

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
*Catedrático de Derecho penal y de
Introducción a la Filosofía jurídica y moral
en la Universidad de Valparaíso*

LA PENA Y LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

PRIMERA PARTE:

**PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
- SISTEMAS PENALES - CLASIFICACIONES DE LAS PENAS -
LAS PENAS EN PARTICULAR**

Madrid, 1976 (abreviado, *Medidas*); Antonio Beristáin Ipiña, voz *Medidas penales*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix, Barcelona, t. XVI, 1990, págs. 168-209; Giuseppe Bettiol, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, en sus *Scritti giuridici*. 2 vols. Cedam, Padova, 1966, t. I, págs. 514-523 (abreviado, *Aspetti*); del mismo autor, *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza*, en *Scritti giuridici*, cit., t. II, págs. 565-577 (abreviado, *In tema*); del mismo autor, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, en *Scritti giuridici*, cit., t. II, págs. 974-983 (abreviado, *I problemi*); del mismo autor, *El problema penal*. Trad. de J. L. Guzmán Dalbora y Prólogo de Manuel de Rivacoba. Hammurabi, Buenos Aires, 1995; Francisco Blasco y Fernández de Moreda, voz *Medidas preventivas*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, t. XIX, 1988, págs. 464-473; Ivo Caraccioli, *I problemi generali delle misure di sicurezza*. Giuffrè, Milano, 1970 (abreviado, *Problemi*); José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*. Parte general. Publicados, 3 vols. Tecnos, Madrid, t. I (Introducción), 5ª ed., 1996 (abreviado, *Curso*); Giacomo Delitala, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, en su *Diritto penale*. Raccolta degli scritti. 3 vols. Giuffrè, Milano, t. II, 1976, págs. 595-611; Pedro Dorado Montero, *¿Pena o medida?*, en su obra *El Derecho protector de los criminales*. 2 vols. Analecta, Pamplona, 1999 (reimpresión facsimilar de la edición de Madrid, Victoriano Suárez, 1915), t. II, págs. 45-141; Franz Exner, *Die Theorie der Sicherungsmittel*. Guttentag, Berlin, 1914 (abreviado, *Sicherungsmittel*); Eduardo Reale Ferrari, *Medidas de segurança e Direito penal no Estado Democrático de Direito*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001 (abreviado, *Medidas*); Wolfgang Frisch, *Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. De Gruyter, Berlin-New York, t. 102, 1990, págs. 343-393 (abreviado, *Massregeln*); Giuseppe Guarnieri, voz *Misure di sicurezza (diritto penale comune)*, en *Novissimo Digesto italiano*, cit., t. X, 1964, págs. 778-798; Luis Jiménez de Asúa, *El estado peligroso*. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo. Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1922; del mismo autor, *Las medidas de seguridad*. Su naturaleza y sus relaciones con la pena. (Consideraciones de Derecho comparado), en *El criminalista*. 2ª serie, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, t. II (XII de toda la colección), 1958, págs. 219-239; del mismo autor, *Las penas y las medidas de seguridad*, en *El criminalista*, cit., vol. cit., págs. 175-193; del mismo autor, *La sistematización jurídica del estado peligroso*, en *El criminalista*, cit., vol. cit., págs. 137-152 (abreviado, *Sistematización*); del mismo, en *Jornadas de Derecho penal*, Buenos Aires, 1962, págs. 166 y ss.; Eduard Kohlrausch, *Sicherungshaft*. Eine Besimmung auf den Streitstand, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, cit., t. 44, 1924, págs. 21-34; Alfredo de Marsico, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, en *Rivista di diritto penitenziario*, Roma, 1933, vol. II, págs. 1259-1296 (abreviado, *Natura e scopi*); Heinz Müller-Dietz, *Grundfragen des strafrechtlichen*

Sanktionensystems, Deker, Heidelberg-Hamburg, 1979 (abreviado, *Grundfragen*); Enzo Musco, voz *Misure di sicurezza*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, t. XX, 1990, págs. 1-10; Wolfgang Naucke, *Strafrecht*. Eine Einführung. Luchterhand, Neuwied und Kriftel, 9ª ed., 2000; Pietro Nuvolone, voz *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, en *Enciclopedia del diritto*, cit., t. XXVI, 1976, págs. 632-665 (abreviado, *Misure*); Francisco Felipe Olesa Muñido, *Las medidas de seguridad*. Prólogo de Octavio Pérez-Vitoria. Bosch, Barcelona, 1951 (abreviado, *Las medidas*); Antonio Pagliaro, voz *Sanzione penale*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, cit., t. XXVIII, 1992, págs. 1-7; Carmelo Peluso, voz *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, en *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, t. VIII, 1994, págs. 145-166; Manuel de Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1991 (abreviado, *Evolución*); José María Rodríguez Devesa, *Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, de Madrid, tomo XXXI, fascículo I, enero-abril de 1978, págs. 5-11 (abreviado, *Alegato*); Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho penal*. Parte general. Cívitas, Madrid, 1977; del mismo autor, *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, de Madrid, 1965, II, págs. 759-791 (abreviado, *Significado*); Carlos María Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Bosch, Barcelona, 1986 (abreviado, *Peligrosidad*); del mismo autor, voz *Peligrosidad*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, cit., t. XIX, 1989, págs. 283-346; Carl Stooss, *Zur Natur der sichernden Massnahmen*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, cit., año 44, 1930, págs. 261-268 (abreviado, *Massnahmen*), y Juan Terradillos Basoco, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Akal, Madrid, 1981.

I. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. ANTECEDENTES Y ORIGEN HISTÓRICOS; DIFUSIÓN ULTERIOR

Tras la aparición, durante las postrimerías del siglo XIX, de las medidas de seguridad y su ulterior difusión en diversos ordenamientos, se viene repitiendo en la doctrina que si la pena es el concepto clásico y central del Derecho punitivo, dejó de ser ya el único medio de que él se sirve, e incluso que la figuración de aquellas al lado de ésta, en un aparato conjunto de “consecuencias jurídicas del delito” o “sanciones criminales”, haría aconsejable retomar la antigua denominación de nuestra disciplina, cuyo nuevo contenido, ganado merced a las medidas, haciéndose tripartito –delito, pena y medidas de seguridad–, determinaría, pues, “que el Derecho penal se extienda hasta convertirse en *Derecho criminal*” (Stooss, *Massnahmen*, pág. 268).

Que las medidas de seguridad sean un producto, acaso el más característico, de la época de la *lucha de las escuelas* y que les falte una historia parangonable a la de la pena, no significa que carezcan de antecedentes, si bien los que es costumbre aducir son todo menos que unívocos, dejan entrever la torva imagen que las ha acompañado desde su entrada en la escena penalista y bastarían para recelar del propósito de encajarlas en el Derecho punitivo (...o para hacerlas de lleno sospechosas, como afirma Rodríguez Devesa, *Alegato*, cfr. pág. 7). Con tales antecedentes ocurre algo semejante al fundamento de las medidas, la *peligrosidad* de quien tiene que sufrirlas, concepto sólo formulado en el mundo contemporáneo, pero cuya necesidad fue percibida de antiguo y, por ende, se lo recogió, aunque de imperfecta manera, en las legislaciones. Dado que la idea de la defensa social contra sujetos tenidos por peligrosos no es nueva y que los Derechos de antaño no tenían para proveer a sus requerimientos otros mecanismos que delito y pena, es fácil comprender que los antecedentes de que ahora nos ocupamos se yuxtaponen a los de ciertas puniciones, especialmente al *iter* en ciernes de las penas privativas de la libertad en la Edad Moderna (cfr. Antón Oneca, *Derecho penal*, pág. 621).

Aunque a veces se menciona¹ cual precedente ilustre la custodia privada que los magistrados romanos podían imponer, *ad tutelam ejus et securitatem proximorum*, a los enajenados que hubiesen cometido un hecho prohibido como delito, la indicación pasa por alto que el *furiosus* era sin ambages un inimputable, siendo en cambio incierto que esa medida cautelar tuviese índole pública (Ferrini, *Esposizione*, cfr. pág. 66). Prescindiendo de otros pretendidos y remotos precedentes, cuya naturaleza penal o bien aseguradora resulta asaz confusa², en verdad el afán de controlar y someter con disposiciones jurídicas a individuos imputables, hubiesen o no perpetrado un delito, pero considerados como peligrosos o indeseables por las capas dominantes de la comunidad, hubo de ser estimulado por unas precisas condiciones políticas, económicas y sociales, que sólo empiezan a presentarse en los albores de la Edad Moderna. El florecimiento de las ciudades en Europa, la progresiva consolidación de la burguesía, el desarrollo del capitalismo, la concentración del poder político en las monarquías absolutas, la expansión demográfica y la crónica inseguridad pública heredada del Medioevo³, fueron algunos de los factores que, sumados a la miseria y el desarraigo de amplios segmentos sociales de la sazón, dan cuenta del interés de los poderes públicos por contener el auge de la criminalidad, y aun su mera sospecha, con medios distintos de las penas propiamente dichas o bien dilatando éstas

¹ Especialmente entre los penalistas brasileños, por ejemplo, Bruno, *Direito penal*, cfr. pág. 256, Ferrari, *Medidas*, cfr. pág. 16, Fragoso, *Direito penal*, cfr. pág. 403, y Prado, *Curso*, cfr. pág. 520.

² En opinión de Beristáin Ipiña, *Medidas penales*, págs. 171-172, "todas las legislaciones y costumbres penales —desde los primeros tiempos históricos— muestran la existencia de algunas instituciones similares a las medidas", y menciona entre ellas la *relegatio* romana, la prisión de duración indeterminada en el Derecho islámico, ciertas formas de mutilación, etc.

³ Cfr. Alvim, *História*, págs. 84-85, con cita de Johan Huizinga.

más allá de sus posibilidades reconocidas⁴. La detención del condenado que amenazaba cometer un segundo delito, hasta que no prestase caución del daño que de él cabía temer, prevista por la Constitución Criminal Carolina⁵, y la llamada cláusula de retención, creada en España por una Pragmática de Carlos III el 12 de marzo de 1771, pero que "tenía una existencia muy anterior" (Barbero Santos, *Consideraciones*, pág. 25), con el fin de facultar a los jueces para que extendiesen sobre el límite legal de diez años la reclusión de "los reos más agravados y de cuya salida al tiempo de la sentencia se revele algún grave inconveniente" (Olesa Muñido, *Las medidas*, cfr. pág. 53), son un ejemplo de esto último. A su turno, la adopción de mecanismos ajenos a las penas cobra especial relieve frente al problema social de la vagancia y la mendicidad, fruto del endémico pauperismo que atormentó a las masas desposeídas desde el siglo IX y que a partir del XVI se exagera por los continuos desplazamientos de la población. A decir verdad, vagancia y mendicidad⁶, que preocuparon de antiguo a juristas, filósofos y teólogos (Juan Luis Vives, Giambattista Vico, Tomás Moro, Domingo de Soto, etc.), representan un paradigma de veleidad legislativa, de un talante muchas veces proclive a sancionar, otras a asistir y a menudo a aprovechar para algún designio público a vagos y mendigos⁷. El número de disposiciones que las prohibieron y castigaron con crudelísimas penas (azotes, mutilaciones, galeras, enrodamiento, etc.) fue muy crecido en la baja Edad Media, y persisten en los siglos XVI y XVII⁸. Sin embargo, la monarquía absoluta alteró en parte este panorama, procurando servirse para sus propósitos particulares de vagos, ociosos y mendigos, sea en las galeras, pues el servicio a remo sin sueldo en las naves del rey podía imponerse no sólo como conmutación de la pena de muerte y otras corporales, sino también para recoger en levas forzosas a los deshereda-

⁴ Tras observar la vinculación entre capitalismo, burguesía y monarquía absoluta durante el siglo XVI, Roland Mousnier se detiene en el paralelo incremento de la población y sus secuelas sociales: "En todas partes pululaban errantes y vagabundos, entre los que se reclutaban mendigos, ladrones, aventureros, bandidos y emigrantes. Eran una pesadilla para las ciudades, las cuales, periódicamente, expulsaban, deportaban o encarcelaban a todos aquellos proletarios, como es lógico, sin resultado alguno". Los antagonismos de clase se agudizan durante el siglo XVII, como consecuencia de la crisis económica y las guerras religiosas. Cfr. en la *Historia general de las civilizaciones*, publicada bajo la dirección de Maurice Crozet, el primero de los dos tomos dedicados a *Los siglos XVI y XVII*, trad. de Juan Reglá, Ediciones Destino, Barcelona, 1981, págs. 83, 85, 86 y 247 y ss.

