

Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal

Aunque agobiado por múltiples requerimientos, no quiero que falte mi modesta contribución al homenaje a un eximio maestro de la Universidad española, ejemplar en la docencia y la investigación, de trato tan profundamente humano que conquista el afecto de quienes le rodean. Me refiero al catedrático Dr. Leonardo Prieto Castro, que para un penalista tiene el mérito particular de prestar una atención no usual a los problemas del proceso penal, tan descuidados por lo común en nuestras Facultades de Derecho donde no gozan de la independencia en los planes de estudios a que su importancia les hace acreedores. Las reflexiones que siguen no pretenden otra cosa que intentar deducir las conclusiones que se imponen de una serie de manifestaciones dispersas por las que se viene a poner algo más que en duda la bondad del difundido sistema dualista, penas y medidas de seguridad, admitido en la mayoría de las legislaciones y, también, en la nuestra.

Es de todos sabido que el *principio de legalidad* (1) se afirma en el mundo moderno como reacción a la arbitrariedad del llamado Antiguo Régimen, encarnado en un *princeps legibus solutus*. Igualmente es de dominio común que frente al predominio de las penas corporales (azotes, mutilaciones, muerte, muerte agravada) características de otros tiempos, poco a poco, pero sin retrocesos, las penas privativas de libertad han pasado, a partir del siglo XVI (2) a constituir la espina dorsal del sistema punitivo.

Con el principio de legalidad se trata de conseguir, ante todo, una *seguridad jurídica*, la de que nadie puede ser detenido ni

(*) Escrito para ser publicado en el libro que se prepara como Homenaje al Profesor Dr. D. Leonardo PRIETO CASTRO.

(1) Por todos: Cesare BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* (1764), traducido del italiano por Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774 (§ III, «sólo las Leyes pueden decretar las penas de los delitos»).

(2) Véase: CUELLO CALÓN, *La moderna Penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, I, 1958, págs. 303 y ss.

condenado a no ser por alguno de los hechos que la ley describe como delito, y la de que no se pueden imponer otras penas que aquellas previstas en la ley para el delito de que se trate. El precio que se ha pagado por esta seguridad ha sido la relativización del concepto del delito, pues para determinarlo no es posible ya operar con otros criterios que no sean los puramente legales: delito es aquella conducta que la Ley castiga con una pena (3). La dogmática jurídico-penal ha de atenerse, y trata de hacerlo desde hace casi dos siglos, a esta noción básica.

A fines del siglo XIX, la escuela positiva pone de relieve la insuficiencia de esta concepción desde el punto de vista de la lucha contra el delito (4). La delincuencia juvenil y las tasas de reincidencia aumentan, la prisión no enmienda a los delincuentes (5). Hay que cambiar, se dice, el centro de gravedad del Derecho penal. El acento ha de ponerse, no en el delito, sino en el delincuente (6); no en la retribución y en la prevención general, sino en la prevención especial (7). Las penas deben ser sustituidas por medidas de defensa social. Las nuevas ideas se abren camino, sin llegar a imponerse por completo, consiguiendo que los ordenamientos jurídicos acepten al lado de la pena, fundada, se dice, en la «culpabilidad» (8), la medida de seguridad (9) basada en

(3) Lo cual no excluye la crítica de la ley acudiendo a otras instancias ético-sociales o pragmáticas, por no hablar del señalamiento de los defectos técnicos.

(4) Véase: BERISTAIN IPIÑA, *Medidas penales en Derecho contemporáneo (Teoría, legislación positiva y realización práctica)*, con Pról. de BARBERO SANTOS, 1974, pág. 44; BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español (Estudio doctrinal y jurisprudencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4-8-1970)*, con Pról. de RODRÍGUEZ MOURULLO, 1976, páginas 31 y ss.

(5) Véase: GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario en España (Investigación histórica y sistemática)*, con Pról. de GIMBERNAT ORDEIG, 1975, *passim*, especialmente págs. 209 y ss.

