

BERISTAIN, Antonio, S. J.: *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*. Reus, S. A., Madrid 1974. 436 págs. de 16 por 23 cms.

En un prólogo breve del profero BARBERO SANTOS se anuncia ya el carácter concomitante de la temática de la obra, con el manejo de cuestiones que suele tratar la moderna "Defensa social" y, efectivamente, el propio BERISTAIN confiesa en una nota preliminar: "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", terminando esta presentación con un resumen de la estructura y del contenido de la obra, que puede condensarse en el siguiente sumario:

Parte I: "Teoría de las medidas".

Parte II: "Medidas penales en el Derecho positivo español".

Conclusiones.

Anexos: Formularios, Legislación española, Legislación extranjera y Bibliografía.

1. *Teoría de las medidas*

La profusa vigencia material de las medidas penales contrasta con el escaso nivel científico de su base teórica y, por otra parte, con la insuficiencia de medios materiales y personales para una justa y eficaz aplicación de esas medidas, máxime cuando la existencia de amplios márgenes de arbitrio judicial posibilitan la inobservancia del principio de legalidad y de otros derechos fundamentales de la persona. Estas medidas, que en la práctica están revolucionando el Derecho penal, no han sido objeto de suficiente atención por parte de la doctrina y, precisamente, esta obra pretende contribuir a la superación de dicho estado de anemia doctrinal.

En el segundo capítulo se aborda el tema de los antecedentes históricos de las medidas, afirmándose que "brotan principalmente del propio seno del Derecho penal, y no exclusivamente de otros campos jurídicos, como el civil o el administrativo... En nuestra opinión, siempre..., el Derecho penal ha tenido en cuenta la peligrosidad y la resocialización del delincuente...". Tales aseveraciones, con la correspondiente apoyatura argumental, reclaman para el Derecho punitivo una parte importante en la paternidad de las medidas, paternidad que le ha sido discutida por no pocos autores.

¿Cuál es el concepto de medida penal? Para responder a esta pregunta describe BERISTAIN las diversas posturas doctrinales, para concluir diciendo que "son medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales (con ayuda de peritos en las ciencias del hombre), a tenor de la ley, a las personas (naturales) peligrosas (con peligrosidad delictual) para lograr la prevención

especial", lo que parece significar la exclusión de la peligrosidad social no delictual o predelictual. Penas y medidas difieren "ontológica y formalmente, sustantiva y procesalmente. Sin embargo, no media entre ambas una separación "tajante". Por otra parte, el autor matiza igualmente el concepto de medida, contrastándolos con las *Nebenfolgen* alemanas, que considera reparaciones del daño causado por el delito "para compensar a la víctima y así lograr el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad". Unos diagramas del trinomio pena-medida-reparación penal expresan gráficamente las analogías y diferencias que median entre las tres modalidades punitivas.

A la hora de clasificar las medidas penales, el autor enumera en el capítulo cuarto los diversos conjuntos posibles, en base a los distintos criterios de ordenación: medidas pos y predelictuales, si se atiende al fundamento para su imposición; privativas de libertad, restrictivas de derechos, pecuniarias, etc., en función del bien jurídico al que afectan; respecto al destinatario, personales y no personales; aludiendo también a clasificaciones en base a la duración, la finalidad y su carácter sustantivo o complementario. Se distingue igualmente entre medidas de seguridad y de corrección, identificando estas últimas con las de protección.

La elección del término más adecuado para expresar el concepto recae sobre el vocablo *medidas penales*, "porque son las comprendidas en la legislación del Derecho penal, y las relacionadas más o menos directamente con la pena (para completarla o para sustituirla)". Y al plantearse en el capítulo siguiente —el sexto— el tema de la naturaleza jurídica —administrativa o penal— de estas medidas, concluye BERISTAIN que "...pertenecen al Derecho penal las medidas que fluyen como consecuencia de una actuación típicamente antijurídica. Las demás quedan adscritas a otras ramas del Derecho. Las reparaciones penales pertenecen al Derecho y a la sanción penal, pero no como medidas".

Termina la primera parte de esta obra con el estudio de la "justificación de las medidas", y tras exponer las teorías negativas, el autor se centra en las que consideran justificable la vigencia de tales medidas, eligiendo las que basan su bondad y necesidad en criterios utilitarios y de justicia, tanto en sus vertientes individuales como sociales, pero considerando que su justificación a nivel teórico exige, para que su aplicación práctica también lo esté, suficiente claridad en la doctrina y en la legislación, siempre respetuosa con los principios de legalidad y de autonomía jurisdiccional, sin olvidar una profunda formación criminológica en sus gestores.