⁵ En su artículo 176, cuyo epígrafe reza: "De la pena o custodia para las personas de las que, por causas demostradas, hay que esperar males y fechorías". Cfr. *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina)*, cit. *supra*, en el capítulo I, nota 31.

⁶ Cuyo equivalente contemporáneo, de proporciones y horizontes devastadores, es el *paro forzoso*, conforme señala Francisco Blasco, *Lardizábal*, etc., cit. *supra*, en el capítulo I, cfr. pág. 87.

⁷ "Esta ambigüedad no pertenece sólo al pasado. Las legislaciones contemporáneas oscilan igualmente entre la represión y la asistencia". Barbero Santos, *Los marginados*, pág. 138.

⁸ Sobre el particular, *vid.* Blasco y Fernández de Moreda, *Medidas preventivas*, pág. 472.

dos, sea, más tarde, en presidios y otros duros quehaceres militares, todo ello en consonancia con las necesidades bélicas del monarca⁹. Por lo demás, las casas de corrección, creadas en Europa desde la segunda mitad del siglo XVI, también tomaron como objeto precioso la vagancia y sus epifenómenos (prostitución, gitanería, infancia abandonada, etc.), viniendo a representar verdaderas instituciones de seguridad con miras de corrección individual y profilaxis social (Cuello Calón, *Penología*, cfr. pág. 83).

El tránsito entre las centurias dieciochesca y decimonónica ofrece precedentes más inmediatos de las medidas, e incluso un esbozo de su teoría y presupuesto. Las discusiones habidas entonces son de gran interés, “porque coincidieron con la transformación del Estado de policía en el Estado de Derecho, de bases liberales y democráticas, y llevaron a ahondar en el fundamento del Derecho penal y las relaciones del magisterio punitivo con las demás funciones del Estado” (Guarnieri, *Misure di sicurezza*, pág. 779). El Derecho territorial general prusiano, de 1794, un típico texto de la Ilustración ya en su ocaso, había establecido un medio de aseguramiento (*Sicherungsmittel*) respecto de los delincuentes que, después de cumplida su pena, pudieran llegar a ser peligrosos a causa de tendencias reprobables procedentes de su carácter cruel, hecho que permitía al juez mantenerles encerrados hasta que desapareciese su peligrosidad. Ernst Ferdinand Klein (1744-1810), que alumbró la medida en cuestión, es reputado por ello en Alemania como el fundador del sistema dualista¹⁰, del que luego trataremos. El empeño de Klein por conciliar lo inconciliable, o sea, dar barniz jurídico a la directa raíz histórica de su creación —la pena extraordinaria que los jueces del Derecho común alemán podían determinar sobre individuos sospechosos de haber cometido un delito¹¹—, le hizo exigir la intervención judicial y, en todo caso, la comprobada presencia de un delito para que entrase a operar aquel medio de aseguramiento, de duración indeterminada y ejecución posterior a la pena. Pocos años después Kleinschrod y Tittmann, apartándose de aquellas exigencias, postularon el peligro para la sociedad como única razón de ser de las medidas, las que por lo mismo no debían tener como presupuesto la culpabilidad tratada en un delito cometido, a cuya sanción cupiese enlazarlas.

Sin embargo, una y otra cosa eran sólo flexiones de una idea repugnante para el pensamiento individualista y liberal, que no estaba dispuesto a admitir

⁹ Véase Terradillos Basoco, *Peligrosidad social*, págs. 32-35. El que el servicio de las armas substituyese, siempre como pena, a las galeras, explica que más tarde la *Theresiana*, para revertir con afán racionalizador este estado de cosas, tuviese que declarar que no debía ser contado entre las punitivas, como consignamos *supra*, cap. 1, nota 65.

¹⁰ Así, Eberhard Schmidt, *Einführung*, cfr. pág. 252, a quien la ciencia histórica adeuda este reconocimiento, después evocado por otros autores, como Stratenwerth, *Derecho penal*, cfr. pág. 21, y Jescheck y Weigend, *Lehrbuch*, cfr. pág. 84.

¹¹ “Esta pena extraordinaria, avalada por la autoridad de Carpzow y desde entonces aplicada con creciente frecuencia, no era una verdadera pena, pues, todo a lo más [...], era una pena “por el delito de ser sospechoso de ser culpable de un delito”, sino una medida de seguridad dirigida a la prevención criminal”. Guarnieri, *Misure di sicurezza*, pág. 779.

excrecencias de las viejas penas arbitrarias entrometidas en las tareas del juez penal de los nuevos tiempos. Feuerbach, cuya obra anticipa con sorprendente precisión el concepto de peligrosidad¹², consideró incompatible con el Poder judicial la adopción de medidas de esta naturaleza, porque a su juicio “los delitos ya perpetrados no son elementos suficientes para deducir la probabilidad de delitos futuros”, y con fina ironía desembozó los formidables peligros del llamado Derecho de seguridad, o de policía, perforador de la legalidad penal y la libertad¹³. Su parecer, que fue el de toda su época, sería decisivo. Los esporádicos intentos posteriores de algunos publicistas, como Lotz y Mohl —nada menos que el creador del concepto de Estado de Derecho—, en pro de delinear un proceso de seguridad confiado a la autoridad administrativa restarían infructuosos, por su contradicción con el principio de división de los Poderes del Estado y la falta de elementales garantías jurídicas en esa justicia preventiva (Guarnieri, *Misure di sicurezza*, pág. 782). De hecho, los Códigos decimonónicos establecieron medidas cautelares sólo para los inimputables, especialmente el internamiento en hospital psiquiátrico o la muy romana entrega en custodia a su familia de los dementes que hubieran ejecutado hechos punibles de cierta gravedad, que se leen en el artículo 8º, número 1º, del Código español de 1848-50, fuente de la redacción primitiva del art. 10, número 1º, del chileno. El único caso en que según éste un individuo imputable podía sufrir, como “medida preventiva” (art. 23), la sujeción a la vigilancia de la autoridad, fue el de los condenados por vagancia o mendicidad (arts. 306 y 309, derogados por la Ley número 19.567, de 1º de julio de 1998), o sea, unos estados peligrosos sancionados como delito¹⁴.

Siendo exacta la afirmación de que el nacimiento de las medidas de seguridad hunde sus bases en la doctrina penal de signo positivista y peligrosista, que capturó a muchos espíritus del último tercio del siglo XIX, sería apresurado y deformaría la cabal inteligencia de ese hecho histórico dejar sin mención las condiciones materiales que lo propiciaron.

La revolución industrial en Inglaterra, el triunfo político de la burguesía en Francia y las transformaciones que entrambos fenómenos produjeron en la estructura social y económica de Europa, dieron origen a la formación del proletariado y de los marginados en las principales ciudades, al calor de una explosión y unos movimientos demográficos que corrían a las parejas de las crecientes

¹² Como aquella cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará, en efecto, el Derecho. Cfr. Jiménez de Asúa, *El estado peligroso*, pág. 33.

¹³ “Pues si queremos ser consecuentes, habría que derivar de los principios que combatimos la afirmación de que el Estado tiene el derecho de apresar a todos los ciudadanos sospechosos y, por motivos de prevención moral, someterlos gentilmente a la marca a fuego y, si el peligro es ingente, sacrificar su vida a la seguridad futura”. Recogemos la cita, tomada de su obra *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, en dos vols., Erfurt, 1799-1780, de Guarnieri, *Misure di sicurezza*, pág. 781.

¹⁴ Durante el siglo XIX vagancia y mendicidad dejaron de ser delitos en muchos países; pero hubo Códigos en que conservan el carácter tradicional. Blasco y Fernández de Moreda, *Medidas preventivas*, cfr. pág. 473. Uno de ellos fue el de Chile.

posibilidades productivas. Los conflictos de todo orden surgidos de estas circunstancias no pudieron menos que aumentar la criminalidad —en especial, la reincidente— y, sobre todo, infundir temor en los grupos hegemónicos, que cayeron en la cuenta de que las garantías del Derecho penal por ellos construido como paladión contra el estamento que antes los oprimió, representaban ahora una incómoda barrera, un lastre que entorpecía la apremiante necesidad de encarar más maciza e ilimitadamente las *clases peligrosas*, la *mala vida* que bullía en los centros urbanos (Zaffaroni, *Derecho penal*, cfr. pág. 319)¹⁵. La pena no parecía ser ya el medio adecuado para poner coto a la delincuencia, “estimulada por la reciente revolución industrial” (Peluso, *Misure di sicurezza*, pág. 147). Pero antes de dar pasos para reobrar sobre esta específica situación, la burguesía supo revestir su predominio político, económico y social, así como las bondades de su *modus vivendi*, con una concepción pseudocientífica acerca de la inferioridad de las clases bajas, particularmente aquellas que por no querer o no poder amoldarse al modelo burgués de progreso parecían de imposible redención. “De ahí la creciente importancia de las teorías alternativas sobre la superioridad de la clase biológica, que fue tan importante para la *Weltanschauung* de la burguesía del siglo XIX. La superioridad era el resultado de la selección natural, transmitida genéticamente. El burgués era, si no una especie diferente, sí al menos miembro de una raza superior de la evolución humana, distinto de los órdenes inferiores que histórica o culturalmente permanecían en la infancia”. El criterio fue con prontitud aplicado a los pobres, que lo eran por ser biológicamente inferiores, y, claro está, al delicto: “el criminal, el antisocial, el socialmente menesteroso, pertenecía a un linaje humano diferente e inferior respecto de la raza “respetable” y podía reconocerse por signos tales como la medida del cráneo u otras formas igualmente sencillas”¹⁶. Había nacido el concepto de peligrosidad¹⁷, en contacto del cual el individuo queda degradado a la condición de objeto, y por doquier se escuchará como arenga la frase *defensa social a través de la prevención individual*. No es factible, pues, desligar las medidas de seguridad del naturalismo social propio del positivismo criminológico, ni de su visión determi-

¹⁵ Incluso para quienes proyectaban las urbes los pobres constituían un peligro público, “por lo que dividieron sus concentraciones potencialmente sediciosas mediante avenidas y bulevares que pudiesen conducir a los habitantes de los multitudinarios barrios populares, que estaban renovando, a emplazamientos algo indeterminados [...] y, sin duda, menos peligrosos”. Hobsbawm, *La era del capital, 1848-1875*. Trad. de A. García Fluixá y Carlo A. Caranci. Grijalbo Mondadori, Buenos Aires, 1998, pág. 220.

¹⁶ Ídem, págs. 256 y 276.

¹⁷ En verdad, su elaboración técnica es posterior; pertenece al neopositivista Grispigni, *Derecho penal italiano*, cfr. pág. 89, y a Jiménez de Asúa, *El estado peligroso*, cfr. pág. 42, quienes la entendieron como la capacidad de una persona de transformarse con probabilidad en autora de delitos. Ferri, con su “inadaptabilidad social”, y Garófalo, con su “temibilidad”, habían utilizado categorías que no hicieron fortuna, según destaca Barbero Santos, *Consideraciones*, cfr. pág. 24. Sin embargo, la noción de peligrosidad existía desde antes, con Feuerbach, quien la enunció para combatirla, conforme apuntamos *supra*, en este mismo capítulo, texto y nota 12.

nista y su disposición insufrible hacia el *nullum crimen nulla poena sine lege*. Estos elementos quedaron profundamente enraizados en las medidas, hijas del temor, de la desconfianza en la pena y de un pensamiento proclive a revestir fragmentos del Derecho de policía y el sometimiento de personalidades indeseables con los ropajes de las instituciones punitivas. El correspondiente horado de los principios del Estado liberal modeló su origen, dictó su progresión y se percibe aún hoy, indirectamente, en los actuales intentos de acoplarles las garantías que distinguen a las penas y, más en general, en su franco retroceso dentro del panorama comparativo.

