

Las medidas de seguridad

EUGENIO CUELLO CALON

Catedrático de Derecho Penal

SUMARIO: 1. Sus precedentes.—2. Su aparición en la época moderna.—3. Concepto y clases de medidas de seguridad.—4. Su imposición presupone la ejecución de un delito y está reservada a los tribunales de justicia.—5. Su duración.—6. Cesación de estas medidas.—7. Diferencias entre la pena y la medida de seguridad. Dualismo y monismo.—8. Estas diferencias ¿deben ser mantenidas?—9. Superposición de pena y medida de seguridad y viceversa. El llamado sistema alternativo.—10. La apreciación de la personalidad del delincuente.—11. Ejecución de estas medidas.

El problema de las medidas de seguridad, el de su naturaleza, su relación con la pena y la posibilidad de una fusión de ambas, penas y medidas, en un sistema unitario represivo-preventivo, continúa debatiéndose con ardor. Iniciada la discordia en el campo de la doctrina científica, en los primeros años del presente siglo, aún no se vislumbra una solución satisfactoria. Sin duda en algunos puntos el desacuerdo se atenúa, otros motivos de pugna han perdido o van perdiendo su interés, pero en las cuestiones de fondo la diversidad de opiniones aún se mantiene con firmeza.

Por otra parte, las medidas de seguridad alcanzan importancia creciente y gran aceptación legislativa, y este exuberante desarrollo se hace a expensas de la pena cuyo campo se reduce en gran medida.

En las páginas siguientes intentamos exponer con sentido crítico este arduo problema, destacando sus aspectos fundamentales en particular en la moderna doctrina y en las vigentes legislaciones (*).

MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. Mucho antes de nuestros días ya existieron instituciones que constituían verdaderas medidas de seguridad (1). Las casas

(*) Para el estudio total de esta cuestión es de extraordinario interés el trabajo de MARC ANGL: *Les Mesures de Sureté en Matière Criminelle*, Melun, 1950.

(1) La resolución acordada por la Comisión Internacional Penal y Peni-

creadas en la segunda mitad del siglo XVI para la reforma de prostitutas y vagabundos, entre las que destacó la célebre «Rasphuis», de Amsterdam, fueron en realidad instituciones de seguridad creadas con la finalidad de corregir a gentes de vida perversa y licenciosa contra las que era preciso proteger la ordenada vida social. Más tarde, a fines del siglo XVIII, en el Derecho territorial de Prusia (*Allgemeine Landrecht*, 1794) se establecen, para mendigos, vagabundos y holgazanes y para los delincuentes «que, a causa de sus perversas inclinaciones, pueden ser peligrosos para la comunidad» (2), medidas que son efectivas, medidas de seguridad con el mismo sentido y finalidad que hoy se les atribuye. Pero el autor de la parte criminal de este cuerpo legal, Klein, no se limitó a redactar sus preceptos, sino que formuló por vez primera una «teoría de las medidas de seguridad», en la que establecía la distinción entre la pena, que contenía un mal, y las medidas de seguridad que no precisan, decía, ser aflictivas para el sujeto y para cuya imposición ha de tomarse en cuenta su peligrosidad. Razón de la aplicación de ambas, pena y medida de seguridad, añadía, es el bienestar social, la *salus rei publicae*. Una y otra eran impuestas por la autoridad judicial (3).

En el siglo XIX, entre otras medidas de seguridad, pueden señalarse en España, en el Código penal de 1848, el internamiento en manicomio de locos delincuentes ordenado por el tribunal que también autorizaba su salida (art. 8.º, 1.º), la relegación de reincidentes establecida por la ley francesa de 27 de mayo de 1885 y el internamiento educativo de vagos y mendigos creado por ley belga de 27 de noviembre de 1891. Y seguramente en otros países podrían encontrarse medidas análogas inspiradas en los mismos fines de protección social, pero como todavía no se hablaba de medidas de seguridad no podían ser rotuladas con este nombre, que luego ha sido universalmente aceptado.

2. Las medidas de seguridad reunidas en una agrupación sistemática, paralela al sistema de penas, como se hallan actualmente en los Códigos penales modernos, aparecen por obra del profesor Stoos en 1893, en el primer anteproyecto de Código penal suizo; años más tarde, los anteproyectos de Código penal alemán de 1909 y de Código penal austríaco del mismo año instituyeron también, junto al cuadro de penas, formando un grupo orgánico, las medidas de seguridad. Pero antes de esta fecha se establecen también algunas medidas aisladas: en Noruega, en el año 1902, el internamiento de individuos absueltos o condenados a pena atenuada, irresponsables o parcialmente responsables, en

tenciaría en 6 de julio de 1951, expresó su desacuerdo con el empleo de la expresión (*Recueil de documents en matière pénal et pénitentiaire*, 1951, pág. 481).

(2) VON HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, 1.º, Berlín, 1925, pág. 281, nota. 2.

(3) LISZT-SCHMIDT: *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 25.ª edic., pág. 351.

un asilo de alienados o casa de salud o en casa de trabajo (artículo 39 del Código penal, modificado posteriormente), y en Inglaterra, en 1908, la detención preventiva (de cinco a diez años después de cumplida la pena correspondiente al delito cometido) para los delincuentes habituales (*Prevention of Crime Act*, 1908), medida actualmente derogada. En los años siguientes se difunden con rapidez, en particular en el período comprendido entre las dos guerras mundiales.

Sin embargo, en muchas legislaciones no se ha empleado, ni se emplea, para designarlas la denominación «medida de seguridad». Inglaterra nunca la aplicó a la «preventive detention», creada en 1908, ni a la actual medida que lleva el mismo nombre regulada por el *Criminal Justice Act* de 1948, ni Francia a la relegación de delincuentes establecida en 1885, ni Estados Unidos a las *Baumes Law* de 1927, que son verdaderas medidas de seguridad impuestas a los criminales multireincidentes, ni Argentina a la reclusión por tiempo indefinido que el artículo 52 de su Código penal impone como accesoria de la última condena a ciertos reincidentes.

La aparición y afianzamiento de las medidas de seguridad nace y prospera con el sentido de desconfianza en la pena. Ya en el pasado siglo algunos criminalistas manifestaron su escasa fe en ella, y a medida que este sentimiento se difunde, arraiga con firmeza la creencia de que la protección social contra el delito exige, además de la pena, el empleo de otro género de medidas, de medidas preventivas que no pertenecen al campo penal y caen en el ámbito de la política social, y de las hoy denominadas medidas de seguridad. Ya tarde manifestó su recelo, creía la pena capaz de detener el aumento de los delitos que no responden a las necesidades naturales, pero impotente contra los que tienen en ellas su raíz, como el robo, el hurto o los homicidios provocados por pasiones poderosas (4). Tampoco Ferri confiaba en su eficacia, su utilidad, creía, consiste más bien y sobre todo, en evitar los daños que produciría la impunidad, por lo que consideraba necesario el empleo de otros medios de defensa social contra el delito (5).

Esta enemiga contra la pena ha adquirido nuevo vigor en nuestros días a causa de la ofensiva lanzada contra la de privación de libertad, eje del sistema penal de todos los países, a la que se reprocha su ineficacia para prevenir la reincidencia y hasta se acusa de constituir un factor de criminalidad (recuérdense los ataques dirigidos contra «la prisión criminógena» en el II Congreso Internacional de Criminología de París de 1950).

Estos ataques no son enteramente justos. La pena no es un medio de lucha contra el delito por completo desdeñable, su valor y utilidad social dependen en gran parte del sentido que la

(4) *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, pág. 486.

(5) *Sociologia criminale*, 1.º, 5.ª edic., Turin, 1929, pág. 468

inspire y del modo de aplicarla, sin embargo, debe reconocerse que no es, como durante largo tiempo se ha creído, una panacea contra el crimen, que no es el único ni quizá el remedio más eficaz contra el delito. Pero aun cuando sea un instrumento de lucha contra la criminalidad, insustituible, al menos por ahora, es muy cierto que su importancia disminuye, que su campo de aplicación se va reduciendo con la aparición de otros medios de protección social contra la criminalidad, que son las medidas de seguridad. Mientras la pena se va achicando, las medidas de seguridad adquieren amplio desarrollo. En cuanto a las penas, en particular las de privación de libertad, hoy prevalece una arraigada tendencia a disminuir sus variedades, por el contrario, la medida de seguridad presentan cada día nuevas formas. Por otra parte, asistimos a una frecuente transformación de las penas en medidas de seguridad, por ejemplo, la caución y el comiso, medidas que poseen carácter penal en Códigos derogados y aún vigentes como el nuestro, en las modernas legislaciones se van catalogando entre las medidas de seguridad.

