

Nota preliminar

La paz —fruto principal del quehacer jurídico— exige en grado sumo comprensión y respeto al «otro», al distinto. La verdadera paz implica el reconocimiento de la persona como algo sacro, misterioso e intangible. El penalista debe armonizar la búsqueda infatigable de la paz con el cumplimiento constante de su deber sancionador. He aquí la antinomia de la misión iuspunitiva. Quien labora en el Derecho penal, avanza a caballo sobre dos fuerzas en buena parte opuestas: la justicia y la sanción. La primera suele definirse como el arte de *dar* a cada uno lo suyo. La segunda, como el deber de *quitar* al delincuente algo suyo.

Toda decisión importante de quien aplica el Derecho penal tiende finalmente a sancionar al delincuente. Conviene, pues, revisar el concepto de sanción penal. Con frecuencia —de hecho—, sancionar supone privación de algún derecho, entrometimiento en lo personal del otro y contra su voluntad. En teoría, nadie compara hoy la sanción penal con la venganza ilimitada, ni aun con la talional. Los penalistas contemporáneos han superado la idea de la sanción monopolizada por el Poder político, propia de los siglos XVIII y XIX, tendente principalmente a proteger y perpetuar un orden colectivo, un sistema de valores (vida, autoridad, propiedad, religión, honor...) apoyado fuertemente por y en la filosofía estatólatra de Hegel. Muchos ven hoy en la sanción, ante todo, el medio de reinsertar al delincuente en la sociedad, y así colaborar al bien común. Esta concepción resulta —indudablemente— más positiva que la de quienes seguían (o quienes siguen) la definición retributivo-vindictiva de Grocio (*malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*), y nos felicitamos se haya introducido ya en instituciones legales, como en el Reglamento del Servicio de instituciones penitenciarias o en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.

Pero esta concepción reeducadora de la sanción corre el riesgo de entenderse unilateral y políticamente. Entonces produce resultados opuestos a los buscados: la violencia en vez de la paz, la alienación de la persona en vez de su liberación.

La violencia establecida y la violencia represiva socavan la paz tanto o más que la violencia subversiva. Una ciudad sin ley resulta menos inhumana que una ciudad en régimen de terror o tiranía (o quizá en ciertos

regímenes dictatoriales sin libertad de prensa, de asociaciones, de sindicatos). La intromisión sin fronteras del poder en la intimidad de la persona y el abuso de los modernos métodos para modificar el comportamiento pueden causar peores estragos que la bomba atómica (*El mundo feliz*, de Huxley, y *A Clockwork Orange*, de A. Burgess, describen una parte mínima de esta hecatombe), pueden destruir lo medular del hombre, el *right of privacy* (que, nostálgicamente, recuerdan los norteamericanos, algunos con críticas muy severas contra el pretendido derecho a readaptar a los meramente inadaptados, sin discutir cuál es el criterio de lo adaptado y de lo normal). Afortunadamente, dos teólogos —Karl Rahner y Peter Huizing— han levantado la voz de alerta contra la falta de neutralidad política en muchas sanciones penales. Otros —no teólogos— pretenden continuar y exagerar la línea utópica de Dorado Montero cuando equiparaba la función de la Iglesia (cura de almas) con la función del Derecho penal estatal (función —según él— disciplinadora de insumisos). El desajuste del Derecho penal actual brota, en parte, porque se despreocupa de aquellos a quienes puede y debe reinsertar en la sociedad, y se ocupa excesivamente de aquellos a quienes debía dejar tranquilos, quienes se marginan sin producir lesiones personales, aunque sí produzcan legítimas erosiones políticas.

Las interpretaciones unilaterales y abusivas —míticas y no míticas— de la sanción resocializadora necesitan continua revisión. Para contemplar desde su debida perspectiva las obligaciones y los peligros de la prevención especial, conviene recordar insistentemente las líneas de fuerza de los grandes penalistas.

Carrara formula claramente sus ideas fundamentales en su *Programa* al afirmar que «el Derecho es la libertad..., el Derecho penal es protector de la libertad humana, así externa como interna». Binding, en su primer artículo en la «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», el año 1881, coloca como base del Derecho penal la vinculación a la ley, la observación científica de la realidad y el respeto de la libertad. Von Liszt recuerda que el Código penal es la carta magna de la libertad. Von Bemmelen, en el discurso de clausura del IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (La Haya, 1964) repitió lo que había proclamado muchos años antes en su lección inaugural: «nuestro ideal debe ser que el Derecho penal salve la paz en la sociedad y la libertad en el individuo, de modo que se pueda decir la frase de Goethe «Ist gerichtet, ist gerettet», ha sido sancionado, ha sido salvado». Mi maestro, José María Rodríguez Devesa, catedrático de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, repite con frecuencia —de palabra y por escrito— tres coordenadas fundamentales: el Derecho penal tiene que comprender y respetar al delincuente, la sanción es el último recurso, quien impone y quien aplica una pena o una medida debe acercarse (pero sólo acercarse) al santuario de la intimidad personal del sancionado.