Franz Exner sintetizó la percepción del momento en la primera obra sistemática dedicada a tales medios. “La experiencia enseña que hay individuos que no se dejan motivar por las amenazas penales, ni siquiera por la ejecución penal que sufren en sus cuerpos. Hay además individuos que son absolutamente inaccesibles a las normas y amenazas estatales, que por ende están del todo substraídos al efecto protector de bienes jurídicos propio de aquéllas. Queda así en evidencia que un considerable y crítico número de seres humanos, independientemente de la prohibición estatal e indiferentes a ella, atacan una y otra vez bienes ajenos protegidos por el Derecho, sin que exista la esperanza de cambiar esta situación por medio de la pena. Todos estos hombres representan un permanente peligro para la sociedad, y para conjurar este peligro se necesita un tratamiento para cada uno de ellos en particular” (*Sicherungsmittel*, pág. 43). Así y todo, de los dos grupos señalados por Exner, el verdadero problema radicaba en el primero, el los imputables considerados peligrosos, cuya predisposición ingénita, modo de vida o entorno social les hacían insensibles a la pena. El positivismo criminológico italiano, que había inspirado esta manera de ver, ofreció como salida una sanción criminal de propósito preventivo y asegurador, y algo en sustancia análogo hizo su versión alemana, de corte más sociológico, en el molde de la pena finalista propugnada por von Liszt. Ambas propuestas, empero, implicaban desvirtuar la índole retributiva y el presupuesto culpabilista de la pena, convirtiéndola en un medio de pura prevención (Rodríguez Mourullo, *Significado*, cfr. pág. 760). Pues bien, en la polémica entre clásicos y positivistas surgió una solución de compromiso, pero que al mismo tiempo representó una parcial capitulación para los dos bandos, ambos partidarios del monismo (sólo pena o sólo “sanción” preventiva): las medidas de seguridad¹⁸. La derrota era considerable para el pensamiento clásico, dado que con la irrupción de las medidas en el Derecho penal el enemigo quedaba instalado en el salón de la casa,

¹⁸ Mayer, *Der allgemeine Teil*, cfr. pág. 442, prefiere llamar armisticio, y no compromiso, al hecho de complementar las penas con medidas desprovistas de carácter penal y guiadas por el principio de oportunidad o conveniencia. Y en la gestación de éstas columbra la expresión de un proceso dialéctico en sentido hegeliano, así como de la vieja regla táctica “marchad separados y combatid juntos”.

como luego ironizó Grisogni¹⁹, y no menor para el positivismo, que sólo pudo aceptar la convivencia de medidas y penas por motivos tácticos y como una solución transitoria (Romano, Grasso y Padovani, *Commentario*, t. III, cfr. págs. 357-358).

El gran criminalista suizo Carl Stooss se encargaría de elaborar esta fórmula de compromiso. Afiliado a la *moderne Schule* de Liszt, no adhirió sin embargo al programa políticocriminal del maestro, según el cual la pena debía ajustarse a las distintas clases de delincuentes, como corrección de los susceptibles de ella e inocuización de los incorregibles. Rechazó la pena finalista del último por no fundarse en la culpabilidad, sino en una condición del hechor. Stooss, no obstante, hizo suyo el principio planteado por Liszt en el seno de la Unión Internacional de Derecho penal, en el sentido de que los delincuentes habituales, con independencia de la gravedad de la infracción que cometan, debían ser colocados por el mayor tiempo posible en situación de no dañar (Fontecilla, *La pena*, cfr. pág. 51). Es decir, que si el jefe de la Joven escuela había atribuido este propósito a la pena, él lo asignó a las medidas de seguridad, o como exclamará un jubiloso Exner: "*Liszt indicó el objetivo; Stooss, la vía*" (*Sicherungsmittel*, pág. 239). Y así aparecen en el Anteproyecto de Código penal preparado por él en 1893 para la Confederación helvética. Según sus propias palabras, aquello que dicho documento pretendía con las medidas, "quiso alcanzarlo Liszt con su *pena finalista*, que en el fondo no es pena. La "pena finalista" fue el resultado de la especulación políticocriminal. Las medidas de seguridad en el Anteproyecto suizo de 1893 han surgido únicamente de la necesidad políticocriminal impuesta por la vida. Ellas deben combatir el delito *en vez* de la pena privativa de la libertad, *con ésta o independientemente* de ella. Sólo al final se encontró el nombre de *medidas de seguridad*" (*Massnahmen*, pág. 262). Del amplio abanico de medidas allí reguladas, todas reconocían su fundamento en el estado individual del afectado, y su duración, en principio indefinida, dependía del logro de los resultados buscados con ellas, sobre todo la más importante, la custodia de seguridad para los delincuentes habituales, que podía substituir a la pena cuando las necesidades de salvaguarda de la seguridad pública lo exijan.

De tal suerte surge el sistema de la doble vía en la "lucha contra el delito"²⁰, esto es, el empleo de penas para los imputables y medidas de seguridad contra las varias categorías de sujetos peligrosos, que en el diseño de Stooss eran los inimputables, los sujetos de imputabilidad disminuida, los bebedores crónicos,

¹⁹ En su lucha contra las medidas y viéndose vencidos por ellas —dice, refiriéndose al Código italiano de 1930—, los clásicos cambiaron de actitud, y "en vez de continuar lanzando anatemas contra la nueva institución, han demostrado estar prontos a sufrirla con desenvoltura, hasta el punto de ilustrarla y elaborarla jurídicamente como si se tratase de una institución que hubiera salido de su viejo y renombrado laboratorio". *Derecho penal italiano*, pág. 97.

²⁰ El término alemán *Verbrechensbekämpfung*, de cuño naturalista (se lucha contra el delito como se combate las plagas y enfermedades), adquiere por entonces carta de ciudadanía gracias a la Política criminal de Liszt y sus epígonos. Aún hoy, por desgracia, es moneda de curso corriente en el lenguaje penalista.

los delincuentes propiamente habituales, los corrompidos y perezosos, y los delincuentes juveniles (Barreiro, *Medidas*, cfr. pág. 38). A la esencia del sistema pertenecía la posibilidad de acumular a la pena prevista para el imputable, la ejecución sucesiva de la medida conveniente a su estado de peligrosidad, o bien imponer sólo ésta cuando por sí misma pueda cumplir el fin de la pena. Otro rasgo característico estriba en que las medidas se basan, como quedó dicho, en el estado del individuo, no en la culpabilidad del autor de un delito: son aplicadas *in rem*, no *in personam*, conforme el mismo Stooss hizo constar, y semejante cosificación de los seres humanos queda de manifiesto en que el Anteproyecto suizo las clasificó en una fundamental bipartición: medidas contra autores y medidas contra objetos peligrosos (confiscación). En fin, un último punto de apoyo del dualismo fue que si la pena apuntaba a la retribución del delito, como desaprobación de su contenido antijurídico y culpable, la medida debía considerarse "éticamente incolora" (Exner, *Sicherungsmittel*, pág. 229), cual consecuencia jurídica cuyo principio de orientación es únicamente la utilidad social y que reconoce en el delito la simple ocasión, que no el fundamento, para ser impuesta (Mayer, *Der allgemeine Teil*, cfr. págs. 441-442).

Favorecidas por el clima intelectual de la época, las medidas de seguridad disfrutaron de acelerada, febril difusión en el marco del movimiento de reforma penal del primer tercio del siglo XX, sea por su inclusión directa en los textos punitivos, sea con la promulgación de leyes especiales —"reservándose los Códigos para las penas" (Barbero Santos, *Consideraciones*, pág. 15)—. Sus progresos están ligados a dos ámbitos diferentes de cultura jurídica. En los países del área germánica fueron decisivas las figuras de Stooss y Liszt, o sea, la Joven escuela. A ésta se debe que las medidas empiecen a figurar en los proyectos (1909, 1911, 1919, 1922, 1925 y 1927) de reforma total del Código alemán de 1870, que posibilitaron finalmente la Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección, dada bajo la égida de Adolf Hitler el 24 de noviembre de 1933. El dualismo informa también el Anteproyecto austríaco de 1909 y, por supuesto, el Código suizo, a los que hay que sumar el noruego, de 1902, y el danés, de 1930. A su turno, en los demás Estados europeos y muchos de los hispanoamericanos resultó determinante, junto a las ideas de Liszt y del Anteproyecto suizo, el pensamiento de Enrico Ferri y su Proyecto de 1921. Italia se abre ampliamente al dualismo con el Código de 1930; Bélgica, con su Ley de defensa social del mismo año; España, con la Ley de vagos y maleantes de 28 de julio de 1933. En Hispanoamérica son de contar varios Códigos de aquellos años: el peruano de 1924; el uruguayo, de 1933; el mexicano, de 1931; los de Cuba y Colombia en 1936; el brasileño, de 1940, y el costarricense de 1941 (Jiménez de Asúa, *Las medidas de seguridad*, cfr. pág. 225). Todavía los aires inmediatamente posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial son risueños para las medidas, que reciben la aprobación de la *Criminal Justice Act* inglesa de 1948 y de los Códigos griego y checo de 1950, y yugoslavo de 1951.

Aunque subsisten en Códigos recientes, como el alemán, el austríaco, el español, el portugués (1983) y, en Hispanoamérica, los de Costa Rica (1970),

Bolivia (1973), Panamá (1982), Perú (1991), Paraguay (1997) y Colombia (2000), entre otros, tienen en ellos un alcance menor que antaño y, por lo demás, hace rato que se baten en retirada, sobre todo las medidas de seguridad predelictivas, que tanto auge tuvieron en la primera mitad del siglo XX, pero también varias de las posdelictivas, especialmente el internamiento, la custodia de seguridad y demás que suponen privar de su libertad ambulatoria al afectado. Múltiples factores dan la explicación de este fenómeno —el de un barco que se hunde, en la metáfora de Wolfgang Frisch—, siquiera todos, en mayor o menor grado, reconducen al pecado de origen de las medidas, a la incapacidad doctrinal de dar una respuesta de veras convincente a las objeciones que les fueron planteadas desde el principio: su fundamento apenas utilitario, su difícil compatibilidad con los principios del Estado de Derecho, los graves problemas empíricos asociados a la prognosis que habilita su imposición, su relación y diferencias con las penas, etc. (*Massregeln*, cfr. págs. 352-353). Hoy el terreno legislativo sólo parece despejado para las medidas que han de recaer en sujetos inimputables, y a ellas se ciñen los Códigos más atentos, aunque no existe coincidencia de opiniones en cuanto a su naturaleza jurídica —en todo caso, no penal—. Sin embargo, resulta preocupante que a renglón seguido de la invalidación, por derogación formal o, según los casos, enervación por declaración de inconstitucionalidad, de las medidas más severas, se opte ahora en ciertos países por conceder pertinaz acomodo a la intrusa, sólo que esta vez agravando la punición que incumbe a los antiguos destinatarios (en general, multirreincidentes) de las medidas defenestradas, “con lo cual resulta que, en esos países, la pena finalista lisztiana ha acabado ostensiblemente por imponerse, aun cuando con un retraso de casi cien años” (ibídem, pág. 352).

2. DENOMINACIONES Y CONCEPTO

Aunque las denominaciones no hacen la esencia de las cosas, algo debieran decirnos o adelantarnos de su contenido, o cuando menos del predominio que se reconoce o confiere a alguno de los aspectos del concepto representado en ellas. En consecuencia, puede ser síntoma de falta de fijeza o de unidad en un objeto que se supone delimitado y homogéneo, o de conocimientos suficientemente decantados y firmes sobre él, que se emplee nombres dispares para designarlo.