«Existen particulares grupos de personas—escribía Stoos hace medio siglo—inclinadas a cometer delitos a causa de su estado corporal o espiritual. Se trata para el político criminal de eliminar o de mejorar estos graves estados. La pena, por regla general, no es adecuada para ello, pues se determina no con arreglo al estado del agente, sino con arreglo al acto por él ejecutado. Son necesarias otras medidas que consigan lo que la pena no consigue» (6). Nace, pues, la medida de seguridad con el carácter de complemento de la pena, se considera que ésta realiza una función eficaz para cierta clase de delinquentes, mas para otras se estima inadecuada y se propugna su sustitución por otros medios de diverso género. De estas ideas nacieron las modernas medidas de seguridad como medidas paralelas a las penas, que las completan y a veces las sustituyen sin confundirse con ellas (7). Su carácter complementario, nacido de la insuficiencia de la pena, se destaca por la doctrina científica, y en particular en algunos Congresos penales, especialmente por el Congreso Internacional de Derecho Penal de Bruselas de 1926 (8).

Stoos proponía estas medidas para los delinquentes jóvenes, para los sujetos de vida disoluta y refractarios al trabajo, para

(6) *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Viena-Leipzig, 1912, pág. 22.

(7) MADUREIRA DE PINHO, *Medidas de segurança*, Río de Janeiro, 1938, página 38.

(8) En el acuerdo votado en este Congreso se manifestaba que la pena como sanción única del delito no bastaba para las exigencias prácticas de la defensa social contra los delinquentes más peligrosos por su anomalía mental o por sus tendencias o hábitos de delincuencia, así como respecto de los menores más o menos reeducables (*Rev. de Droit pénal et de Criminologie*, 1926, página 835). El X Congreso Internacional Penal y Penitenciario (Praga, 1930), adoptó el siguiente voto: «Es indispensable completar el sistema de penas con un sistema de medidas de seguridad para asegurar la defensa social cuando la pena sea inaplicable o insuficiente» (*Actes du Congrès*, vol. I b, pág. 45).

los anormales mentales, los delincuentes alcoholizados y los criminales habituales (9). Las mismas categorías de delincuentes son, por lo común, los comprendidos en la mayoría de los cuadros de medidas de seguridad propuestos por la doctrina actual y acogidos en las modernas legislaciones (10).

3. Las medidas de seguridad son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por el Estado a determinados delincuentes peligrosos para lograr su readaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y curación) o su separación de la misma (medidas de seguridad en sentido estricto), o, aun cuando no aspiren específicamente a las anteriores finalidades, dirigidas también a la prevención de nuevos delitos (11).

Al primer grupo de medidas pertenecen: *a*) el tratamiento de los menores y jóvenes delincuentes; *b*) el tratamiento e internamiento de anormales mentales; *c*) internamiento de alcoholizados y toxicómanos; *d*) internamiento de vagos y refractarios al trabajo; *e*) sumisión a régimen de libertad vigilada (*probation*). Forman parte del segundo grupo el internamiento de seguridad de delincuentes habituales peligrosos y el de los locos criminales. En el tercero se comprenden la caución de no ofender, la expulsión de extranjeros, la prohibición de residir en ciertas localidades, la obligación de habitar en un punto determinado, la de frecuentar ciertos locales, la interdicción del ejercicio de derechos, profesiones o actividades, el cierre de establecimientos, la privación del permiso de conducir automóviles (Código penal alemán, párrafo 42 *m*), etc. En los países nórdicos (Suecia, Noruega, Finlandia)

(9) *Lehrbuch*, págs. 22-25.

(10) GRISPIGNI, relator general de la cuestión «El problema de la unificación de las penas y las medidas de seguridad» en el VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Roma, 1953), presentaba este cuadro de medidas de seguridad: A) Tratamiento jurídico-penal de los menores. B) Tratamiento jurídico-penal de los semienfermos mentales. C) Tratamiento jurídico-penal de los anormales graves de carácter (o mejor, de los psicópatas, según las teorías americana y alemana). D) Tratamiento jurídico-penal de los criminales por tendencia. E) Tratamiento jurídico-penal de los criminales profesionales y de los habituales (*Rev. Internationale de Droit Pénal*, 1951, págs. 480-486). Como se observa a primera vista, no existe diferencia esencial entre estas categorías de delincuentes y las propuestas por Sroos.

(11) STEVERTS las define como especiales medidas preventivas del Estado contra criminales crónicos peligrosos, cuyo fin es proteger la comunidad del pueblo contra ulteriores peligros de elementos asociales mediante su adaptación a la comunidad popular (medidas educativas o correctivas) o mediante la separación de los incapaces de adaptación fuera de la comunidad popular (*Süchernernde Massnahmen*, en *Handwörterbuch des Kriminologie*, 2.^o, Berlin-Leipzig, 1936, pág. 589.) Las medidas de seguridad, declaraba el Congreso Penitenciario Internacional de Praga (1930), tienden a corregir al delincuente, a eliminarlo o a quitarle las posibilidades de delinquir, *Actes*, vol. I b, pág. 45. Más concisamente, BETTOL las concibe como «un medio preventivo o profiláctico de lucha contra la delincuencia aplicado a personas socialmente peligrosas con motivo de la comisión de un delito», *Diritto Penale*, 3.^a edic., Palermo, 1955, pág. 650.

dia, Dinamarca, Islandia), con carácter de medida de seguridad, se practica, con finalidad preventiva, la castración de los delincuentes sexuales peligrosos (12), y en algunos Estados de Norteamérica la esterilización de criminales; pero estas medidas, en particular la primera, están en franca pugna con el respeto debido a la persona del delincuente que constituye uno de los postulados fundamentales de la penología moderna.

Unas son privativas de libertad: los internamientos de criminales habituales, la reclusión de criminales locos, los internamientos de delincuentes anormales mentales, de alcoholizados y toxicómanos y de vagos y holgazanes; otras son meramente restrictivas de la libertad, entre ellas la prohibición de residir en determinadas localidades y la obligación de vivir en una especialmente designada, la expulsión de extranjeros, la prohibición de frecuentar ciertos locales o establecimientos, la sumisión al régimen de libertad vigilada o *probation*, la privación del ejercicio de ciertos derechos o profesiones; algunas medidas recaen sobre la propiedad, como el cierre de establecimientos, el comiso; sobre la integridad personal recae la castración.

No todas las antes mencionadas deben ser denominadas «medidas de seguridad», se ha dado a esta expresión una amplitud excesiva, pues algunas de ellas, como el tratamiento de menores y jóvenes delincuentes y el de vagos y refractorios al trabajo, son genuinas medidas de corrección que aspiran en modo predominante a la reforma de estos sujetos y a su reincorporación social. Seguramente inspirado en estas consideraciones el Código penal alemán, certeramente, las denomina «medidas de seguridad y de corrección». También la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria en la resolución adoptada sobre estas medidas en 1951, en el momento de su disolución, expresaba que el término «medidas de seguridad» quizá no es adecuado y parece actualmente rebasado, que sería preferible hablar de medidas de defensa social o de medidas de protección de educación y de tratamiento (13). Por otra parte, como las penas también se conciben modernamente como medios de defensa y protección social y se las asigna una finalidad reeducadora, para evitar posibles confusiones creo más acertado distinguir entre medidas de seguridad en sentido estricto y medidas de corrección.

4. La imposición de la medida de seguridad presupone la comisión de una infracción penal, sólo se aplica como consecuencia de la perpetración de un delito, recae sobre la peligrosidad post-delictual a diferencia de las medidas preventivas destinadas a combatir la peligrosidad social o *ante delicto*. Todo ello es resultado del principio de legalidad que también rige para las medidas de se-

(12) La ley de 24 de diciembre de 1933 que introdujo en el Código penal alemán las medidas de seguridad y corrección, incluía entre ellas la castración (§ 42 K), actualmente abolida.

(13) *Recueil*, 1951, pág. 481.

guridad (14) aun cuando sufre un cierto menoscabo en cuanto se admite su aplicación retroactiva (15). Su imposición queda reservada a los tribunales de justicia que la ordenan en la sentencia con todo género de garantías para la persona, pues todas ellas encierran una restricción, más o menos grave, de la libertad y de otros bienes jurídicos del sujeto sometido a ellas. La Comisión Internacional Penal y Penitenciaria también señaló la necesidad de semejantes garantías (16).