La concepción pacífica y pacifista del Derecho penal obliga a Rodríguez Devesa a reducir al mínimo las sanciones, llámense penas o medidas (ahora prescindimos de las reparaciones penales), y a enmarcarlas en una cosmovisión que brevemente podríamos calificar como personalista, es decir, dinámica, comprensiva y respetuosa. Así, en su prólogo a la segunda edición de su Parte general (1971) (1), después de mencionar la «pacífica evolución de la convivencia entre los hombres», expone su preocupación por «dilucidar el trazado de una frontera sensata entre los medios de corregir los desajustes sociales y la represión injustificada», y desea consigamos pronto aquella comprensión del hombre antisocial «que no supone un olvido, ni perdonar gratuitamente, sino dar un adecuado tratamiento a dificultades que todos podemos vernos en el trance de compartir». A lo largo de su Tratado, desarrolla una concepción del Derecho penal objetivo como limitación al Derecho penal subjetivo (pág. 38), e insiste en la necesidad de considerar la sanción dinámicamente (págs. 710 y sigs.), para poder esclarecer sus fines, entre los que destaca la prevención especial y la reinserción social, pero evitando el actual enorme riesgo de arbitrariedad y de groseros errores. El año siguiente —1972—, en el Suplemento de la cuarta edición de la Parte especial (pág. 96), recuerda la necesidad de dotar a las autoridades encargadas de luchar contra los delitos, de medios suficientes y eficaces —previos a las penas—, pues sin tales medios «la amenaza de las penas quedará, como ocurre con otros delitos, en letra muerta».

Por fin, para no alargar demasiado las citas, su monografía sobre *La garantía de los Derechos individuales en el Derecho procesal militar español* llama la atención a los jueces si «se pliegan a exigencias intolerables del ejecutivo o de la administración..., consideran al delincuente como una encarnación metafísica del mal y no como un ser humano miserable y digno de compasión...» (pág. 138). Pocas páginas después afirma y demuestra que «las garantías actuales son insuficientes en orden a la libertad personal, a la ausencia de coacción y a la defensa frente a los cargos que existan».

Esta preocupación por la paz y por la comprensión respetuosa de la persona (aunque sea delincuente) me ha impulsado a escribir las páginas siguientes, tendentes a iluminar algunos problemas de las medidas penales, actualmente en radical transformación y repletas de futuro.

La monografía consta de dos partes: la primera, dedicada a la teoría general; la segunda, a la legislación y *praxis* española. Se añaden cuatro anexos con formularios, textos legales e información bibliográfica. El bosquejo inicial de este librito aparecerá en la «Nueva Enciclopedia Jurídica» (editorial Seix, de Barcelona) como comentario a la palabra *medidas* (pe-

(1) Estando en prensa este libro han aparecido la tercera edición de la parte general y la quinta de la parte especial, que siguen la misma orientación que las ediciones anteriores.

nales), en el tomo XV o XVI, actualmente en prensa. Sobra decir que las opiniones allí expresadas reflejan con menos exactitud mi pensamiento.

La *parte primera* analiza qué son las medidas, cuándo nacieron, cómo se justifican y qué fines pretenden. Al comienzo exponemos la importancia de las medidas, probamos que el eje de evolución del Derecho penal pasa por las medidas (y las reparaciones) penales más que por las penas. Esta idea fundamenta nuestra atención a las medidas (y a las reparaciones penales). Limitados aquí al estudio de las medidas, deseamos que pronto algún penalista investigue el lugar y papel de la reparación a la víctima en el *Estado social de Derecho*, y concretamente en la configuración dogmática de todas las sanciones. El Derecho penal de tráfico y el Derecho penal económico necesitan aclarar urgentemente bastantes puntos oscuros respecto a su obligación con numerosos sujetos pasivos de estos crímenes, cada día más frecuentes y más trágicos.

Los *antecedentes* de las medidas muestran que éstas proceden de un tronco común con la pena e iluminan la evolución, todavía hoy en marcha, de la respuesta al delito. La teoría unidimensional de la sanción como reinstauración del orden jurídico violado, tal como la entendía el individualismo de la Revolución francesa y la filosofía kantiana, no resiste la crítica del penalista actual. Tampoco satisface las exigencias del teórico y del legislador contemporáneo el sistema dualista: pena como retribución al delito y medida como tratamiento al delincuente. Hoy, el Derecho penal estructura su sanción mirando hacia tres metas: la víctima, el delincuente y la comunidad. El último lugar, en cierto sentido, corresponde a la comunidad coincidiendo con la filosofía tomista (y maritainiana) de que la sociedad es para el hombre más que el hombre para la sociedad.