Esto es, en parte, lo que advertirá de inmediato quien se aproxime a nuestro tema. El título más común, tanto en las legislaciones como en la doctrina, es el original de Stooss, o sea, medidas de seguridad (*sichernde Massnahmen*), que en su hora sobrepujo el muy semejante de medios de aseguramiento (*Sicherungsmittel*), propiciado por Exner y otros autores. Pero el Código suizo adoptó una nomenclatura no exenta de críticas. Hasta nuestros días se repara que sólo algunas de las medidas consideradas por él tienen un contenido asegurador, pues otras persiguen fines terapéuticos o bien pedagógicos, en suma, de corrección o mejora del afectado (Trechsel, *Kommentar*, cfr. pág. 194). Yendo más allá, la necesidad de destacar el aspecto concreto que en cada medida o grupo de medidas adque-

re el fin general presente en todas, esto es, la prevención especial ante sujetos peligrosos, puede rastrearse en el nombre “medidas de corrección y seguridad”, aplicado por el Código alemán, y en el de “medidas de seguridad y reinserción social”, postulado por un sector de la doctrina española²¹. Sin embargo, la tónica ha sido evitar estas fragmentaciones y hacerse de una designación común en reemplazo de la tradicional. El Código austríaco emplea la fórmula “medidas preventivas” (*vorbeugende Massnahmen*), que mereció también el parecer favorable de Francisco Blasco, aunque éste reconocía que ella se ha reservado más bien para aludir a ciertas medidas de seguridad, las antedelictivas (*Medidas preventivas*, cfr. págs. 466 y 472), como ocurre en Italia con el binomio doctrinal y legislativo de *misure di sicurezza* y *misure di prevenzione*. No faltan, empero, quienes renuncian a toda calificación y se sirven de la neutra voz “medidas” (así, Jeschek y Weigend, *Lehrbuch*, cfr. págs. 82 y ss.). Por último, entenebrece aún más la nomenclatura el que ciertos textos legales y también penalistas utilicen denominaciones que suponen ya decidida la grave cuestión de la índole de estos medios. Así, el Código italiano, al dictado de la concepción reinante en su época, los llama “medidas administrativas de seguridad”, al paso que, en los antípodas, Stratenwerth y Beristáin Ipiña aplican en la actual los términos “medidas jurídicopenales” y “medidas penales”, respectivamente, queriendo así significar su substancial pertenencia al Derecho punitivo, su vinculación con las penas y su diferencia “con las medidas existentes en otros campos jurídicos: medidas administrativas, medidas civiles, medidas policiales, medidas gubernativas, medidas procesales, etc.” (*Strafrecht*, pág. 30, y *Medidas penales*, pág. 176).

La disparidad terminológica halla condigno reflejo en las definiciones doctrinales del instituto. Hemos de prescindir aquí del examen de las más importantes, por cuanto casi todas traicionan visiones distintas de su naturaleza jurídica. “Buscar una definición de medida de seguridad es tanto con indagar en las diversas concepciones que sobre esta consecuencia del delito existen”²², tarea a la que debemos consagrarnos más adelante. De momento, baste con el amplio y a nuestro entender certero concepto de Jiménez de Asúa, para el cual las medidas de seguridad son *medios asegurativos que van acompañados de una privación de la libertad o de una intromisión en los derechos de la persona, de duración más bien indeterminada, que se imponen por el carácter dañoso o peligroso del agente, con el fin de evitar futuros delitos*²³. A lo que cumple

²¹ En este sentido, Cerezo Mir, *Curso*, cfr. pág. 33, seguido por Gracia Martín, *Lecciones*, cfr. pág. 306. Jiménez de Asúa, *Las medidas de seguridad*, pág. 233, explicó que esto se debe a que, a diferencia de las penas, que reconocen una unidad conceptual en su naturaleza retributiva, no hay entre las medidas de seguridad un lazo genérico semejante, salvo el no guardar relación con el delito cometido y mirar exclusivamente al porvenir, para evitar futuros delitos. “Por eso sería más exacto decir en vez de medida de seguridad, en singular, medidas de seguridad, en plural”.

²² Morrillas Cueva, *Teoría*, pág. 223.

²³ Cfr. *Jornadas de Derecho penal*, pág. 110, y *Las penas y las medidas de seguridad*, pág. 191.

agregar, con Birkmeyer, que son impuestas por el Estado en la vía del tratamiento individual de sujetos peligrosos (*Strafe*, cfr. pág. 17).

3. FUNDAMENTO, FINALIDAD, NATURALEZA Y CLASES; EL PROBLEMA DE SU CARÁCTER Y JUSTIFICACIÓN

A la luz de cuanto queda expuesto resultará claro y de hecho no se discute entre los estudiosos que el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad del individuo llamado a experimentarlas, entendiendo por ella el conjunto de condiciones individuales y sociales que, presentes en un sujeto, permiten formular a su respecto un diagnóstico y, a la vez, un pronóstico, en el sentido de que con semejantes condiciones es probable que cometerá delitos o que volverá a delinquir.

Apremia subrayar que en esa condición o estado subjetivo radica la genuina razón de ser o "única causa jurídica" (Olesa Muñido, *Las medidas*, pág. 124) de toda suerte de medidas. Tal es el punto de vista tradicional, no habiendo a nuestro juicio otro conciliable con la médula de una institución que mira hacia el futuro a partir de la consideración de ciertas características del afectado por ella, más que de precisas actuaciones suyas. Por lo mismo, la acreditada existencia de un delito perpetrado por él, en los ordenamientos que restringen las medidas a la peligrosidad posdelictiva, no indica propiamente el fundamento de éstas, sino sólo la ocasión para imponerlas, ya que su razón suficiente yace siempre y sólo en un estado de la personalidad (Mayer, *Der allgemeine Teil*, cfr. pág. 443). Ciertamente es que en esos ordenamientos la comisión de un delito pasa a ser un presupuesto o requisito de las medidas, un síntoma que, junto a otros datos obtenidos de la observación de la personalidad del autor, podrá revelar su peligrosidad; pero nada más. De lo que se sigue un corolario de la mayor importancia, que Birkmeyer enunció: como el delito pasado carece de valor causal para las medidas de seguridad, tampoco decide sobre su contenido, clase y extensión, que han de definirse a la luz de los que se teme que ejecute el sujeto, según la índole e intensidad de su estado peligroso (*Strafe*, cfr. pág. 16). Claro es que estas consideraciones abren la puerta al predominio absoluto y a eventuales abusos de las exigencias de utilidad social en que entroncan las medidas, conforme nota Frisch, quien debido a ello estima necesario superar esa visión y conceder al delito pasado el valor de un elemento material en cuya ausencia el fin preventivo de las medidas carecería de legitimidad constitucional (*Mafregeln*, cfr. pág. 377²⁴). Pero estos defectos de que se duele el penalista alemán pertenecen a la esencia del instituto, así como al pensamiento que lo engendró y sostiene —la defensa social—. Volveremos sobre el particular dentro de poco, en la sección segunda del presente capítulo, al tratar los sistemas dualistas y su crisis.

²⁴ Ferrari, *Medidas*, cfr. pág. 137, opina asimismo que sólo es compatible con el Estado de Derecho la concepción de que el injusto típico es el fundamento de las medidas de seguridad, no un mero síntoma de peligrosidad individual.

La finalidad de las medidas va de la mano de su fundamento y, en general, despierta como éste pocas controversias: la prevención especial mediante el aseguramiento, la corrección o cura del sujeto calificado como peligroso, según un abanico de posibilidades que designan las funciones específicas de la medida de que se trate²⁵. Ahora bien, que se conceda relevancia a alguno de estos aspectos respecto de los demás, por ejemplo, que el fin de aseguramiento deba ser considerado como el común y característico de todo el grupo²⁶, es una discusión hasta cierto punto inofensiva, salvo para dejar de manifiesto que los medios innocuizadores, correctivos o profilácticos que articulan el designio preventivo especial están hoy como ayer al servicio de la defensa de la sociedad. "La comunidad humana organizada en el Estado debe y puede protegerse ante sus miembros peligrosos en una forma que satisfaga su necesidad de seguridad", proclama Stree al enunciar su teoría sobre la justificación de las medidas (*Strafgesetzbuch*, pág. 784). Una vez que se reconoce esto, el fin tradicionalmente admitido para las medidas es colocado bajo más clara luz —como también los graves peligros que ellas entrañan para la libertad y seguridad individuales—. La defensa social es una magnitud inconmensurable, de trasfondo mecánico y significación transpersonal, y sus cambiantes exigencias no tienen por qué detenerse ante los requerimientos de la idea de la humanidad; es más, pueden conducir a cualquier consecuencia en el campo penalista, incluso a la eliminación de individuos que parezcan indignos de esa defensa (Bettioli, *Diritto penale*, cfr. págs. 945-946). Los principios y limitaciones con que hoy, en diversos países, se busca reducir estos y otros negros efectos de las medidas, son un reflejo de la vocación expansiva de la defensa social, tan difícil de contener con esos recaudos como de compatibilizar con una concepción liberal del Estado.

La cuestión de la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad levanta de antiguo controversias. Aun que existen autores que restan a este extremo toda significación práctica y aun teórica (Antolisei, *Manuale*, pág. 684: "un valor casi exclusivamente terminológico"), lo cierto es que posee gran importancia, hasta el punto de ser crucial a la hora de tomar partido ante el problema, que luego será abocetado, de si es o no factible una aproximación teórica entre penas y medidas de seguridad e incluso llegar francamente a la unificación legislativa de ambas.

Aquí se perfilan nítidamente dos grandes teorías. La primera, que es también la más moderna, estima que las medidas de seguridad son una clase de sanción punitiva paralela a las penas, o sea, que pertenecen al Derecho penal. Este criterio reina sin contrapeso en la doctrina alemana, para la cual la falta del

²⁵ Hay autores que les atribuyen como finalidad secundaria la prevención general, por ejemplo, Días, *Diritto penale*, cfr. pág. 426. En lo que tal vez tengan razón, pues sus naturales indeterminación y flexibilidad las hacen a menudo más temibles y temidas que las penas.

²⁶ Bockelmann y Volk, *Strafrecht*, pág. 278, a renglón seguido de afirmar que el fin de las medidas es la pura prevención especial, indican que el aspecto decisivo es el aseguramiento: "la "corrección" es necesaria y legítima sólo en la medida en que obre como factor de seguridad". Esta concepción menudea entre los juristas germánicos.

carácter propio de las penas en las medidas no quita a éstas un ápice de su entidad como consecuencias específicamente jurídico penales del delito (Baumann, Weber y Mitsch, *Strafrecht*, cfr. pág. 699). En España se ha llegado a parecidos resultados, pero sobre la base de distinguir entre medidas antedelictivas y posdelictivas, ya que sólo las últimas, para la opinión dominante, entrarían en el círculo de sanciones del Derecho penal²⁷; con todo, el argumento más socorrido, a saber, que las medidas posdelictivas suponen, al igual que la pena, la comisión de un delito, siendo como ella consecuencias jurídicas de él, no parece claro ni concluyente, porque los delitos pueden generar múltiples efectos (laborales, civiles, administrativos, comerciales) en el árbol del Derecho, sin que por eso quepa concluir que tales secuelas periféricas estén consubstanciadas con el eje de la relación jurídico penal. También los penalistas de Italia, donde este problema ha sido objeto de profuso y prolongado debate, subscriben actualmente el punto de vista que comentamos. Junto al argumento de que las medidas reguladas por el Código de ese país tienen como presupuesto la comisión de un delito, se aduce que son impuestas por el Poder judicial en ejercicio de sus atribuciones propiamente jurisdiccionales, que los fines de penas y medidas de seguridad se han acercado considerablemente en el último tiempo, y que las garantías (como la de legalidad) a que están sujetas las primeras se han convertido asimismo en límites aplicables a las últimas²⁸.

La segunda teoría, más antigua siquiera hoy minoritaria, reconoce en estos medios de aseguramiento una naturaleza administrativa. Básicamente, se arguye que aunque debiesen intervenir después de un delito, falta en ellos el presupuesto lógico de toda sanción, es decir, la realización de un acto antijurídico, con el correspondiente quebrantamiento de un precepto del Derecho. “La medida de seguridad deriva lógicamente de la peligrosidad, no del delito: no existe precepto alguno que imponga a un individuo el no ser peligroso [...] La medida de seguridad, al no encontrarse en relación con precepto alguno, no puede ser una sanción” (Bettiol, *Diritto penale*, pág. 953; semejante, Nuvolone, *Misure di sicurezza*, cfr. pág. 633). Al hecho de que toda sanción jurídica se funda en un concreto acto antijurídico, y no en una disposición o un estado individuales —que tampoco cabría calificar como lícitos o ilícitos—, los representantes de esta teoría añaden otras consideraciones, entre ellas, que la regulación de las medidas en el texto de un Código penal no es índice y mucho menos criterio decisivo de su naturaleza jurídica, que ellas tienen un carácter eminentemente discrecional

²⁷ Vid., por todos, García-Pablos de Molina, *Derecho penal*, cit. *supra*, en el capítulo I, nota 80, págs. 19-23.