Pero aun cuando la aplicación de las medidas de seguridad está, por regla general, reservada a la autoridad judicial, en ciertos países se aplica por vía administrativa. En Dinamarca, de acuerdo con la ley de 20 de mayo de 1920 sobre previsión social, las autoridades administrativas pueden acordar el internamiento de vagos y mendigos en casas de trabajo, y en Suecia, el internamiento de alcoholizados no delincuentes está encomendado a los organismos comunales de temperancia y asistencia social, mas estas medidas aplicadas por la administración son puras medidas preventivas antedelictuales aplicadas a sujetos peligrosos que no han delinquido aún. Asimismo, en Islandia, por Ley 13 enero 1938, el Director de la Administración Sanitaria, juntamente con una comisión de tres miembros designada por la ley (un jurista, un psiquiatra y una persona calificada) pueden autorizar medida preventiva tan grave como la castración de sujetos de los que sea de temer la comisión de graves delitos sexuales. En otros países, por el contrario, la autoridad judicial es la encargada de la aplicación de medidas de tipo preventivo a individuos peligrosos que no han infringido aún la ley penal, en Francia, con arreglo a la ley 15 abril 1954, puede disponerse con intervención del Procurador de la República ante el Tribunal civil, a petición de una comisión médica, la colocación de alcohólicos peligrosos en un centro de reeducación especializado, y según la ley española de Vagos y Maleantes de 1933 gran variedad de categorías de sujetos socialmente peligrosos (homosexuales, rufianes, proxenetes, vagos, men-

(14) En Italia no solamente el Código penal declara que nadie será sometido a medidas de seguridad que no estén expresamente establecidas por la ley ni fuera de los casos en ella previstos (art. 199), también la Constitución del Estado, después de establecer la legalidad de las penas, añade «nadie será sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley (artículo 25). En el Código de defensa social de Cuba también se formulan garantías referentes a su imposición (art. 581). En otros códigos, no obstante la ausencia de declaraciones manifiestas del principio de legalidad, se regulan en su texto de manera tan detallada que su reglamentación constituye una seria garantía como en el Código penal suizo (arts. 42-44) y en el brasileño (artículo 75 y sigs.).

(15) Algunos códigos, el alemán (§ 2, 4), el italiano (art. 200) y el brasileño (art. 75) la consignan expresamente.

(16) En julio de 1951 acordó esta resolución: «Estas medidas no deben ser pronunciadas sino en virtud de una ley preexistente y como consecuencia de una resolución judicial tomada con todas las garantías legales de la libertad individual...» *Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire*, 1951, página 481.

digos, alcoholizados, toxicómanos, etc.), no delincuentes en sentido legal, pueden ser sometidos a medidas de seguridad por decisión de la autoridad judicial. Mientras que en Finlandia, por ley 27 mayo 1932, un tribunal administrativo, el Tribunal penitenciario (compuesto por el Director de Prisiones o su representante y otros miembros nombrados por el Presidente de la República de los que uno ha de tener experiencia judicial, y otro ha de ser médico familiarizado con la psiquiatría) puede, para los delincuentes reincidentes, sustituir la pena por la medida de seguridad consistente en su internamiento en establecimientos especiales.

Como la medida de seguridad presupone la ejecución de una infracción penal y, que sea impuesta por los tribunales de justicia, no pueden considerarse como tales las medidas privativas o restrictivas de la libertad o de ciertos derechos adoptados con carácter preventivo por la Policía o las autoridades administrativas por hechos o conductas que no constituyen infracción punible, por ejemplo, los arrestos de policía o el internamiento en instituciones psiquiátricas de locos no delincuentes. Tampoco constituyen medidas de seguridad en sentido propio, las medidas antedelictuales aun cuando sean impuestas por la autoridad judicial, como las medidas contra personas socialmente peligrosas contenidas en nuestra ley de Vagos y Maleantes y en algunas leyes análogas de diversos países de Hispanoamérica (17).

5. Entre las características de las medidas de seguridad destaca como una de las más importantes su imposición por tiempo indeterminado. A diferencia de la pena que la ley establece de modo fijo y previamente determinado, excepto en los escasos países que poseen penas indeterminadas, estas medidas se distinguen por su indeterminación, justificada por la finalidad de readaptación social o de seguridad que se proponen, por lo cual deberán durar hasta que éstas respectivamente se consigan.

Si la indeterminación, por razones de garantía de la libertad personal, se mira con recelo en el campo de las penas, tratándose de medidas de seguridad no existe tal prevención o existe en grado mucho menor, en particular para las medidas que consisten en tratamientos en forma de hospitalización o de asilamiento. Para los delincuentes sometidos a éstos y sólo para ellos, es exacta la clásica comparación hecha por los indeterministas entre la función del médico y la del juez. La idea de la indeterminación para estas formas de tratamiento tienen ya casi medio siglo de existencia, Prins ya la defendió en el Congreso Penitenciario Internacional de Washington de 1910 (18), que adoptó un voto favorable a la indeterminación en el tratamiento de los individuos moral o mentalmente defectuosos y de los sometidos a tratamiento educativo (19).

(17) El Código de Defensa Social de Cuba distingue las medidas de seguridad «post-delictivas» y las «pre-delictivas» (art. 581), ambas se aplicarán por la autoridad judicial (art. 582).

(18) *Revue pénitentiaire*, 1910, pág. 1146.

(19) *Revue pénitentiaire*, 1910, pág. 1149.

Sin embargo, la indeterminación tiene sus peligros. Como en las medidas de seguridad privativas de libertad son las autoridades penitenciarias las que generalmente determinan la duración de la medida, la administración de justicia criminal, en gran parte, pasa a sus manos; pero, además, la indeterminación, según reiterados testimonios del personal penitenciario y de los mismos reclusos, los deprime y causa vivo sufrimiento, por tanto, si no se aplica con gran cuidado puede convertirse, como se ha dicho, en un instrumento de agresión social y atentar contra el principio básico de la libertad individual. Por estas razones algunos miran con prevención su imposición de modo indeterminado y sólo las consideran aplicables a los delincuentes habituales y con arreglo a un sistema de indeterminación relativa, entre un mínimo y un máximo (20). Mas a pesar de estos recelos, tratándose de medidas reeducadoras y curativas (menores, vagos, alcoholizados, toxicómanos, etc.) no se concibe su imposición por tiempo determinado de antemano, pues no es posible predecir el necesario para la rehabilitación del sujeto y hasta para su curación; pero aun para éstas no es posible establecer una indeterminación absoluta. La única excepción en este punto creo son los criminales habituales y por tendencia, que forman la categoría más peligrosa de la criminalidad, para tales sujetos razones muy poderosas de protección social, justifican la indeterminación absolutamente indefinida de la medida aplicable que debe durar cuanto dure la peligrosidad del agente. Exámenes periódicos de ésta, realizados por comisiones especiales como se practica en algunos países, pueden indicar si el peligro persevera, decrece o ha desaparecido, lo que otorga una garantía al sujeto contra posibles abusos de la administración penitenciaria.

Las medidas de seguridad se establecen en las legislaciones, generalmente, en forma relativamente indeterminada. La duración de los internamientos en casas de trabajo, o casas de custodia o de tratamiento, es decir, en los establecimientos destinados a recibir delincuentes alcoholizados o toxicómanos o vagos refractarios al trabajo se fijan por lo común entre un máximo y un mínimo, nuestra ley de Vagos y Maleantes que en algunos casos no señala límite alguno, constituye una peligrosa excepción a este común sistema. Suiza, para el internamiento en casas de trabajo, establece un mínimo de un año y un máximo de tres años, y si al expirar este plazo el sujeto no está en condiciones de ser liberado se ordena la ejecución total o parcial de la pena (art. 43, Código Penal), los bedebedores habituales son liberados en cuanto se consigue su curación, sin que el internamiento pueda exceder de dos años (artículo 44); en *Bélgica* el plazo de internamiento de los vagos y mendigos es de dos a siete años (ley 27 noviembre 1891); en *Portugal* el internamiento en casa de trabajo o colonia agrícola puede durar de seis meses a tres años (art. 70, párrafo 2.º Código penal);

(20) RADZINOWICZ, *The Persistent Offender*, en «The Modern Approach to Criminal Law», Londres, 1945, pág. 167.

en Grecia el de bebedores no puede exceder de dos años (art. 71, Código penal), el internamiento en casas de trabajo dura de uno a cinco años (art. 72); en Dinamarca el internamiento en éstas es de uno a cinco años (art. 63, Código penal); en Alemania el primer internamiento en casa de trabajo o en un asilo no puede exceder de dos años, y los posteriores, de cuatro años (§ 42, Código penal).