Esta idea tridimensional de la sanción encuadra las páginas dedicadas al *concepto* de las medidas penales: medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales, a tenor de la Ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial. Se confronta brevemente este *concepto* con las reparaciones penales (orientadas hacia la víctima) y con las penas (orientadas hacia la prevención general). Toda sanción penal participa, en mayor o menor grado, de las tres dimensiones.

Al distinguir las diversas *clases* de medidas, se critica la denominación genérica de «medidas de seguridad», que (como la de «peligrosidad social») da pie a confusiones y equívocos. Conviene distinguir el género y las especies. Las medidas de corrección cumplen mejor que las de seguridad los requisitos y los fines de las medidas. Esto no supone que las medidas de seguridad miren a la comunidad más que al delincuente. Este es siempre el fundamento y fin de toda medida. Me aparto de la opinión común respecto a las, por muchos, llamadas medidas de protección, cada día más importantes y numerosas. Creo demostrar que forman una tercera especie de sanción, las denominadas reparaciones penales, que giran alrededor de la víctima y de su indemnización (en el amplio sentido de la

palabra). Son prestaciones que la ley penal (mediante los órganos jurisdiccionales) impone al autor de un hecho antijurídico (y, en algunos casos, sustitutivamente, a la autoridad) para compensar a la víctima y así lograr el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad.

Los dos últimos capítulos de esta parte estudian la pertenencia de las medidas (posdelictuales criminales) al Derecho penal, así como su *justificación*, por la necesidad y la utilidad del individuo y de la comunidad. Conviene afirmar con claridad que las medidas, más que combatir eficazmente los crímenes, pretenden atender humanamente a los delinquentes. Algo así como los médicos, más que evitar la muerte, pretenden asistir a los enfermos.

La *segunda parte* comenta la legislación positiva y la aplicación práctica de las medidas en España. Especial atención merecen las medidas de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, las de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores y las del Código penal.

La LPRS sigue las líneas de la Ley de Vagos y Maleantes y —a pesar de algunas atinadas actualizaciones— merece fuerte crítica en varios puntos fundamentales. Especialmente, por la confusión conceptual, la hipertrofia de estados peligrosos y de medidas, la injerencia de medidas pre-delictuales y la separación excesiva entre penas y medidas (entre responsabilidad y peligrosidad).

El estudio de las medidas en la Ley de TTM va precedido de unas consideraciones acerca de sus rasgos generales —hoy tan en crisis— y seguida de un boceto sobre cómo podrían sistematizarse las medidas en el Derecho penal juvenil. El caso Gault suscita una profunda reflexión sobre los problemas que plantea la concepción paternalista de la justicia.

Los antecedentes, el presente y el futuro de *las medidas en el Código penal* son los temas del capítulo siguiente. La ley debe llamar a las cosas por su nombre, sin confundir las penas con las medidas. El legislador español debe auscultar con más atención las conquistas ya indiscutibles de los teóricos en el campo de la sanción penal, la doctrina cotidiana de las cátedras y de las publicaciones universitarias. Todos lamentamos que todavía no haya en la península una cátedra de Criminología, y que a veces se legisle casi de espaldas a las cátedras de Derecho penal. También en otros tiempos y lugares sucedía algo parecido, como lo confirma Tácito en sus *Anales* (3, 25): «Antes padecimos delitos, hoy padecemos leyes.»

Termina esta segunda parte con el comentario —breve— de las medidas en la Ley penal y procesal de la Navegación Aérea de 1964, y en la moderna Ley de Caza de 1970, que deroga la anterior de 1902, y con diez conclusiones.

Los cuatro anexos de las últimas páginas transcriben algunos formularios para la LPRS y LTTM, los principales textos legales españoles sobre las medidas (aplicables a adultos y a menores), y algunos textos extranjeros. La lectura de las normas vigentes hoy en las diversas partes del

mundo muestra la urgencia de continuar investigando acerca de las medidas penales. El cuarto anexo reúne, por idiomas, una selección de la bibliografía más importante sobre el tema.

Antes de terminar esta introducción, quiero manifestar mi gratitud al especialista de las medidas, el profesor doctor Marino Barbero Santos, catedrático de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, por haber aceptado mi invitación a que prologase —y así enriqueciese— estas páginas con su pluma de eximio penalista. A su lado he aprendido mucho de ciencia jurídica, de entrega universitaria y de incondicional amistad. Su generosa bondad le ha dictado alabanzas para mí hasta ahora inmerecidas, pero que me espolean para conquistarlas en lo futuro.

San Sebastián, 31 de julio de 1973, festividad de Ignacio de Loyola.