²⁸ Antolisei, *Manuale*, pág. 687, resume así esta postura: “Las medidas de seguridad forman parte del Derecho penal, sea porque están previstas y reguladas en el Código penal, sea —especialmente— porque, a la par que las penas, son *medios de lucha contra el delito*”. De la misma opinión, De Marsico, *Natura e scopi*, págs. 1283 y ss., Musco, *Misure di sicurezza*, pág. 3, Pagliaro, *Sanzione penale*, pág. 5, Guarnieri, *Misure di sicurezza*, pág. 784, y Caraccioli, *Problemi*, págs. 171 y ss.

y revocable, y que jurisdiccionalizar su imposición no es factor determinante de su pertenencia al Derecho penal²⁹.

Al hilo de esta segunda postura, digamos que las medidas de seguridad aparecen en efecto como medios de tutela jurídica o garantías del Derecho, pues son instrumentos de que éste se sirve para asegurar su vigencia entre los justiciables³⁰. Pero una garantía jurídica que deje de fundarse en el incumplimiento de un deber determinado no puede ser contada entre las sanciones, lo que elimina de raíz la posibilidad de integrarla al Derecho penal (Soler, *Derecho penal*, cfr. pág. 476). En tal situación versan justamente las medidas, que no pretenden exigir una responsabilidad a nadie por los resultados de su pasado obrar, sino anular o corregir voluntades mal inclinadas. En estas circunstancias, resulta natural y a nuestro juicio correcta la conclusión de que se trata de medidas de policía, o dicho de manera más exacta, son “*medios de tutela preventiva, de carácter administrativo, contra las causas del delito*” (Bettiol, *Diritto penale*, pág. 956). La índole así trazada para ellas está perfectamente en la línea de sus antecedentes y origen en la historia, su nebulosa raíz política y las inquietantes aporías que conciernen a su carácter y justificación. También la finalidad de las medidas ha de divorciarlas sin remedio de las penas, como magistralmente razonó Dorado Montero³¹. En cambio, la opuesta pretensión de asentarlas a como dé lugar en el Derecho penal, concediéndoles el digno nombre de consecuencias jurídicas del delito y circundándolas de algunas de las garantías que convienen a las penas, es un mejor o peor disimulado procedimiento para extenderles un certificado de aprobación dentro del Estado contemporáneo, el mismo que el ideario liberal les denegó durante el siglo XIX.

Teóricamente es posible distinguir varias clases de medidas, tantas cuantos criterios de ordenación se ha manejado hasta la fecha. Aquí hemos de contraernos a las más importantes. Según la especie de peligrosidad sobre la que pretenden surtir sus efectos, o sea, la dúplice faz que puede asumir su fundamento, se tiene medidas *ante* y *posdelictivas*³². Mientras las segundas requieren que el

²⁹ “La aplicación judicial de la medida es un carácter contingente e inesencial, y no suficiente de ninguna manera para caracterizar la naturaleza de dicha medida; tan cierto es que la medida de seguridad sigue siendo *administrativa* —por ser discrecional y revocable—, aunque la aplique la autoridad judicial”. Maggiore, *Derecho penal*, pág. 405.

³⁰ Esto es lo único que tienen en común penas y medidas. Cfr. Bettiol, *In tema*, pág. 573.

³¹ “Por los hechos que se temen y que, a causa de este temor, quieren evitarse, no puede exigirse responsabilidad, toda vez que ésta fluye siempre, por fuerza, de la conducta pasada y tiene como expresión la obligación de atenerse el sujeto de tal conducta a las consecuencias perjudiciales para el prójimo, que de la misma surjan. Ante los hechos que *pueden* producirse, pero que *aún no se han producido* y que, por lo tanto, se hallan todavía en estado de amenaza o peligro, incluso inminente, no cabe sino la adopción de *medidas* que los impidan o que prevengan sus posibles efectos”. De ahí que para el profesor salmantino un sistema basado en la intimidación o bien en la enmienda no puede ser llamado penal: “semejante sistema es necesariamente policíaco y, por consiguiente, preventivo”. ¿Pena o medida?, págs. 76-77.

³² Términos que convienen más al genio de la lengua castellana que el de pre y post “delictuales”, muy utilizado en la doctrina. Lo resalta también Luzón-Peña, *Curso de Derecho penal*, cit., cfr. pág. 55.

sujeto haya cometido una o, según los casos y legislaciones, varias infracciones criminosas, las primeras están libres de ese supuesto y son el producto de haber constatado la autoridad competente un *estado peligroso sin delito*. Esta fue sin duda la clasificación de mayor trascendencia, especialmente en aquellos países que concedieron a las medidas predelictivas amplia aceptación, durante la primera mitad del siglo XX, como España. Hoy, sin embargo, están sumidas en el descrédito; han desaparecido de los ordenamientos que las contemplaron y nadie piensa en revivirlas, pues someter con medios compulsivos a sujetos que no han cometido delito, so pretexto de que su estilo de vida, sus vicios o los lugares o compañías que frecuentan les tornan indeseables, es una mofa espetada en la cara de la seguridad jurídica, un fraude que monta el magisterio penal “sobre el “principio de autor” en vez de sobre el del “hecho”” (Barbero Santos, *Consideraciones*, pág. 56). Según la modalidad particular de su función, hay medidas *terapéuticas, educativas y aseguradoras* (o inocuizadoras); las últimas, como la custodia de seguridad en el Código alemán, suelen ser las más graves y temidas. Según el bien jurídico que afectan en el sujeto pasivo, las hay *corporales* (como la castración de ciertos “delincuentes sexuales”, que subsiste en algunos países³³), *privativas de la libertad* (como la ya mencionada custodia de reincidentes peligrosos, el internamiento de enajenados en hospitales psiquiátricos o de alcohólicos, toxicómanos, etc. en centros de deshabitación), *restrictivas de la libertad* (prohibición de visitar determinados lugares, obligación de comparecer periódicamente ante el juez, y otras), *privativas de derechos* (clausura o suspensión de locales, disolución de sociedades, pérdida del permiso para conducir automotores) y *pecuniarias* (multas, comiso, privación de las ganancias obtenidas de un delito, y otras)³⁴. Según su relación con el tiempo, las hay *duraderas* (cuya extensión puede o no tener límites) e *instantáneas* (las que se aplican en un solo acto). Según su relación con las penas, pueden ser *substitutivas*, si las reemplazan, y *complementarias*, cuando se aplican en concomitancia o con posterioridad a la ejecución de ellas. Según su autonomía, hay medidas *principales* y *accesorias*, etc.

³³ Si bien requeriré por lo general el consentimiento del sujeto, lo que no fue siempre así y, en todo caso, deja incólume la barbarie de esta práctica. Sobre la castración en Alemania y otras naciones, cfr. Barbero Santos, *Consideraciones*, págs. 43-44. Por su parte, la esterilización, que priva al sujeto de una función biológica, es también inaceptable por la prohibición internacional de los tratos punitivos de carácter inhumano. Sin embargo, con el incorrecto eufemismo de “castración química” se aplica hoy, contra la voluntad del preso, en varios Estados de la Unión norteamericana, e incluso ha recibido algún respaldo en la culta (!) Europa, como informa Silva Sánchez, *El retorno de la inocuización*. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos, en *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. “In memoriam”*. 2 vols. Cuenca, 2001, t. I, págs. (699-710) 704.

³⁴ Huelga decir que estos contenidos hacen sumamente difícil diferenciarlos del de ciertas penas. De hecho, algunas de éstas, *v. gr.*, la privación de la licencia para conducir automotores y la inhabilitación para el ejercicio de profesiones, son declaradas formalmente medidas de seguridad en el Código alemán.

El problema de la justificación de las medidas está íntimamente ligado a su carácter. Se recordará que fueron gestadas con la pretensión de ser éticamente incoloras, en el sentido de que no expresarían una reprobación de la conducta ni, por consiguiente, hacen efectiva una responsabilidad jurídica. Ajenas a la idea de culpabilidad y guiadas por el principio de utilidad, debían alcanzar sus fines sin afligir al condenado con el contenido jurídicamente desfavorable que caracteriza a las penas. Sin embargo, bien pronto se descubrió que las medidas, cualquiera que sea su finalidad específica, comportan una objetiva limitación de bienes jurídicos y, por otra parte, que el principio de utilidad y la exigencia de defender a la sociedad, libradas a sí mismas, pueden rematar en las mayores aberraciones, como la eliminación física, la mutilación o el internamiento de por vida de enajenados mentales, delincuentes empedernidos, etc. O sea, que “no basta mostrar la necesidad de las medidas de seguridad para deducir de allí su justificación. Lo que es útil no está, por esa única razón, justificado” (Rodríguez Mourullo, *Significado*, pág. 783).

Tras el término de la Segunda Guerra Mundial se ha ensayado algunas teorías para conferir legitimidad moral a las medidas, o como dice Bettiol, para extraerlas del mundo positivista y utilitario e introducirlas en el mundo de los valores (*I problemi*, cfr. pág. 980). Una de ellas, fundada por Nowakowski, acude al principio del interés preponderante, y afirma que el valor y la dignidad de la persona del delincuente tienen que ser sopesados frente al interés de salvaguardar a los demás individuos de los peligros provenientes de él. El problema es que la ponderación de intereses se refiere a bienes jurídicos; en ella no puede entrar *directamente* la persona de su titular y tanto menos uno de los presupuestos categóricos de todo Derecho, como es la dignidad humana (Köhler, *Strafrecht*, cfr. pág. 57), por modo que la teoría en cuestión sirve acaso de punto de apoyo para que las medidas se proporcionen al hecho cometido y los que se teme perpetrará el sujeto, mas no para justificarlas. La de Welzel goza de mayor predicamento. Está basada en la distinción entre las libertades interior y externa, así como en el principio de la Ética social según el cual sólo podría participar íntegramente en la vida de relación quien posee una libertad interna vinculada moralmente. “El que no es apto para tener esa libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética (como los enfermos mentales), o que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos ya no tiene el suficiente dominio sobre ella, no puede exigir la plena libertad social” (*Derecho penal*, pág. 335), que le será restringida hasta donde llegue su carencia de libertad interna. La verdad es que esta tesis no resuelve realmente la situación de los inimputables y, en lo que concierne a los que poseen capacidad de culpabilidad, más bien parece una justificación del sistema de la doble vía que del valor “ético” de las medidas que se les aplicará³⁵, siendo en verdad contradictorio tratar al autor como culpable y

³⁵ Como principio general, escribe acertadamente Stratenwerth, *Derecho penal*, pág. 22, este criterio “no permite avanzar más allá de la comprobación de que las medidas de seguridad son una respuesta a necesidades preventivas”.

punible, y, a la vez, como peligroso y necesitado de aseguramiento, sólo porque tiene menguada su libertad interna. Semejante artificiosa fragmentación de la personalidad humana es inaceptable: “*el hombre no es un centauro, sino un hombre*” (Zaffaroni, *Tratado*, pág. 106).

