

Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad con especial referencia al derecho italiano y alemán

Por MARINO BARBERO SANTOS

I

Ningún concepto acaso más discutido por los penalistas en los últimos años que el de peligrosidad. Caballo de batalla de la controversia de las Escuelas, aún hoy no se está acorde ni sobre lo que es, ni lo que representa. Para unos es el gran descubrimiento de la problemática penal —“criterio fecundísimo” lo denomina Antolisei (1)—. Para otros era imposible incluso el comprender perfectamente su noción que, siendo la de peligrosidad de ascendencia criminológica, los especialistas no presentan ningún sistema de conocimiento criminológico ordenado según la singularidad de su objeto, y esto tanto en su esencia, como en sus consecuencias accidentales (2). Las opiniones, pues, son ampliamente divergentes.

El valor del concepto ha evolucionado con el correr del tiempo. Desconocido —o al menos no formulado— por la Escuela clásica, en el sentido de tomar en consideración al hombre peligroso (3), la Escuela positiva le erigió en gozne sobre el que hizo girar su entera construcción. Negada la responsabilidad individual, asentada sobre libre arbitrio, la responsabilidad social, basada en la peligrosidad, ocuparía su lugar. La peligrosidad, fundamento de la nueva responsabilidad a partir de entonces ya no individual, era el determinante de la imposición de una medida de seguridad. La medida de seguridad sería el vehículo por medio del cual la noción de peligrosidad adquiriría amplia trascendencia (4).

La controversia a final de siglo era enconada. Los partidarios de las teorías clásicas no estaban dispuestos a ceder sus posiciones: la pena basada en la imputabilidad no podía desaparecer. Los positivistas, por su parte, intentaban trastocar todo el orden establecido para imponer su sistema: las leyes debían contener únicamente sanciones graduadas a la peligrosidad del sujeto. La armonía no se vislumbraba. La solución fué dada por Stooss en su famoso anteproyecto de Código suizo. La pena para los imputables podía tener cabida en las legislaciones al lado de las medidas asegurativas para los peligrosos (5).

Desde finales del siglo último, de una manera esporádica, balbuciente, y a veces incluso inconsciente, como escribe Yvonne Marx (6), los diferentes sistemas de Derecho penal en vigor iban a sentirse influenciados por la teoría del estado peligroso y se esforzarían en organizar una reacción contra este estado de peligro. Teoría de la peligrosidad de la que puede afirmarse con Aftalion que cubre toda una época en la historia de la ciencia penal (7). El primer Código innovador, según Prins (8) fué el noruego de 1902 que Getz redactara (9). Paulatinamente se acogería el sistema en la mayoría de los países. Es el denominado dualismo o sistema de la doble vía. Su aceptación se ha verificado en dos distintas formas. Bien incluyendo las medidas dentro del Código punitivo (Suiza en 1937, Italia y Dinamarca en 1930, Uruguay en 1933, Polonia en 1932, Colombia y Rumania en 1936, etc.), bien mediante la promulgación de leyes especiales que daban entrada a las medidas reservando los Códigos para las penas. Bélgica en su Ley de defensa social de 1930, junto al Código de 1864. España con su Ley de Vagos y Maleantes de 1933, junto a sus Códigos de 1932 y 1944, etc. En Alemania la promulgación de la Ley de 24 de noviembre de 1933 sobre delincuentes habituales se opone a la doctrina unitaria de comienzos del siglo XX y realiza una de las reivindicaciones que los reformadores del Código penal defendían desde decenas de años y principalmente en los proyectos de 1925 y 1927 (10). La promulgación de esta Ley instaura el dualismo en la legislación alemana (Mezger y Schönke han hablado incluso de una triplicidad de vías) la cual se caracteriza por la neta distinción que establece entre las medidas curativas y de seguridad de una parte, y las penas propiamente dichas de otra (11), (12).

Los problemas, sin embargo, que la coexistencia de ambos medios plantea no han desaparecido. En nuestros días apasiona sobremanera su posible unificación, sino total —imposible por la diversa naturaleza de los mismos (13)— al menos parcial. Esta aspiración constituyó materia de una de las cuestiones del programa del VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de 1953 (14).

De recordar es que ya Liszt los comparaba a círculos secantes con zonas comunes (15). Parece pues posible que el medio a aplicar sea único en esa zona de ambos (16). Preocupa, ante todo, el evitar la aplicación sucesiva al mismo sujeto, y por un único hecho de pena y medida (17) (18). Y se ha hablado de imponer en esos casos sólo medida, sólo pena o un tercer medio que se ha denominado medida de seguridad penal o pena de seguridad (19). De extraordinaria importancia es este problema de la unificación y no sólo porque se anuda al relativo a la naturaleza de la pena, sino también, como diría Jiménez de Asua en el Congreso de 1953 citado, porque sus proyecciones abrazan la imputabilidad y la culpabilidad, que constituye, según una tradición que va de Carrara a Mezger, la parte más fina, delicada e importante del sistema jurídico penal (20). (Concepto de culpabilidad que, según Seelig (21), ha permanecido en el Derecho penal europeo de la actualidad como concepto central del pensamiento jurídico punitivo (22)). Y no se puede olvidar tampoco su influjo en el Derecho penitenciario. Muy recientemente algunos países, partiendo de la idea de que el hecho de la reincidencia reiterada demuestra la ineficacia sobre el sujeto de la pena propiamente dicha, establecen que en estas condiciones es más indicado aplicar en seguida la medida especial prevista para los multireincidentes; e igualmente en el supuesto de que la peligrosidad o las necesidades de curación del sujeto superen en importancia la culpabilidad en el delito cometido (23) (24). Es el sistema de la vía única acogido por el Criminal Justice Act de 1948 (que ha sustituido el dual track por el single track) y por el Código griego de 17 de agosto de 1950 entre otros. El Criminal Justice Act deja al Juez la elección entre los dos medios cuando pronuncia la "preventive detention" o la "corrective training". Según la Ley de 1908 la preventive detention debía seguir a la ejecución de la pena privativa de libertad (25). Vía única por la que se pronunció también el XII Congreso Internacional penal y penitenciario de La Haya de 1950.

De la unificación de las penas y medidas se ocupó el VI Congreso Internacional de Derecho penal de Roma, como antes hemos dicho, el cual estimó que la existencia en las legislaciones de medidas de seguridad al lado de las penas debía considerarse como un progreso (26); planteándose el problema de la unificación, en realidad, únicamente respecto a las categorías particulares de delincuentes que tienen necesidad de un tratamiento especial (27).

La peligrosidad no es sólo un estado criminológico, sino también jurídico. Al menos en el sentido de De Ranieri cuando escribe "lo stato di pericolosità è giuridico in quanto valutato dal Diritto, come si desume dagli effetti che produce". Deslindar el campo reservado a criminólogos y juristas no es tarea fácil. Quizá se deba acoger la

opinión de De Greeff de que: "el criminólogo no debe estimar por él mismo si el exhibicionista, por ejemplo, es peligroso; él debe poder decir cuáles son las probabilidades que tal individuo presenta, en este dominio, para recaer, por qué razones y si se le puede mejorar y cómo. El criminólogo puede tener su opinión a aquel respecto, por supuesto, pero cuando estudia el fenómeno, su opinión no debe intervenir" (28). La determinación del peligro que para la sociedad representa una forma de delincuencia dada, y su deducción de los índices legales, sería la tarea al jurista concedida.

Se desea la aproximación del mundo jurídico penal, considerado técnico-dogmática y procesalmente, y el mundo criminológico. La literatura penal alemana reciente impulsada por este deseo —escribe Del Rosal— ha expuesto una serie de tipología de autores (independientemente de la teoría del tipo de autor) con el fin de interpretar los preceptos penales lo mejor posible, así como para apoyar y sostener la medida de la pena. Tipos que, se diga lo que se quiera, constituyen una orientación importante en cuanto a la comprensión total de la personalidad del delincuente. Y en este sentido, prosigue el profesor Del Rosal, es innegable que para la mayor parte de ellos el estado o la capacidad peligrosa del individuo representa el factor decisivo de comprensión o de individualización del precepto tanto legal como particularmente (29).

Nada significaría, sin embargo —se dice— esta aproximación del Derecho penal al campo criminológico si el proceso penal quedase inmutado. Si el Juez se dedicase únicamente a juzgar hechos y no también a valorar personas, bien por sí solo o con la ayuda de expertos, realizándose lo que muy gráficamente denominaba Grispigni boicot del Código penal por parte de las leyes procesales. Y se ha propuesto la modificación de los Códigos rituarios para dar entrada en ellos a los mecanismos necesarios para que el juzgador pueda cumplir la delicada misión que las modernas leyes le imponen: conocimiento de la personalidad del autor de un delito para la subsiguiente aplicación al mismo de las medidas más idóneas. El intento más destacable en este sentido quizás sea —en dirección positivista— el ofrecido por Guarnieri en su obra "Il processo delle misure di sicurez", recientemente publicado (30).

NOTAS DEL I CAPITULO

- (1) ANTOLISEI, "Pene e misure di sicurezza", en *Scritti di diritto penale*, Milán, Giuffrè, 1955, pág. 229.
- (2) Confr. DEL ROSAL, "Introduction sociologique au problème de l'état dangereux", en *Deux. Cours International de Criminologie*, París, 1953, pág. 243.
- (3) El concepto de peligrosidad, que GAROFALO bajo el nombre de temibilidad introduciría en criminología y penología, primero en su artículo titulado "Studi recenti sulla penalità", publicado en el *Giornale napoletano di filosofia e lettere* (con anterioridad y en la misma revista le había enucleado en su estudio "Della mitigazione delle pene nei reati di sangue") y que concretaría en su conocido "Di un criterio positivo della penalità" es, según PINATEL, concepto trivial en psiquiatría desde comienzos del siglo XIX. Es así, por ejemplo, dice él, que el Prefecto tiene poder de ordenar el ingreso de oficio en un establecimiento psiquiátrico —y por una duración indeterminada, puesto que su decisión deberá ser revisada cada seis meses— de toda persona cuyo estado mental comprometía el orden público y la salud de las personas. (PINATEL, "Introduction du point de vue de la criminologie appliqués", en *Deux. Cours Intern. de Criminologie*, 1953, pág. 327).
- (4) Confr. LONGHI, "Per un Codice della prevenzione criminale", Milán, Unitas, 1922; pág. 405 y ss. Para el estudio del papel que los Congresos de la Unión Internacional de Derecho penal tendrían en el desarrollo de la noción de estado peligroso, V. PAZ ANCHORENA, "La noción del estado peligroso del delincuente", en *Revista de criminología, psiquiatría y medicina legal*, Buenos Aires, 1918, páginas 129 y ss.
- (5) Según GRISPIGNI, es de justicia reconocer que medidas de seguridad, sin darles este nombre, habían sido ya introducidas en la legislación positiva, con gran amplitud, por iniciativa de LUCCHINI al elaborar el Código italiano de 1889 ("Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté", en *Rev. Int. de Droit pénal*, 1953, pág. 760).
- (6) YVONNE MARX, "Introduction comparative au problème de l'état dangereux", en *Deux. Cours Int. Crimin.*, cit., pág. 485.
- (7) AFTALION, "Peligrosidad y existencialismo", Abeledo, Buenos Aires, 1954, pág. 13.
- (8) O empleando su misma expresión, "el Código penal noruego de 1902, al facultar en su artículo 39 para que los delincuentes defectuosos puedan ser declarados "peligrosos", marca una época en la historia del Derecho penal" (PRINS "La defensa social..." trad. española de CASTEJON, Madrid, 1912, pág. 98).
- (9) Los artículos más importantes al respecto del Código penal noruego de 22 de abril de 1902 son el 39, el 44, el 45, el 56, el 65 el 148, el 149, el 152, el 159, el 150. El artículo 39, que tan elogiado fuera por PRINS, dice textualmente lo siguiente: "Si el Tribunal estima que un reo que ha sido absuelto o condenado a una pena atenuada en virtud de los artículos 45 o 56 (el 1.º se ocupa de las acciones liberae in causa y de los que se encuentran en estado de inimputabilidad por su culpa y cometen en tal estado un delito; el art. 56, del exceso en la legítima defensa y del arrebato), es peligroso para la seguridad pública a causa de su irresponsabilidad parcial o total, puede ordenar su internamiento en un asilo de enajenados o en un establecimiento de curación o asistencia o en una casa de habituación al trabajo. El Tribunal podrá igualmente imponer la pena de destierro o de confinamiento. Tomada esta medida no podrá ser revocada sino por las autoridades administrativas, cuando un certificado médico establezca que no es necesaria en el sucesivo. En el juicio de jurados, el Tribunal, para determinar la oportunidad de una o de otra medida, podrá plantear al jurado la cuestión de saber si el acusado es un peligro para la seguridad pública por su irresponsabilidad o su responsabilidad atenuada. Su informe no vincula al Tribunal salvo si es favorable al acusado. (Confr. SWINDEREN, "Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger", tomo VI, Groningue, 1907, pág. 76.
- (10) Se debe hacer notar que incluso el proyecto más progresivo —el de RADBRUCH de 1922— mantenía el dualismo de pena y medidas de seguridad, no admitiendo la sentencia de duración indeterminada, sino únicamente la posibilidad de modificar la sanción en el curso de su ejecución según el modelo de los proyectos suizos. El parágrafo 48 concedía al Tribunal la facultad (en los supuestos en que se imponía una custodia de seguridad junto a una pena privativa de libertad) de sustituir la pena por la custodia, debiendo tener ésta, al menos, la duración de la pena. Y el parágrafo 47, en los supuestos de imposición de la medida de internamiento en un establecimiento de cura y asistencia junto a una pena privativa de libertad, permitía al Tribunal, en casos especiales, ejecutar primero aquélla (Confr. "Gustav Radbruchs Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches", Mohr, Tubinga, 1952, página 6. Sobre las relaciones entre penas y medidas de seguridad en el Proyecto RADBRUCH, consúltese la *Introducción* del prof. SCHMIDT a la edición del mismo que acabamos de citar, págs. XXI y ss.) El Proyecto del 1930 preveía, entre otras, como medidas situadas fuera de la pena: el internamiento en un establecimiento de curación y asistencia de inimputables y sujetos de imputabilidad disminuida (art. 56), la casa de templanza para los alcohólicos (art. 57), la casa de trabajo para los refractarios a él (artículo 58), la custodia de seguridad para los delincuentes peligrosos (art. 59), etc. (Confr. "Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches...", 2.ª ed., Berlín y Leipzig, 1930, pág. 22 y ss.)

(11) JESCHECK, "La fonction sociale de la peine. Considérations sur la doctrine criminelle contemporaine en Allemagne occidentale", en *Rev. Int. de Défense sociale*, Julio-Diciembre, 1955, pág. 181. HERTEL, "L'idée de défense sociale et la législation criminelle allemande en vigueur", en *Rev. Int. de Défense sociale*, Julio-Diciembre, 1955, pág. 215.

Se ha dicho por algún autor (WELZEL, "Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinem Grundzügen", Berlín, 1940, pág. 122) que la habitualidad peligrosa (según el artículo 20 a del Código alemán modificado por la ley de 24 de noviembre de 1933) rompe el sistema dualista al determinar una agravación de la pena que no se funda en una mayor culpabilidad, y ser distinta de la custodia de seguridad del artículo 42 e. En igual sentido, MEZGER y SCHÖNKE.

(12) La promulgación de esta ley produjo amplias repercusiones en la doctrina alemana, habiendo autores, como KADECKA, que se creyeron obligados a modificar nada menos que la total doctrina de la culpabilidad, pues estimaban que aplicándose mediante dicha ley medidas incluso a los inimputables no podía mantenerse el aserto "el delito es un acto culpable". Obsérvese también la influencia —el excesivo peso, según escribe JIMENEZ DE ASUA— que esa ley ha ejercido en las concepciones de otros muchos autores, como MAURACH, de las que más adelante nos ocuparemos (Confr. JIMENEZ DE ASUA, "Tratado de Derecho penal", tomo V, Buenos Aires, 1956, pág. 30).

(13) Confr. BETTIOL "Diritto penale", IV edición, Priulla, Palermo, 1958, pág. 662.

(14) ERRA, "Il problema della unificazione della pena e delle misure di sicurezza nel VI Congresso internazionale di diritto penale", en *La Scuola Positiva*, 1954, números. 3 y 4, págs. 502 y ss. Consúltense en los *Niederschristen...* (1 vol., Bonn, 1956, págs. 51 y ss.) las opiniones emitidas en el seno de la Gran Comisión en relación a si debe o no mantenerse en el futuro Derecho penal alemán el sistema dualístico actual.

(15) LISZT, "Tratado", ed. esp., tomo III, pág. 199. Añadiendo: "La pena puramente retributiva y la pura medida de seguridad están en oposición; pero dentro de la esfera que les es común, puede entrar la medida de seguridad en lugar de la pena (con ella "reemplazada") (vikariiren) y viceversa.

(16) Los caracteres comunes de pena y medida fueron detenidamente estudiados por GRISPIGNI en "La sanzione criminale nel moderno diritto represivo", 1920.

(17) Sumamente interesante es la proposición de ANTOISEI de fusionar en una pena adaptadora, con las características que enuncia, las medidas de seguridad detentivas que el Código italiano impone con carácter complementario a los peligrosos imputables y las penas que previamente deben cumplir ("Natura e trasformazione della pena", en *Problemi penali odierni*, Milán, 1940, pág. 161 y ss.). En "Pene

e misure di sicurezza", que recoge en "Scritti..." cit., pág. 235-6, escribe textualmente "El sistema dualístico puede ser superado: en lugar de la pena más la medida de seguridad debería adoptarse una sanción única que tenga el fin de reeducación social, sanción indeterminada en el máximo, destinada a cesar solamente con la desaparición de la peligrosidad del delincuente, pero con un mínimo preestablecido que esté en relación con la gravedad del delito". Indeterminación en el máximo no absoluta, sino bien limitada "que se reduce a una posibilidad de prorrogar la duración de la sanción por períodos relativamente breves, a establecer cada vez, en base a un juicio sobre las condiciones psíquicas del delincuente".