(6) Enrique FERRI, *Principios de Derecho criminal. Delincuente y delito en la legislación y en la jurisprudencia*, trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, 1933, pág. 49: El delincuente, «siendo el autor del hecho prohibido, al que debe aplicarse la pena sancionada por la ley» es «el protagonista de la justicia penal práctica» y por ello «debe serlo también de la ciencia criminal».

(7) Véase: OCAÑA RODRÍGUEZ y GUTIÉRREZ CARBONELL, *Las medidas de seguridad en la doctrina*, en *Anuario de la Escuela Judicial*, 1971, págs. 24 y ss.

(8) Cfr. CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, pág. 20.

(9) El nombre genérico de «medidas de seguridad», denominación que se atribuye a Carlos STOOB, cubre un contenido muy heterogéneo, incluyendo medidas asistenciales de tipo curativo o pedagógico, al lado de otras cuya finalidad es la inocuización o segregación de aquellos delincuentes que presentan una fuerte tendencia al deli.o. Sólo las últimas merecen en sentido estricto la denominación de medidas de seguridad o asegurativas. Algunos escritores que pertenecen a sistemas jurídicos en los que las acciones penales y civiles están radicalmente separadas, propugnan ahora como novedad el que figure en el repertorio de medidas «penales» la indemnización a las víctimas del delito, la cual tiene una inequívoca naturaleza civil pese a que, en nuestro Derecho, si no hay reserva expresa de acciones el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil se haga en el procedimiento penal.

la «peligrosidad» entendida como un alto grado de probabilidad de delinquir en un futuro más o menos próximo (10).

Ya los precedentes históricos que se citan para las medidas bastarían a hacerlas sospechosas (11). Sin embargo, se difunden con el argumento, que parece poderoso, de su necesidad (12): si la pena es insuficiente en la lucha contra la criminalidad, habrá que complementarla o sustituirla por una medida de seguridad.

Mas, a lo largo del tiempo, las medidas se han mostrado también impotentes para contener el auge de la criminalidad, el aumento de la delincuencia juvenil, cada día más preocupante, y la elevación de las tasas de la reincidencia (13).

De modo paulatino vienen imponiéndose cada vez más dos verdades inconcusas. La de que el delito no es patrimonio de los desheredados, de los que se encuentran marginados socialmente (14). Y, en segundo lugar, que la criminalidad es un hecho que no se puede hacer desaparecer, borrar de la faz de la tierra (15). Los delitos de tráfico, que en algunos países alcanzan hasta el 50 por 100 del total de las infracciones criminales registradas (16) produciendo embotellamientos en la Administración de Justicia, constituyen un buen ejemplo de lo primero, al que se podrían añadir otros muchos como ocurre con los delitos relativos al tráfico de drogas. Todos somos delincuentes en potencia. Más aún, parafraseando las palabras evangélicas, me atrevería a decir que el que se halle libre de delito que tire la primera piedra. Hoy no se puede sostener que el delincuente es el otro, el antisocial, el inadaptado. Y en cuanto a la lucha contra la criminalidad, la única meta razonable es tratar de mantenerla dentro de límites tolerables, que no perturben en exceso la vida de la colectividad.

Estos fenómenos son particularmente visibles allí donde se ha perdido, o no existe, la conciencia de una reprobación moral unida a la comisión de los hechos que la ley califica como delictivos, lo cual sucede no sólo en los delitos llamados políticos, sino,

(10) Sobre el concepto de peligrosidad: COBO DEL ROSAL, *Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970*, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, 1974, págs. 107 y ss.

(11) Pues nacen en tiempos del Antiguo Régimen y algunas antes, rodeadas de los estigmas de arbitrariedad e inseguridad jurídica a los que intentó poner fin el principio de legalidad, por lo que deberían bastar estos turbios orígenes para calificarlas de regresivas cualquiera que sea el ropaje de que se las haya revestido después. Véanse: STOOS en *Revue Pénale Suisse*, 1925, páginas 147 y ss.; BERISTAIN, *ob. cit.*, págs. 38 y s.