Estos y otros esfuerzos por justificar las medidas de seguridad están destinados al fracaso al no distinguir convenientemente dos situaciones. Respecto de los inimputables cuyos trastornos o inmadurez psíquicos hagan peligrosos, la legitimidad de las medidas correspondientes está y ha estado siempre fuera de discusión, porque es deber del Estado curarlos, instruirlos y educarlos, tanto en interés de la comunidad como, sobre todo, de ellos mismos, y son estas finalidades pedagógicas y terapéuticas, antes que la prevención de delitos, las que justifican y dan el tono jurídico a la actividad estatal³⁶, cuyo límite, en esto como en todo, viene dictado por el respeto de la personalidad moral del sujeto, que subsiste en él aunque esté privado de razón. Pero en el caso de individuos psíquicamente desarrollados y sanos, las medidas de seguridad carecen de justificación política y moral, como no se invoque el principio de utilidad —de la mano del cual tampoco se han demostrado fructuosas³⁷—. Puesto que la medida, so capa de una peligrosidad real o sólo presunta, establecida, además, con criterios inciertos³⁸, trataría al condenado “como simple *medio* para alcanzar fines que interesan a la mayoría” (Bettioli, *Aspetti*, pág. 520), con paladino menosprecio de la dignidad humana. No se puede fundamentar éticamente tales medidas, por la sencilla razón de que contravienen el principio con el que algunos buscan cohesionarlas.

II. DISTINCIÓN Y RELACIONES ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. SENTIDO Y ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA IDENTIDAD O DIVERSIDAD DE NATURALEZA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

La distinción entre penas y medidas de seguridad representa un tema de debate tan antiguo como éstas y llega hasta nuestros días. De hecho, ya su padre se preocupó de sentar unos criterios para diferenciarlas de las penas³⁹, en torno

³⁶ Llámese civil, administrativa o de asistencia social (como propone *de lege ferenda* Naucke, *Strafrecht*, cfr. pág. 95), el resultado es substancialmente el mismo. Cfr., además, Rodríguez Devesa, *Alegato*, pág. 10. Frisch, *Massregeln*, cfr. pág. 368, acude al deber estatal de defensa del Derecho ante ataques futuros a bienes jurídicos, que luego limita con el paralelo deber del Estado de respetar los derechos del potencial delincuente.

³⁷ En efecto, han fracasado precisamente allí donde más debieron confirmar su fuerza, la prevención de la criminalidad reincidente, tanto o más elevada hoy que en la época que las vio nacer. Cfr. Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, pág. 987.

³⁸ Estas predicciones, recuerda Frisch, *Massregeln*, cfr. pág. 373, son siempre inseguras.

³⁹ Olesa Muñido, *Las medidas*, cfr. págs. 134-135, reproduce los argumentos de Stooss, que en resumen vienen a ser los siguientes: 1° penas y medidas tienen fundamentos diversos, en la

a este tópico giró una parte no menor de la lucha de las escuelas, a principios del siglo XX, y promediando éste el asunto renovó la vieja cuestión relativa a la posibilidad de unificar entrambos institutos. Seguir este proceso en sus sinuosidades más importantes implicaría anticipar extremos cuyo examen conviene diferir a los sistemas de regulación de las medidas. En consecuencia, ahora nos limitaremos a caracterizar el sentido y estado actual de la discusión.

Una argumentación en verdad persuasiva sobre el particular, como señala Frisch, supone esclarecer antes si existe o no una diferencia entre penas y medidas en el plano de la teoría de las sanciones jurídicas (*Massregeln*, cfr. pág. 356). Sabemos ya que la doctrina mayoritaria ha resuelto este nudo gordiano en favor de la inserción de las medidas (se sobreentiende que sólo las posdelictivas) en el sistema de sanciones del Derecho, y que, impulsándose más adelante, entiende que ellas, en cuanto medios de lucha contra el delito, son una especie de sanción jurídico penal. Pues bien, tales conclusiones, aunque incorrectas a nuestro parecer, no hubieran de estimular necesariamente la confusión entre penas y medidas, en tanto en cuanto ambas se diferencien según sus respectivos fines, retributivo en las primeras y preventivo en las segundas. Pero esto es precisamente lo que no sucede hoy. La abierta enemiga del penalismo contemporáneo hacia la idea retributiva no sólo destituye a la pena de su substancia y auténtico fin, sino la aproxima peligrosamente al muy diverso campo de las medidas. Mientras más se aleja a la pena de su esencia retributiva, adosándole fines que en rigor le son extrínsecos y accidentales, cuanto más se hace retroceder la retribución ante los requerimientos de la defensa social, tanto más difícil será discernir entre pena y medida de seguridad (cfr. Bettioli, *El problema penal*, pág. 181). La confusión de una y otra, pues, no es en modo alguno una debilidad conceptual de las medidas, cuyo designio preventivo nunca ha merecido dudas; el problema lo han suscitado aquellas concepciones que enderezan la pena en el sentido de la prevención especial, “restando precisión incluso al concepto mismo de la pena” (Frisch, *Massregeln*, pág. 362). Y cuando quiera que se sostenga, como se observa últimamente, que penas y también medidas de seguridad debieran cumplir, además, tareas de prevención general positiva, la confusión es total y sólo queda como salida una construcción puramente intelectualista, que asigne a la prevención general un lugar predominante en las penas y otro secundario en las medidas⁴⁰. Sea como fuere, el hecho

Continuación nota ³⁹

culpabilidad y la peligrosidad, respectivamente; 2° la pena procura irrogar un sufrimiento al culpable; la medida no tiene ese fin; 3° la ley establece la gravedad y extensión de la pena, que el juez debe concretar, según la intensidad del injusto y de la culpabilidad, al paso que en las medidas fija sólo su clase, dejando indeterminada o determinada sólo en general su duración, que cesará cuando el efecto asegurador esté logrado en el sujeto, y 4° la pena es una reacción política contra el daño o riesgo para bienes jurídicos causado por el culpable; las medidas son mecanismos de protección de la sociedad frente a daños futuros.

⁴⁰ Sobre lo cual hay que ver Díaz, *Derecho penal*, págs. 428-429. Basado en él, Ferrari, *Medidas*, cfr. págs. 61-66, sostiene que la realización de un hecho ilícito por el inimputable origina la necesidad de reafirmar el ordenamiento jurídico y estabilizar contrafacticamente las normas violadas, siquiera este propósito ocupe en la medida que se le imponga un lugar subordinado a la prevención especial.

es que la ciencia penal de nuestro tiempo ha conseguido cubrir el asunto con ese mimetismo al que aspiró el positivismo decimonónico.

Ahora bien, dos vías se ofrecen para resolver esta extraña y acrónica aporía. La primera es propia de los ordenamientos que perseveran en regular un espectro más o menos amplio de medidas de seguridad. Comprensible resulta su anhelo de subordinarlas a algunas de las garantías inherentes a las penas, por cuanto toda medida entraña contenidos coactivos semejantes a los de las punitivas, según hicimos constar más arriba, hasta el punto de que en la doctrina francesa se considera que esas garantías conforman caracteres compartidos por penas y medidas (Stefani, Levasseur y Bouloc, *Droit pénal*, cfr. págs. 379 y ss.)⁴¹. De ellas, sean aquí mencionadas sólo las más comunes en el Derecho comparado: legalidad, proporcionalidad y jurisdiccionalidad. ¿Habrán de proteger al condenado análogamente a como obran en las penas? Pues no, los porfiados hechos —la individualidad ontológica de las medidas— cercenan su alcance. La máxima *nulla periculositas sine lege* apenas se logra a trompicones, porque no es factible describir una situación de peligrosidad, que por definición es un estado subjetivo, con la precisión de un hecho delictuoso; esto aparte, tampoco se puede determinar *a priori* la duración de las medidas, pues la subsistencia de su aplicación requiere revisiones periódicas del juez (Rodríguez Mourullo, *Legalidad*, cfr. págs. 890-891). En cuanto a la proporcionalidad, se pretende que cumpla la función limitadora y de graduación que no podría satisfacer la culpabilidad, ajena como es a la razón de ser de las medidas (Müller-Dietz, *Grundfragen*, cfr. pág. 73). El Código alemán establece que no se puede ordenar una medida de corrección o seguridad desproporcionada respecto de la significación de los hechos perpetrados por el autor, los que se teme que cometa y el grado de peligro que procede de él (§ 62). Cualquiera puede ver que los pretendidos límites son en el fondo saludos ceremoniales al principio de proporción, porque lo que cuenta, como siempre, es el carácter peligroso del sujeto y, a su través, el voraz apetito de la defensa social, magnitud, como sabemos, inconmensurable⁴². “Las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser *necesariamente* proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del hechor”, acota Cerezo Mir en su crítica a la fórmula del Código español⁴³; en lo que lleva razón, visto

⁴¹ En la alemana, a su vez, se ha trazado un paralelo que barrunta en el desarrollo contemporáneo de penas y medidas una dependencia recíproca: mientras más severas se tornan aquéllas, otro tanto ocurriría con éstas, lo mismo que la atenuación o el franco abandono de alguno de tales medios repercutirían en el mismo sentido y alcance sobre el otro. Naucke, *Strafrecht*, cfr. pág. 104.

⁴² “En los hechos cometidos hay que considerar no sólo su clase y gravedad, sino también su frecuencia, la distancia cronológica entre ellos y su significación indiciaria de futuras violaciones del Derecho. Respecto de los hechos temidos es de especial importancia la dimensión que asuman para la colectividad”. Este comentario de Stree, *Strafgesetzbuch*, pág. 787, a la disposición en palabra, creemos que confirma nuestra apreciación.

⁴³ Artículo 6º, que dispone que las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena aplicable en abstracto al hecho cometido, como tampoco deben

que ese criterio forma parte de la fisonomía más íntima de las medidas. Por último, a la jurisdiccionalidad de su imposición, saludable resguardo que adopta la mayoría de las legislaciones, cabe objetar lo siguiente: por más que sean dictaminadas y hechas cumplir por un juez, dentro de unos procesos declarativo y de ejecución tramitados con arreglo a la ley, como la precisa duración de una medida no puede ser establecida de antemano⁴⁴ y demanda nuevas resoluciones, dictadas *a posteriori*, resulta que la sentencia carece del efecto pleno de cosa juzgada que distingue al quehacer jurisdiccional en sentido estricto, inscribiéndose más bien en la actividad administrativa que las leyes cometen a veces a los tribunales de justicia⁴⁵.

Por lo demás, todo esto viene a demostrar que la entera cuestión se reduce a un problema político, que constriñe al jurista a tratarla radicalmente, o seáse, a partir de la teoría del Estado y de los fines que éste puede legítimamente proponerse en su relación con los particulares (Naucke, *Strafrecht*, cfr. pág. 104). Siendo fundamental en uno de Derecho el reconocimiento de la dignidad humana, consubstancial a todo ordenamiento de cuño liberal la posición preeminente del individuo dentro del grupo, y por reposar ambos axiomas en la libertad que conviene al hombre, entonces los tipos humanos —delincuentes habituales, profesionales, por tendencia, reincidentes, etc.— de cuya factura surgieron y persisten las medidas de seguridad deben desaparecer junto con ellas de las leyes, porque mientras esas abstracciones desfiguran la personalidad del hombre, bifurcándola en una escisión jurídica y moralmente inadmisibles (el hombre como persona y, a la vez, como fragmento de la naturaleza), estos medios “comportan verdaderas penas, sumamente afflictivas 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 en el futuro” (Rodríguez Devesa, *Alegato*, págs. 8-9). Por esta contradicción de las medidas con la base estructural del Estado de Derecho, Bettiol las consideró en 1962 derechamente inconstitucionales⁴⁶. A tal solución, que elimina de raíz el abstruso *totum revolutum* de penas y medidas, se pliegan hoy varios autores y, sobre todo, los Códigos más avanzados. No obstante, si se ha de seguir este derrotero con consecuencia, la eliminación de las medidas y su

Continuación nota ⁴³

exceder el límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Para su crítica, véase también Urruela Mora, *Los principios informadores del Derecho de medidas en el Código penal de 1995*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 2ª Época, número 8, 2001, págs. (167-194) 179 y ss.

⁴⁴ Concluye cuando ha cesado la peligrosidad del condenado. Romeo Casabona, *Peligrosidad*, cfr. págs. 77-78.

⁴⁵ “En la aplicación de las medidas de seguridad, el juez penal desarrolla una actividad que si formalmente es jurisdiccional, en cambio sustancialmente es administrativa”. Grispigni, *Derecho penal italiano*, pág. 41.