Por el contrario, la detención de seguridad de los delinquentes habituales es, por lo común, absolutamente indefinida, dura tanto como la peligrosidad del sujeto. En Italia sólo se fija su duración mínima, dos años para los habituales, tres para los profesionales y cuatro para los delinquentes por tendencia (art. 217, Código penal), transcurrido el mínimo establecido por la ley el juez examina las condiciones del sujeto para investigar la permanencia o la desaparición de su peligrosidad (art. 208). Asimismo, en Alemania la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) de los delinquentes habituales (§ 42, Código penal) no tiene límite alguno. Es también absolutamente indefinido este internamiento en Suiza (art. 42, 3, Código penal, 116) y Polonia (art. 84, 2, Código penal), en Finlandia (ley 27 mayo 1932), Portugal (art. 67, Código penal), Perú (art. 113, Código penal), Brasil (art. 93, 1, en relación con art. 81, Código penal), Cuba (art. 588, en relación con 594, 5.º), etc. Por el contrario, en algunos países el internamiento de estos delinquentes no puede exceder del máximo fijado por la ley, en Inglaterra la «detención preventiva» en la regulación establecida por el *Criminal Justice Act. 1948*, su duración es de cinco a catorce años (Sección 21), en Bélgica la ley de defensa social la fija en un plazo de diez a veinte años.

De igual manera, en el internamiento de delinquentes alienados, es lo más frecuente su imposición de modo indefinido sin límite alguno. En Italia los individuos absueltos por enfermedad psíquica, intoxicación alcohólica crónica o por estupefacientes o por sordomudez, son internados por tiempo no inferior al plazo marcado por la ley, de dos a diez años (art. 222, Código penal) sin límite máximo, mientras la persona sea peligrosa continúa sometida a internamiento (art. 208); también en Alemania el internamiento de los inimputables o de imputabilidad disminuía es indefinido, dura tanto cuanto la finalidad de la medida exija (§ 42 b, 42 f); asimismo en Suiza (arts. 15 y 17, 2), en Portugal (art. 70, Código penal), en Grecia (arts. 69 y 70, 2), Checoslovaquia (§ 70), Yugoslavia (art. 61) y Brasil (art. 91).

6. La liberación de la medida de seguridad se confía en algunos países a la autoridad judicial.

Su intervención en este momento decisivo constituye una importante garantía para el individuo, pues le protege contra posibles decisiones arbitrarias de la administración. Para la liberación suelen exigirse ciertas manifestaciones de presunta reforma. En Alemania para acordarla es preciso que el tribunal examine si ha sido

alcanzado el fin perseguido por el internamiento (antes de la reforma de 4 de agosto de 1953 la acordaban las autoridades ejecutivas); también en Italia decide el juez que debe examinar las condiciones del individuo para determinar si es todavía socialmente peligroso (art. 208, Código penal); en Portugal se confía a los Tribunales de ejecución de penas (art. 73, Código penal). Sin embargo, en otros países ésta es función de organismos especiales, de comisiones mixtas, en las que intervienen magistrados y médicos; en Bélgica la ley de defensa social ha creado para los reincidentes una comisión compuesta por un magistrado, un médico, un auxiliar social y un funcionario de la administración penitenciaria, una comisión análoga decide la liberación de los delinquentes anormales; comisiones de este género existen, asimismo, en Suecia, Dinamarca y Finlandia. En Suiza la liberación queda encomendada a la autoridad competente designada por los cantones.

7. Ya Stoos llevó a cabo una precisa discriminación entre penas y medidas de seguridad y señaló las profundas diferencias que, en su opinión, las separan. La pena, afirmaba, se impone al culpable como consecuencia de un delito, es medio para causarle un sufrimiento, se determina conforme el valor del bien jurídico atacado, según la gravedad del hecho y la culpabilidad del agente, y constituye una reacción estatal contra la lesión o peligro de un bien penalmente protegido. Las medidas de seguridad, por el contrario, presentan caracteres muy distintos. Tienen por base la estimación de la nocividad o peligrosidad del agente, son un medio de seguridad ligado a una privación de libertad o a una restricción de los derechos de una persona, no tienden a imponer al culpable un sufrimiento penal, su duración se determina por la ley en atención a su fin de seguridad y cuando consisten en un influjo educativo aquélla depende del éxito de éste, y protegen a la sociedad de daños y peligros provenientes de personas que han cometido un hecho punible (21). Estas diferencias de esencia entre penas y medidas (*dualismo*) han sido ampliamente acogidas por la doctrina y numerosos autores aún las mantienen con vigor (22). Ins-

(21) *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, pág. 246; mismo autor en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie*, 1912, pág. 368 y sigs.

(22) Esta separación es sostenida particularmente en Alemania; según MEZGER, la pena se dirige a la culpabilidad del agente tal y como se manifiesta en el hecho concreto, la medida independientemente del hecho culpable, a su peligrosidad con vistas al porvenir, *Tratado*, 2.^a edic. española, págs. 434-435; *Strafrecht*, I, 5.^a edic., Munich-Berlin, 1954, pág. 278; para WELZEL la pena se limita a la justa retribución de la violación del derecho cometida por un agente culpable, las medidas de seguridad se imponen para la futura seguridad de la comunidad ante las posibles ulteriores violaciones del derecho, *Das Deutsche Strafrecht*, 4.^a edic., Berlín, 1954, pág. 178. VON WEBER también las diferencia esencialmente, *Grundriss*, 2.^a edic., Bonn, 1948, pág. 149 y sigs. La esencial diferenciación entre penas y medidas de seguridad también la mantienen DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de Droit criminel*, 3.^a edic., París, 1947, pág. 400; VIDAL-MAGNOL, *Cours de Droit criminel*, I, 9.^a edic., París, 1949; MAGGIORE, *Principi di Diritto penale*, I, 3.^a edic., Bologna, 1939, pág. 649 y si-

pirados en esta idea de discrepancia algunos penalistas han ahondado en tal manera sus diferencias, que llegan a mirarlas como ajenas al Derecho Penal, Birkmeyer (23), por este camino pedía para las medidas de seguridad un código preventivo distinto del retributivo reservado para las penas; en opinión de Von Hippel pertenecen al Derecho privado o al Derecho administrativo (24), según Petrocelli no sólo poseen carácter administrativo, sino que en nada se diferencian de las comunes medidas de policía de seguridad (25); asimismo, para Bettiol salen del ámbito del Derecho penal y entran en el campo de la actividad administrativa que el Estado ejercita en el campo social para proteger a la sociedad contra todo posible mal (26).

El dualismo ha sido acogido en los Códigos *italiano* (penas, artículos 17-38; medidas de seguridad, arts. 56-79), *danés* (penas, artículo 31-55; medidas de seguridad, arts. 62-79), *polaco* (penas, arts. 36-60; medidas de seguridad, arts. 79-85), *alemán* (penas, 13-42; medidas de seguridad y corrección, 42 a 42 n.), *suizo* (penas, arts. 35-41, 48-50, 51-56; medidas de seguridad, 42-45, 57-61), *portugués* (penas, arts. 55-69; medidas de seguridad, 70-73, ordenamiento introducido por Decreto-Ley de 5 de junio de 1954), *griego* (penas, arts. 50-58, 59-68; medidas de seguridad, 69-76), *yugoslavo* (penas, 64-60; medidas de seguridad, 61-63; medidas de educación y corrección, arts. 64-79), *brasileño* (penas, artículos 28-74; medidas de seguridad, arts. 75-101), *colombiano* (penas, arts. 41-60; medidas de seguridad, arts. 61-74), *cubano* (penas, arts. 49-69, 76-80; medidas de seguridad, arts. 585-586), *costarricense* (penas, arts. 53-78; medidas de seguridad, artículos 104-119), *uruguayo* (penas, arts. 66-84; medidas de seguridad, artículos 92-130). En Méjico D. F. penas y medidas se hallan reunidas, sin distinción alguna, en un mismo artículo (art. 24) (28).

Las diferencias esenciales entre pena y medida de seguridad señaladas por el sistema dualista son negadas por ciertos autores, y en particular por la escuela positiva italiana. Para esta doctrina, aun cuando entre ambas puedan señalarse diferencias secundarias, no existe una diferencia sustancial (*unitarismo*). Según esta escuela, una y otra consisten en una disminución de bienes jurídicos, pre-

guientes. En España OLESA MUÑOZ, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951, página 358.

(23) *Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, II. Strafe und Sichernde Massnahme im Vorentwurf*, Leipzig, 1911, página 50 y sigs.

(24) *Deutsches Strafrecht*, 1.º, Berlín, 1925, pág. 527 y sigs.