(12) Por todos: BERISTAIN IPIÑA, *ob. cit.*, pág. 94.

(13) Véase: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Medidas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Peligrosidad y medidas de seguridad*, Valencia, 1974, pág. 357.

(14) Tópico que se mantiene vivo, como sucede, por ejemplo, cuando GIMBERNAT habla en el prólogo a la obra citada de GARCÍA VALDÉS, de «sacar al delincuente de su marginación» (*ob. cit.*, pág. XIV).

(15) RODRÍGUEZ MOURULLO, *loc. cit.*, pág. 356: «un fenómeno social inextinguible».

(16) Cfr. KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tubinga, 1970, pág. 2 (de próxima aparición en castellano).

y muy especialmente, en aquellos delitos «sin víctima» (17) como el fraude fiscal (en los países en los que constituye delito) o en la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (18).

Por otra parte, las medidas privativas de libertad o pecuniarias no se diferencian en su ejecución de las penas del mismo género (19). Esto es evidente para las pecuniarias. Por lo que respecta a la pena privativa de libertad, no hay que olvidar que no puede reducirse de modo exclusivo a mantener al penado en una prisión. La pena privativa de libertad es como una caja vacía a la que hay que dar un contenido (20). En cuanto sea posible hay que procurar la rehabilitación, resocialización o readaptación del penado a la sociedad, aunque en el V Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra el año 1975, se puso de manifiesto que es difícil conseguir estos fines sin una actitud positiva del penado, que generalmente falta. Ello sin contar con la realidad de que muchos penados son personas que no están necesitadas de «tratamiento» alguno por encontrarse perfectamente adaptados a las exigencias de una vida ordenada y al medio social (delincuentes ocasionales, delincuentes de tráfico, etc.). Desde esta perspectiva, la pena privativa de libertad persigue fines de prevención especial o particular, se individualiza. Mientras que las medidas de seguridad de inocuización o segregación a base de un internamiento ejercen unos efectos de prevención general, a causa de su indeterminación, mucho mayores que las genuinas penas, siendo más temidas que éstas por los delincuentes habituales y profesionales a los que se aplican.

Esa es, en rasgos generales, la situación actual. De ahí se deduce, sin género alguno de duda, que las medidas de inocuización, segregación o internamiento han defraudado las esperanzas que suscitaron, y que, además, perforan, es preciso decirlo sin equívocos de ninguna clase, todo el dispositivo de legalidad. Con otras palabras: Las medidas de seguridad comportan la imposición de verdaderas penas, sumamente aflictivas por su indeterminación, por delitos que no se han cometido e incluso por la mera probabilidad, mayor o menor, de que se cometa un delito

(17) Véase: MIDDENDORFF, *Estudio criminológico de los delitos de tránsito*, en *Revista de Ciencias Sociales, Puerto Rico*, 1970, pág. 114.

(18) Podrían mencionarse otras formas, como la polución del medio ambiente, la publicidad engañosa, el abuso de informaciones, la conducción temeraria, etc.

(19) Véase: BERISTAIN, *ob. cit.*, pág. 57; OCAÑA GUTIÉRREZ y GUTIÉRREZ CARBONELL, *loc. cit.*, págs. 32 y s.

(20) PEDRAZZI, *Rapport général de synthèse du Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale*, en la *Contribution au Cinquième Congrès des Nations Unies pour la prevention du crime et le traitement des delinquants*, Genève, 1-12 septembre 1975, Milán, pág. 88, editada por la Asociación Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, Sociedad Internacional de Criminología y Sociedad Internacional de Defensa Social.

en el futuro. Es una grosera burla del principio de legalidad el afirmar que se respeta exigiendo para la imposición de la medida que la peligrosidad se muestre a raíz de la comisión de un delito, señalando en la ley los «índices» de peligrosidad que han de fundamentar la aplicación de las medidas. Porque, en cualquier caso, sean medidas predelictuales o posdelictuales, con o sin índices de peligrosidad recogidos en la ley, la razón determinante de que se imponga una medida es siempre la «futura» posibilidad de comisión de un delito, no un delito real y efectivamente cometido.