⁴⁶ Para el célebre profesor de Padua, *I problemi*, cfr. pág. 980, es preferible aceptar algunos inconvenientes sociales, en lugar de imponer medidas a sujetos dotados de imputabilidad, pero artificialmente calificados como peligrosos.

presupuesto tiene que ser absoluta, con lo que queremos decir que la peligrosidad y sus pretendidas formas de aparición por ningún motivo han de servir como criterio de determinación de las penas, resabio positivista que queda en algunos Códigos⁴⁷, pero que no hay que saludar como progreso en los del porvenir.

2. NETA DISTINCIÓN ENTRE ELLAS; DIFERENCIAS

Penas y medidas de seguridad están irrevocablemente separadas por un abismo que ningún ejercicio intelectual es capaz de colmar. Su fundamental distinción reside en que mientras la pena es una sanción jurídica, las medidas, que no tienen como punto de referencia actuaciones determinadas, mas predisposiciones, tendencias y modos de ser, tampoco pueden ser sanciones. Expresado nuevamente con Bettiol: "si se debe dar a los términos el significado que corresponde a la realidad de las cosas, y no uno meramente formalista, derivado de una posición arbitraria que pudieran asumir en el sistema, el término "sanción" jamás podrá constituir una categoría superior a la que quepa reconducir pena y medida, porque falta completamente a la medida el elemento propio y característico de la sanción, es decir, ser un medio para hacer "inviolable" un precepto"⁴⁸.

De lo cual fluyen sin dificultad sus diferencias, que ahora procuramos sintetizar. Penas y medidas divergen: 1°. Por su fundamento, que en la medida es la peligrosidad y en la pena, el delito⁴⁹; 2°. Por su fin, que en la pena sólo puede ser retributivo, y de nuda prevención especial en las medidas⁵⁰; 3°. Por su extensión, prefijada por la ley y concretada judicialmente en las penas temporales, e indeterminada o determinada sólo *a posteriori* en las medidas; 4°. Por los criterios de su graduación, anclados en el caso de la pena a la gravedad objetiva y subjetiva del delito⁵¹, y en las medidas, al estado peligroso, y 5°. Por su sujeto pasivo: las penas se reservan para sujetos imputables; las medi-

⁴⁷ En Iberoamérica, por ejemplo, el argentino, en su artículo 41, 2, acerca de lo cual es de interés consultar Rivacoba, *Culpabilidad y penalidad en el Código penal argentino*, en *Teorías actuales en el Derecho penal*. 75° Aniversario del Código penal. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 291-309.

⁴⁸ *In tema*, pág. 573. Entendemos que el autor aplica la noción de inviolabilidad en su sentido stammleriano, esto es, como rasgo lógicoformal del concepto de Derecho.

⁴⁹ Es erróneo el recurrente aserto de que ese fundamento residiría en la culpabilidad, pues ésta no agota todos los presupuestos de la responsabilidad criminal y, por ende, de la pena. Semejante, Crispigni, *Derecho penal italiano*, cfr. pág. 39.

⁵⁰ Jiménez de Asúa, *Sistematización*, cfr. págs. 148-149, se expresa con gran propiedad sobre este punto.

⁵¹ Subscribimos el pensamiento de Rodríguez Devesa, *Alegato*, pág. 9, cuando califica de "simplificación inadmisibles" la hoy muy difundida tesis de que la medida de la pena yace sólo en la culpabilidad, como si la gravedad del injusto, que es el primer elemento que legislador y juez deben tomar en consideración, fuese una "cantidad despreciable". Muy certero al respecto, también, García-Pablos de Molina, *Derecho penal*, cit., cfr. pág. 131.

das pueden recaer en imputables e inimputables, como también en personas jurídicas y cosas⁵².

En cambio, no difieren en cuanto a contenido y carácter: dado que en ambas se priva al condenado del disfrute de ciertos bienes jurídicos, es sólo un espejismo o ese "embuste de las etiquetas" de que habló Kohlrausch⁵³, aquello de que semejante privación sería un epifenómeno no buscado por las medidas en su "neutra" tarea de profilaxis social. Sus contenidos son esencialmente idénticos a los de las penas. Por este lado, penas y medidas vienen a ser exactamente lo mismo, según constata Zaffaroni, el que por la intrínseca indeterminación de las últimas, que a menudo comportan una prolongación de la pena originalmente impuesta al condenado —con paladino menoscabo de certeza y seguridad jurídicas—, tiene buenos motivos para abogar por su definitiva supresión (*Tratado*, cfr. pág. 117).

3. SUS RELACIONES CONFORME A LOS DIVERSOS SISTEMAS

La cuestión de las relaciones entre penas y medidas de seguridad concierne a la concreta regulación legislativa de ellas y depende, en gran parte, de la concepción que se sustente sobre unas y otras, particularmente a propósito de su naturaleza jurídica y sus funciones. De ahí que, en principio, mientras más marcada sea la diferencia que les atribuya o reconozca su aparato científico y filosófico, tanto más invitado se sentirá el país de que se trate a disponerlas según un sistema dualista; viceversa, cuando quiera que los rasgos distintivos de ambas se elidan en el marco de la especulación jurídica, la solución nacida de tales premisas será el monismo.

Sin embargo, en este punto hay que introducir un importante matiz. Los rótulos de monismo y dualismo tienen como presupuesto aquí, en el estado actual del tema, la opción político criminal de aplicar medidas⁵⁴ a sujetos imputables o de imputabilidad disminuida —en especial, los reincidentes peligrosos, a quienes cabe considerar como eje del entero problema⁵⁵—. Por lo mismo, un

⁵² La posibilidad de que las medidas recaigan en objetos, postulada en la doctrina por Stooss y Exner, y de hecho recogida en el Código suizo, no está exenta de dificultades, como observa Stratenwerth, *Strafrecht*, cfr. pág. 40, por cuanto su contenido coincide con el de ciertas penas. Esto atañe especialmente al comiso y, en general, a la privación de las ganancias provenientes del delito, según veremos *infra*, capítulo VII, apartado 4.

⁵³ Eduard Kohlrausch (1874-1948), *Sichenrugshaft*, cfr. pág. 33, recogió esta afortunada y luego célebre expresión de un funcionario de prisiones llamado Schwander, juicioso práctico que con ella quiso llamar la atención sobre la imposibilidad material de distinguir la pena respecto de la detención poscarcelaria de seguridad propuesta por el Proyecto alemán de 1919.

⁵⁴ Acaso disfrazadas como penas, cual la "pena de seguridad" de que tratamos en este mismo apartado.

⁵⁵ "El motor de la discusión es *el miedo ante el autor reincidente y peligroso*. Algo hay que hacer con él. Esta es la tesis inicial, admitida francamente o bien en silencio, de la discusión acerca de las relaciones de penas y medidas de corrección y seguridad". Naucke, *Strafrecht*, pág. 96.

Derecho dado no deja de ser monista, pese a conocer la existencia simultánea de penas y medidas, si impone éstas sólo a inimputables que hubiesen realizado un acto típicamente antijurídico y de quienes se tema con fundamento, atendida su condición, que perpetren otros, y reserva aquéllas al responsable de delitos (Dias, *Direito penal*, cfr. pág. 417). Este sistema, que fue el de los grandes Códigos decimonónicos, defenestrado y hasta caricaturizado durante el extenso ciclo del dualismo peligrosista, vuelve hoy por sus fueros en textos recientes, como el francés, el colombiano y, en parte, la reforma brasileña de 1984, y cuenta con el respaldo de autorizada doctrina, no sólo porque resuelve definitivamente las aporías del dualismo, restituyendo al sujeto capaz de culpabilidad su dignidad, sino permite configurar el tratamiento del no imputable de un modo respetuoso de su personalidad individual, con medidas ordenadas más en su beneficio que *pro societate* (Romano, Grasso y Padovani, *Commentario*, t. III, cfr. págs. 376 y 378). En cambio, no merecen la denominación de monistas los sistemas que antaño dispararon medidas antedelictivas contra aquellos que versaban en un estado peligroso. Muy por el contrario, esta es otra de las formas puras del dualismo.

Con esta aclaración se perfila mejor la esencia del último. En el *sistema dualista*, “la medida sólo excluye a la pena en los irresponsables. En los responsables, se acumula a la pena, complementándola. Puesto que el sujeto es moralmente responsable y además peligroso, deberá cumplir la pena correspondiente y, al extinguirla, pasar al establecimiento especialmente destinado a los necesitados de reeducación, de cura, de inocuización. Se supone que en ellos hay dos personalidades: la del responsable moralmente y la del peligroso” (Antón Oneca, *Prevención*, pág. 87). Llevado a cabo con sin par consecuencia y el nombre de sistema de la doble vía en los Códigos italiano (*doppio binario*), el alemán de 1870 (*Zweispurigkeit*) y otros de la primera mitad del siglo XX, entra en crisis durante la segunda, ya porque la acumulación de penas y medidas, dotadas de un contenido análogo cuando privan de su libertad ambulatoria al imputable peligroso, representa un fraude de etiquetas que esconde el doble castigo de la misma persona⁵⁶, ya porque resulta insensato aplazar el inicio de tratamiento y cura del semienfermo mental, el toxicómano, el joven infractor, etc., hasta el día en que hayan descontado la pena, por demás contraproducente para la recuperación o reforma de estos sujetos. Pero, por debajo de estos excesos e inconvenientes ingénitos al sistema, su meollo problemático continúa siendo la disgregación de la personalidad del recluso, el prodigio de atribuirle una suerte de cabeza de Jano.

Entendemos que este súbdolo expediente —“una de las tantas puerilidades a que acuden los teóricos, desconociendo la realidad para salvar la doctrina (Antón

⁵⁶ Es muy conocido el pasaje de Alexander Graf zu Dohna, recogido por Barbero Santos, *Consideraciones*, pág. 45, en que pone en labios del director de un recinto penitenciario cierto discurso dirigido al reo que ha cumplido su pena, con el que procura tranquilizarle, diciéndole que en la otra ala del establecimiento no le aguarda una nueva pena, sino una medida que no pretende infligirle un mal: “Por lo demás, nada cambiará en su modo de vida”. Este “todo sigue como antes” no hace sino resaltar la hipocresía de la situación; Stratenwerth, *Strafrecht*, pág. 45.

Oneca, *Prevención*, pág. 87)— permanece vivo y operante en esa variación del dualismo que pretende limar sus primitivas asperezas y que se denomina *sistema vicarial*.

Las bases de la fungibilidad de pena y medida en la etapa de ejecución, saludada con entusiasmo en los países antes adscritos a un dualismo inflexible, pero que a nuestro juicio no es sino expresión de la mala conciencia de este sistema y sus interrogantes, yacen en el origen mismo de las medidas de seguridad, con Liszt y Stooss. El primero, persuadido de que la pena puede cumplir también un fin correccional y asegurador, planteó su relación con las medidas en la metáfora de unos círculos secantes, dentro de cuyo segmento común éstas podrían reemplazar a aquélla (de donde viene la designación de “vicarial”; cfr. *Tratado*, pág. 199), proyecto que su secuaz helvético hizo triunfar en el Código de 1937 y que, tras la reforma a éste en 1971, abarca la mayoría de las que comportan una pérdida de la libertad ambulatoria del peligroso (Stratenwerth, *Strafrecht*; cfr. págs. 46-47). El sistema vicarial, como el dualismo puro, descansa en el presupuesto de que penas y medidas de seguridad son ordenadas conjuntamente en la sentencia. Se le diferencia en que no es imperioso que ambas se cumplan sucesiva y cumulativamente, pues “durante la ejecución la pena puede ser sustituida por la medida de seguridad, cuyo cumplimiento se restará de la pena; lo que de ésta quede será cumplido posteriormente o se suspenderá su ejecución, a juicio del juez, [...] atendiendo a la desaparición o no de la peligrosidad del delincuente, pero también a exigencias de prevención general” (Romeo Casabona, *Peligrosidad*, pág. 308). Adoptado en Alemania (1975) y España (1983), entre otros Estados, se pretende con él eludir los inconvenientes del dualismo, dando preferencia a la medida de seguridad, si bien al precio de conceder enormes poderes discrecionales al juez y, sobre todo, de mezclar indebidamente los fines de penas y medidas, confundiéndolas como si fuesen una misma cosa. En este sentido, el método vicarial es algo más que una “solución de compromiso” entre los sistemas dualista y monista, como a veces se afirma⁵⁷, y equivale a una de las especies del monismo, a saber, la fagocitosis de la pena por la medida.