(25) *La funzione della pena*, en «Rivista di Diritto Penitenziario», 1935, página 1359 y sigs.

(26) *Diritto penale*, 3.ª edic., Palermo, 1955, pág. 644.

(27) Este cuerpo legal los denomina «sanciones».

(28) El Código penal, dice CARRANCA TRUJILLO, «las enumera conjuntamente con las penas sin distinguirlas mediante las correspondientes definiciones legales, pues su distinción corresponde a la doctrina». *Derecho penal mexicano*, Parte General, II, México, 1950, págs. 159.

suponen la comisión de un delito, son proporcionadas a la peligrosidad del delincuente, ambas sirven tanto para intimidar a la generalidad (*prevención general*) como para readaptar y hacer inocuo al individuo (*prevención especial*), las dos son aplicadas por los órganos de la jurisdicción penal (29).

Mas no sólo los positivistas propugnan la fusión de penas y medidas de seguridad, en los últimos años otros penalistas, no afiliados a esta escuela parecen convencidos de su identidad. Cornil, por ejemplo, señala la vaguedad existente entre penas y medidas de seguridad, por lo que sus diferencias, opina, son poco precisas, más bien de grado que de naturaleza, por lo que afirma que en realidad tales diferencias son meramente externas (30). Asimismo, para Strahl las diferencias entre ambas no son esenciales, por lo que llega a admitir entre la pena con finalidad reformadora y la medida de seguridad, una identidad o al menos una gran semejanza (31). Más radical se muestra Cannat, que aulazmente proclama la fusión de sanciones. La etiqueta «pena», dice, y la etiqueta medida de seguridad» pertenecen al pasado; una revela un clasicismo dejado atrás, la otra, un positivismo ya desbordado. No hay porvenir ni para el castigo ni para la protección feroz del orden establecido, sólo para el tratamiento de los delincuentes (32).

Así como el sistema dualista se halla establecido en gran número de legislaciones, el unitarismo ha tenido escasa aceptación legislativa. En él parece inspirarse el Código penal ruso, que reúne todo género de medidas, las de naturaleza penal como las que son puras genuinas medidas de seguridad, bajo el nombre de medidas de defensa social (Parte general, cuarta sección); sin embargo, en este Código en realidad existen profundas diferencias entre las medidas de defensa social, que denomina de carácter judicial-correctivo, que són, las aplicadas a los sujetos imputables, y las medidas de defensa social de carácter médico y de carácter médico-pedagógico, aplicables a los sujetos inimputables; pero, además, es preciso recordar que entre las dos guerras mundiales, en la legislación rusa se ha introducido alguna medida con el nombre de pena y con el sentido retributivo característico de ésta. En realidad, el sistema unitario sólo ha sido adoptado por el proyecto

(29) GAESBÜCKI: *Diritto penale italiano*, I, 2.^a edic., Milán, 1947, pág. 84 y ss. Este autor ya sostuvo la misma doctrina en *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria*, Milán, 1911, pág. 29. Idéntica es la postura de otros criminalistas de la escuela positiva. FERRI: *di Diritto penale*, 4.^a edic. Milán, 1934, pág. 776 y ss. Vid. OLESA, Obra cit., pág. 108 y ss.

(30) Relación al VI Congreso Internacional de Derecho penal. Roma, 1953. *Revue Internationale de Droit Penal*, 1953, pág. 493 y ss.

(31) Relación al VI Congreso Internacional de Derecho penal. Roma, 1930, en la revista antes citada, pág. 641 y ss.

(32) Relación al VI Congreso Internacional de Derecho penal, revista antes citada, pág. 461 y ss.

de Código penal italiano de 1921, preparado por Ferri, y por el proyecto argentino de Coll-Gómez, de 1937.

8. El problema de si han de ser mantenidas las esenciales diferencias que entre penas y medidas de seguridad se señalan (*dualismo*) o si, por el contrario, ambas deben fundirse (*monismo*) no es de fácil solución. La cuestión se plantea principalmente respecto de las medidas privativas de libertad, en cuanto a las que constituyen restricciones de otros bienes jurídicos la dificultad es menor, pues o no existen en ellas diferencias, o son menos marcadas, o su calificación como penas o medidas de seguridad no es de especial trascendencia. Muchas de las diferencias que primitivamente se señalaron entre penas y medidas de seguridad se van borrando. Desde luego, ya no es posible sostener, como en años pasados, que la medida de seguridad, a diferencia de la pena, no contiene un sufrimiento. Rittler, en el Congreso Penal y Penitenciario de Praga (1930), afirmaba, como otros penalistas de aquella época, que su fin no es hacer sufrir y que están desprovistas de aspiración intimidativa (33), pero los penólogos de nuestros días, que ya poseen una información más perfecta sobre su aplicación y sobre sus efectos, en gran número afirman su carácter afflictivo. Este es indudable en particular en las medidas privativas de libertad (34). La pérdida o la restricción de la libertad, siempre es dolorosa, sobre todo cuando la medida es de larga duración, y especialmente cuando es de duración indeterminada, pues no siendo conocido de antemano el día de la ansiada libertad, se causa al condenado, por la incertidumbre que origina un sufrimiento mayor que el producido por la pena predeterminada (35). Semejante carácter afflictivo da, por consiguiente, a la medida de seguridad un marcado tono intimidativo (36), realizando así una función de prevención general. Se ha afirmado también que son de hecho

(33) *Actes*, vol. II, Berna, 1930, pág. 84.

(34) También son afflictivas, aunque en menor grado, las que sin privar al sujeto de su libertad le someten a un régimen especial de vida o le privan de ciertos derechos. Vid. MARC. ANCEL: *Les mesures de sureté en matière criminelle*, pag. 55.

(35) IVAR STRAND en su citada relación al VI Congreso Internacional de Derecho Penal (Roma 1953), manifiesta que la pena y la medida de seguridad no se diferencian en cuanto al sufrimiento causado, y afirma que es opinión muy compartida no sólo entre los presos y el personal penitenciario, sino entre la Comisión encargada de la liberación de los penados, que la detención más o menos indeterminada deprime a éstos y les causa un sufrimiento que no debe descuidarse. *Rev. Internationale de Droit pénal*, 1953, pág. 664.

También CORNIL, en su relación al mismo Congreso, señala que la indeterminación de la medida de seguridad es más penosa que la pena fija; misma revista, pág. 498. MARC ANCEL indica, asimismo, su sentido afflictivo, obra citada, pág. 55 y ss. STROSSER pone igualmente de relieve que las medidas de seguridad, a causa de su duración indeterminada poseen una eficacia de prevención general, al menos tan fuerte como la de las penas y causan un efectivo sufrimiento a los delincuentes. *Le traitement des délinquants d'habitude en Suède*, en «*Rev. de Science criminelle*», 1949, pág. 697.

(36) GRASPENGER: *Diritto penale italiano*, I, 2.ª edic., Milán, 1947, pág. 87. «A los ojos de los delincuentes que la sufren, enseña la experiencia, es con frecuencia más intimidante que la pena», ANCEL, *Les mesures de sureté*, pág. 55.

más infamantes que las penas porque no suelen ser aplicadas a delincuentes primarios, sino a los que ya han delinquirido anteriormente y pertenecen a la clase de delincuentes peligrosos (37), afirmación ésta, en gran parte hiperbólica, que sólo puede referirse al internamiento de criminales habituales. Sin embargo, otros opinan, por el contrario, que en la medida de seguridad falta el juicio de desaprobación ético-social del agente y el consabido menoscabo del honor característico de la pena (38). Pero más bien podría sostenerse que los condenados al internamiento de delincuentes habituales, medida reservada para los malhechores más peligrosos, aun cuando no se les imponga con carácter de pena, sino como medida de seguridad, sufren, sin duda, un gravísimo daño en su honra y reputación.

Por otra parte, la evolución realizada por la pena la aproxima más cada día a la medida de seguridad. Aun cuando no pocos y reputados penalistas atribuyen a la pena un sentido expiatorio y retributivo, y hasta quisieran colocar fuera del campo penal cuanto signifique prevención del delito, otros, y en crecido número, defienden la pena retributiva, pero también la asignan una finalidad reformadora, y en ciertos casos defensiva, sin contar con la crecida cantidad de los defensores de la pena-tratamiento, que la atribuyen de modo exclusivo una función de readaptación social del delincuente. Así, pues, a la pena se atribuyen actualmente finalidades análogas a las de la medida de seguridad. Y a ésta, por su parte, además de su predominante sentido preventivo, se la reconoce un indudable carácter afflictivo y una función intimidativa, es decir rasgos peculiares de prevención general. Ambas, pues, pena y medida, presentan ciertos caracteres comunes que atenúan en grado considerable las tajantes diferencias que entre ellas señalan ciertos penalistas.