(18) Así lo establece, por ejemplo, el Código alemán (art. 42 c) respecto de los bebedores inveterados y otros toxicómanos que han cometido un crimen o delito cuando se encontraban en estado de intoxicación aguda o cuando el hecho penal tiene su causa en la intoxicación habitual. El juez puede enviar a estos sujetos a centros de cura, ejecutándose la pena independientemente del internamiento curativo. Medidas similares prevén el art. 42 b respecto a los delincuentes semiimputables; el art. 42 d, 3.º en relación a la mendicidad profesional imputable a pereza y otros.

(19) Confr. ANTON ONECA, "La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena", Salamanca, 1944, págs. 114 y siguientes.

(20) La cuestión del fundamento de la imputabilidad constituye, como es sabido, la base de separación entre las dos Escuelas de Derecho penal, clásica y positiva; en conexión íntima con el "angustioso" problema del determinismo y del libre arbitrio. Obsérvese que se habla de base de separación con lo que se entiende referirse a las premisas filosóficas de las dos Escuelas, clásica y positiva. Premisas filosóficas que, como tales, se cree quedan fuera del ámbito propio de la ciencia jurídico-penal (V. el notable estudio de DELL' ANDRO, "Il dibattito delle scuole penalistiche", en *Archivio penale*, mayo-junio, 1958, págs. 173 y ss.). No es extraño, pues, que juristas que parten de premisas filosóficas diversas deseen superar tal antagonismo originario en la elaboración dogmática de nuestra disciplina. Así RANIERI, por ejemplo, después de determinar lo que por imputabilidad debe entenderse según el artículo 85 del Código italiano, escribe que es verdad que la imputabilidad puede excluirse en independencia de causas que están en la persona del agente, pero la investigación acerca de si éste se ha comportado con libertad de elección está fuera del problema de la imputabilidad jurídico penal, la cual deja esta cuestión imprejudgada porque no la toca (RANIERI, "Manuale di Diritto penale", Padua, 1952, pág. 461). Y respecto a la culpabilidad se expresa de este modo: al derecho penal es suficiente la constatación de la existencia de una relación de carácter psicológico entre la personalidad del sujeto y el hecho

antijurídico, y no tiene necesidad para sus fines de investigar si el sujeto haya actuado libremente o si su conducta esté sometida, como todo acontecimiento natural, a la ley de la causalidad. Este último problema que consiste en indagar si la voluntad surge de modo autónomo como causa *per se*, y se presente como libre arbitrio, o se encuentre también ella sometida al criterio causal, tiene carácter filosófico y no jurídico. Debe, por tanto, dejarse a la meditación de los filósofos (RANIERI, *op. cit.*, página 248). Y GRISPIGNI al exponer las características de la por él denominada "dirección técnico-científica", perfeccionamiento de la Escuela positiva (*Diritto penale italiano*, Milán, 1950, vol. I, pág. 109), se expresaría así "afirmando que el libre albedrío es concepto no apto para servir de base a la función penal y que por esto se deba prescindir de él, no se está en absoluto obligado a negar la libertad de volición; como tampoco afirmando que la pena debe limitarse a ser retribución moral "objetiva", o "jurídico social", no se niega en absoluto la distinción entre personas moralmente imputables e inimputables, como no se niega la posibilidad de toda retribución moral subjetiva, sino que se afirma sólo que esto no es obligación del juez penal". Añadiendo que no tiene ninguna dificultad en admitir que tal perfeccionamiento de la Escuela positiva "en parte sea también una rectificación".

Esta posición es defendida asimismo por autores que no niegan el libre arbitrio, como MANZINI, que en su *Trattato di diritto penale italiano* escribe textualmente: "nosotros no negamos al libre arbitrio: al contrario, por nuestra persuasión personal lo admitimos. Pero no creemos necesario partir de esta admisión para construir la teoría de la imputabilidad penal, y consideramos inoportuno intentar imponer tal convicción personal, sin necesidad, a todos aquellos a quienes la ley penal se dirige, es decir, incluso a los negadores del libre arbitrio y al inmenso número de aquellos que ni siquiera saben qué es ello.

Desde otro punto de vista, partiendo de la imposibilidad práctica y teórica de averiguar el grado de responsabilidad de la persona humana, siendo todo juicio de un hombre sobre otro hombre un "juicio de probabilidad" que deja espacio a la incertidumbre y a la duda, se ha pensado que se debe pedir la suspensión de todo juicio ético-retributivo en la reacción contra la delincuencia (MILANO, "Il sistema unitario delle misure contro la delinquenza dal punto di vista personalistico cristiano", en *La Scuola positiva*, 1954, págs. 319 y ss.).

En el campo de la física, la ley de la rigurosa causalidad natural según la cual todo efecto es el subsiguiente necesario, proporcionado e inevitable del respectivo complejo de causas, sufrió fuerte enbate merced al fenómeno denominado "relación de inseguridad" que consiste en que la actuación del objeto por observar resulta alterada por la observación misma, base de la ley de incertidumbre o probabilidad de BOHR

y HEISENBERG; y también por la teoría cinética de los gases. Ley de probabilidad que ha sido sujeta a revisión por el príncipe de BROGLIE en su escrito "La Physique restera-t-elle indéterministe?" (1953), pero que continúa vigente.

No ya por la absorción del determinismo en el indeterminismo, sino considerando subsistentes el principio de causalidad con el de libertad volitiva, se han efectuado notables intentos para compatibilizar ambos, de los que acaso sea el más importante el verificado por MAX PLANCK en sus *Vorträge und Erinnerungen*, donde estimaba que la voluntad objetivamente, desde el punto de vista científico, se determina causalmente, pero subjetivamente, desde el plano del hombre que quiere y obra, es libre. Ideas no muy lejanas de las que ALIMENA, unas decenas de años antes, había descrito muy bellamente en la página 90 de sus *Note filosofiche di un criminalista*. La ciencia nos dice, escribe, que el delito es un fenómeno como todos los otros, que el delito no se substraerá a la ley universal de la causalidad, que el delito es el efecto de causas determinadas o determinables. La conciencia, por el contrario, nos dice que el delito es efecto de nuestra voluntad, y que nosotros nos sentimos responsables precisamente porque nos sentimos libres. En esta contraposición: ¿De qué parte está la razón? ¿En cuál el error? ¿Es la ciencia o la conciencia la que está en la verdad? "Yo pienso fermemente che siano nel vero entrambe", acaba.

KELSEN en un artículo publicado en la *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* en 1953, y reproducido bajo el título "Causalidad e imputación" en el número correspondiente a mayo-octubre de 1956 de este *Boletín del Seminario de Derecho Político*, intentó resolver la "supuesta" contradicción, según él, entre el determinismo y el indeterminismo estimando que se trataba sólo de dos distintos métodos de interpretación que en modo alguno se excluyen lógicamente, sino que justamente el uno presupone al otro. (V. especialmente las páginas 22 y 23 del *Boletín* citado).

Por último, no han faltado tentativas de minimizar la importancia de los principios del determinismo y del libre arbitrio, considerando que por una parte ninguna doctrina de la causalidad puede tener consecuencias en el campo de la responsabilidad moral y que el concepto de responsabilidad es un concepto "vacío" (Confr. W. I. MATSON, artículo publicado en *Mind* y reproducido en este *Boletín* (págs. 49 y ss. de los números 16/19) y titulado "Hume y el libre albedrío").

(21) SEELIG *Schuld, Lüge, Sexualität*, Stuttgart, 1955, pág. 3.

(22) Años antes, en 1928, ERICK WOLF había escrito terminantemente en su *Strafrechtliche Schuldlehre* lo siguiente: nosotros estamos fundamentalmente —a pesar del reconocimiento de la gran importancia político criminal de la peligrosidad de autor y por ello de la necesidad de complementar el sistema de penas por un sistema de medidas de seguridad y corrección — ni-

gulosos de esto: de conservar el principio de culpabilidad como principio básico de nuestra cultura jurídica.

(23) Según GEERDS, la mayoría de los legisladores extranjeros (Inglaterra y casi todos los Dominios, E. U., Dinamarca, Suecia, etc.) se han decidido en la lucha contra los delincuentes habituales por el sistema de la vía única —con variedad de matices— incluso si, en parte, reconocen una diferencia entre pena y medida. ("Die Bekämpfung der Berufs und Gewohnheitsverbrecher und Behandlung des Rückfalls", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2 Band, I, Bonn, 1954, pág. 176).

(24) Incluso BETTIOL, que estima que la medida de seguridad está en los antipodas de la pena, existiendo entre ellas antítesis, lo que significa que no pueden sustituirse recíprocamente, para lo cual sería lógicamente necesario que también los presupuestos para la aplicación de las dos "sanciones" fuesen equivalentes, lo que no sucede, considera que la hipótesis de los semi-enfermos de mente constituye un caso límite a propósito del cual se puede estudiar la oportunidad de proceder a la unificación de la pena con la medida de seguridad en un "provvedimento unico" que sea contemporáneamente castigo y cura; admitiendo en términos más generales, en relación, por ejemplo, a los sujetos destinados a una casa de cura y custodia del Código italiano, la imposición de una medida única, pena medicinal o correccional. (*Diritto penale*, Parte general, IV ed., 1958, especialmente las páginas 307, 672 y 686).

(25) Sobre las últimas tendencias en esta materia, confr. HERMANN, "Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2 vol. I, Bonn, 1954, pág. 116.

(26) Para ANTOLISEI un progreso que no puede considerarse definitivo (*Scritti...*, cit., pág. 223).

(27) El VI Congreso Internacional de Derecho penal de Roma adoptó la resolución siguiente: "Partiendo del principio que la introducción en las legislaciones penales de medidas de seguridad al lado de las penas, ha constituido un progreso en cuanto ha permitido superar el conflicto de las diferentes Escuelas y obtener resultados más eficaces en la reeducación de los delincuentes y en la prevención de la reincidencia; Considerando, sin embargo, que el sistema seguido por algunas legislaciones consistentes en aplicar sucesivamente a un mismo sujeto tanto las penas como las medidas de seguridad, puede presentar —particularmente en lo que concierne a determinados individuos— inconvenientes tanto desde el punto de vista teórico como práctico; Considerando, por otra parte, que el problema de la unificación de las penas y de las medidas de seguridad no se plantea prácticamente sino en relación a determinadas categorías de delincuentes que tienen necesidad de un tratamiento especial, y que puede consecuentemente dejar subsistir en su integridad la cuestión teórica y general de la naturaleza de la pena, especialmente frente a los delincuentes normales, lo que

permite conducir a una solución concreta substancialmente concorde incluso entre aquellos que sobre la mencionada cuestión tienen opiniones diversas. Expresa el voto: Que respecto a los delincuentes para cuya reeducación la pena aflictiva puede presentarse como inapropiada e insuficiente, las reformas futuras de la legislación penal se inspiren, en tanto sea posible, en principios según los cuales en lugar de añadir a la pena una medida de seguridad distinta y de someter así al sujeto a diversos tratamientos sucesivos, se fija desde el primer momento un tratamiento que, en la medida de lo posible, sea unitario y adaptado a las diversas categorías de individuos. Estima más particularmente que se deben aprobar los puntos siguientes: a) para los sujetos de menos de 16 años se deberá excluir la aplicación, bajo cualquier forma, de una pena aflictiva; b) para los semi-enfermos mentales sería preferible suprimir toda regla que les concierna; si esta manera de ver no se admite en las legislaciones, tales sujetos deberían, en todo caso, ser sometidos al tratamiento exigido por su estado psíquico".

La transcrita (aprobada por 117 votos a favor, 35 en contra y 6 abstenciones), fué la moción propuesta por EULA como intento de superación de las opuestas tendencias que se manifestaron en el Congreso, no obstante que GRISPIGNI, Relator general, había insistido en dejar aparte las cuestiones doctrinales sobre la naturaleza y los fines de las penas y de las medidas de seguridad para ocuparse solamente del tratamiento en relación a algunas especiales categorías de delincuentes; sin embargo, PETROCELLI —y BETTIOL CAVALLO, BATTAGLIANI, SABATINI, WELZEL, BOCKELMANN, GALLO, HEINITZ, LANGE, LEONE, MAGGIORE, PANNAIN, OEHLER, SCHROEDER y otros que habían firmado también la enmienda sustitutoria al texto propuesto por la Sección—, estimaron que el problema de la unificación de las penas y de las medidas de seguridad, incluso si referidas a algunas categorías especiales de delincuentes, incide inevitablemente sobre la esencia misma de la pena, y por lo tanto siempre sólo puede discutirse y adoptarse cualquier solución particular refiriéndose a los principios generales que rigen el instituto.

Las tres mociones presentadas, la de la Sección, la de PETROCELLI y la de EULA, coincidían en exigir para los menores de 16 años y los semi-enfermos mentales una medida única y diversa de la pena, constituyendo la condena —que tal exigencia lleva implícita— de los actuales sistemas que prevén para los menores de 16 años y los semi-imputables la aplicación de una pena, sola o unida a una medida de seguridad, la afirmación más importante —así se cree— del Congreso de Roma. (Conf. ERRA, *Il problema dell'unificazione della pena e delle misure di sicurezza nel VI Congresso dell'Associazione internazionale di Diritto penale*, cit., págs. 502-572 de *La Scuola positiva*, 1954, números 3 y 4). V. también principalmente los rapports presentados a dicho Congreso por CORNIL, JIMENEZ DE ASUA, SCHROEDER, STRAHL, GRISPIGNI y MEZGER en la *Re-*

vue Int. de Droit pénal, nos. 1, 2 y 3 de 1953, y 3 y 4 de 1954.

(28) DE GREEFF, "Introduction générale au problème de l'état dangereux", en *Deux. Cours Int. Crim.*, cit., pág. 23.

(29) DEL ROSAL, "L'état dangereux en Droit pénal espagnol et allemand", en *Deux. Cours Int. Crim.*, cit., pág. 513.

(30) Muy interesante para comprender los límites dentro de los cuales —según los mismos positivistas— tal investigación debe hacerse, es el artículo del Prof. GRISPIGNI, "Lo studio della personalità del delinquente nel processo penale", publicado en *La Scuola positiva*, 1954, nros. 3 y 4, págs. 429 y ss.

II

A través de los antiguos períodos de la venganza privada (Bluttrache), la venganza pública y la intimidación con su secuela de guerras, composiciones, objetivismo y terror se fué humanizando la pena y personalizando y espiritualizando la responsabilidad (1). En el siglo XIX los criterios fundamentales que informaban el Derecho penal eran el considerar el delito base del sistema penal, del que el delincuente era sólo uno de los elementos, y el asentar la responsabilidad sobre el libre arbitrio. El humanitarismo de la época exigía que la pena se limitara a lo estrictamente necesario y la garantía de los derechos humanos imponía, a su vez, la limitación de la arbitrariedad judicial, con la consecuencia de establecer en los Códigos un catálogo completo de los actos punibles. Estos son los principios sobre los que se asentaba la doctrina que, al aparecer al final del siglo XIX la Escuela positiva, se denominó clásica y a la que se debe la constitución de la ciencia del Derecho penal (2), siendo obra suya los Códigos humanitarios y liberales del siglo XIX. Ha sido objeto, sin embargo, de duras críticas. La principal, la de haberse preocupado casi con exclusividad de la prevención general con olvido de las necesidades de la defensa social (3). Como afirma ANTON, el argumento más eficaz esgrimido por la Escuela positiva contra la clásica fué el aumento de la criminalidad y principalmente de la reincidencia (4). Esta mostraba cifras realmente aterradoras: Prins concretaba en Bélgica y en el año 1907, en un 62 % el número de reincidencias (5).

El surgir de la Escuela positiva daría lugar, entre otras consecuencias, a la importante de destacar lo que para la doctrina clásica era sólo uno de los elementos en que se descomponía la infracción para concederle el primer lugar. El hombre pasaría a ser el protagonista de la justicia penal (6). La frase de TERENCEIO "homo sum et nihil a me humani alienum puto" tendría significado penalístico. El reo, sujeto activo del delito (7), lograría un lugar preponderante (8).

Siendo para los positivistas el libre albedrío una ilusión, debía caer el principio de responsabilidad individual que se sustituye por el de responsabilidad social. La pena se destina a la prevención de delitos futuros y la peligrosidad llega a adquirir tal importancia que oscurece el concepto del delito que pasa a ser mero síntoma de aquélla. Se formula entonces el concepto de peligrosidad y protección social; lo que no significa que en la historia de las ideas y de los hechos no sea posible hallar antecedentes del más alto interés.

Aquella formulación, se ha dicho por algún autor, no es patrimonio de una sola Escuela, sino "resultado de la evolución histórica del Derecho penal" (9). No estimamos totalmente exacta esta afirmación. La Escuela clásica no ignoró que al enajenado peligroso debía recluírsele en un manicomio. FEUERBACH incluso introduciría en el Derecho la noción de *Gefährlichkeit* que, sin embargo, no tuvo trascendencia por caer rápidamente en el olvido (10). Y el considerar a CARRARA, como se ha pretendido, precursor por su distinción entre "pericolo appreso" y "pericolo corso", nos parece equivocado, ya que el autor del *Programma* verificó la misma en relación a la tentativa y en el sentido de destacar el peligro objetivo que dimana de la realización de determinados actos punibles (11). La formulación del concepto, incluso sin darle el nombre de peligrosidad, es, indudablemente, obra de RAFAEL GAROFALO (12). El profesor de Nápoles —como ya hemos expuesto—, tanto en sus "*Studi recenti sulla penalità*" (1878), como posteriormente el "*Di un criterio positivo della penalità*" (1880) y en la "*Criminologia*" (1885), enuncia la noción de temibilidad cuando, según FERRI, apenas se entreveían las primeras luminarias de la nueva Escuela (13).

Para GAROFALO, en un primer momento "Temibilità" es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal que se puede temer de su parte. En una segunda fase y elevándose a una fórmula más constructiva desea apoyarse ante todo en la inadaptableidad (14).

Ferri emplearía otro término que tampoco haría fortuna, el de inadaptableidad social; se acogió finalmente el nombre propuesto por Jiménez de Asúa y Grispiñi de peligrosidad.