2. *Medidas penales en el Derecho penal español*

La segunda parte de la obra, una vez sentados los cimientos teóricos en la primera, se dedica al estudio de las medidas penales en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS), en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM), en el Código penal (CP), en el de Justicia Militar (CJM), en la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea (LPPNA) y en la Ley de Caza (LC).

Después de estudiar comparativamente la Ley de Vagos y la vigente LPRS, considera el autor que la "pretendida separación entre la peligrosidad y el delito, por una parte, y entre la medida y la pena, por otra, resulta artificial y asistemática, especialmente cuando se refiera a la peligrosidad y a las medidas de los condenados por tres o más delitos... más científica era la regulación de la Ley de Vagos...", que conjugaba con más soltura ambas realidades. La nueva Ley reúne diversas medidas que pueden agruparse en las siguientes categorías: privativas de libertad, restrictivas de libertad, restrictivas de otros derechos, pecuniarias y admonitiva. A continuación se analiza cada una de estas medidas, prosiguiendo con la contemplación crítica de otros aspectos de la LPRS, tales como la ejecución de las medidas y el Registro Central de Penados y Peligrosos, abogando el autor por la necesidad de una profunda reforma en estos y otros aspectos de la vigente legislación.

El capítulo siguiente se dedica a las medidas previstas en la LTTM, que una vez descritas son valoradas críticamente, denunciando la posibilidad prevista en la LPRS de internar a menores en establecimientos para adultos, así como la inexistencia de medidas destinadas a los jóvenes (categoría intermedia a las de menores y adultos), la confusión entre menores delincuentes y no delincuentes precisados de meras ayudas asistenciales o de beneficencia (distinción entre reforma y protección), y, en general, el empleo de una "terminología imprecisa, poco técnica y excesivamente variada"; también se alude a la escasa rigidez procesal, a la posibilidad de imponer a los menores medidas más graves que a los adultos en iguales supuestos y al Tribunal de apelación como carente de la necesaria independencia, competencia y agilidad, para terminar poniendo en entredicho la constitucionalidad de los Tribunales tutelares de menores por su carácter especial. Centrando la atención en las medidas propiamente dichas, se distingue entre las "protectoras" y las "reformadoras", para analizar a continuación las "privativas de libertad", las "restrictivas de derechos" y la "admonitiva", y tras aludir a la realidad práctica de los TTM, torna BERISTAIN a un planteamiento crítico, denunciando la excesiva diversidad de campos a que se extienden estas medidas, la mezcla entre las preventivas y las penales, y en cuanto a estas últimas, en comparación con las aplicables a los adultos, se fija el criterio de que sólo deben diferenciarse en "lo subjetivo" pues "los presupuestos indispensables para imponer esas medidas deben ser objetivamente idénticos"; también se aconseja la conveniencia de evitar en lo posible el envío de menores a centros de internamientos que, en cualquier caso, no deben masificarse. Finalmente, se reitera la conveniencia de arbitrar medidas penales aplicables específicamente en el ámbito del Derecho penal juvenil.

Los dos últimos capítulos se dedican respectivamente, a las medidas en el CP y CJM, por una parte, y en la LPPNA y LC por otra. Tras rememorar el precedente del CP de 1928, se refiere el autor a la vigencia de la "tercera vía" en el CP y CJM, especificando que los artículos 27, 417 y 546 bis d) del primero de estos textos hay una serie de sanciones que pueden ser indistintamente penas o medidas, concretándose sólo.

su naturaleza en función del presupuesto y finalidad que se elijan, sin que exista prohibición alguna en el CP para que los Tribunales impongan tales sanciones con el presupuesto y fines propios de las medidas; en igual sentido se hace hincapié en las inhabilitaciones, suspensiones y privación del permiso para conducir, así como en la caución y en algunas interdicciones, examinando a continuación los artículos 209 y 210 del CJM con idéntico propósito. No se soslayan las llamadas medidas "innominadas" que contine el CP, tales como el internamiento de enajenados, establecimiento para educación de sordomudos, internamiento para jóvenes, prohibición de entrar en determinados lugares, destierro, protector y albergue para jóvenes y cierre temporal de establecimiento, haciendo finalmente consideraciones relativas al CJM y al Estudio para un anteproyecto de CP, antes de culminar el estudio de esta segunda parte con referencias a la LPPNA y LC.

