviendo a las reglas de conducta del art. 101, la lectura de este precepto inmediatamente evoca la idea de *Nonintervention*, es decir, la de evitar la privación de libertad, también en el ámbito de las medidas, como menos gravosa posibilidad de control (40), aunque, naturalmente, la aceptación de esta idea no implica, como sucede en algunos países en los que se ha acogido (41), que se renuncie a las garantías jurídicoformales en su imposición, ya que ello, además de peligroso, sería entre nosotros incluso anticonstitucional (42). Ahora bien, la aplicación de estas medidas podría tener mayor eficacia si, además de como alternativa o complemento del internamiento, se pudiera imponer automáticamente, incluso en los casos en los que por no tener asignado el delito una pena privativa de libertad, no viniera en consideración una medida de internamiento. En la PANCP ello sólo es posible en los casos previstos en el art. 102 (43), criterio que quizás habría que revisar. En todo

(39) Cfr. HASSEMER, *lug. u. cit.*

(40) Cfr. SCHUR, «Radical Nonintervention», 1973.

(41) Cfr. MARTINSON, «What Works», 1974.

(42) Cfr. MUÑOZ CONDE, Notas a HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 378. Similares críticas en HASSEMER, *lug. u. cit.*, y JESCHECK, *ob. cit.*, p. 1.051.

(43) Dice así: «El Tribunal en los delitos contra las personas, su libertad, libertad e indemnidad sexuales, honor y patrimonio, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que la presencia del delincuente suponga, podrá acordar en la sentencia la prohibición de que el sujeto vuelva al lugar en que hubiera cometido el delito, o en que reside la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Tribunal señale, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años».

caso, debe quedar al arbitrio del Tribunal la elección de la regla o las reglas de conducta que estime más adecuada al caso concreto que se le presente, recabando para ello los informes pertinentes. La duración de la regla o las reglas de conducta que se impongan no podrá exceder de cinco años.

Las otras medidas no privativas de libertad tienen un alcance más específico y concreto. La de privación del permiso de conducir (art. 104) y la de inhabilitación especial (art. 105) tienen un carácter sustitutivo de las penas de la misma naturaleza (art. 38) cuando éstas no pueden imponerse por encontrarse el sujeto incluido en los números 1, 2 y 4 del art. 22 y exista la peligrosidad específica prevista en dichos preceptos. La privación del permiso de conducir por tiempo de cinco a quince años puede ser impuesta, además de la pena, a los habituales de delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículos de motor (art. 104,2).

La expulsión de extranjeros del territorio nacional es una medida «sui generis» que el Tribunal podrá acordar como sustitutiva de las demás medidas de seguridad que les fueran aplicables, sin perjuicio de cumplir, en su caso, la pena que hubiera sido impuesta (art. 106) (44).

8. Por todo lo dicho en el apartado anterior se puede afirmar que el sistema de medidas que configuran la PANCP es quizás la máxima aproximación entre pe-

(44) Fuera del Título IV quedan las sanciones aplicables a las personas jurídicas que, con mejor criterio que en el Proyecto de 1980, se llevan al Título VIII, donde se regulan juntamente con otras sanciones de igual dudosa naturaleza, como el comiso y la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su actividad (arts. 136-138). La Propuesta no se pronuncia, pues, sobre el carácter de pena o medida de estas sanciones y deja a salvo el principio «societas delinquere non potest».

nas y medidas que permite un sistema teóricamente dualista en sus presupuestos, pero prácticamente monista en su ejecución. La regulación de las medidas que propone la PANCP demuestra que el mantenimiento del Derecho penal de culpabilidad no es un obstáculo para una mayor eficacia preventiva, general y especial, de las sanciones penales, pero al mismo tiempo demuestra también que no siempre implica el que el ámbito de las medidas quede abandonado a los excesos terapéuticos. Si algo tienen claro los redactores de la PANCP en esta materia es que las garantías jurídicoformales del Estado de Derecho deben ser observadas tanto a la hora de imponer una pena, como de imponer una medida. El configurar un marco legal en el que ello sea posible fue una de las aspiraciones fundamentales de los redactores de la PANCP. El que además ello sea beneficioso para el sometido a las medidas y para la sociedad depende de otros factores, especialmente económicos, pero también de cambio de mentalidad, que están más allá de las privaciones y posibilidades de los redactores de la PANCP. Una vez más el fantasma de la falta de centros adecuados para el cumplimiento de las medidas de internamiento, la escasez de medios y de personal cualificado aparece cuando se trata de pronosticar la eficacia práctica que la regulación que propone la PANCP puede tener. Por eso no es ocioso recordar que en las Disposiciones Finales de la PANCP se emplaza al Gobierno para que en el plazo de seis meses dicte las normas de desarrollo del Título IV y remita a las Cortes un Proyecto de Ley de aplicación de las medidas de seguridad.