Al lado de la peligrosidad se reafirma como principal conquista acaso del Derecho penal moderno, la importancia concedida a la personalidad del delincuente que, en el área punitiva, cristaliza en la individualización penal (15) (16). Pero al admitirse la peligrosidad en las legislaciones del siglo XX no se efectuaría en su pristina amplia concepción de ser el delito mero síntoma de aquella, sino en forma más limitada en cuya consideración nos detendremos más adelante. De pasada, aludimos antes a que la no formulación del concepto de peligrosidad con anterioridad a los últimos años del siglo XIX no significaba que dicho concepto no hubiese sido intuído en épocas no tan modernas. Y a continuación mencionaremos algunos importantes antecedentes legales. Igualmente debemos decir que el juicio sobre la personalidad del autor no estaba totalmente ausente del Derecho clásico, efectuándose el mismo a través del análisis de la culpabilidad (17).

Los antecedentes legislativos más interesantes son, a nuestro parecer, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que preveía que

cuando un individuo falte a su caución o después de un primer crimen parezca amenazar cometer un segundo, el juez que estime que este individuo constituye un peligro para la seguridad de otras personas, puede, como medida de precaución contra el mahechor y del daño que de él se puede esperar, ordenar que este individuo sea detenido en prisión hasta que haya prestado caución o aseguramiento suficiente.

En el Derecho español es importante la denominada cláusula de retención que consagrada por pragmática de Carlos III de 12 de marzo de 1771 tenía existencia muy anterior. Dicha cláusula constituía una excepción a la disposición general que prohibía a los Tribunales —“para evitar el total aburrimiento y desesperación de los condenados a trabajos interminables”— ordenar una reclusión superior a diez años, estableciéndola respecto de los reos más agravados y para cuya salida al tiempo de la sentencia se recelase algún grave inconveniente.

En Francia es sobremana interesante la Ley de 27 de mayo de 1885 que establecía la relegación de los multireincidentes. Era una verdadera medida de seguridad aunque se la denominase oficialmente pena complementaria, y consistía en la eliminación definitiva del delincuente incorregible (18).

NOTAS DEL II CAPITULO

(1) No queremos con esto dar a entender que la evolución de la pena signifique un proceso continuo sin retrocesos, ni negaciones, pues conocidas son las detenciones, e incluso pérdidas de adquisiciones trabajosamente ganadas, que deben ser reconquistadas de nuevo.

(2) ANTON ONECA, *Derecho penal*, 1949, pág. 22.

(3) Contra la eficacia de la pena consúltense principalmente las razones que aducía FERRI en su *Sociología criminal* (tomo I, 5 ed., Turín, 1929, pág. 455 y ss.). Para TARDE las penas eran ineficaces, respecto a la que él denominaba la criminalidad necesaria (inspirada por el hambre, la venganza o el amor), eran eficaces, por el contrario, para la que apelaba criminalidad de lujo (inspirada en el deseo de libertinaje y bienestar), pero como según la civilización progresas, escribe, más aumenta la proporción de crímenes de esta segunda categoría... la importancia de las penas va en aumento (*La philosophie pénale*, 2.ª ed., Lyon, París, 1891, pág. 486 y 487).

(4) ANTON ONECA, *op. cit.*, pág. 23.

(5) PRINS, *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, cit., pág. 87.

(6) AFTALION disiente. Pero el incluir a MEZGER entre los clásicos —empleando esta denominación en oposición a positivista— que no se olvidaron del delincuente, no nos parece correcto. (La Escuela clásica en su sentido estricto —en el que debe entenderse aquí según se deduce del mismo texto de AFTALION— está constituida por los estudiosos del Derecho penal anteriores o contemporáneos al nacer de la Escuela positiva y contrarios a ésta). Por otra parte éste es el principal argumento en que se basa para negar lo expuesto en el texto (*Peligrosidad y Existencialismo*, cit., págs. 76 y ss.).

(7) Sujeto activo del delito es —desde un punto de vista jurídico-abstracto— el sujeto de la acción criminal. Los Códigos para designar el sujeto activo del delito se valen de los términos reo, culpable, agente y emplean también el término delincuente que expresa una idea diversa, en cuanto se dirige a indicar un complejo de notas que reflejan una personalidad (FLORIAN, *Trattato di Diritto penale*, 1932, I, página 275). La noción de sujeto activo del delito no es concorde en todos los autores. Algún escritor afirma (MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, Turín, pág. 27) que sujeto activo del delito es aquel a quien se dirige la norma penal. Otros dicen (MAGGIORE *Principi di Diritto penale*, Bologna, 1948, I, pág. 349) que sujeto activo es la persona física que comete el delito. Estas definiciones, según PETROCELLI, representan dos extremos que es necesario evitar. (*Principi di Diritto penale*, Nápoles, 1950, pág. 230). Contra la primera noción es necesario observar que una identificación entre destinatario de la norma penal y sujeto activo del delito no parece posible. Uno es el portador de la obligación, otro es el violador de ella. La segunda noción presenta el inconveniente de referirse a la persona que ha cometido el delito, es decir al agente de hecho de este o aquel delito, no del delito en abstracto. Por esto PETROCELLI propone la expresión “sujeto de la acción que constituye delito” que escapa a estas objeciones.

(8) Naturalmente, existen doctrinas precursoras. La más importante acaso sea la correlacionista por la atención que prestó al hombre delincuente —con sentido unilateral y romántico, según JIMENEZ DE ASUA— y por sus consecuencias favorables a la individualización de la pena.

(9) LEONE, *Il regime amministrativo e giudiziale delle misure di sicurezza*, Roma, 1948, pág. 12.

(10) FEUERBACH en *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* se expresaría así: Ich setze voraus, dass mit den Worte Gefährlichkeit seinen bestimmten und wahren Sinn verbindet und nichts weiter darunter denkt, als diejenige Eigenschaft der Person welche ein Grund der Wahrscheinlichkeit ist, dass sie wirklich Rechte verletzen werde.

(11) CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Parte general, vol. I, Temis, Bogotá, 1956, págs. 90-91. Confr. JIMENEZ DE ASUA, *El estado peligroso*, cit., pág. 51.

(12) Deseo insistir en que lo que es obra de la Escuela positiva es la formulación del concepto y el conceder al mismo un especial relieve, lo que no significa que se desconozca el que con anterioridad hubiera sido intuitivo. El hecho de que GADOFALO hablará de de temibilidad y no de periculosidad carece de trascendencia. ROCOCO y GRISPIGNI han tratado de diferenciar estos conceptos, considerando que la temibilidad es consecuencia de la peligrosidad. Pero equiparándose ambos en el terreno práctico —como dice JIMENEZ DE ASUA— no hay inconveniente en usarlos como sinónimos.

(13) Confr. FLORIAN, “Raffaele Garofalo”, en *La Scuola positiva*, 1934, pág. 197. GALIMBERTI, *Raffaele Garofalo e la genesi del concetto di pericolosità*, págs. 290 y ss., del mismo número de la Revista citada.

(14) PINATEL, “Introduction du point de vue de la criminologie appliquée”, en *Deux Cours Int. Crim.*, cit., pág. 328.

(15) Aquí se debe hacer constar que, según algunos autores, parece ser un aspecto característico de la evolución de la teoría del estado peligroso en la doctrina y en la legislación el de haber transferido la noción de temibilidad a la persona antisocial. Se piensa hoy en día que el estado peligroso no es ni homogéneo ni específico, de donde se concluye que se incorpora a una personalidad antisocial del cual es manifestación. Si ello es así, se dice, la función jurídica de la temibilidad no es tanto, como han escrito los positivistas, de denunciar el peligro representado por el delito como de revelar la personalidad. Antes de ser un elemento de pronóstico, concluyen, la noción de peligro es un

elemento de diagnóstico, pues la temibilidad de un individuo es no otra cosa que una consecuencia de su personalidad que tiene importancia respecto al tratamiento penitenciario (HERZOG, "Introduction juridique au problème de l'état dangereux", en *Deux Cours Int. Crim.*, cit., página 351).

Este cambio de orientación, tan moderno, sería, sin embargo, ya avanzado por DORADO MONTERO —y llevado a extremos utópicos al suprimir totalmente la pena reemplazada por el tratamiento (*El Derecho protector...*, página 478)— cuando en sus *Bases para un nuevo Derecho penal* (pág. 123), escribía: "Del diagnóstico de la enfermedad social es de donde depende, en primer término, la posibilidad de combatir ésta eficazmente... Hecho el diagnóstico, vendrá como segunda parte el tratamiento. Individualizar el tratamiento penal —había expuesto en páginas anteriores de la misma obra— significa hacer una nueva determinación, lo más exacta posible, de lo que conviene al delincuente concreto Fulano, a diferencia de todos los demás delincuentes, para mejorarlo y adaptarlo a la vida ordenada y pacífica dentro del medio social en que se halla. Determinación que no puede hacerse sino mediante un examen concienzudo del estado particular del paciente y del conjunto de las condiciones del que el mismo es un resultado".

Como primer paso importante en el camino de la individualización judicial debe citarse la reforma efectuada en 1832 del Código penal francés que generalizó las circunstancias atenuantes respecto a todos los delitos y crímenes, significando, respecto a éstos, la disminución facultativa de la pena en uno o dos grados y en relación a los delitos la facultad de descender libremente hasta la más pequeña pena correccional. Dicha concesión de circunstancias no debía ser justificada.

Sobre las tendencias actuales de la individualización de la pena, puede consultarse la con-

ferencia de este título de MARC ANGEL, publicada por los Seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid en 1956. Y sobre las relaciones entre delito y personalidad es altamente interesante el estudio de las conferencias pronunciadas en el Curso Internacional de Criminología de Roma de 1955 y recogidas en *La Scuola positiva*, 1955, fasc. 1-4 y en el vol. *Delitto e personalità*.

(16) Ya SALEILLES diría que la Escuela clásica fué en cierto modo individualizadora al proporcionar la pena no sólo al daño, sino también al elemento subjetivo del delito por medio sobre todo de las circunstancias atenuantes (*La individualización de la pena*, trad. esp., Madrid, 1914, pág. 115 y ss.).

(17) En el Derecho vigente español el juicio de culpabilidad recae sobre la acción. Pero el Código revela en varios lugares —como el Profesor ANTON (*Derecho Penal*, cit., pág. 189)— que al reflejarse en los actos humanos la personalidad del autor recae también secundariamente sobre éste. Y cita en comprobación de su aserto las agravantes de reiteración y reincidencia (circunstancias 14 y 15 del art. 10), la pluri-reincidencia que determina una elevación especial de la pena (art. 61, regla 6.ª), la exclusión de la atenuante de embriaguez por la habitualidad (circunstancia 2.ª del art. 9.º), la apreciación en la ley de la circunstancia del culpable y de la personalidad del delincuente en preceptos generales sobre la aplicación de la pena (regla 3.ª y 4.ª del art. 61), los delitos habituales consistentes en un modo estable de comportarse el sujeto, como alguna figura de corrupción de menores (n.º 1.º del art. 438) y de usura (art. 542), y otros preceptos de la parte especial donde funciona como medida de la responsabilidad las condiciones del culpable (art. 318).

(18) Confr. LONGHI *Per un Codice...*, cit., pág. 142.

III

La esencia de la noción de peligrosidad es el concepto de peligro que se enraíza con la cuestión de la causalidad. Como escribe PETROCELLI, el peligro expresa la existencia de la probabilidad; la peligrosidad, la referencia de ella a lo que la pone en la existencia (1). Tres posiciones defiende la doctrina (2). La objetivista, representada por ALTAVILLA, MERKEL, STUBEL, BINDING, etc., reconoce en el peligro, con matices diversos, la posibilidad en el plano objetivo del acaecer dañoso. La subjetivista, entre cuyos principales paladines se encuentran JANKA y FINGER, considera el peligro con palabras de este último, como una situación de la realidad que sobre el fundamento de la experiencia legítima la probabilidad y por consiguiente el temor de que pueda derivarse de ella la lesión de un bien jurídico. Relacionadas las fórmulas de peligro con la persona, la objetiva pierde valor. Se intenta por algunos entrelazar ambas. Así ROCCO, para quien el peligro es algo objetivo que al no revelarse por sí mismo debe ser percibido subjetivamente (es el por él denominado "giudizio su l'esistenza de pericolo" —que los alemanes llaman *Urtheilsgefahr*—). Y en cuyo sentido, son sus palabras, todo peligro es un algo de subjetivo, mejor aún de objetivo y subjetivo conjuntamente, y no existe un peligro puramente objetivo o puramente subjetivo (3).

Y llegamos a la noción central, la de peligrosidad, en relación a la cual interesa destacar lo relativo a su concepto y al juicio en que la misma consiste.

Los más importantes extremos a analizar son los siguientes: 1) La peligrosidad es peligro de delito o peligro de reincidencia que ha apasionado sobre todo a la doctrina italiana por la diversa interpretación verificada de los artículos 202 y 203 del Código vigente de 1930; 2) La peligrosidad es un estado o una acción; 3) Y relacionado con este problema y con el de lo que por peligrosidad se entiende, el de determinar si la peligrosidad es una cualidad personal del agente o un conjunto de condiciones subjetivas y objetivas.

La opinión de que la peligrosidad es peligro de reincidencia y no peligro de delito es mantenida por RANIERI en contradicción con parte de la doctrina italiana. Por primera vez expuso su teoría en el artículo "La pericolosità criminale nel Codice penale vigente", que apareció en "La Scuola positiva" en 1933, basándose en lo que disponen los arts. 202 y 203 del Código ROCCO, cuyo texto es el siguiente: "las medidas de seguridad pueden ser aplicadas solamente a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho previsto por la Ley como delito" (art. 202) y "a los efectos de la Ley penal es socialmente peligrosa la persona incluso no imputable o no punible, la

cual haya cometido alguno de los hechos indicados en el art. precedente cuando es probable que cometa *hechos nuevos* previstos por la Ley como delitos” (art. 203). De estos artículos recaba RANIERI entre otras notas las de que la peligrosidad no se refiere a un estadio antecedente a todo hecho, sino a uno que se encuentra entre un hecho cometido y otros hechos probables; que la peligrosidad no se refiere al momento del hecho antecedente, sino a un estadio sucesivo; y precisamente porque la peligrosidad criminal implica una valoración que sucede postdelictum, su concepto no pertenece a la profilaxis del delito o la higiene social, sino al Derecho criminal. Y define la peligrosidad como “la capacidad concreta y actual de una persona que haya cometido un hecho previsto por la Ley como delito o que, en vía de excepción, ha tenido una conducta definida de modo expreso en la Ley penal, sin que la misma se haya concretado en un hecho por ella previsto como delito, de ser causa de nuevos hechos previstos como delito”.

GRISPIGNI, puesto que la concepción de RANIERI arruinaba toda su construcción, le respondió con argumentos agudos en el mismo número de “La Scuola positiva” (“*Riposta sulla pericolosità criminale nell Codice penale*”). Para el profesor de Roma el art. 203, al iniciarse con las palabras “*a los efectos de la Ley penal es socialmente peligrosa...*”, determina que quien quiera dar un concepto *general* de la peligrosidad, que valga tanto para el Derecho penal como para otra rama del Derecho, debe precisamente prescindir de la circunstancia que la persona haya o no cometido antecedentemente otro delito. El art. 203 —prosigue GRISPIGNI— no quiere limitarse a dar el *concepto* de la peligrosidad, sino que añade también la *delimitación* de las personas respecto a las cuales se cumple la investigación sobre la existencia de la peligrosidad; y es que la misión de las leyes es, incluso cuando parecen dar definiciones, el de imponer imperativos.

También consideran la peligrosidad peligro de delito ANTOLISEI y ROCCO, definiéndola el primero como “muy relevante aptitud de una persona a cometer un delito”, y el segundo como “la potencia, la idoneidad, la capacidad de la persona para ser causa de acciones dañosas o peligrosas y por tanto de daños o peligros” (4).

La consideran, por el contrario, peligro de reincidencia, DE MAR-SICO, LEONE y FLORIAN, entre otros.

Nosotros estimamos que los términos de los arts. 202 y 203 son terminantes al disponer que es persona socialmente peligrosa aquella que “ha cometido alguno de los hechos previstos por la Ley como delitos”. Por lo que se debe concluir que si lo que se quiere dar es una noción de acuerdo con el Código italiano debe acogerse la del Prof. RANIERI (5). Y aún más, según una interpretación muy reciente —que reafirma otra anterior y extendida— del art. 203, la cualidad

de persona socialmente peligrosa se extrae no solamente de lo establecido en la segunda parte del art. 133, sino también de las circunstancias elencadas en la primera parte del mismo, que se refieren a la gravedad del delito; por lo cual la comisión del delito, dicen los defensores de esta postura, no tiene sólo el valor de límite cronológico a partir del cual se consiente una investigación de la peligrosidad criminal, sino que representa en sí un "síntoma" imprescindible de la peligrosidad misma. Se podrá discutir, escribe GALLO, la importancia de tal síntoma respecto a los otros, pero se debe reconocer que en el ordenamiento jurídico italiano nadie puede ser calificado en base al art. 203 como socialmente peligroso si tener cuenta del delito ni antes de él. (6).

Lo acabado de exponer no significa que no estimemos que la peligrosidad no tenga una base unitaria, sea que la misma se manifieste antes o después de la comisión de un delito. Coincidimos por tanto, en este aspecto, con PETROCELLI aunque no podamos admitir las consecuencias a que él llega sobre la fundamental identidad de las medidas de policía y las medidas que se aplican después de la verificación de un hecho delictivo (7). Pues pensamos, por una parte, que existe diferencia entre declarar o no la peligrosidad una vez que un delito haya llegado a realizarse y por otra, unida a aquélla, que la garantía de la libertad individual es algo tan importante como para no ser descuidado (8). El concepto naturalístico, según BETTIOL, de la peligrosidad (9) verificado el delito auna el síntoma jurídico de peligro que tiene valor no ya porque aquél lesione más o menos profundamente la Ley penal, sino, según LOUDET, porque traduce, en parte, la personalidad en un modo especial de conducirse (10). Las medidas impuestas a un sujeto peligroso antes de la comisión de un delito deben tener, por tanto, un carácter diverso de las que se impongan después que un delito se haya verificado. Ambas, sin embargo, deben estar siempre en manos del Juez.