3. Conclusiones

Cuatro páginas finales resumen las conclusiones de BERISTAIN, tras el reseñado estudio, que pueden condensarse en las siguientes citas literales:

I. Conclusiones respecto a la teoría general de las medidas penales:

1. "La parte primera y la parte segunda de este trabajo, así como la legislación extranjera del apéndice, muestran la importancia, cada día mayor de las medidas penales...".

"Los problemas en este campo exigen un replanteamiento radical de las coordenadas del Derecho penal (sustantivo y procesal) y, más aún, de la Penología, entendida en sentido amplio, como la parte del Derecho penal que estudia todas las consecuencias de la acción típicamente anti-jurídica".

2. "...La sanción penal consta de tres especies distintas. penas, medidas y reparaciones. Conviene prestar más atención al estudio sistemático de las dos últimas".

"Urge también distinguir con claridad el concepto (fundamental para las medidas) de peligrosidad *in genere* y sus clases principales... Las personas criminales difieren cualitativamente de las maleducadas, las anti-sociales de las asociales."

3. "...Como las penas, las medidas se justifican por su utilidad y necesidad para el individuo y la sociedad, por la imprescindibilidad del orden jurídico asistencial. Presuponen la peligrosidad. No presuponen la culpabilidad (propia de las penas)."

4. "...Las garantías que la ley regula para la imposición y aplicación de las penas deben mantenerse con tanto o mayor cuidado para la imposición y aplicación de las medidas penales."

"Las medidas predelictuales... pertenecen al Derecho privado, no al Derecho penal, Las autoridades gubernativas pueden adoptar medidas extrapenales de carácter preventivo y profiláctico..."

5. "Conviene distinguir —en lo posible— las medidas de seguridad y las medidas de protección..."

"La medida penal debe ser impuesta por el mismo Juez o Tribunal que imponga la pena, aunque probablemente en fase distinta."

II. Conclusiones respecto al Derecho positivo español.

1. "La legislación española acerca de las medidas penales resulta escasa, poco realista y asistemática..."

"La carencia casi total de instituciones y de personal especializado obligan a denunciar la artificialidad y la ausencia de realismo en un campo tan importante de la política criminal..."

2. "La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social sigue las líneas generales de la LVM, con algunos avances... y algunos retrocesos... La nueva Ley vuelve a caer en cuatro de los defectos radicales de la LVM:

A) No autorizar en su texto los créditos indispensables para la construcción, dotación y puesta en marcha de las instituciones necesarias, con el correspondiente personal especializado.

B) Prestar poca atención a las medidas posdelictuales, para fijarse excesivamente en las predelictuales.

C) Considerar estas medidas predelictuales como propias del Derecho penal, mermando así excesivamente las libertades individuales.

D) Ofrecer insuficientes garantías procesales..."

3. "La LTTM regula asistemáticamente un número excesivo de medidas. Muchas de ellas, por su fundamento y su contenido, pertenecen al Derecho privado..."

"Urge la preparación y la puesta en vigor de una legislación complementaria... que regula las medidas penales aplicables a los jóvenes..."

4. "Las medidas (innominadas) del Código penal son insuficientes..."

"La próxima reforma del Código penal debía introducir en su articulado un amplio sistema de medidas posdelictuales de corrección y de seguridad."

"También convendría sistematizar dentro del CP una tercera especie de sanción, las reparaciones penales por el hecho típicamente antijurídico que comprenderían el comiso, la responsabilidad civil *ex delicto*, etc."

5. "En las circunstancias actuales existen más ventajas que inconvenientes para dividir el proceso penal en dos fases. En la fase primera se enjuiciaría el hecho culpable realizado por el acusado. En la fase segunda se investigaría científicamente la personalidad del autor para individualizar la sanción..."

4. Anexos

El Anexo I reproduce una serie de formularios relativos a trámites procesales de los TTM y de la LPRS. En el Anexo II se insertan la LTTM, LVM, LPRS y Reglamento LPRS. El Anexo III reúne legislación extranjera, procedente de diversos países europeos y americanos. Por úl-