Si los motivos que condujeron al reconocimiento del principio de legalidad en el Derecho penal siguen siendo válidos, y pienso que lo son, hay que eliminar las medidas de seguridad. Hemos de retornar a un sistema monista, en que la pena sea la única consecuencia del delito (21). Un sistema basado en la pretensión, dentro de las limitaciones humanas, de hacer justicia, castigando al que comete un delito. Un sistema de tal índole supone volver a reconocer el carácter retributivo de la pena, que a un tiempo es una nota esencial y límite infranqueable, implicando su proporcionalidad con la gravedad del hecho (22). No es lícito, en nombre de un pseudocientifismo que viene tomando hipótesis por verdades incontestables, imponer sanciones penales de duración desproporcionada a la índole del delito cometido. Y menos aún, de duración indeterminada.

La vuelta a un sistema monista no significa, como es obvio, prescindir de medidas de tipo curativo o pedagógico, con o sin internamiento coactivo (23). El tratamiento de los enfermos mentales o de los drogadictos no precisa de la comisión de un delito, porque el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas

(21) Claro es que la responsabilidad civil no es una consecuencia «penal» del delito, como se advierte *supra*, nota 9.

(22) Debiera ser innecesario insistir en que la gravedad del hecho está en función de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del delito, y no sólo de la culpabilidad. Frases como la de ROXIN: «el principio de la pena no puede traspasar, ni en su duración, el grado de culpabilidad» (*Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad* [trad. MUÑOZ CONDE], en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 2 [1977], página 146) constituyen una simplificación inadmisibles porque provocan la idea de que la gravedad material de los elementos objetivos es una cantidad despreciable. Cuando se habla de que la pena ha de ser proporcionada a la gravedad de los hechos se entiende, insisto, que esta gravedad depende en primer lugar de lo realmente sucedido y, en segundo término, de la culpabilidad. Pues no es lo mismo un homicidio que un hurto de uso, ni la pena ha de ser igual para el homicidio doloso que para el culposo.

(23) Aquí nos separamos de las propuestas radicales de una total supresión de toda clase de medidas. La derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, repetidas veces propugnada. (Véase: «Informaciones» del 22 julio 1977, «Ya» del 28 julio 1977, «El País» del 12 agosto 1977, y PEDRO CARO, *La Ley de Peligrosidad Social*, en «Informaciones» del 12 septiembre 1977), no debe conllevar la supresión de las medidas de tipo asistencial, que en realidad son de tipo administrativo.

asistenciales necesarias para velar por la salud pública. No hay, por consiguiente, reparo alguno para que se apliquen las medidas precisas cuando se comprueba oficialmente, dentro o fuera del proceso penal, que el sujeto se halla necesitado de un tratamiento curativo. Por lo que se refiere a los menores, no hay que olvidar que la educación es una tarea inherente al Estado moderno en el que, cuando menos, es obligatoria la instrucción general básica, y, como es natural, hay que apelar en ocasiones a procedimientos pedagógicos adecuados cuando se trata de sujetos afectados de alguna anormalidad que justifique, por su desvalidamiento o dificultades psicológicas, la intervención estatal. Caso asimismo de los sordomudos que carecen en absoluto de instrucción. Ahora bien, las finalidades curativas o pedagógicas son las únicas que justifican la intervención del Estado en tales supuestos, medie o no la comisión de un delito. Por consiguiente, si la curación del enfermo mental no requiere el internamiento, o éste se halla contraindicado, no debe imponerse sin más como hacen nuestros textos legales (24).