El segundo es uno de los puntos sobre el que la doctrina está acorde casi sin excepción: la peligrosidad es un estado. Estado se contrapone a acción, siendo un aspecto de la más amplia diferencia existente entre los términos "ser" y "causar" (11).

Se suelen considerar caracteres de la peligrosidad como estado, y de acuerdo con el Derecho italiano, la cronicidad, la involuntariedad y la juridicidad (12).

1) Cronicidad es la aptitud del agente a delinquir de nuevo, debe persistir después de la comisión del hecho delictivo y extenderse por un período de tiempo más o menos extenso. En este sentido, se dice que la peligrosidad constituye un peligro crónico. Pero con este término no se quiere expresar que dicho estado sea "definitivo" o "inmutable" (13). En posición contraria, GRISPIGNI afirma que a

veces la peligrosidad dura “nel momento del reato” (14). Pero esta opinión está en contradicción con el art. 203 del Código italiano que establece que “es socialmente peligrosa la persona... cuando es probable que cometa *nuevos hechos* previstos en la Ley como delitos”.

2) La peligrosidad siendo un estado, se dice, es involuntaria. El concepto de voluntariedad es inseparable del concepto de acción (15). Es la tesis mantenida por PETROCELLI que, sin embargo, en sus términos absolutos, no se admite por todos los tratadistas. Así ANTOLISEI, por ejemplo, hace notar que aquel estado subjetivo frecuentemente es el resultado de una serie de actos voluntarios del agente como demuestran los fenómenos de la habitualidad criminal y de la delincuencia profesional (16).

3) La peligrosidad es jurídica al menos en el sentido de regulada por el Derecho, productora de consecuencias jurídicas.

Es casi “*communis opinio*” que la peligrosidad consiste en una “aptitud de la persona”, siendo partidarios de ella RANIERI, FLORIAN, SANTORO, SABATINI, DE MARSICO, etc. (17). PETROCELLI, en cambio, la considera como “un complejo de condiciones subjetivas y objetivas bajo la acción de las cuales es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso o peligroso”.

Niega PETROCELLI que los términos “cualidad personal”, “aptitud”, etc., respondan al concepto integral de peligrosidad en cuanto se reducen a elementos puramente psíquicos, e incluso si los factores objetivos vienen tomados en consideración desembocan siempre en definitiva en las condiciones psíquicas como resultante única de todo el complejo de causas. Este concepto, continúa PETROCELLI, no puede aceptarse puesto que existen normas de peligrosidad en las que el influjo ejercitado sobre la psique es del todo contingente (18).

A nuestro modo de ver —y coincidimos con GARCIA IBÁÑEZ— PETROCELLI incurre en el error, revelado por GRISPIGNI (en el que también incurren otros importantes juristas contemporáneos) de confundir las *causas o factores* por las cuales una persona es o deviene peligrosa con la *cualidad* que debe poseer para ser juzgada tal (19). “Qualità” de persona socialmente peligrosa que terminantemente exige el Código italiano en los artículos 203 y 204.

No se puede negar, en efecto, que como tales causas o factores los medios psicobiológicos y sociales, según se estima hoy en día, comparten la etiología del estado peligroso; con frase de HEUER herencia y ambiente representan dos caras de un mismo problema, la concavidad y convexidad de una misma curva (20).

Si el juicio de peligrosidad es, como se piensa modernamente, un juicio lógico de probabilidad, es necesario determinar el grado que ocupa ésta en el plano de las condiciones favorables a la producción del evento.

La doctrina se puede clasificar en tres grupos:

a) Unos consideran suficiente un grado de posibilidad que no sea mínimo o insignificante.

b) Otros, y constituyen mayoría, exigen una notable o relevante posibilidad.

c) Finalmente, algunos, como PETROCELLI, exige un número de posibilidades prevalente o incluso la probabilidad en el sentido lógico matemático.

No se puede estar de acuerdo con la tesis de PETROCELLI. El juicio de probabilidad no se acomoda al rigor de la lógica matemática. La probabilidad de que deriva, como dice GARCIA IBAÑEZ, es el resultado de una operación lógica mediante la cual el juzgador se representa la recaída en el delito como una eventualidad que es tanto más fácil de verificarse en cuanto se consideran insignificantes los elementos que militan en favor de la hipótesis contraria.

Quizás se deba tender a la consecución de dicho pronóstico matemático, pero no se debe olvidar que en este campo ni la Criminología misma actualmente nos puede prestar una gran ayuda (21). E incluso yo me atrevería a preguntar si se logrará algún día prever con certeza la futura conducta delictiva de un hombre. ¿No será negativa la respuesta a dar? (22).

La necesidad, sin embargo, de apoyar el pronóstico social intuitivo y empírico sobre bases más sólidas y científicas —como dice PINANTEL— no es necesario ser demostrada, y en este sentido se pronunciaron el XII Congreso Internacional penal y penitenciario de 1950 y el II Congreso Internacional de Criminología del mismo año. Se debe hacer constar que, según investigaciones de SCHIED, MEYWERK y SCHAAB, la concordancia entre los pronósticos sociales y su comportamiento ulterior se han demostrado falsos en un 20 % respecto a los pronósticos desfavorables y en un 40 % en relación a los favorables (23).

El juicio de probabilidad se limita a exigir una probabilidad simplemente racional.

Hay una objeción importante a responder: la de aquellos que dicen que no siendo la probabilidad certeza, se hace depender la medida de seguridad de un elemento incierto. Objeción a la que puede responderse con las palabras de GRISPIGNI: La sanción no se dirige a atacar el delito futuro, que es incierto, sino la peligrosidad actual que, habiéndose averiguado su existencia en una persona, es *cierta*. Se podrían añadir las razones que GARCIA IBAÑEZ exponía en su Tesis doctoral, ya citada, "incluso si se reconoce y admite que en algún caso excepcional, precisamente porque los jueces como seres humanos no pueden gozar del don de la infalibilidad, el juicio de probabilidad fuese equivocado y en consecuencia se impusiese una medida de seguridad a un sujeto no peligroso, ¿justificaría la exis-

tencia de estos casos excepcionales la supresión del criterio de peligrosidad?" Y responde: "Aceptar hasta sus últimas consecuencias la objeción más arriba expuesta sería como condenar a muerte la prevención, dejando indefensa la sociedad en homenaje a una exagerada protección de la libertad individual".

* * *

No recibió la ciencia alemana el concepto de peligrosidad que de Italia llegaba con aplauso, sino con escepticismo. Conocida es la frase que EXNER estampará en 1914 en "Theorie der Sicherungsmittel": "Der Begriff der Gefährlichkeit ist ein gefährlicher Begriff". La observación de las dificultades que su admisión traía consigo, muchas de las cuales aún no se han resuelto, ineludiblemente debía restarle apasionadas adhesiones. El Tribunal Supremo alemán, en ocasiones diversas, ha definido lo que por peligrosidad se entiende. Según Blau el concepto que el más alto Tribunal alemán tiene de la peligrosidad, puede compendiarse en la frase: probabilidad de una reiteración en la ejecución de acciones penales que constituya una ofensa grave al orden jurídico (24). Para MEZGER la peligrosidad criminal de una persona significa un pronóstico desfavorable en referencia a la ulterior conducta criminal de un individuo (25).

El estado peligroso se admitiría con singular relieve en la legislación alemana por la Ley de 24 de noviembre de 1933, relativa a la delincuencia habitual. Característica de esta legislación es el no establecer una serie de criterios ante los cuales el juez deba afirmar la peligrosidad. Al contrario, concede siempre al juzgador poder apreciarla.

El juez alemán en la investigación de la personalidad del autor, básica para la determinación de la posible peligrosidad del mismo, no se encuentra aislado. Al lado de la formación que le proporciona el desarrollado estadio de la ciencia psicobiológica alemana, de la que ya hemos hecho mención, es preciso señalar los servicios de Asistencia social de los Tribunales (soziale Gerichtshilfe) y el Servicio biológico criminal (Kriminalbiologische Dienst), calificado este último por EXNER como una de las innovaciones más sobresalientes que la administración de justicia alemana ha sufrido en los últimos años.

De resaltar es que sobre la importante cuestión de la determinación de la peligrosidad durante la ejecución decide de nuevo el Tribunal judicial. Con ello se cierra el paréntesis que abriera la ley de 4 de septiembre de 1941, al encomendar dicha misión a la autoridad de la ejecución (25 a).

La publicación de la ley de 24 de noviembre de 1933 comporta la creación de un Derecho penal de estado peligroso. Peligrosidad que,

a diferencia de lo que sucede en la legislación española, se tiene únicamente en cuenta después de la comisión de un delito. Supuesta la existencia de delito y peligro aunados, la ley de 1933 establece como consecuencia la imposición de una sanción a añadir a la pena; a veces una agravación de esta última. Mediante su puesta en vigor se instauró en Alemania la prevención en la lucha contra la delincuencia. No por ello pasó a segundo término la pena o perdió sus caracteres expiatorios y retributivos. Sino que conservando éstos, vió nacer a su lado el nuevo medio de lucha contra el delito.

La ley de 24 de noviembre de 1933 produjo amplias consecuencias en el terreno dogmático. Antes hemos aludido a la construcción de KADECKA y ahora nos detendremos en la de MAURACH que ha tenido tanta resonancia.

Anhelo de la teoría de MAURACH, según expresara él mismo (26), es encontrar una plataforma unitaria sobre la cual alzar el edificio del Derecho penal alemán que desde 1933 se apoya sobre una base dualista.

MAURACH en el Grundriss eleva su teoría partiendo de la atribuidad (Zurechenbarkeit), que no es otra cosa que la afirmación de que el autor mediante la realización de un acto típicamente antijurídico no se ha portado conforme a las exigencias sociales. Es un juicio desvalorativo, pero no un juicio de reproche. Para que el reproche pueda verificarse necesita un segundo elemento: la culpabilidad. En el primer estadio sólo se realiza la imposición a cargo del autor de un hecho. Es el "Tatverantwortung", que significa que todo hombre autor de una acción típicamente antijurídica es responsable, salvo que la misma haya sido cometida en circunstancias enteramente anormales. Al no ser el autor reprochable no puede ser castigado, pero sí se le puede imponer una medida de seguridad. En el supuesto que sea culpable la consecuencia es la pena.

En el artículo que MAURACH publicara en la *Rivista italiana di Diritto penale* (27) consideraría el "Tatverantwortung" como un grado intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad, constituido por un juicio sobre el agente que se satisface con los más rudimentarios criterios representados por aquellas exigencias medias que deben valer en orden a las circunstancias concomitantes. Principal interés puso Maurach en que no se confundiera la "responsabilidad por el hecho" con la "responsabilidad penal", no obstante lo cual GRISPIGNI le consideró partidario de las teorías positivistas. La distinción la busca el autor alemán en que la responsabilidad por el hecho no constituye la base inmediata de la reacción, sino únicamente el punto en que se inserta la bifurcación del sistema penal con base dualística.

En el "Lehrbuch", cuya segunda edición acaba de aparecer, Maurach concreta así los dos conceptos fundamentales: Atribuidad es aquella relación jurídicamente desaprobada del autor con su

acción típicamente antijurídica, que concede fundamento para las diferentes posibles reacciones jurídico penales. Responsabilidad por el hecho significa el deber de responder por una acción "propia" en cuanto que las circunstancias objetivas del hecho deben haber permitido una posibilidad determinada de motivación para el autor. Esto no sucede si en la formación de la voluntad del autor han colaborado factores externos, reconocidos por el Derecho positivo, de tal forma decisivamente que podría hablarse aún de una acción ciertamente, pero no de una acción que pueda valer como producto de una decisión comprendida en una situación media de motivación. La desaprobación del autor circunscrita a la responsabilidad por el hecho no tiene solamente la tarea de tender un puente del hecho desvalorizado el autor desvalorizado. Ella contiene además una comparación personal entre el autor por una parte y el término medio, bosquejado por el derecho positivo, de todos los restantes asociados. La desaprobación llega hasta aquel punto en que el autor ha actuado en la situación concreta más gravemente que los otros lo hubieran hecho. Pero esta desaprobación aún no significa reproche. Para ello es necesario que el autor en general estuviera en la situación de conocer el alcance de su hecho y dirigir su voluntad de acuerdo con este conocimiento (28).

Relacionado con el problema del puesto que la personalidad y carácter del autor deben ocupar en el juicio de culpabilidad son las teorías denominadas de la culpabilidad del carácter, la sintomática, la de culpabilidad de autor, la de culpabilidad de disposición, de criminalidad potencial, etc., patrocinadas por diversos autores alemanes. Mezger considera el carácter del agente como una de las partes de la culpabilidad: las "partes caracteriológicas", pero no incluye dentro de él la peligrosidad del agente.

NOTAS DEL III CAPITULO

(1) PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padua, 1940, página 35.

(2) Para un estudio más detallado de las dos principales teorías objetiva y subjetiva, consult. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., páginas 287 y ss.

(3) VON KRIES, "Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit" en *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, XII, Leipzig, 1888. ALTAVILLA, *Teoria soggettiva del reato*, Nápoles, 1933, pág. 180. BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1916, pág. 324, nota 10. FINGER, *Lehrbuch der deutschen Strafrechts*, Berlín, 1904, I, pág. 271. JANKA, *Das Oesterreichische Strafrechts*, Viena, 1902, págs. 51 y ss. ROCCO, *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, pág. 305. STÜBEL, "Über gefährliche Handlungen als für sich bestehenden Verbrechen", en *Neues Archiv für Criminalrechts*, 1823, pág. 276 y ss. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, pág. 42 y ss.

(4) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, 1955, pág. 471. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., pág. 314.

(5) MANZINI, *Tratatto di Diritto penale*, vol. III, pág. 223 habla también de la noción de peligrosidad simple como probabilidad de la perpetración de nuevos hechos previstos en la Ley como delitos.

FERRI se expresaría así: El haber cometido o haber intentado cometer un delito expresa una *peligrosidad efectiva*. Y esta peligrosidad efectiva es la sola que tiene una función jurídica en la justicia penal y que puede definirse con GRISPIGNI como "un estado de antijuricidad de un sujeto que tiene por consecuencia jurídica la aplicación al mismo de una sanción criminal". Pero esta definición no es exacta para la peligrosidad que, antes de la ejecución de un delito, incumbe solamente a la policía de seguridad y exige medidas de policía y no sanciones criminales: y es incluso solamente para la defensa social *preventiva* que se puede, con GRISPIGNI, determinar el concepto de peligrosidad por el peligro de delito mientras para la defensa social *repressiva* la peligrosidad consiste en el delito cometido y en la probabilidad de cometer también otros seguidamente. Para la defensa social *preventiva* se distinguen los ciudadanos en peligrosos y no peligrosos; para la defensa *repressiva* todos los delincuentes son peligrosos, si bien en grados diversos. Para la defensa *preventiva* existe una genérica peligrosidad social, para la defensa *repressiva* existe una específica peligrosidad criminal. La peligrosidad social lleva consigo el peligro de delito, la peligrosidad criminal el peligro de reincidencia. (*Principi*, págs. 294 y 295).

(6) Confr. GALLO, "Capacità penale" en el *Nuovissimo Digesto italiano*, II, 1158, página 886. DORIO PORZIO, "Precisioni in tema di rapporti fra pericolosità presunta e misure di

sicurezza", en *Riv. it. Dir. e Proc. penale*, 1958, octubre-diciembre, pág. 1174.

(7) Los caracteres esenciales de las medidas de seguridad resultan tales, escribe PETROCELLI, que en el ámbito del concepto deben necesariamente incluirse no solamente las medidas que, como las previstas por nuestro Código penal se aplican después de la verificación de un delito, sino también todas las medidas de policía dirigidas contra el criminal peligroso, cuya aplicación no se vincula a aquel presupuesto. Si la medida de seguridad es la restricción de la esfera jurídica que se aplica a causa de la peligrosidad criminal con el fin de garantizar la seguridad social mediante el medio del alejamiento del individuo peligroso, estos caracteres no pueden no referirse exactamente a las medidas de policía. (PETROCELLI, *ob. cit.*, páginas 288-9).

(8) JIMENEZ DE ASUA, "La systématisation juridique de l'état dangereux", en *Deux. Cours Int. Crim.*, cit., pág. 356. "L'état dangereux ou la pericolosità et le droit penal" en *Revue Internationale de Criminologie et de Police technique*, 1954, n.º 3.º, pág. 168.

(9) BETTIOL, *Diritto penale*, 1958, página 671.

(10) LOUDET, "Le diagnostic de l'état dangereux. Methodologie", en *Actes du 11e Congrès International de Criminologie*, 1950, página 457.

(11) GARCIA IBÁÑEZ, *ob. cit.*, pág. 64.

(12) Seguimos la sistemática de GARCIA IBÁÑEZ en su tesis doctoral boloñesa acabada de citar.

(13) ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. 462.

(14) GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., pág. 211.

(15) PETROCELLI, *La pericolosità criminale y la sua posizione giuridica*, Padua, 1940, página 114.

(16) ANTOLISEI, *Manuale*, cit., pág. 465.

(17) FLORIAN, *Tratatto di diritto penale*, 1934, pág. 332. RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, cit., pág. 506. SANTORO, *Misure di sicurezza e pericolosità sociale*, 1933, pág. 569. SABATINI, *Istituzione di Diritto penale*, 1948, pág. 169. DE MARSICO, *Diritto penale*, 1935, pág. 438.

(18) PETROCELLI, *La pericolosità...*, cit., págs. 44-47.

(19) GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., pág. 189-190.

(20) MICHAUD, "Introduction psychiatrique au problème de l'état dangereux", en *Deux. Cours Int. Crim.*, cit., pág. 154. NICEFORO, "Quelques images représentant la conduite criminelle sous l'influence des facteurs biologiques, sociaux et autres", en *Etudes internationales de psycho-sociologie criminelle*, julio-septiembre, 1956, pág. 4 y ss.