Mas a pesar de las indudables semejanzas que existen entre pena y medida de seguridad, aun cuando en especial no existan en la práctica relevantes diferencias entre ellas, debe reconocerse que las medidas de seguridad detentivas, las de tipo correccional y en particular las curativas, poseen naturaleza diversa de la pena y se proponen la realización de fines distintos de los asignados a ésta.

En cuanto a otras (por ejemplo, la caución, comiso, interdicción del ejercicio de profesión, etc.), sólo su finalidad preventiva puede diferenciarlas de la pena, y no debe olvidarse que en no pocos Códigos, como en el nuestro, poseen carácter penal.

Las más importantes diferencias entre la pena y la medida de seguridad privativa de libertad son: la pena es principalmente retribución del delito cometido, toma en cuenta principalmente el hecho perpetrado y aspira a la realización de la justicia, se impone sobre la base de la culpabilidad del reo, *nulla poena sine culpa*, y, por con-

(37) GRISPIGNI: *Diritto penale*, pág. 87.

(38) SIEVERTS: *Sichernde Massnahmen* en «Handwörterbuch der Kriminologie», II, pág. 589.

siguiente, sólo los sujetos imputables y culpables pueden ser objeto de pena, y su grado de culpabilidad es la norma para la determinación de ésta (39). Diversamente la medida de seguridad aspira a la consecución de fines prácticos, a la prevención de nuevos delitos, mira al porvenir, a diferencia de la pena, que sólo atiende al pasado; se imponen no en consideración a la culpabilidad del sujeto, sino a su peligrosidad, y mientras la pena sólo se aplica a individuos imputables y culpables, estas medidas se reservan para los sujetos inimputables o de imputabilidad atenuada.

La pena, por otra parte, no sólo realiza su función sobre la persona del infractor, sino que toma en cuenta tradicionales sentimientos hondamente arraigados en la conciencia popular que exigen el justo castigo del delito, mientras que la medida de seguridad desconoce y descuida por completo el sentimiento de justicia de la masa popular.

La pena realiza una función de prevención general, sobre delincuentes y no delincentes, la medida sólo debe ser empleada como medio de prevención especial, de reincorporación social del sujeto.

Para las medidas de corrección y de curación no se han presentado dificultades, por lo común se admite que el tratamiento de jóvenes delincuentes (40), el internamiento de vagos y refractarios al trabajo, de alcoholizados y toxicómanos y el de delincuentes enfermos y anormales mentales son efectivas medidas de seguridad. La discordia surge en cuanto el carácter que ha de revestir el internamiento de seguridad de criminales habituales, que en unos países lleva la etiqueta de medida de seguridad y en otros se considera como pena.

Y ésta es, la de pena, su verdadera naturaleza. Los criminales habituales son individuos imputables y culpables, por cuya razón la medida aplicable debe tener carácter de pena. La mayoría de las legislaciones que establecen su internamiento con sentido de medida de seguridad lo reconocen implícitamente, pues en primer lugar disponen la ejecución de la pena correspondiente al hecho cometido, aseguran el justo castigo del delito, que sólo puede ser impuesto a los sujetos imputables y culpables, y, una vez cumplida la justicia con la ejecución de la pena merecida, en

(39) La culpabilidad «sitúa los límites fronterizos entre la justicia propiamente dicha y las medidas de seguridad». Discurso de S. S. a los participantes en el VI Congreso Internacional de la Asociación de Derecho penal. Casteldelfino, 3 octubre 1953.

(40) Sin embargo, MIZGER es partidario de conservar en principio la pena para los menores de catorce a dieciocho años aun cuando ésta puede constituir una medida educativa, pero en caso necesario el alcance de su hecho delictivo debe, a los ojos del menor, concretarse en forma de pena. También juegan para los menores las consideraciones de prevención general porque su criminalidad puede revestir formas tan peligrosas que sea preciso defender contra ellas a la sociedad. Relación al VI Congreso Internacional de Derecho penal (Roma, 1953), *Rev. Internationale de Droit Pénal*, 1954, pág. 307 y ss.

atención a la peligrosidad del criminal habitual y con vistas de protección social, se procede a ejecutar la medida de seguridad. Primero la pena realiza su función de justicia, después la medida de seguridad cumple una misión de defensa social.

El criminal habitual, con excepción de los que son enfermos y anormales mentales, perpetra su delito con conocimiento del hecho y voluntad de ejecutarlo, con voluntad consciente, son individuos imputables y culpables, su conducta es reprochable y debe serle penalmente reprochada, fuertemente reprochada, pues por su persistencia en el delito están más cargados de culpa y deben, por consiguiente, ser castigados con pena adecuada a su mayor culpabilidad. Pero como la pena no posee únicamente un sentido retributivo, sino también aspiraciones preventivas, la represión, en estos casos, debe poseer el carácter de *pena de seguridad*, cuya duración sea prorrogable indefinidamente mientras dure la actitud antisocial del sujeto (41). Si éste es un enfermo o un anormal mental grave y no es culpable de su peligrosa disposición antisocial, no puede hablarse de delincuente habitual.

En este sentido se ha inspirado la reforma penal portuguesa de 5 de junio de 1954, que, aun cuando da entrada en su Código penal a las medidas de seguridad (art. 70 y ss.), establece para los «delincuentes peligrosos y de difícil corrección», entre los que se cuentan los habituales y los delincuentes por tendencia, un régimen de prolongación de las penas de prisión mayor y de prisión por períodos sucesivos de tres años hasta que el condenado «muestre idoneidad para seguir vida honesta o deje de ser peligroso» (art. 67). Aquí se establece una prolongación de pena por completo indefinida, sin límite alguno. Asimismo, el nuevo Código penal griego, que posee un sistema de medidas de seguridad, establece para los delincuentes habituales peligrosos una pena de duración indefinida (arts. 90 y 92).

De igual manera, en otros Códigos que poseen un sistema de medidas de seguridad, como el checoslovaco (art. 69 y ss.) y el yugoslavo (arts. 61 y ss.), el tratamiento de los criminales habituales queda relegado al régimen penal común (42).

De igual manera, en los trabajos que actualmente se realizan para la reforma del Código penal alemán, entre las diversas solu-

(41) Esta solución ya fué defendida por RUTLER en el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Praga (1930). Vale más, sostenía, dar a este internamiento el carácter de pena que el de medida de seguridad y que conserve las características represivas e intimidativas; la mejor solución es—añadía—, la condena del criminal habitual a una pena de duración absolutamente indeterminada. *Actas*, vol. II, pág. 92.

(42) El Código checoslovaco se limita a incluir la reincidencia entre las circunstancias agravantes (art. 20). Yugoslavia también la incluye entre las causas de agravación de la pena (art. 40) y con más intensa fuerza agravante cuando el hecho posee un especial carácter peligroso o el agente ha manifestado en su ejecución una «especial energía, tenacidad o brutalidad o ha originado consecuencias particularmente graves o ha sido ejecutado con circunstancias singularmente graves» (art. 41).

ciones formuladas para el tratamiento de los habituales, una de ellas propone la imposición de una pena privativa de libertad de duración relativamente indeterminada correspondiente a la culpabilidad (43).

Además de las esenciales diferencias entre penas y medidas de seguridad antes señaladas, existen otras de carácter formal. En Holanda, Bélgica, Francia y Portugal las medidas de seguridad escapan a la concesión de la gracia; asimismo, en Italia las disposiciones relativas al indulto y a la gracia (art. 174, Código penal) sólo se refieren a las penas; en Alemania el campo de la gracia se limita a las penas principales, las accesorias y las consecuencias de las penas (44); en España, conforme a la Ley de Vagos y Malcañtes (art. 19), la amnistía y el indulto no afectan a las medidas de seguridad, a menos que en la ley que conceda la amnistía se disponga lo contrario (45). Tampoco la condena condicional es aplicable a las medidas de seguridad; excepcionalmente en Noruega puede aplicarse en forma administrativa para los internados por vagancia (46); en España, la ley de Vagos y Malcañtes la excluye expresamente para las medidas de seguridad (art. 7.º).

Mas no terminan aquí sus diferencias. El abono de la detención preventiva no es extensible a las medidas de seguridad; en nuestro Código penal (art. 33) se limita exclusivamente a los delitos. Las normas genéricas que regulan la prescripción de las penas no son aplicables a estas medidas; los Códigos, por regla general, sólo se refieren a la prescripción de las penas; sin embargo, algunas legislaciones poseen normas específicas en este punto, como en Alemania (§ 70, Código penal) y en Italia (Código penal, artículos 172, 173), en Suiza las medidas de seguridad, en principio, no prescriben cómo las penas son aplicables mientras son

(43) Relación del DR. DREIER en *Beilage zum Bundesanzeiger*, núm. 176 de 14 septiembre 1954, pág. 3.