Destacar que la pena ha de ser la única consecuencia del delito, no lleva consigo ni la consagración del predominio de la pena carcelaria, ni el propugnar penas de reclusión muy prolongadas o perpetuas en los casos más graves. No podemos hoy desconocer lo que se sabe sobre los efectos nocivos de la prisión (25). Entre ellos se cuenta la destrucción de la personalidad humana, la incapacitación para volver a vivir en libertad (26). Las penas, por muy duras que sean, han de respetar la dignidad del ser humano, hecho a imagen y semejanza de Dios. El respeto a la dignidad humana veta las penas privativas de libertad de duración superior a diez o quince años (27). Para eludir en lo posible los efectos nocivos de la prisión hay que desplegar, y se está desplegando, un gran esfuerzo imaginativo, al objeto de encontrar nuevas penas que no exijan privar a quien las sufre de la libertad de movimientos (28). Pero, hoy por hoy, la pena de prisión no se puede

(24) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Valoración de las deficiencias, invalideces y perjuicios corporales desde el punto de vista jurídico-penal*, en *Anales de la R. A. N. de Medicina*, 1976, págs. 697 y s.

(25) Cfr. VON HENTIG, *La pena*, II (1968), trad. RODRÍGUEZ DEVESA, págs. 231 y siguientes.

(26) Cfr. VON HENTIG, *ob. cit.*, II, págs. 235 y ss.

(27) Sir David MAXWELL FYFE, *La peine de mort*, en *Rev. Internationale de Droit pénal*, 1948, pág. 140: «después de diez o quince años de prisión el individuo está mental y físicamente degradado».

(28) Pier ALLEWIJN, *Rapport général de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire*, en *Contribution*, cit., págs. 36 y s.: «Es igualmente posible no ver en la prisión más que una forma extrema y a menudo exagerada de la privación de libertad. Sería importante definir la privación de libertad como una medida que tiene por objeto retirar a una persona la facultad de tomar sus propias decisiones. Podría tender a no privar a una persona más que de la fracción de libertad que toca a sus actividades en el sector

suprimir; ha de subsistir como retaguardia de esas otras penas que descansan sobre la base de una colaboración del penado, como sucede, por ejemplo, con la privación del permiso de conducir, de tal modo que el quebrantamiento de la pena impuesta reconduce al cumplimiento en su lugar de una pena privativa de libertad. Por eso no es factible, ni deseable, la supresión de las penas cortas privativas de libertad pese a sus inconvenientes repetidas veces señalados (29).

Claro es que un sistema basado en la retribución no comporta el abandono de los fines de prevención especial en tanto sean compatibles con la proporcionalidad de las penas. Lo que no se puede hacer es, aduciendo que el individuo no está todavía «curegado», prolongar más allá de lo que se estima justo la duración de una pena de arresto mayor, pongamos por caso.

Como advierte con razón Rodríguez Mourullo, el destino del Derecho penal se decide «en el marco de las consecuencias jurídicas del delito» (30). Con esta óptica ha de enfocarse la reforma de nuestro ordenamiento jurídico-penal, precisado de claros criterios de política criminal que están, por desgracia, pendientes de formular (31).

de la infracción cometida. En buena parte este principio se aplica a los delitos de tráfico, cuando, por ejemplo, se retira el permiso de conducir por un período específico o determinable».

(29) PEDRAZZI, *loc. cit.*, pág. 90: «se asiste a una rehabilitación inesperada de las penas cortas privativas de libertad, en otro tiempo tan desacreditada. Bien entendido que nadie recomienda... un empleo generalizado respecto a los delincuentes primarios. Pero se ha hecho notar sobre la base de experiencia recientes, que una corta privación de libertad puede insertarse útilmente en el marco del tratamiento, como una primera intervención de choque, a título de advertencia, seguida por formas de tratamiento en el ambiente social.

(30) RODRÍGUEZ MOURULLO, Prólogo a la *ob. cit.* de BARREIRO, pág. 10.

(31) Véase: LÓPEZ-REY Y ARROJO, *Seminario sobre presente y futuro de la criminalidad y de la política criminal. 10-21 de mayo 1976*, en *Revista de la facultad de Derecho* (Universidad Católica Andrés Bello), núm. 22 (1976), Caracas (Venezuela), págs. 263 y ss., y el folleto sobre *Planificación de la Política criminal dentro de los programas de desarrollo nacional en Latinoamérica*, editado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, San José de Costa Rica, octubre 1976.