(21) LEFERENZ, "Zur problematik der kriminologischen Prognose", en *ZSTW*, 1956, páginas 233 y ss. SCHMIDT en las discusiones de

la Gran Comisión de Derecho penal alemana sobre la cuestión 4, se expresaba así: "Was wissen wir schon, was aus dem Menschen geworden sein wird, wenn er aus dem Strafvollzuge oder auch der Sicherungsverwahrung herauskommt und nun einer natürlich ungehener feindlichen Gesellschaft gegenübersteht?" Confr. *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 1 Band, Grundsatzfragen, Bonn, 1956, pág. 53.

(22) Como dice LEFERNZ, *Die Kriminalität der Kinder*, Tubinga, 1957, pág. 6: "Es ist etwas anderes, den mutmasslichen verlauf eines Krankheitsprozesses zu prognostizieren, als die künftigen Entscheidungen und Handlungen eines Menschen voraussagen zu wollen.

(23) Los exámenes para el juicio de pronóstico se efectuaron en Alemania mediante un sistema de cuestionarios que, al menos en su estado de entonces, no se acreditó innegablemente como eficaz.

Un segundo camino para una prognosis criminal científica es el denominado "método de puntos" (Punkteverfahren) que originado y desarrollado en América inspiraría el *Kriminalistischer Bericht über eine Reise nach América*, de Exner del año 1935.

Las primeras tablas de pronóstico criminal parecen ser las ensayadas en América por WARNER el año 1923, sobre la base de la investigación de 680 reclusos en el Reformatorio de Massachusetts y que constaban de 60 factores. Sometidos a prueba crítica por HART, se dedujo que la acumulación de determinados factores de la lista de WARNER podrían tener un valor de pronóstico de que aquéllos, aislados, habían carecido. Esto lo intentó BURGESS fundamentándose en el estudio de las actas de 3.000 penados, llegando a elegir después de una prueba muy cuidadosa 21 factores, que clasificaría en favorables y desfavorables, consistiendo el ulterior progreso de sus investigaciones en aclarar en cierto modo matemáticamente la importancia de los mismos. De esta forma se creó el denominado método de puntos.

En Alemania elaboraría SCHIEDT, por sugerencias de EXNER, un sistema sobre la base del método simple de BURGESS.

La técnica de SCHIEDT, MEYWERK y SCHVAAB se desarrolla en dos estadios:

A) En el primero se elige un cierto número de factores (15) y se busca el número de veces que juega en los "follow up". Los factores son los siguientes: 1.º) Taras hereditarias (Erbliche Belastung). 2.º) Criminalidad en la ascendencia (Erbliche Criminalität in der Aszendenz). 3.º) Malas condiciones educativas (Schlechte Erziehung verhältnisse). 4.º) Mala escolaridad (Schlechter Schulerfolg). 5.º) No conclusión del aprendizaje empezado (Nichtbeendigung einer angefangenen Lehre). 6.º) Trabajo irregular (Unregelmässige Arbeit). 7.º) Comienzo de la criminalidad antes de los dieciocho años (Beginnder Kriminalität vor dem 18 Lebensjahr). 8.º) Más de cuatro antecedentes penales (Mehr als 4 Vorstrafen). 9.º) Reincidencia particularmente rápida (Besonders rasche Rückfälligkeit). 10.º) Criminalidad interlocal (Interlokale Kri-

minalität) 11.º) Psicopatías (Psychopathie). 12.º) Alcoholismo (Trunksucht), 13.º) Mala conducta e prisión (Schlechtes allgemeines Verhalten in der Strafanstalt). 14.º) Salida de la cárcel antes de los 38 años (Entlassung aus der Strafanstalt vor dem 38 Lebensjahr). 15.º) Malas relaciones familiares y sociales después de la excarcelación (Schlechte Soziale und Familienverhältnisse nach der Entlassung).

B) El segundo estadio es el esquema de pronóstico propiamente dicho. Para cada delincuente se anotan cuantos signos desfavorables se encuentran y se calcula por uno, dos, tres, etc. signos desfavorables, el tanto por ciento de reincidencias. Y se agrupan los resultados.

Los porcentajes de reincidencias que encontró SCHIEDT fueron los siguientes:

Grupo I, con 0 factores desfavorables, 3'3 % de reincidencias.

Grupo II, con 1-3 id. id., 14'8 % de id.

Grupo III, con 4-6 id. id., 40'6 % de id.

Grupo IV, con 7-9 id. id., 68'6 % de id.

Grupo V, con 10-11 id. id., 94 % de id.

Grupo VI, con 12-15 id. id., 100 % de id.

MEYWERK y SCHWAAB llegaron a resultados similares.

Otras técnicas más complicadas, pero en cuyo análisis no podemos detenernos, son las de GERECKE y FREY. El primero da a cada signo un valor estadístico especial que se puede además multiplicar por un coeficiente (de 1 a 4). La técnica del segundo se inspira muy de cerca en la de GERECKE.

Los esquemas de pronóstico de la Escuela alemana constituyen un primer paso para resolver el problema de la posible elaboración matemática del pronóstico social.

Antes de concluir esta nota sobre el pronóstico criminal debemos citar asimismo los trabajos de ARGOW, LAUNE y WEEKS y especialmente los de GLUECK en los Estados Unidos. Como resultado de la labor de los GLUECK fundamentalmente se puede concluir que las tablas de predicción no son un instrumento automático pero pueden, como dice PINATEL, completar útilmente y confirmar un pronóstico clínico.

Se anhela que los estudios realizados en este terreno se perfeccionen y así el XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario de La Haya de 1950 ha expresado el deseo de que los criminólogos de diversos países emprendan investigaciones para desarrollar los métodos de pronósticos. Por su parte, el II Congreso de Criminología ha emitido el voto de que se asegure "la elaboración matemática correcta" de los exámenes clínicos.

La elaboración de estadísticas del pronóstico social es una de las preocupaciones esenciales de la investigación criminológica. (EGNER, *Kriminalistischer Bericht über eine Reise nach América*, Berlín, 1935. "Ueber Rückfallsprognosen", en *Monats. Kr. Strafr.*, vol. 28, págs. 209 y ss. SELDON y ELEANOR GLUECK, *Five Hundred Criminal Careers*, Nueva York, 1930. *One Thousand Juvenile Delinquents*, Harvard University Press, 1934. *Unraveling Juvenile Delinquency*, Nueva York, 1950. SCHIEDT, *Ein Beitrag zum Problem der Rückfallsprognose*, Mu-

nich, 1936. GERECKE, "Zur Frage der Rückfallprognose", en *Monats. Kr. Biol. Strafr.*, vol. 30, págs. 35 y ss. FREY, *Der frühkriminelle Rückfallverbrecher*, Basilea, 1951, págs. 301 y ss. LEFERENZ, "Zur problematik der kriminologischen Prognose", en *ZSTW*, 1956, pág. 233 y ss., etc.).

(24) BLAU, *Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Massregeln im iberamerikanischen Strafrecht*, Bonn, 1951, pág. 24.

(25) MEZGER, *Strafrecht*, 1949, pág. 486. Sobre el concepto de peligrosidad y medidas de seguridad en la doctrina alemana, V., entre otros, BICKMEYER, *Schuld und Gefährlichkeit*, 1914. LISZT, "Die Sichernden Massregeln in den drei Vorentwürfen", en *Oesterreichische Zeitsch rift für Strafrecht*, 1910, págs. 1-24. GOLDSCHMIDT, "Strafen und verwandte Massregeln", en *Vergleichende Darstellung der deutschen und ausländischen Strafrechts*, Allg. Teil, IV Band, Berlín, 1908, págs. 81 y ss. SCHOENKE, "Die Massregeln der Sicherung und Besserung im deutschen Strafrecht", en *Studi in Memoria di Arturo Rocco*, Milán, 1952, páginas 537 y ss. DROST, *Das Ermessen des Strafrechts*, 1930, págs. 177 y ss. y 211 y ss. MEZGER, "Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher", *Monats. Kr. Biol. Strfr.*, vol. 14, pág. 135 y ss. FOLTIN, *Die chronischer höhe Gefährlichen*, 1927. *Gutachten und stellungnahmen zu fragen der strafrechtsreform mit ärzli-*

chen einschlag, Bonn, 1958, passim. HELDMANN, "Zurechnungsfähigkeit Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit" en *Materialien...*, 2 Band, I, Bonn, 1954, página 345 y ss. y otros trabajos de GEERDS, HERMANN, HEUERMANN... en el mencionado volumen de los *Materialien...*; WILMANNNS, *Die sogenante verminderte Zurechnungsfähigkeit*, 1937, etc., etc.

Confr. también las discusiones en la Gran Comisión para la Reforma del Derecho penal alemán. Así: "Strafschärfung gegenüber dem Rückfalltäter und dem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher", "Restfragen zu den Freiheitsentziehung verbundenen Massregeln der Besserung und Sicherung", etc., en *Niederschriften...*, 3 Band, Bonn, 1958. "Zurechnungs unfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit und Unterbringung in einer Heilanstalt und Entziehungsanstalt", en *Niederschriften...*, 4 Band, Bonn, 1958, pág. 126 y ss., etc., etc.

(25 a) BLAU, "Gefährlichkuosoegrif..." cit., págs. 27 y 28.

(26) MAURACH, "L'evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico", en *Rivista it. Dir. pen.*, II, 1949, pág. 654.

(27) Loc. y pág. últimamente citados.

(28) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, Müller, Karlsruhe, 1958, págs. 294-5.

IV

Anteriormente hemos referido cómo la medida de seguridad aparece en el ámbito jurídico. Debemos ahora, para la mejor comprensión de lo que la misma significa, ponerla en relación con la pena, y analizar su naturaleza, efectos, fines.

La pena es principalmente retribución del delito cometido (1), *malum passionis propter malum actionis* —que no significa lo mismo que expiación o venganza (2) (3) que también algunos tratadistas exigen— toma en cuenta fundamentalmente la gravedad del hecho perpetrado y aspira a la realización de la justicia, imponiéndose sobre la culpabilidad del reo (4). Su concepto más preciso acaso sea el de privación de bienes jurídicos que mediante un proceso destinado a este fin y por sus órganos jurisdiccionales impone el Estado al autor con arreglo al acto delictivo culpablemente cometido y como retribución por el mismo. Diversamente la medida de seguridad aspira a la cosección de fines prácticos, a la prevención de nuevos delitos, mira al porvenir y se impone en consideración a la peligrosidad. Podría definirse como privación de bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente por el Estado con un fin reeducador, inocuizador o curativo a persona socialmente peligrosa con ocasión de la comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla.

Los caracteres comunes de penas y medidas de seguridad —de la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*— según la posición de la teoría neoclásica adoptada, según BOUZAT, por la casi unanimidad de las legislaciones positivas, son las siguientes: las penas y medidas de seguridad no pueden aplicarse salvo si previstas en un texto legal (5), después que una infracción se ha cometido, deben ser impuestas por un juez y como consecuencia de un procedimiento regular.

Se consideran como más importantes caracteres diferenciales que la pena es consecuencia de una culpa y la medida de seguridad se impone sin consideración a la responsabilidad moral del delincuente, sino únicamente en razón de su estado peligroso; que la pena implica inflicción de un mal, imposición de un castigo, no teniendo la medida otro objeto que perseverar a la sociedad; la idea de deshonra está insita en la pena, es accidental en la medida; la duración de la pena se determina en su máximo, en la medida suele este máximo ser indeterminado, fijándose sólo un mínimo (6) (7).

El legislador puede actuar contra el delito únicamente con la medida, únicamente con la pena o mediante una y otra.

Los Códigos tradicionales seguían el denominado sistema monístico en cuanto admitían como forma de reacción la pena, y sólo en vía excepcional medidas de carácter preventivo en relación a los delincuentes menores y enfermos de mente. Las legislaciones que acogen las ideologías positivistas siguen también el sistema de la única vía, pero en relación a las medidas de seguridad. Hablan de sanciones criminales, término que aunque parezca significar un intento de unificar pena y medida en realidad aspira —como dice BETTIOL— a absorber la primera en la segunda. Lo que por otra parte no consiguen, pues, como hace notar HERMANN, el concepto de sanción en esos países abraza tanto las penas como las medidas en el sentido usual y pueden separarse a una somera mirada (8).

Obra en gran parte de la Unión Internacional de Derecho penal, se ha distinguido, como hemos dicho, en numerosas legislaciones —a partir de los proyectos suizos de STOOSS— entre penas y medidas de seguridad; lo que ha permitido conciliar en cierta medida las doctrinas clásicas con las ideas positivistas. Las penas basadas en los conceptos tradicionales de culpa y responsabilidad moral tienden más a la prevención general que a la especial. Las medidas de seguridad desprovistas de coloración moral se proponen solamente asegurar la defensa social por la prevención especial. El punto de vista unitario, de acuerdo con la tesis positivista, le han acogido sólo algunas legislaciones hispano-americanas, la ley criminal de Groenlandia de 1954 y, en Europa, la Unión Soviética (9).

Las legislaciones actualmente en vigor que preven al lado de las penas las medidas de seguridad, pueden clasificarse, con GRISPIGNI, en tres grupos.

En el primero se incluirían las que separan en forma neta pena y medida de seguridad, lo que imposibilita su sustitución recíproca, debiéndose aplicar ambas sanciones en el curso de períodos sucesivos. La legislación donde, según GRISPIGNI, se conserva más rigurosamente esta distinción es en el Código ROCCO, actualmente vigente en Italia (10). También en la alemana después de la reforma de 1933. Generalmente se cumple en primer lugar la pena (Francia, España), raramente la medida precede (Italia —art. 220, párr. 2.º— para los sujetos de imputabilidad disminuída).

El segundo grupo está constituido por aquellas legislaciones en las que las penas se tienen por absolutamente diversas de las medidas de seguridad, pudiendo, sin embargo, éstas sustituir a las penas en virtud de una facultad que al juez al respecto se concede. Ejemplo típico, la legislación suiza. También la inglesa, después del "Criminal Justice Act" de 1948.

El tercer grupo es el de aquellas legislaciones en las que es inexistente cualquier diferencia entre penas y medidas de seguridad,

tendiendo ambas al fin común (más particularmente las segundas) de impedir la reincidencia (prevención especial). Proyecto Ferri de 1921 y Códigos de Rusia, Colombia, Méjico y Uruguay (11).

Algunos penalistas, CUELLO CALON entre ellos, sin desconocer que modernamente a la pena se la asignan también finalidades reformadora, defensiva e incluso de tratamiento, hacen hincapié, sobre todo, en su función de prevención general para distinguirla de la medida de seguridad (12). Otros autores anotan que desde el momento que se ha introducido en las legislaciones el concepto de reincidencia (13) por haberse destruido la ecuación pena igual a crimen (14), la pena ha comenzado a asumir fines de prevención especial (15). Pudiera añadirse, incluso, que desde la mencionada admisión tuvo efecto, el sentido retributivo de la pena ha sufrido asimismo cierto quebranto (16). Sin embargo, su significación acaso sólo sea la de que las legislaciones clásicas —antes lo hemos hecho resaltar— no desconocieron totalmente la personalidad del delincuente siendo éste uno de los medios con que contaron para verificar su apreciación.

Entre las notas más arriba expuestas para caracterizar la medida de seguridad se incluía el que la misma no es considerada como un mal. Esto no es cierto —al menos desde el punto de vista del sujeto a ella— pues, siendo la indeterminación carácter esencial de la medida de seguridad, los psicoanalistas han observado —así STAUB y ALEXANDER— que la amenaza de un mal inconcreto es más penoso que una pena determinada. KRILLE defendió —en la discusión sobre la cuestión cuarta de la Gran Comisión para la reforma del Derecho penal alemán— que incluso si el autor siente la medida de seguridad como un mal, no por ello llegaría ella a ser una pena (17). ANTOLISEI salva la objeción de los psicoanalistas hablando de inexistencia en la medida de seguridad de “aflictibilidad deliberadamente querida”, exclusión de cualquier sufrimiento fuera de aquél, que es inherente a la limitación de la libertad personal indispensable para la readaptación del reo (18). Pero el resultado de sufrimiento no por ello desaparece. Y es que no es fácil diferenciar las medidas de seguridad de las penas (19). Y esto ni aún cuando se intente buscar la distinción desde un punto de vista abstracto, que, por otra parte, tampoco significaría seguir el mejor camino, pues, como expone ANTOLISEI, el abstratismo simplista está en abierto contraste con las exigencias de un método verdaderamente científico, prescindiendo de una verdad elemental, a saber: que la experiencia histórica demuestra del modo más inequívoco que la función punitiva, lejos de manifestarse siempre y en cualquier lugar del mismo modo, varía frecuentemente de un lugar a otro y se transforma profundamente con el tiempo. En el fondo, añade, se trata de un pro-

blema de interpretación, cuya solución se encuentra en el Derecho positivo (20).

Ni siquiera en Alemania, donde los penalistas hoy día se sienten llamados de nuevo a soluciones absolutas, y donde el sentido y significación de la pena —como nos recuerda JESCHECK— merecen siempre una consideración de principio; tal distinción entre penas y medidas es asequible en todos los autores, especialmente cuando de la esencia se deriva hacia los fines que aquéllas satisfacen.

La medida de seguridad, según BLAU (21), encuentra su justificación en la doctrina alemana a causa de un fin colocado en el porvenir, “ne peccetur”. La pena se justifica en cuanto retribución de una acción realizada a la que se acomoda, “quia peccatum”, no pudiendo exceder, añadiríamos, a la medida de la culpabilidad (22).

Las medidas de corrección y seguridad que conoce el Código penal alemán son las siguientes: 1) El internamiento en un establecimiento de curación o asistencia. 2) El internamiento en un establecimiento de deshabitación o casa de templanza. 3) El internamiento en un establecimiento correccional de trabajo. 4) La custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung). 5) La interdicción del ejercicio de la profesión. 6) La privación del permiso de conducir (23).