Antes de estos trabajos, como la ejecución de la custodia de seguridad es idéntica a la de la pena que la precede, se ha propugnado en Alemania la sustitución del actual régimen, pena plus custodia de seguridad, y comprender la función de seguridad dentro de una pena única. Vid. MAURACH: *Deutsches Strafrech*, Allg. Teil, Karlsruhe, 1954, pág. 720.

Su carácter de pena es señalado por los penalistas. «El pueblo, la justicia y el interesado, escribe el profesor MITTERMAIER, sólo difícilmente pueden acostumbrarse a que el Estado no condene un hombre a una pena por un determinado hecho, sino que como peligroso le prive largo tiempo de su libertad... Hasta ahora no se ha logrado prácticamente diferenciar de hecho la custodia de seguridad de la pena. *Gefängniskunde*, Berlín y Frankfurt a M., 1954, página 156.

(44) MAURACH: *Deutsches Strafrech*, pág. 751.

(45) Sin embargo, en Cuba les son aplicables la amnistía y el indulto cuando comprendan específicamente la medida de seguridad impuesta, art. 594, III, Código de Defensa Social.

(46) M. ANCEL: *Les mesures de sureté*, pág. 44 y ss.

necesarias (47), el Código penal portugués limita la prescripción sólo a las penas, la Ley española de Vagos y Maleantes posee para sus medidas de seguridad normas propias de prescripción diversas de las establecidas para las penas. De igual manera existen diferencias en cuanto a los efectos retroactivos de la Ley penal, mientras que para las penas la doctrina proclama unánimemente su irretroactividad, como consecuencia del principio de legalidad, para las medidas se admite su aplicación retroactiva, y, como se dijo en páginas anteriores, algunas legislaciones la establecen de modo expreso.

La postura intransigente de la escuela positiva y de los penalistas que propugnaban la fusión de penas y medidas de seguridad en un amplio sistema de defensa social parece atenuarse. Este problema, en el programa de trabajos del VI Congreso Internacional de Derecho penal (Roma, 1953), en el que fué ásperamente debatido, se enunciaba así: «El problema de la unificación de las penas y las medidas de seguridad»; pero, no obstante este título ambicioso, según el comentario del relator general, Grisogni, no se trataba de ahondar una cuestión tan espinosa y de tanta envergadura, sino más bien de examinar «por una parte la posibilidad de aplicar para ciertos culpables una medida de seguridad en lugar de pena y, por otra, la posibilidad de aplicar a un individuo un tratamiento único (poco importa se le denomine pena o medida de seguridad), en lugar de aplicar sucesivamente dos tratamientos o más...» No se trataba, pues, como parecía indicar su enunciación, de resolver el problema de la fusión de ambas medidas en una sola.

Es innegable que penas y medidas se acercan más cada día, pero no pueden llegar a confundirse, pues la aspiración a la realización de la justicia, que es esencia de la pena, impedirá su fusión.

No falta quien afirme que este problema carece de importancia práctica, que es indiferente rotular a una medida con la etiqueta de pena o de medida de seguridad. Sin embargo, la distinción entre ambas tiene no escasa trascendencia, y así lo prueban sus diferencias formales que acabamos de señalar. Desde el punto de vista del delincuente es de gran importancia gozar o no de las ventajas de la condena condicional, de la gracia, del abono de la detención preventiva, de la garantía jurídica de la irretroactividad de la Ley penal, etc., favores que no se conceden a los sometidos a medidas de seguridad.

9. En las legislaciones que poseen un sistema de penas y un sistema de medidas de seguridad, penas y medidas se aplican, a veces, superpuestas, se ejecuta la pena y, extinguida ésta, se eje-

(47) Logoz: *Commentaire du Code Penal Suisse*. Neuchâtel. París, 1939, página 311.

cuta la medida de seguridad y viceversa, aunque lo más frecuente es que la pena se ejecute en primer lugar y la medida de seguridad después. Esta superposición sólo tiene lugar para las medidas de seguridad privativas de libertad. Responde este sistema, como ya dijimos, al fuerte arraigo que posee aún en las legislaciones penales la idea de retribución que exige el justo castigo del delito. La pena responde a esta finalidad, pero cuando la justicia se ha cumplido, es preciso preocuparse de la protección de la sociedad, fin que se intenta alcanzar con la aplicación de la medida de seguridad. Así, en Italia, las medidas de seguridad adjuntas a penas privativas de libertad, se ejecutan después que éstas hayan sido ejecutadas o extinguidas de otra manera (art. 211, Código penal); conforme a esta norma, el internamiento en casa de curación y de custodia se ejecuta después de la pena de privación de libertad; pero también es posible, en atención a las condiciones del condenado, ejecutar la pena después de la medida de seguridad (art. 220), y en caso de internamiento en manicomio si el internado debe cumplir una pena restrictiva de libertad, la ejecución de ésta se aplaza mientras dure la estancia en el manicomio (art. 222). De igual manera, en Alemania, en caso de imposición de una pena privativa de libertad, ligada a una medida de seguridad de igual clase, se ejecuta aquélla en primer lugar y ésta después; pero ciertas medidas (como el internamiento en establecimientos de curación y desintoxicación) deben ser ejecutadas, total o parcialmente, antes que la pena privativa de libertad (§ 456, b) de la Ley de Procedimiento penal). Asimismo se inspira en este sistema nuestra Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que establece para sujetos condenados por delito, además de la imposición de la pena, la de una medida de seguridad, que habrán de cumplirse por el reo inmediatamente después de extinguir la pena impuesta (art. 7.º). El mismo régimen de superposición de la medida a la pena se halla en Bélgica para los reincidentes y habituales (Ley de Defensa Social de 1930, art. 24); en Portugal, para alcoholizados y dados a estupefacientes (art. 71, 2.º, Código penal); en Polonia (art. 84, 1.º, Código Penal), en Grecia (arts. 71, 2; 72, 2, Código penal) y Brasil (art. 82, I).

También se aplicó en Inglaterra para la ejecución de la «detención preventiva» de los delincuentes habituales (cumplida la pena privativa de libertad correspondiente al delito se imponía la «detención preventiva», que duraba de cinco a diez años), establecida por el *Prevention of Crime Act* de 1908, hoy derogado por el *Criminal Justice Act* de 1948. Se aplicó, asimismo, en Noruega, con arreglo al Código penal (art. 65), régimen actualmente suprimido por Ley de 22 de febrero de 1929.

Los resultados de este sistema distan mucho de ser satisfactorios. Tratándose de delincuentes habituales, poseemos la larga experiencia inglesa de cuarenta años que lo condena. Aparte de las dificultades originadas por la exigencia de establecimientos espe-

ciales, distintos de las prisiones comunes, para la ejecución de esta medida, se han invocado contra ellas las altas cifras de reincidencia de los sujetos liberados. Los tribunales ingleses la aplicaron con gran repugnancia, por estimar injusto imponer al delincuente un doble castigo, sentimiento viva y amargamente compartido por los mismos condenados, que ya consideraban extinguida su deuda con la sociedad (48). La doctrina, en su mayoría, es hoy adversa a la superposición de pena y medida de seguridad (49).

Más en armonía con el sentimiento de justicia, y más acorde con los fines asignados a la medida de seguridad es el llamado *sistema alternativo*. Si aquélla aspira solamente a la readaptación social del delincuente, ¿por qué retrasar su ejecución imponiendo antes al condenado una pena privativa de libertad desprovista de finalidad reformadora? Conforme a esta norma, el juez, apreciando las circunstancias del culpable y las exigencias de la defensa social, puede escoger, entre la imposición de pena y la de medida de seguridad, de este modo el tratamiento impuesto es único, pena o medida. En este sistema se inspira el Derecho penal suizo, que autoriza al juez para enviar los criminales habituales a una casa de internamiento por tiempo indeterminado, el internamiento sustituye a la ejecución de la pena (art. 42, Código penal); la misma facultad se le otorga para el internamiento en casas de educación por el trabajo (art. 43), y respecto de los bebedores habituales, puede sobreseer la ejecución de la pena y ordenar el internamiento del condenado en un asilo de templanza (artículo 44, Código penal). Asimismo, en Dinamarca se autoriza la sustitución de la pena de prisión por el internamiento en una casa de trabajo (art. 62, Código penal), y para los delincuentes habituales el tribunal puede, cuando la seguridad pública lo exija, sustituir la pena por internamiento en un establecimiento de seguridad. En Inglaterra la «detención preventiva» de los delincuentes habituales ha sido objeto de nueva regulación por el *Criminal Justice Act* de 1948 (sección 21, 2), que ha suprimido el anterior sistema de acumulación de pena y medida de seguridad y permite al tribunal imponer, en lugar de otra pena, la «detención preventiva» de cinco a catorce años. También Suecia, por Ley de 1937, entrada en vigor en 1 de enero de 1946, permite, al arbitrio del juez, que puede tomar consejo de una comisión especial (la Comisión de Internamiento), imponer directamente a los delincuentes

(48) RADZINOWIEZ: *The persistent offender* en «The modern approach to criminal law», Londres, 1945, pág. 162 y ss.; LESLIE S. BRASS: Comunicación al Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Praga de 1930. *Actes*, vol. II, pág. 1 y ss.