Al lado de estas medidas que únicamente se imponen con posterioridad a la comisión de un delito, deben ser citadas las medidas preventivas policíacas, que son de dos clases: La de supervigilancia metódica (planmäßigen Ueberwachung) y la detención preventiva policíaca (polizeichen Vorbeugungshaft). Como ejemplo de las primeras pueden citarse la prohibición de abandonar el lugar de domicilio o residencia sin la autorización policial precedente, obligación de presentarse a la policía, de estar de noche fuera del domicilio, prohibición de tener relaciones con determinadas personas, etc.

La ley de 24 de noviembre de 1933 contiene, pues, dos órdenes de medidas: *Curativas* (previstas en el art. 42. párr. b, c, d, etc., en relación a delincuentes de responsabilidad disminuída, bebedores inveterados, mendigos profesionales... que hayan cometido un crimen o delito. La medida se aplica después de la pena —en el supuesto de los delincuentes semi-imputables, la cuantía de la pena debe sufrir una disminución— salvo que se trate de un caso de desintoxicación, en que excepcionalmente puede efectuarse antes) y de *seguridad* (que son de tres clases: 1.º el internamiento segregativo; esta medida, de la que ya tratamos con anterioridad, se aplica igualmente después del cumplimiento de la condena y su duración es indeterminada; 2.º interdicción profesional, y 3.º retirada del permiso de conducir).

El sistema alemán de añadir a la pena la imposición de una me-

dida de seguridad es blanco del ataque de la crítica. Se dice que parte del supuesto de suponer que los sujetos al mismo tienen dos personalidades distintas: La del responsable moralmente y la del peligroso; cuando lo cierto es que la persona es una y una la sanción sufrida a causa del mismo delito, aunque pase de un edificio a otro al quedar extinguida la condena. No deja de ser este experimento, escribe el profesor ANTON ONECA, una de tantas puerilidades a que acuden los teóricos para salvar la doctrina. Ni en el sujeto sobre el cual opera ni en la colectividad que la aprecia y valora, hay aquí otra cosa que una sola sanción con diversos accidentes en su ejecución. DOHNA describió magistralmente esta situación en las palabras que ponía en boca del director del establecimiento penal, cuando debía someter al reo, que acababa de cumplir la condena, a la subsiguiente medida de seguridad. Eran éstas: "Bien, en este momento usted ha pagado y expiado. La pena ha terminado. Lo que suceda en adelante no es pena. Usted va ahora al ala B del establecimiento penal. Allí no será usted castigado, sino solamente estará sometido a una medida de seguridad. Esto no significa una inflicción de mal. Por lo demás, nada cambiará en su modo de vida". Esta falta de diferenciación en la práctica se observa, sobre todo, con la custodia de seguridad, habiendo apenas un Estado conseguido, dice HERRMANN (24), llevar a cabo una diferenciación radical entre la ejecución de ella y la de la pena. Las consecuencias tampoco pueden ser más funestas. El semi-enfermo mental, el alcohólico y el toxicómano son casos patológicos que ven aplazado el comienzo del tratamiento, y cuya anormalidad impedirá, en multitud de ocasiones, la adaptación a la disciplina del establecimiento penitenciario común, donde primero han de expiar sus culpas. En cuanto al multirreincidente incorregible, será, en el establecimiento común, un elemento de contagio y perversión para los primarios y ocasionales (25).

Junto a los menores, uno de los más graves problemas con que se enfrentaba la Comisión para la reforma del Código era el relativo a los semi-enfermos mentales. ¿Debía o no suprimirse la prescripción a ellos relativa, solución por la que, según hemos ya expuesto, se había inclinado el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal celebrado el año 1953 en Roma? Como es sabido, fué la Ley de 24 de noviembre de 1933 la que consideró la imputabilidad disminuída como base de una medida penal particular, solución por la que ASCHAFFENBURG había abogado durante decenios en contraposición a WILIMANNNS, redactándose el art. 51, párrafo 2.º, en la forma aún vigente; redacción que se acogió favorablemente por la mayor parte de los psiquiatras alemanes (LANGE, BOSTROEM, BUNMKE, BERINGER...) Puesta de nuevo actualmente sobre el tapete la cuestión, se pronunciaron en favor de la conservación del artículo citado —con variedad de matices— la mayor parte de los

psiquiatras, como puede verse consultando los informes emitidos en respuesta al cuestionario que la Gran Comisión para la Reforma les enviara (26). La oposición se basa fundamentalmente en servir tal artículo a una justicia de clases en cuanto un sujeto de posición humilde no puede pagar a un abogado que busque los más pequeños rasgos psicopáticos y construya sobre ellos un cuadro apto para incluirle en el párrafo 2.º del artículo 51; y el poder constituir tal precepto un fácil camino intermedio que ahorre al Juez la incómoda y frecuentemente grave decisión sobre la cuestión de la capacidad o incapacidad del sujeto.

El Proyecto ha admitido la capacidad disminuída de culpabilidad. El art. 24 la configura en la forma siguiente: "Si la capacidad de comprender la antijuricidad del hecho o de obrar según esta comprensión, se encuentra considerablemente disminuída a causa de perturbación anímica morbosa u originada por una degeneración grave, congénita o adquirida, o por una perturbación transitoria de la conciencia, podrá atenuarse la pena con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65, párrafo 1.º".

Respecto a cómo ha tomado posición el Proyecto de Parte General de Código Penal alemán en relación al resto de los problemas más arriba elencados, haremos un breve resumen a continuación (26 a).

Resaltaremos en primer lugar la elección de una doble vía de consecuencias jurídicas del hecho delictivo: penas y medidas; lo que no significa, sin embargo, que en todos los casos en los que se prevea medida y pena deba aplicarse necesariamente una después de otra. Es factible la sustitución: a) El Tribunal podrá ordenar que se ejecute la medida antes que la pena cuando se alcance así más fácilmente la finalidad que persigue la medida y la culpabilidad del sujeto no exija que preceda la ejecución de la pena. En dicho caso podrá el Tribunal abonar total o parcialmente para el cumplimiento de la pena, el tiempo de ejecución de la medida. b) Cuando se ejecute la pena privativa de libertad antes que el internamiento acordado al tiempo de quéllo, al cumplirse la pena examinará el Tribunal de ejecución si la finalidad perseguida con la medida requiere todavía el internamiento. Es posible, pues, no obstante el sistema dualístico elegido, llegar a una ejecución unitaria en los supuestos de imponerse además de una pena privativa de libertad el internamiento en establecimientos de cura, asilo, custodia o deshabitación o casa de trabajo, o se impusiera la custodia preventiva. La custodia de seguridad tiene un régimen especial.

Las medidas de corrección y seguridad previstas en el Proyecto son las siguientes:

1) Internamiento en un asilo o establecimiento de cura, o en un establecimiento de preservación.

- 2) Internamiento en un establecimiento de deshabitación.
- 3) Internamiento en una casa de trabajo.
- 4) Custodia de seguridad.
- 5) Custodia preventiva.
- 6) Vigilancia de seguridad.
- 7) Privación del permiso de conducir.
- 8) Prohibición del ejercicio de la profesión.
- 9) Expulsión del territorio nacional.

Son medidas no previstas en el Derecho vigente y, por tanto, innovaciones del Proyecto el internamiento en un establecimiento de preservación, la custodia preventiva, la vigilancia de seguridad y, para extranjeros, la expulsión del territorio nacional.

El establecimiento de preservación viene a solucionar el problema, que tanto ha apasionado hasta el momento, de encontrar lugar donde cobijar al psíquicamente tarado, en particular al psicópata, no apto para el establecimiento carcelario corriente ni para el usual de curación y asistencia.

La custodia preventiva se aplica a sujetos menores de veintisiete años, aún no maduros para la custodia de seguridad, ya delincuente o en peligro de convertirse en delincuente por tendencia.

La vigilancia de seguridad tiene por fin ejercitar una protección y vigilancia especial sobre ciertos sujetos peligrosos que viven en libertad, en ciertas épocas críticas, para alejarlos de la comisión de hechos penales y para conducirlos a una vida ordenada y conforme a la Ley.

Por último, tiene el Tribunal también potestad para ordenar la expulsión de extranjeros temporal o definitivamente del territorio federal si han sido condenados a penas privativas de libertad de más de tres meses.

El otro problema grave a resolver, el de los menores, le ha solucionado Alemania por Ley de 4 de agosto de 1953 sobre tribunales de menores (Jugendgerichtsgesetz) que establece un sistema de sanciones, distintas de las aplicables a los adultos, a aplicar a los jóvenes de 14 a 18 años y, bajo ciertas condiciones, a los comprendidos entre 18 y 21 años. Estas sanciones son de tres clases: medidas puramente educativas, medidas disciplinarias (Zuchtmittel) y penas, que pueden ser absolutamente determinadas o relativamente indeterminadas y se cumplen en un establecimiento especializado. Entre las medidas disciplinarias se encuentra el arresto del fin de semana (Freizeitarrrest).

El que se deba aplicar "penas" y no "medidas" a los menores comprendidos entre los 14 y los 18 años es una constante en la doctrina alemana. Y en ese sentido se pronunciaron los juristas germanos que asistieron al Congreso de Roma. Según la Jugendgerichts-

gesetz, el Juez puede imponer una pena al menor cuando a causa de los instintos nocivos del menor de 18 años las medidas educativas o disciplinarias resultan insuficientes, o cuando el delito es de una gravedad tal que es indispensable imponer una pena al culpable.

* * *

El vigente Código italiano establece dos clases de medidas de seguridad: personales y patrimoniales. Las primeras las clasifica, a su vez, en detentivas y no detentivas (art. 215)

Son medidas detentivas: a) la asignación a una colonia agrícola o a una casa de trabajo (para los delincuentes habituales, profesionales y por tendencia), b) el internamiento en una casa de curación y de custodia (para los condenados a pena disminuída a causa de enfermedad psíquica, crónica intoxicación por alcohol o sustancias estupefacientes, o sordomutismo), c) el internamiento en un manicomio judicial (para los exentos de pena por enfermedad psíquica, intoxicación crónica por alcohol o sustancias estupefacientes, o sordomutismo), d) el internamiento en un reformatorio judicial (para los menores, tanto imputables como inimputables).

Son medidas no detentivas: a) la libertad vigilada, b) la prohibición de estancia en uno o más municipios, o en una o más provincias, c) la prohibición de frecuentar hosterías o establecimientos públicos de bebidas alcohólicas, d) la expulsión del territorio nacional, sólo aplicable a extranjeros.

Medidas de seguridad patrimoniales, además de las establecidas por particulares disposiciones de la ley, son, según dispone el artículo 236: la caución de buena conducta y la confiscación, que puede ser de aquellas cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito, o de las cosas producto o provecho del mismo.

La introducción de las medidas de seguridad al lado de las penas se ha considerado la más importante innovación del Código penal de 19 de octubre de 1930 (27). Medidas de seguridad que en el sistema del Código tienen carácter administrativo —aunque es controvertido si su esencia sea tal— siendo confiada su aplicación al juez penal por razones de garantía individual y de economía funcional. Se aplican solas cuando se imponen a inimputables, y unidas a las penas —y generalmente después de haberse éstas cumplido— en los demás supuestos. Según ROCCO, las medidas de seguridad se destinan a *integrar y completar* el sistema de las penas allí donde las penas *no son aún* aplicables (como sucede para los menores imputables) o *no son ya* aplicables (enfermos totales de mente), o aunque aplicables son *medios insuficientes* de defensa de la sociedad del delito (menores entre catorce y dieciocho años, considera-

dos imputables; delincuentes habituales, profesionales o por tendencia semi-enfermos mentales, parcialmente responsables (28).

El Código conserva inalterados, según Sabatini, los principios basilares de la imputabilidad moral y de la pena-sufrimiento, y añade la disciplina complementaria de la peligrosidad y de las medidas de seguridad.

De acuerdo con esta interpretación neoclásica los delincuentes se pueden distinguir en relación al Código, en tres categorías:

- a) imputables no peligrosos, sujetos a pena.
- b) imputables peligrosos, sujetos a pena y medida de seguridad.
- c) inimputables peligrosos, sujetos sólo a medidas de seguridad.

Al mantenerse en una línea teórico-sistemática tradicional en las viejas legislaciones que distingue los "imputables" (en relación a los cuales se aplica una función estatal "represiva") de los "no imputables" (respecto a los cuales se admite una reacción considerada "preventiva") se estima que el italiano no es un Código penal positivista. Posición que mantienen los mismos partidarios de esta dirección, como FROSALI, por estimar que el Código niega la concepción positivista sobre la "unidad de naturaleza y de disciplina para todas las sanciones" de las que el Estado se vale en su defensa contra la criminalidad que se revela a través del delito.

Determinadas las medidas de seguridad por la peligrosidad se extienden mientras la peligrosidad no cese: no puede prefijarse, por ende, su duración. El juez que pre-estableciese el máximo de duración de una medida de seguridad personal, escribe MANZINI (29), no sólo erraría gravemente, sino que realizaría al mismo tiempo un acto privado —en esta parte— de efectos jurídicos; la medida de seguridad quedaría fijada sólo en el mínimo legal, que es diferente según la medida de seguridad de que se trate.

La cuestión que, como repetidamente hemos expuesto, más apasiona en nuestros días es la relativa a la unificación de penas y medidas de seguridad. ¿Es posible realizarla? Para responder a esta pregunta habría de determinarse previamente si existe o no separación entre ambos medios. Y los pareceres de la doctrina italiana discrepan en absoluto. FROSALI escribe que es realmente imposible encontrar una diferencia ontológica entre medida de seguridad y pena, y le parece de pura y artificiosa creación legislativa la distinción entre penas y medidas de seguridad del derecho positivo italiano (31). En cambio para BETTIOL, ontológicamente, teleológicamente, en el momento de la ejecución, entre penas y medidas existe una neta diferenciación, por lo que no es posible su unificación. Sólo dentro de ciertos límites, añade, es posible hablar de unificación (32). Expuestos estos pareceres no insistimos sobre esta cuestión por habernos ocupado de ella con detenimiento en el desarrollo de nuestro trabajo.

Mencionaremos, por último, que por D. L. de 14 de septiembre de 1944 se constituyó una Comisión para la reforma del Código penal italiano que se propuso “fundarse en el Código vigente, salvo inspirarse en las modificaciones a realizar en los principios fundamentales de la concepción democrática como se habían acogido por el Código ZANARDELLI, teniendo presente el progreso alcanzado por la ciencia del Derecho penal en los años sucesivos a la publicación del Código ZANARDELLI, y la necesidad de utilizar la elaboración realizada en las instituciones penales durante los cuarenta años de vigencia de tal Código y posteriormente”.

Propósitos que se concretaron en un Proyecto que ha sido duramente criticado por juristas de todas las tendencias, de GRISPIGNI a CARNELUTTI, por haber dejado aquellos propósitos en el estado de... sólo propósitos.

NOTAS DEL IV CAPITULO

(1) En este sentido, MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, cit., pág. 381.

(2) *Retribución*, según HIPPEL, (*Lehrbuch des Strafrechts*, trad. it. de Vozzi, 1936, página 265) es el fin de satisfacer la conciencia jurídica ofendida. La retribución, dice JIYELENKO, es la naturaleza misma de la pena y no el fin de ella. La retribución llena la pena de un contenido positivo, le da un sentido definido gracias al cual se adquiere la posibilidad de distinguirla de las medidas de seguridad que externamente se le asemejan y que son, igual que la pena, medios de defensa social ("Les peines et les mesures de défense sociale", en el vol *Per il Cinquantenario della "Rivista penale"*, Citta di Castello, 1925, pág. 356). Para ANTON, la retribución está lejana de la venganza, de la que no es supervivencia, porque ésta es descarga afectiva, sin medida posible, mientras que la retribución es siempre proporción lograda en plena serenidad de espíritu, imprescindible para encontrar la justa equivalencia. Expiación, según SCHMIDT, se realiza allí donde un culpable reconoce por su parte el deber del mal penal que le alcanza como necesario moralmente para la recuperación de su libertad ética, y "de-sea" *autónomamente* en este sentido el sufrimiento penal y le toma sobre sí (SCHMIDT, "Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I vol., *Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954, pág. 11). Expiación viene a ser la pena que mortifica y haga sufrir de que hablaba la eximia CONCEPCION ARENAL, aunque ella incluyera la necesidad del dolor del dolor del delincuente dentro del más amplio fin correccional de la pena (*Obras Completas*, tomo X, Madrid, Suárez, 1895, págs. 24 y 25). V. también SCHMIDT, "Vergeltung, Sühne und Spezialprävention", en *ZSTW.*, 1955, páginas 177 y ss. Respecto a cual sea la función de la pena en la República Democrática Alemana, confr. RENNEBERG, "Die Funktionen der Strafe in der Deutscher Demokratischen Republik und einige Bemerkungen zum geltenden Strafsystem", en *Beiträge zu problemen des Strafrechts*, Veb Deutscher Zentralverlag, Berlín, 1958, págs. 41 y ss.

(3) MAURACH considera fin de la pena la expiación del pasado y el fin de las medidas de seguridad el impedir nuevas lesiones al derecho (*Grundriss des Strafrechts*, Allg. Teil, 1948, página 89). Pero pudiera ser más conveniente, acaso, el distinguir con JIMENEZ DE ASUA entre naturaleza, efectos y fin de la pena, considerando como naturaleza de la pena la retribución por el delito cometido; como efectos un mal para el delincuente; y como fin, que puede ser múltiple, la resocialización del delincuente y la intimidación principalmente (JIMENEZ DE ASUA *Les peines et les mesures de sûreté*, rapport presentado al VI Congreso Intern. de Der. penal, en *Revista Int. de Droit pénal*, 1953, números 1 y 2, págs. 540-1). Confr. también ALLEGRA, *Fondamento scopo e mezzo nella*

teoria della pena, Novara, 1952, passim. MEZGER en un artículo reciente diferencia entre el concepto y la esencia de la pena como retribución, el fin perseguido con la pena y su justificación; añadiendo que no puede desconocerse, sin embargo, que los tres puntos de vista citados se conectan internamente muy estrechamente y por eso, con frecuencia, se pasa de uno a otro ("Strafzweck und Strafzumessungsregeln", en *Materialien...*, I vol., 1954 cit., pág. 1 y ss.). SCHMIDT en el mismo volumen de los *Materialien...* ("Strafzweck und Strafzumessung in...", cit., pág. 9 y ss.) aconsejaba a la Comisión para la Reforma del Derecho penal dejar fuera, a priori, los vocablos expiación y retribución en todas las discusiones sobre el problema de la pena. Y añadía que las expresiones "retribución", "retribución justa", "retribución adaptada al hecho", etc., son inútiles para ofrecer al juez las representaciones convenientes de la tarea que se plantea con la atribución de la pena (pág. 15).

Altamente interesante — en el estudio de los múltiples fines que a la pena se asigna — es la distinción entre los modernos conceptos de "resozialisierung" y el de corrección de la "Besserungstheorie" que a una observación superficial acaso pudieran confundirse. Resozialisierung (reintegración), tal como se comprende en Alemania, no quiere decir otra cosa que el esfuerzo emprendido en vista de habitar al presidiario a un trabajo regular y de prepararle así a una vida conforme a la ley a fin de que no reincida en adelante. Si al mismo tiempo se logra elevar su nivel moral, eso se dará por añadidura. Pero en Alemania se es bastante escéptico en cuanto a las posibilidades reales de reeducar de modo profundo a los adultos por la ejecución de la pena (JESCHECK, "Le système pénitentiaire de la République fédérale d'Allemagne", en *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*, X, París, 1955, págs. 295-6). Para SCHOTTELIUS el concepto de "resozialisierung" se refleja de la mejor forma acudiendo al fin, que consiste en la reincorporación (Wiedereingliederung) del penado en la sociedad (Confr. "Rehabilitation und Resozialisierung", en *Materialien...*, 2 Band, I, Allg. Teil, cit., págs. 149 y ss.).

Lejos de esta posición se coloca la teoría de ROEDER. El fin de la pena para este autor, es restablecer en el sujeto la voluntad justa. La legalidad exterior de las acciones no basta. Es necesaria la interior enmienda del culpable. Ya que el derecho es norma ineludible incluso para la íntima conducta humana.

Esta concepción no es plenamente la de la denominada Escuela Correccionalista española, pareciendo, en este punto, nuestros juristas precursores de la dirección moderna, ya que partiendo de las teorías de ROEDER, KRAUSE, AHRENS, etc. — que introdujeron en nuestra patria a GINER, ROMERO GIRON y SANZ DEL RIO — se alejaron de sus utópicos resul-

tados (ANTON ONECA, *Derecho Penal*, página 36).

Así SILVELA (*El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903, pág. 233), después de reconocer como de esencia al restablecimiento del Derecho la corrección del reo, entiende que implicaría una contradicción el exigir como necesaria la enmienda moral, pues si la perturbación que en el delito se considera es la jurídica también ha de ser jurídica el restablecimiento. "Habrás obtenido la restauración jurídicamente cuando se haya alcanzado que por cualquier motivo, por cualquier causa, el hombre se determine en adelante en los hechos que contienen las condiciones del Derecho conforme a la Ley". "No negaremos que el orden tendría un asiento más firme y duradero, añade, si llegase a alcanzarse la corrección moral con la especie de santidad que lleva consigo: pero este propósito está fuera del Estado como Sociedad jurídica".

CONCEPCION ARENAL coloca en primer plano la corrección y en segundo la seguridad como objetos de la pena, lo que significa también un alejarse de las concepciones de la *Besserungstheorie*. Corrección, que no es algo absoluto sin condiciones ni grados —son sus palabras—, sino que tiene mucho de relativo y graduado. Para la ilustre penitenciarista ferrolana la gran mayoría de los delincuentes es modificable en el sentido del bien lo suficiente para que la pena los corrija e incluso los enmiende. Lo que no quiere decir que no admita criminales "incurables", aunque limita mucho su número al separar de ellos los "no corregidos" y distinguiendo también entre una corrección moral y otra jurídica. Si considerados moralmente, sólo algún monstruo de maldad, o el que no está en su cabal juicio, son incorregibles en absoluto, es decir, incapaces de ser más o menos modificables en el sentido del bien, bajo el punto de vista legal hay que considerar como incorregible todo penado que después de haberlo sido varias veces y puesto en condiciones de enmendarse, al recobrar la libertad vuelve a infringir las leyes repetidamente (*Informe del Congreso de San Petersburgo*, tomo XIV de las *Obras Completas*, pág. 106). De donde, pues, jurídicamente —y aquí creemos se encuentra el núcleo de su concepción— está corregido legalmente el que al recobrar la libertad no vuelve a infringir las leyes sino muy tardíamente. Pero para CONCEPCION ARENAL no basta que el criminal no reincida, bien porque logró el objeto que se proponía, bien por cálculo de no sufrir otra pena, sino que quiere que se corrija, lo que no puede lograrse sin dolor; con lo que introduce la mortificación como un objeto más de la pena (Confr. *Obras Completas*, tomo X, Madrid, 1895, pág. 25 y nota de la misma página).

Y más patentemente se manifiesta aún esa separación de los correccionistas españoles, de los correccionistas alemanes si leemos a CADALSO. Este penitenciarista, a quien tanto debe la reforma de las prisiones patrias, se expresaría así en *La pena de deportación y la*

colonización por penados (Madrid, 1895, página 23): "Ese arrepentimiento sincero, esa voluntaria penitencia, ese dolor de corazón por haber pecado y ese remordimiento de conciencia por haber delinquido, de que habla ROEDER y de que tanto espera, rara, rarísima vez se encuentra en los penados. Más fácil es despertar y mantener en ellos la halagadora esperanza de un bienestar con lo que puedan aprender en reclusión, luego que sean libres, que el santo arrepentimiento de los correccionistas, fundado en el pesar y dolor de los daños que hicieron los penados con su crimen.

El moderno concepto alemán de "Resozialisierung" le acoge el profesor ANTON en su discurso de apertura del curso académico 1944-45 en la Universidad de Salamanca (*La prevención general...*, cit., pág. 73 y ss.) cuando dice: "Al Estado le basta con que sus súbditos discurren por el cauce de la Ley y cooperen, más o menos de su grado, a los fines colectivos. Será deseable enderezar voluntades torcidas y purificar las almas; pero cuando otra cosa no sea posible, habrá de contentarse con regularizar las conductas, lo cual, según ANTON, se consigue por dos medios: Persuadiendo al reo de que es conveniente no delinquir porque la consecuencia es un mal mayor que la satisfacción procurada con la infracción (o sea, mediante la creación de una experiencia de utilidad), y segundo, creando en el delincuente crónico hábitos de trabajo".

(4) GUELLO CALON, *La moderna penología*, cit. pág. 102.

(5) Estos principios jurídicos generales, a los que se someten las medidas de seguridad, han sido expresamente previstos en los Códigos o Leyes especiales (Italia, Francia, Rumania, etcétera), o no formulados en absoluto como evidentes e immanentes a las medidas.

(6) Confr. BOUZAT, *Traité théorique et pratique de Droit penal*. París, DALLOZ, 1951, páginas 239-243. Para DELITALA ("Prevezione e repressione nella riforma penale", en *Riv. et. dir. pen.*, 1950, núm. 6) las medidas de seguridad no son meros instrumentos defensionistas, sino medios dotados del mismo carácter ético de la pena. En el mismo sentido ANTON afirma que, en el concepto público, las aplicadas a los imputables son consideradas tan reprobatorias y deshonorantes como la pena.

(7) Sobre cómo las diferencias teóricas entre medida y pena se atenúan en la práctica judicial de las autoridades de ejecución o en las legislaciones, confr. HERRMANN, *Die mit Freiheitentziehung verbundenen...*, cit., página 196.

(8) HERRMANN, ob. y loc., última cit. página 194.

(9) Confr. respecto a esta última, JIMENEZ DE ASUA, *Derecho penal soviético*, Buenos Aires, 1947, pág. 97 y ss. Y respecto al Código criminal danés para Groenlandia, en vigor desde el 15 de julio de 1954. V. MARCUS, *Das dänische Kriminalgesetzbuch für Grönland*, en "ZStrW.", 1955, pág. 67.

(10) A. GUARNERI ("Il processo delle mi-

sure di sicurezza", Unione Tipografico-Editrice torinese, 1953, pág. 239, nota) esta afirmación le parece lejana de la realidad por las razones que expone.

(11) GRISPIGNI, "Le probleme de l'unification des peines et des mesures de surete", *Revue Internac. de Droit penal*, 1953, número 3, págs. 764-65.

(12) CUELLO CALON, "Medidas de seguridad", en *Anuario de Derecho penal*, enero-abril, 1946, pág. 24.

(13) De la reincidencia se ha ocupado recientemente el III Congreso Internacional de Criminología de Londres. Las cinco secciones de trabajo tuvieron como objeto de estudio, respectivamente, la definición de la reincidencia y establecimiento de un método de trabajo estadístico; formas de la evolución de la reincidencia; causas de la reincidencia; pronóstico de la reincidencia y tratamiento de la misma.

(14) Según MEZGER (Ob. cit. pág. 382-3), ecuación valorativa.

(15) BELEZZA DOS SANTOS, "Recidivistes et delinquants d'habitude", en *Rev. de Sciences Criminelles et de Droit penal compare*, 1955, página 687.

(16) ANTOLISEI, *Scritti...*, cit., pág. 202.
(17) *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, I volumen, Bundesdruckerei, Bonn, 1956, pág. 58.

(18) ANTOLISEI, *Scritti...*, cit., pág. 198-9.
(19) ANTON ONECA, *Derecho penal*, cit. a 585.

(20) ANTOLISEI, *Scritti...*, cit. pág. 192.
(21) BLAU, *Gefährlichkeitsbegriff...*, cit. página 11.

(22) De sumo interés es la consulta de las discusiones de la Gran Comisión para la Reforma del Código en relación al sentido y fin de la pena en las que, con variedad de matices, se entendió por el primero que debe ajustarse a la culpabilidad del autor y en relación a los fines, que sirve para garantizar el orden jurídico, proteger a la colectividad y reincorporar al sujeto a la comunidad (confr. *Niederschriften über die Sitzungen...* 4 vol. Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 381 y ss). El párrafo segundo del art. 2.º del Proyecto establece que "la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad" (confr. *Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs... mit Begründung*, Bonn, 1958, pág. 7).

(23) Desde el año 1934 se aplicó en Alemania la castración forzosa como medida de seguridad, siendo posible a partir de 1935 la castración voluntaria para liberarse de un instinto sexual degenerado peligroso. La primera fué prevista por el art. 42 k, que establecía lo siguiente: "El Tribunal podrá decretar, juntamente con la pena, que un hombre de 21 años cumplidos en el momento de la sentencia sea sometido a la castración: 1.º) Cuando sea condenado a más de seis meses de prisión por un delito de violencia sobre personas para dedicarla a tráfico inmorales; por trato inhumano con niños; violación; auxilio para el tráfico sexual mediante comisión de delito u otras infracciones; ofensas públicas al pudor, siempre

que haya sido condenado al menos otra vez por delitos del mismo tipo a penas de privación de libertad y que de la apreciación de los hechos en conjunto se deduzca que se trata de un delincuente peligroso contra la moralidad. 2.º) Cuando haya sido condenado ya, por lo menos dos veces, con ocasión de actos análogos, a penas de privación de libertad no inferiores a un año o cuando de la apreciación de los hechos en conjunto se deduzca que se trata de un delincuente peligroso contra la moralidad, aunque no hubiese sido condenado por delitos semejantes. 3.º) Cuando haya sido condenado por homicidio o asesinato cometidos para obtener o contribuir a un tráfico sexual".

Esta disposición fué objeto de las más amargas críticas. RODRIGUEZ DRANGUET, por ejemplo, veía revivir en ellas "todos los horrores penales de la ignorancia y que acumuló la maldad de inquisidores y verdugos primitivos" (R. DRANGUET, *Defensa social*, cit. página 135). Medio profiláctico criminal inútil, medida infamante y pena corporal, diría RUIZ FUNES unos años más tarde, la castración no aniquila el instinto sexual, sino que lo transforma (conferencia RUIZ FUNES, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, La Habana, 1948, página 488 y ss. y 519 y ss.).

Tanto este precepto como los que establecían en Alemania la castración voluntaria fueron derogados al final de la última guerra. No significa esto, sin embargo, que con ello se piense que el problema esté solucionado. En el marco de los trabajos para la gran reforma del Derecho penal con que se enfrenta actualmente el país germano y entre las cuestiones que considerándose no poderse resolver sin el parecer de la ciencia médica se incluyeron en el cuestionario que fué presentado a Asociaciones Médicas o personalidades relevantes en este campo, se encontraban las siguientes: ¿Debe preverse expresamente en el Derecho penal futuro la cuestión de la esterilización y castración voluntaria? ¿En caso afirmativo en qué circunstancias y bajo qué presupuestos?

Dejamos aparte lo relativo a la esterilización por razones eugenésicas, que, como dice SEELI (*Tratado de Criminología*, ed. españ. de RODRIGUEZ DEVESA, 1958, pág. 488), se distingue perfectamente por su contenido y por su finalidad de la castración, para exponer lo que en relación a esta última respondieron los consultados.

KRETSCHMER estima no debe cerrarse totalmente la posibilidad de la castración voluntaria para los delincuentes habituales peligrosos. A LANGELUDECKE —modificando lo que expresará en el VII Congreso de la Sociedad de Biología Criminal de Munich de 1953 en el que declaró que no bastaban las investigaciones hasta entonces realizadas para fundamentar un juicio apropiado sobre el éxito o no de la castración (V. "Die Nachuntersuchung der Entmannen", en *Kriminalbiologische Gegenwartfragen*, Enke, Stuttgart, 1953, página 55)— después de valorar un material de más de 1.000 extractos del Registro penal le parece el

resultado tan favorable como para desear plantear de nuevo la discusión sobre la reintroducción de la castración voluntaria. Para el Profesor BOHMER, que redactó el informe de la "Deutsche Gesellschaft für Gerichtliche und soziale Medizin", debe permitirse la castración voluntaria: si las Autoridades dictaminadoras de los Colegios Médicos contemplan tal medida como necesaria y prometedora de éxito, considerando no necesario en un futuro Código un precepto especial por estimar poderse justificar tal medida con ayuda del art. 226 a del Código penal vigente. Las opiniones de los miembros de la "Deutsche Gesellschaft für psychiatrie und nervenheilkunde" están divididas acerca de la admisión de la castración voluntaria. Los autores del informe que presentó esta Sociedad, profesores VILLINGER y ERHARDT, desearían, sin embargo, fundamentalmente afirmar la admisión de la castración voluntaria de los delincuentes habituales peligrosos. Para la "Asociación Alemana de Ginecología" la castración voluntaria, tanto si se efectúa por fundamentos puramente médicos como psiquiátricos, no necesita tratarse en el futuro Derecho penal. Y la perverse expresamente en un Derecho penal fuertemente ALBRECHT que firmó el informe de la "Deutscher ärztinnenbund" se inclinó resueltamente por la admisibilidad, bajo ciertas condiciones, de la castración voluntaria que, según ella, debía preverse expresamente en un Derecho penal futuro. De este coro de pareceres favorables a la admisión de la castración voluntaria, quede o no la misma dentro del ámbito del Derecho penal, tan sólo parece alejarse el informe del Prof. MITSCHERLICH (Confr. *Sutachten und Aellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichen einschlag*, Bonn, 1950, passim).

Se practica actualmente la castración, como medida político-criminal, en Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega y en diferentes estados de Estados Unidos. En Holanda no hay ley que la prevea, pero rige la castración desde 1938, en que ha sido permitida por el Departamento de Justicia, como voluntaria para el delincuente contra la moral, mayor de veinticinco años, al que sea de dudoso éxito la aplicación de cualquiera otra medida terapéutica. En Suiza

se permite la castración con consentimiento del paciente, como medida de curación que no pertenece al Derecho penal.

Salvo en algunos Estados norteamericanos, en Dinamarca, según la Ley de 1.º de junio de 1929 —a partir de la notificación de 1935— y en Noruega desde la Ley de 17 de febrero de 1950, no se permite la castración forzosa en ningún país (confr. SEELIG, *Tratado de Criminología*, trad. esp., cit., pág. 464 y ss. LANGELUDEKE, "Die Nachuntersuchung...", en *Kriminalbiologische Gegenwartsfragen*, cit., págs. 50 y ss. HELDMANN, "Die Massnahmen der Sicherung und Besserung ohne Freiheitsentziehung", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2 Band, I, Allg. Teil, cit., págs. 249-50).

De lo expuesto se deduce que la cuestión de la castración sigue siendo de gran actualidad y por ello nos hemos permitido concederle tanto espacio. La trascendencia de la misma resalta del hecho de estar vinculada a problemas éticos, médicos y político-criminales.

(24) HERRMANN, "Die mit Freiheitsentziehung verbundene Massnahmen der Sicherung und Besserung", en *Materialien...*, 2 Band, I, Bonn, 1954, pág. 207.

(25) ANTON ONECA, *La prevención general...*, cit., pág. 109.

(26) Confr., *Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichen einschlag*, Bonn, 1958, passim.

(26 a) Confr. "Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs... mit Begründung", Bonn, 1958, págs. 84 y ss.

(27) Y así lo estimaba el mismo ROCCO (Confr. "Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica", en *Opere giuridiche*, III, 1933, pág. 713).

(28) ROCCO, *Le misure di sicurezza...*, cit., págs. 713-4.

(29) MANZINI, *Istituzioni di Diritto penale italiano*, vol. I, Parte general. Padua, 1946, pág. 226.

(30) ALTAVILLA, *Il delinquente e la legge penale*, pág. 394.

(31) FROSALI, *Sistema penale italiano*, *Diritto sostanziale*, III, 1958, págs. 378-9.

(32) BETTIOL, *Diritto penale*, 1958, cit., pág. 685.