(49) El VI Congreso Internacional de Derecho Penal (Roma, 1953) se pronunció contra esta superposición. En gran número de comunicaciones al mismo fué combatido. Vid., entre otras, la de CORNIL: *Rev. Internationale de Droit Pénal*, 1953, pág. 439 y ss. y la de STRAZER en la misma revista, pág. 641 y siguientes.

habituales, en sustitución de pena, la detención de seguridad (si son anormales) o el internamiento (si no lo son).

Aun cuando este sistema no ha alcanzado aún gran difusión en las legislaciones, posee gran aceptación en la doctrina, y en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal (Roma, 1953) se adoptó la recomendación de que las legislaciones del porvenir eviten añadir a la pena una medida de seguridad distinta, evitando así someter al mismo individuo a tratamientos sucesivos diferentes, y que se fije, desde el principio, un tratamiento unitario y adecuado a las diferentes categorías de delincuentes (50). También la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, pocos años antes, en 1951, entre otras importantes resoluciones, señaló la conveniencia de renunciar a la aplicación acumulativa de pena y medida de seguridad respecto del mismo individuo (51).

10. La aplicación de la medida de seguridad exige que el juez tome en cuenta, más que el hecho ejecutado, la personalidad del delincuente, es preciso que el individuo a quien se imponga sea considerado peligroso para la vida social. En particular, tratándose de criminales habituales, las legislaciones destacan como razón de la imposición de la medida su peligrosidad. El Código penal danés exige (art. 65) que el tribunal estime necesario para la seguridad pública su internamiento; Finlandia, en su Ley de 27 de mayo de 1932 (§ 1), que en atención a las circunstancias sea considerado peligroso para la seguridad pública o privada; el Código penal polaco (art. 84, § 1), que el delincuente, en caso de quedar en libertad, constituya un peligro para el orden jurídico; Alemania (§ 20, a), que de la valoración total del hecho resulte que el sujeto es un delincuente habitual peligroso; Suiza (art. 42) exige que el sujeto manifieste una tendencia al delito, a la mala conducta o a la holgazanería.

Como la medida de seguridad se impone en función de la peligrosidad del delincuente, deberá adaptarse a la personalidad de éste, individualizarse. El juez, por consiguiente, ha de tener un conocimiento lo más íntimo posible de su personalidad, lo que requiere el examen de la misma. Y como para esto son necesarias investigaciones que están fuera del campo jurídico, deberá acudir al concurso de peritos dotados de especial preparación. No basta que el juez posea una formación científica adecuada, como se pide hace largo tiempo (52), necesita, en gran número de casos, el auxilio de especialistas que le suministren informes sobre la personalidad bio-

(50) *Rev. de Droit pénal et de Criminologie*, 1954, pág. 387 y ss.

(51) *Recueil*, 1951, pág. 481.

(52) La especialización criminológica de los funcionarios judiciales ha sido estudiada y recomendada en varios Congresos penales (Congreso Penitenciario Internacional de Londres de 1925, III Congreso de Derecho Penal de Palermo de 1933, Primer Congreso Internacional de Criminología de Roma de 1938), y por numerosos autores. Vid. J. CONSTANT: *La formation du juge pénal* en «*Rev. de Droit pénal et de Criminologie*», 1947, pág. 553 y ss.

lógica, psíquica y social del delincuente y le orienten y ayuden para hallar la solución individualizada adecuada al sujeto en cuestión (53). Esta colaboración extrajudicial, que se solicita también para la determinación de la pena, posee mayor importancia cuando se trata de la aplicación de medidas de seguridad en las que la estimación del sujeto prepondera sobre la apreciación del hecho, por lo que en estos casos es de gran utilidad un examen del mismo realizado por especialistas, antes del juicio y después de éste durante la ejecución de la medida, lo que permite un conocimiento más profundo de su personalidad y facilita un tratamiento adecuado a ella. El estudio biológico-psicológico y social del delincuente, al que cada día se otorga mayor valor, de modo más o menos satisfactorio, se aplica ya en ciertos países, tanto en los casos de imposición de penas como de medidas de seguridad (54).

11. La ejecución de las medidas consistentes en el internamiento de seguridad de delincuentes habituales apenas se diferencia de la ejecución de las penas punitivas de libertad. Mayor es la diversidad entre la ejecución de penas y medidas curativas (anormales mentales, alcohólicos, etc.), que suponen un tratamiento médico, que es uno de sus elementos principales. Como estas medidas han de ser adaptadas a la personalidad del delincuente, deben ser individualizadas, y más aún, si cabe, que las penas con aspiración reformadora, para cuya determinación ha de tomarse en cuenta en especial manera el hecho cometido, mientras que tratándose de medidas de seguridad, la valoración del delito, como ya hemos dicho, pasa a último término por asumir la del delincuente primordial importancia.

En cuanto a los establecimientos para la ejecución de las medidas de reeducación impuestas a delincuentes jóvenes y sujetos refractarios al trabajo y para las de curación aplicadas a anormales mentales, alcohólicos y toxicómanos se requieren, naturalmente, instituciones organizadas y equipadas para estos fines, como ya existen en gran número de países. En cuanto a la ejecución del internamiento de delincuentes habituales aplicado como medida su-

(53) La resolución adoptada por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria en 6 de julio de 1951 sobre las medidas de seguridad, declara que el juez debe informarse de la personalidad del sujeto y para ello han de suministrarse los concursos técnicos necesarios. *Recueil*, 1951, pág. 481.

(54) Nacidas estas investigaciones en 1907 en las prisiones belgas por obra el doctor Vervaeck, fueron después de 1920 iniciadas por el doctor Vierastein en las prisiones alemanas. En los últimos años han adquirido gran desarrollo y han sido objeto de constante estudio. Aparte la abundante literatura sobre esta materia, merecen señalarse los trabajos realizados por el XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario (La Haya, 1950), por los Congresos Internacionales de Defensa Social, en particular por el tercero de estos Congresos (Amberes, 1954) y en el ciclo de estudios organizado por la O. N. U. en Bruselas en diciembre de 1951. Véase sobre éste el fascículo tercero de la *Revue Internationale de Politique Criminelle*, 1953.

perpuesta a la pena se ha propuesto que tenga lugar en establecimientos especiales, pero hasta ahora se han utilizado para este fin establecimientos penales comunes (55).

Para la ejecución de las medidas detentivas es recomendable un personal dotado de una adecuada formación (funcionarios penitenciarios, educadores, asistentes sociales, etc.), como hoy se exige para el servicio y funcionamiento de los establecimientos penales de aspiración reformativa, y el destinado a la ejecución de medidas curativas (establecimientos y asilos para enfermos o anormales mentales que no hayan de ser reclusos en instituciones psiquiátricas, para alcoholizados y toxicómanos) debería recibir una cierta especialización psiquiátrica, sin contar con el necesario personal facultativo.

La liberación de los sometidos a estas medidas ha de ser, como en las penas de finalidad reeducadora, preparada cuidadosamente, y el liberado guiado y asistido por funcionarios especialmente formados, o personas que presten su benévolo concurso, para conseguir su readaptación social definitiva. Esta asistencia en la vida de libertad, como consecuencia de las nuevas concepciones sobre el tratamiento de los criminales habituales, a los que muchos no reputan completamente inadaptables, se consideran también aplicables a estos peligrosos delinquentes.

(55) En el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín de 1935 se acordó que las medidas de seguridad deberían ser ejecutadas en establecimientos especiales separados de las prisiones y de los establecimientos penitenciarios y que el tratamiento de los internados deberá distinguirse netamente del de los condenados a las más graves penas privativas de libertad. *Actes*, volumen I b., pág. 51.