V

El Código penal español vigente —texto refundido de 23 de diciembre de 1944— alude a la peligrosidad en escasas ocasiones (artículos 67, 100 y 256), y en otros casos la doctrina considera que puede estimarse verdadera y propia peligrosidad a través de simples referencias a elementos subjetivos referidos a la persona del delincuente —incorporados al Código en la reforma del 44— y muy necesarios en un Derecho penal, como el español, casi exclusivamente inspirado en el principio legal del hecho (arts. 61, 99, 223, 318, etc.).

Este descuido por el vigente Código español de todo cuanto se fiere a la peligrosidad es, sin duda, debido al hecho de la vigencia de la Ley de Vagos y Maleantes que se ocupa tanto de la peligrosidad “ante-delictum” como de la postdelictiva. Ley en la que toma realidad, según uno de sus autores, la doctrina del estado peligroso (1).

Antes, sin embargo, que la Ley de Vagos, el Código de 1928 había acogido por vez primera en nuestra legislación las medidas de seguridad, incluso con este nombre. Innovación que no pasaría al Código de 1932.

Como valioso antecedente debe citarse el Proyecto de Código penal de Montilla de 1902, que BERNALDO de Quirós redactara, en cuyo artículo 33 se establecía lo siguiente: “Cuando comparezca ante el Tribunal un individuo condenado repetidas veces y, por virtud de los datos aportados al proceso, adquieran los jueces el convencimiento de que, no obstante la nueva condena, volverá a delinquir el procesado, por lo cual sería conveniente retenerle indeterminadamente en un establecimiento penitenciario especial destinado a incorregibles, propondrá al Gobierno esta medida, suspendiendo la sentencia hasta tanto la consulta se resuelva”.

“Previa una información de los antecedentes y condiciones actuales del sujeto, el Gobierno decretará la retención de éste por tiempo que no podrá bajar de diez años ni exceder de veinte, si a consecuencia de la información aparece procedente tal medida”.

“La retención indeterminada del reincidente reemplazará a la pena correspondiente a su último delito, y en ningún caso cesará antes de que se hubiera extinguido ésta, de habersele aplicado” (2).

Se mencionará también, aunque no se encuentre totalmente en esta vía, el Proyecto Pinies de profilaxis social, de 1922 —uno de cuyos redactores fué el Profesor Castejón— y que encauzaba la solución del problema de los maleantes por caminos administrativos (3).

Y pasemos de nuevo al análisis del Código de 1944 y de la Ley de Vagos de 1933.

Ninguno de estos dos textos legales define lo que por peligrosidad

se entiende. Pero es dable deducir su concepto acudiendo al Preámbulo, redactado por Ruiz Funes, del Proyecto de la Ley de Vagos y Maleantes. Es el siguiente: la noción de peligrosidad significa la vehemente presunción de que una determinada persona quebrantará la ley penal. Valora el delito como síntoma de peligrosidad antisocial. Unas veces, producido el síntoma, es decir, el delito, se reacciona no sólo contra él, sino también contra la actividad que revela y que sirve de base para creer fundadamente que el delito cometido no es un episodio aislado, y que si no se toman ciertas medidas asegurativas habrá de repetirse sistemáticamente. En otros casos se trata de corregir una actividad antisocial, inmoral y dañosa que es índice seguro de una conducta que revela inclinación al delito.

En el primer caso, de estado peligroso post-delictum, se sanciona el delito con la medida penal; pero es necesario corregir la actividad antisocial que revela y poner al peligroso incorregible en condiciones de no dañar, es decir, adaptarlo o rendirlo inocuo.

En el segundo caso de estado peligroso ante-delictum es necesario emplear para corregir el índice de peligrosidad y para prevenir los delitos futuros, iguales medidas de cura, adaptación e innocuización".

Los casos de estado peligroso antedelictual se encuentran catalogados en el artículo 2.º de la Ley. Y son: los vagabundos habituales; los homosexuales, rufianes y proxenetas; los que no justifiquen, cuando legítimamente fueron requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia; los mendigos profesionales; los que exploten juegos prohibidos; los ebrios y toxicómanos habituales; los que para su consumo inmediato suministren vino o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares o establecimientos públicos o en instituciones dedicadas a la educación y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual; los que ocultaren su verdadero nombre a requerimiento de los agentes de la autoridad; los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional; los que observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes, o por otras circunstancias que la ley determina; los antisociales que en sus actividades y propagandas reiteradamente inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco, y los que públicamente hagan la apología de tales actos; los que por sus actividades o modo de vivir habituales hagan recaer sobre ellos indicios fundados de sustraer a la lícita circulación divisas, mercaderías u otros artículos intervenidos de comercio; aquellos que en cualquier modo perturben con su conducta la paz social o la tranquilidad pública; los que con notorio menosprecio de las normas de la convivencia social y buenas costum-

bres o del respeto debido a las personas, ejecutaren actos caracterizados por su insolencia, brutalidad y cinismo, y los que con iguales características maltrataren a los animales, árboles, plantas o cosas (4). Supuestos a los que son aplicables —por los tribunales— medidas de seguridad que no difieren mucho de las establecidas en los artículos 215 y 236 del Código italiano.

Los casos de peligrosidad post-delictum se comprenden en los artículos 3 y 9 (reincidentes o reiterantes de cualquier género de delitos en los que se presume la habitualidad criminal; los criminalmente responsables de un delito cuando el tribunal haya hecho una declaración expresa sobre la peligrosidad del agente; casos de desistimiento de la tentativa). Por ser punibles después de la reforma de 1944 el delito imposible y el mandato no seguido de ejecución ya no se aplicará a estos casos el artículo 9, sino el 7 de la citada Ley.

Índices mensuradores de la existencia de la peligrosidad son: el hecho cometido; los antecedentes penales del reo; los motivos a delinquir y las circunstancias modificativas o cualificativas del delito.

La principal característica de esta ley —que según DEL ROSAL viene montada genuinamente en el “principio de autor” en vez del “hecho” constituyendo la expresión legislativa más audaz de realización del Derecho penal de autor sobre “tipos de carácter criminológico” (5)— es la equiparación que efectúa en su tratamiento entre la peligrosidad post y predelictiva. Aunque la primera sólo figuraba en la Ley, según JIMENEZ DE ASUA, que era uno de sus redactores, eventualmente, mientras se redactaba y sancionaba el nuevo Código penal.

Se ha criticado la Ley de Vagos sobre todo por la posibilidad de declarar un estado peligroso sin las garantías de un delito previamente cometido, habiéndose manifestado los mismos positivistas italianos contra la excesiva discrecionalidad dejada al juez, la enorme elasticidad de la norma que a ellos les parecía “deprecabilissima cosa” (6). Por otra parte, habiendo intentado ser una ley de peligrosidad sin delito, se ha preguntado si parte de la “peligrosidad sin delito” no habría podido concretarse por el legislador en una verdadera y propia “peligrosidad criminal”, tratándose entonces de una peligrosidad no ya “sin delito” sino “ex-delicto” que debía combatirse con los procedimientos y con las garantías de una acción penal verdadera y propia (7). Y así se hace en muchos Estados modernos que luchan contra los “asociales” —dentro de cuyo término pueden incluirse la mayor parte de los tipos descritos en el artículo 2.º de la Ley de Vagos— solamente con penas (Inglaterra y EE. UU.) o conjuntamente con medidas y penas (Brasil, Chile, Dinamarca, Grecia, Italia, Noruega, Austria, Rumania, Suiza...) (8). Lo cual sería de *lege ferenda* recomendable, ya que varias de las categorías enumeradas en la Ley que

comentamos consisten en actos, no en la condición personal de sus autores (9).

ANTON ONECA hace notar que el pensamiento de los redactores de la Ley del 33, más bien que en las legislaciones modernas ha estado puesto en las leyes antiguas "de vagos", que hacían de tales estados figuras delictivas, lo que se refleja en los pintorescos casuísmos (10). Leyes de las que tenemos en nuestra Patria notables muestras, desde la muy conocida de 1369 que dictaran las Cortes de Toro y Enrique II promulgara. De recordar es que todavía los Códigos de 1844 y 1850 consideraron delito la vagancia, definieron lo que por vago entendían y le sometieron a pena (11).

Otro de los defectos —que vió JIMENEZ DE ASUA (12)— es el tinte defensivo del orden público que arrastraba la Ley desde su origen, como lo demostraban alguna de las categorías de peligro que incluía; lo cual se contraponen al carácter biológico-jurídico que sus autores querían otorgar a la Ley. Como ha dicho HERZOG muy recientemente, comentando el Decreto-Ley portugués de 12 de marzo de 1956, es deformar la teoría del estado peligroso emplearla para fines políticos (13).

Desde el punto de vista técnico tiene también errores, que dado el carácter sumario de este trabajo no podemos detenernos en analizar.

El Instituto Hispano-luso-americano y filipino penal y penitenciario, en sesiones celebradas en el Tribunal Supremo español en diciembre de 1956 y enero de 1957, se ocupó de una ponencia del Sr. Rull para una reforma de la Ley de Vagos y Maleantes. Ponencia que partía de la consideración de que "es general la creencia de que la legislación actual de Vagos y Maleantes, a pesar de los recursos que ofrece para luchar contra la vagancia y la malvivencia, resulta francamente ineficaz". Concretando las censuras que se le dirigían en estos cuatro puntos: imperfección de la denominación legal, falta de arbitrio judicial, carencia de establecimientos adecuados para su ejecución y predominio del carácter judicial sobre el tutelar". El talón de Aquiles de la actual situación española era, según el Ponente, la carencia de establecimientos adecuados. "Tenemos vagos y maleantes sometidos a la Ley y no sabemos qué hacer con ellos. Al acordarse el internamiento, medida casi única que puede aplicarse, se entregan los sancionados a la Dirección General de Prisiones, como la Ley ordena, y van a parar a establecimientos penitenciarios, principalmente a Córdoba; prácticamente se convierte en una segunda condena de privación de libertad que viene a agravar la que se le impuso por el Código penal, o a convertirse en una pena no prevista por la Ley. En uno y otro caso, la injusticia y hasta la ilegalidad son patentes. Por eso los jueces, con su fino sentido jurídico, se resisten a aplicarla".

En relación a las censuras que según el Sr. RULL a la Ley se diri-

gen, proponía las cuatro siguientes soluciones: denominarla Ley de inadaptados o antisociales; que la función judicial se limitase a declarar la peligrosidad, sus clases y en terminos generales e indeterminados, la medida de seguridad aplicable, debiendo hacer el resto la institución adecuada para la readaptación social del sometido al aseguramiento; la creación de establecimientos de régimen de trabajo y colonias agrícolas; y dar mayor predominio al carácter tutelar sobre el judicial, proponiendo la creación de un Patronato de inadaptados que debía funcionar en todas las provincias con funciones judiciales y tutelares. Para las primeras funcionaría como un Jurado presidido por un Juez de Instrucción. El Patronato, cuyos vocales tendrán en la materia de sus atribuciones, incluso la de dictar el acuerdo de sanción, las mismas que el Presidente y su voto el mismo valor, estará constituido por los siguientes miembros: un Juez de Carrera (que actuará como Presidente); el médico forense de la capital; el catedrático de Medicina legal o el más capacitado; un médico especializado en Psicología o Psiquiatría; un sacerdote especializado; un representante de la Delegación Provincial de Sindicatos o del Patronato provincial de la mujer, según sea varón o hembra el enjuiciado; un abogado especializado y con vocación, una persona de relieve social con vocación conocida, y un funcionario del Gobierno civil o de la Jefatura de Policía que actuará como secretario.

El Resumen de las objeciones del señor REOL, Fiscal General de nuestro más Alto Tribunal, son las siguientes: "Requíerese al Poder Público para que proporcione los medios necesarios para el cumplimiento de la Ley de Vagos; varíesele el nombre, intervenga obligatoriamente el médico forense y sin existencia de Patronatos, sino con los asesoramientos que el Juez estime conveniente tomar, siga éste como hasta ahora decidiendo en un procedimiento que estimamos acertado y que regula dicha Ley. Y una vez que la Ley esté en condiciones de cumplirse, aplíquese con la garantía e imparcialidad del Juez y del Ministerio Fiscal, y una vez que se cumpla podremos hablar de una reforma de la Ley de Vagos".

¶Pero no sólo la Ley de Vagos y Maleantes, según GARCIA IBÁÑEZ también el Código penal vigente acoge el criterio de la peligrosidad, ya expresa (artículos 67, 100 y 256), ya implícitamente (artículos 8, párrafos 1, 2 y 3; art. 65; 61, n.º 2 y 4; 93; 98; 99; 318; 235; 223; 511), y ello bien como presupuesto para la aplicación de una medida de seguridad (arts. 8, 65 y 67), bien como criterio que influye en la ejecución de la pena (arts. 100, 93 y 98) o como criterio para la medida de la pena (los restantes artículos acabados de enumerar), aunque en este último supuesto se trata especialmente, según el autor citado, de elementos subjetivos referidos a la persona del delincuente (14).

Y junto a la Ley de Vagos y al Código vigente, no desconocen el criterio de la peligrosidad otros textos legales. Así le acoge el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 en su artículo 192 al establecer que los Tribunales militares, en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes o agravantes enumeradas en los artículos 186, 187 y 188, impondrán la pena señalada en la Ley en la extensión que consideren justa, teniendo en cuenta en todo caso el grado de *perversidad del delincuente*... Con lo que el Código de Justicia Militar vigente continúa la tradición de los Códigos militares anteriores, puesto que la perversidad del delincuente había sido tenida en cuenta en el artículo 17, párrafo 2.º del Código Penal de la Marina de Guerra, y en el artículo 173, párrafo 1.º del derogado Código de Justicia Militar.

En la reciente Ley de extradición de 26 de diciembre de 1958, la "singular perversidad" en el delincuente suprime el beneficio de la no extradición en un delito político, con lo que la perversidad viene a privar al delincuente político de tal carácter a efectos de la extradición.

En la doctrina patria se han ocupado con especial detenimiento de la peligrosidad RUIZ FUNES y particularmente JIMENEZ DE ASUA. Destacable es el intento de este último de dar "encalvadura jurídica" a la peligrosidad mediante la determinación de su influjo sobre el juicio de culpabilidad. Parte de la premisa de que peligrosidad y culpabilidad, que no son lo mismo, tienen entre sí relaciones. Y concluye que el lugar propio de la peligrosidad dentro del sistema jurídico penal está en el elemento caracterológico que es una de las más importantes bases para el juicio de culpabilidad en que se decide el reproche (15).

NOTAS DEL V CAPITULO

- (1) JIMENEZ DE ASUA, "Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito", en *Rev. Gen. de Leg. y Jur.*, 1933, pág. 577.
- (2) El Proyecto de 1902 se publicó en Madrid en 1903 (Imprenta de la Viuda e Hijos de Tello) precedido de una *Explicación* de MONTILLA. Confr. también respecto al mismo, el Prólogo de BERNALDO DE QUIROS a *La sentencia indeterminada* de JIMENEZ DE ASUA.
- (3) Confr. CASTEJON, "El Proyecto Pinies de profilaxis social (maleantes) de 1922 y la ley relativa a vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933", en *Rev. Gen. de Leg. y Jur.*, 1933, págs. 214 y ss.
- (4) La enumeración del texto se ha realizado sobre las últimas modificaciones sufridas por la Ley de Vagos y Maleantes en su redacción originaria. Además de la Ley existe un Reglamento de 3 de mayo de 1935 y una Circular de 12 de marzo de 1934.
- (5) DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid, 1949, pág. 110.
- (6) ANDREA BELLONI, "La legge "de v-zgos y maleantes", 4 agosto, 1933, e i problemi della difesa sociale", en *La Scuola Positiva*, 1934, pág. 159.
- (7) ANDREA BELLONI, *loc. cit.*, pág. 161.
- (8) Confr. ALBRECHT, "Die Bekämpfung der Asozialität", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2 Band, I, Bonn, 1954, pág. 229 y ss.
- (9) ANTON ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 596.
- (10) ANTON ONECA, *loc. y pág. última* citada.
- (11) Confr. RODRIGUEZ DRANGUET, *Defensa social*, Madrid, 1935, págs. 225-6.
- (12) JIMENEZ DE ASUA, *Ley de vagos...* *cit.*, pág. 632.
- (13) HERZOG, "Le Décret-loi portugais du 12 mars 1956 sur la libération conditionnelle et les mesures de sureté", en *Rev. science crim. et droit pen. comparé*, 1957, t.º 1, pág. 235.
- (14) GARCIA IBANEZ, *La pericolosità nel Diritto spagnolo e nel Diritto italiano*, Tesis doctoral, Bolonia, 1955, inédita, págs. 3 y ss.
- (15) JIMENEZ DE ASUA, *Tratad de Derecho penal*, Tomo V, 1956, págs. 252-3. (De resaltar es la importancia que en la producción científica de este autor ha tenido el tema de la peligrosidad desde sus primeras obras hasta sus investigaciones más recientes); RUIZ FUNES, *La peligrosidad y sus experiencias legales*, La Habana, 1948; ANTON ONECA, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 583 y ss.; *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944; DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid; "Introduction sociologique au probleme de l'état dangereux" y "L'état dangereux en Droit penal espagnol et allemand", en *Deux. Cours. Int. de Criminologie*, 1953, páginas 243 y ss. y 496 y ss.; OLESA MUNIDO, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951; CUELLO CALON, *La moderna penología*, Barcelona, 1958, pág. 83 y ss.; CASTEJON, "El proyecto Pinies de profilaxis social (maleantes) de 1922 y la ley relativa a vagos y maleantes de 4 agosto de 1933", en *Rev. Gen. Leg. y Jur.*, 1933, págs. 214 y ss.; "Prólogo" a la traducción de *La Defensa social*, de PRINS, Madrid, 1912, DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1902; *El Derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915; GARCIA IBANEZ, *La pericolosità nel Diritto spagnolo e nel Diritto italiano*, Bolonia, Tesis doctoral, Inédita, 1955; TERUEL CARRALERO, *Comentarios a la Ley de Vagos y Maleantes*, Madrid, 1949; RODRIGUEZ DRANGUET, *Defensa social*, Madrid, 1935.