Tradicionalmente se llama *sistemas monistas* o *unificadores* a los que reniegan de toda diferencia substancial de penas y medidas, con la ambición postrema de reunir las en una única respuesta sancionadora del delito, orientada a la consecución de unos mismos fines preventivos. Los intentos de unificación de penas y medidas de seguridad son tan antiguos como el sistema vicarial, si no más, y es de ver, asimismo, que consiguieron una considerable recepción legislativa promediando el siglo XX, cuando el debate internacional sobre el punto alcanzó su momento álgido. Con todo, parece indicado distinguir entre ellos, puesto que reconocen muchas variedades, ninguna de las cuales ha sido acogida positiva y enteramente en sus formas prístinas.

⁵⁷ Así, Barreiro, *Medidas*, pág. 183, inspirado en Marquardt, y García-Pablos, *Derecho penal*, cit., pág. 148.

La primera, que es también la más añosa, propone absorber la pena en la medida de seguridad. Esta fue la arenga del positivismo criminológico italiano, pero también la de la *défense social nouvelle*, con sus aparatos de “sanciones criminales” y “medidas de defensa social”, respectivamente. La segunda sigue el camino inverso, o sea, quiere consumir la medida en la pena, y su punto consecuente de arribo es la sentencia absoluta o relativamente indeterminada —cuyo examen hemos de diferir para otro momento—. Prescindiendo de las legislaciones de las primeras décadas del siglo XX, cuando la solución monista tuvo amplio eco en el totalitarismo soviético, reciben inspiración en una u otra de aquellas variaciones la Ley criminal de Groenlandia, de 1954, la *Criminal Justice Act* inglesa de 1967, el Código griego, de 1950 (“pena de seguridad” para los delincuentes habituales y profesionales), la Ley belga de Defensa social de 1964, el Código sueco, de 1962, muchos de los países situados tras la antigua “cortina de hierro” y, por cierto, varios de los Estados de la Unión norteamericana. Existe aún otra versión, a la que se dio en la doctrina el resonante nombre de *tercera vía*, que consiste en situar entre la pena propiamente dicha, destinada al imputable no peligroso, y las medidas aseguradoras aplicables a los inimputables, una sanción unitaria, bautizada como “pena de seguridad” o “medida de seguridad penal”, que se impondría a los imputables en quienes se reconociera una peligrosidad grave, desproporcionada respecto del delito acaso leve que cometieron, de duración indeterminada en el máximo y con un mínimo no inferior al de la pena que les hubiera correspondido por aquél. En esta categoría —escribe uno de sus propulsores— “se comprenderían los semiimputables, los alcohólicos y toxicómanos, los habituales y quizás también los jóvenes”⁵⁸.

Que la mayoría de los países de nuestra cultura jurídica se hayan abstenido de recorrer el camino del monismo, es cosa fácil de explicar. El recelo ante los extraordinarios poderes concedidos en aras de la defensa social al juez, un efecto que este sistema produce fatalmente, está del todo justificado, por evidentes razones de seguridad jurídica. No es sólo que el monismo allana y termina por aniquilar la diferencia de penas y medidas de seguridad⁵⁹, sino surte efectos política y jurídicamente funestos. La crítica ha llamado la atención sobre el desacierto de asignar una función preventivo general a la sanción única propia de estos sistemas, porque este retorno al utilitarismo pone en riesgo la garantía de la legalidad de las punitivas. Pero ésta, en verdad, es una objeción que puede y debe aplicarse a todo Derecho penal de corte preventivo. El real problema del monismo reside en que pertenece al *ethos* de la sanción que postula, el carácter más o menos indeterminado de las medidas, con el consiguiente atropello de la libertad y seguridad individuales. La historia debiera aquí servir de suficiente

aleccionamiento: “No deja de ser sintomático que los máximos representantes de la escuela positiva, cuyo significado político [...] fue el de constituir la primera agresión científica contra la libertad en el ámbito penal, mostrasen siempre un particular empeño en desterrar el binarismo” (Rodríguez Mourullo, *Significado*, pág. 788).

4. EL SISTEMA DEL DERECHO CHILENO

Las medidas de seguridad aparecen tardíamente en el Derecho chileno. El Código de 1874, embebido de las esencias clásicas de su modelo español de 1848-50, contempló sólo el internamiento en hospital psiquiátrico y la entrega en custodia a su familia de los enajenados que hubieren cometido hechos punibles de cierta gravedad, según destacamos antes, amén de las penas accesorias de caución y sujeción a la vigilancia de la autoridad, que pueden imponerse también como “medidas preventivas” en los casos señalados por la ley (art. 23)⁶⁰.

Pero el impacto del positivismo se deja sentir y con fuerza durante la primera mitad del siglo XX. La Ley N° 4.447, de octubre de 1928, establece unas medidas de protección para los menores de edad involucrados en hechos punibles. Si esto no importó una reforma del criterio monista, visto que tales medidas recaían sobre inimputables, la vía hacia el dualismo fue abierta francamente por la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954⁶¹, sobre “Estados antisociales y medidas de seguridad”. Allí se enumera una serie de estados peligrosos sin delito, con las correspondientes medidas de prevención, al hilo de la Ley española de vagos y maleantes, anterior en veintiún años. El dualismo anima cada una de sus disposiciones, particularmente el artículo 31, que para la concurrencia de delitos y un estado peligroso concedía al tribunal la facultad de aplicar al condenado la medida de seguridad después de satisfecha la pena. La Ley, sin embargo, tuvo la precaución de subordinar la vigencia de sus estados peligrosos y medidas a la condición suspensiva de que el Presidente de la República señalase los establecimientos para la detención y la internación de los antisociales, a la espera de que fuesen creados unos recintos específicos. Evitó así la repetición en Chile de lo sucedido en el extranjero con leyes similares, es decir, que se desvirtuase por la falta de los medios adecuados, y fue por esto elogiada dentro y fuera de las fronteras del país⁶². En parte debido a cuestiones presupuestarias, y en parte por el granizo de críticas que caería bien pronto sobre ella y el pensamiento que la

⁶⁰ En verdad, sólo uno, en el artículo 295, a propósito de la excusa absolutoria allí prevista para los miembros de una asociación ilícita que revelen a la autoridad la existencia, los planes y propósitos de la organización. En el mismo sentido, Novoa Monreal, *Curso*, t. II, cfr. pág. 344, y Politoff Lifschitz y Matus Acuña, *Comentario*, cfr. pág. 280.

⁶¹ El proceso de su gestación, desarrollado en el seno del Instituto Chileno de Ciencias Penales, data sin embargo de 1941. Cfr. Rivacoba, *Evolución*, pág. 109.

⁶² Cfr. Rivacoba, *ídem*, pág. 112; Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. I, pág. 1175, y Rodríguez Devesa, *Derecho penal*, pág. 998: “ejemplo de sensatez legislativa”.

⁵⁸ Antón Oneca, *Prevención*, págs. 92-93. Otros conspicuos defensores de este sistema fueron Francesco Antolisei, *Pene e misure di sicurezza*, cfr. pág. 235, y Giacomo Delitala, *Prevenzione*, cit.

⁵⁹ Diferencia que, basada en la también dispar naturaleza jurídica de ambas, hizo proclamar a Jiménez de Asúa, *Las medidas de seguridad*, pág. 234, que “la pretensión de unificarlas está destinada al fracaso”.

alumbró, el título I, que es el que interesa, jamás salió de su prolongada *vacatio legis*, hasta que finalmente es derogado por la Ley 19.313, de 21 de julio de 1994⁶³.

El espectro de medidas de seguridad quedó, pues, circunscrito al limitado número de las que han surgido sin orden ni concierto en las últimas décadas, pero que dejan intacto el arco toral del monismo de antaño. En apretada síntesis, son las que siguen:

Medidas *curativas*: 1°. La internación en un establecimiento psiquiátrico y la custodia y tratamiento del enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico, que son las únicas de que se ocupa el Código procesal penal (artículos 455-464 y 481). Las decreta el juez de garantía, de oficio o a petición del ministerio fiscal, y no pueden llevarse a cabo en un establecimiento carcelario, sino en uno psiquiátrico, en el caso de la internación, y en el de la custodia y tratamiento, según las condiciones que fije el fallo, que entregará al enajenado a su familia, guardador o a alguna institución de beneficencia, socorro o caridad (art. 457). Es presupuesto común de ambas la existencia de antecedentes calificados que hagan presumir que el sujeto atentará contra sí mismo u otras personas (art. 455). La absolución basada en la atipicidad o justificación de la conducta del enajenado, o en la falta de prueba de su participación en el hecho, impide su aplicación (art. 463). Se ha cuidado también el principio de proporcionalidad, ya que las medidas durarán mientras subsistan las condiciones que las hicieron necesarias, sin que puedan extenderse más allá de la pena privativa o restrictiva de la libertad que hubiere podido sufrir el sujeto, si se llega a una sentencia definitiva, o del tiempo que corresponda a la pena mínima probable indicada por la ley al delito en cuya virtud se dirigió el procedimiento, formalizó la investigación o presentó acusación en su contra (art. 481). 2° La internación hasta noventa días, prorrogable por igual período y orden del juez de policía local, en un centro hospitalario o una comunidad terapéutica para el tratamiento de alcohólicos, de los sancionados más de tres veces durante un año por embriaguez; de los reincidentes en el delito de conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol o en estado de ebriedad, y del cónyuge, padre o madre de familia que, sin incurrir en delitos de embriaguez, se encuentren de ordinario bajo la influencia del alcohol (artículos 26, 34, 35 y 36 de la Ley número 19.925, de 19 de enero de 2004, sobre Expendio y consumo de bebidas alcohólicas). Siendo la embriaguez pública en Chile una contravención administrativa, resulta que sólo para el caso del manejo de vehículos en estado de ebriedad cabe hablar de una medida posdelictiva; en los dos restantes se trata de simples medidas de prevención. 3° La asistencia obligatoria a programas de prevención y el

⁶³ Sobre las críticas, vid. Etcheberry Orthusteguy, *Derecho penal*, pág. 234, y Cury Urzúa, *Derecho penal*, pág. 780. Muy severa, en particular, la de Barbero Santos, *La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código penal chileno en el panorama actual del Derecho penal*, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*. Edición y Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1975, págs. (36-45) 39-40.

tratamiento médico del condenado por faltas a la legislación sobre estupefacientes (artículos 50 y 53 de la Ley N° 20.000)⁶⁴. 4° La asistencia a programas terapéuticos o de orientación familiar, del autor de actos de violencia en el medio doméstico (artículo 9 de la Ley N° 20.066, de 7 de octubre de 2005, sobre Violencia intrafamiliar).

Medidas *educativas*: 1°. En la Ley N° 16.618, de 8 de marzo de 1967, hay dos que pueden aplicar los tribunales de familia a los niños y adolescentes exentos de responsabilidad penal que hubiesen perpetrado un hecho punible: a) concurrencia a programas de apoyo, reparación u orientación, y b) internación en un centro de protección, hogar sustituto o centro residencial⁶⁵. 2° En la Ley N° 19.327, de 31 de agosto de 1994, sobre Violencia en los recintos deportivos, donde figuran para los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años que incurrieren en los actos de violencia allí descritos: a) prohibición de asistir a espectáculos de fútbol profesional por el término de un año (que tiene un carácter antes asegurador que educativo), y b) realización durante dos meses de actividades en beneficio de la comunidad, que el juez fijará de consuno con el hechor.

5. RAZONES PRÁCTICAS DEL ESTUDIO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD DENTRO DEL DERECHO PENAL

El tratamiento de las medidas de seguridad es un capítulo que nunca falta en las exposiciones de conjunto de la Parte general del Derecho penal. Esto no significa que la costumbre tenga genuino respaldo científico. Ya hemos explicado que aunque una medida deba intervenir sólo después de la perpetración de un delito, éste no es el fundamento de su procedencia, que se basa en un estado individual del hechor y en los riesgos para la colectividad asociados a la subsistencia de esa condición.

Son más bien razones prácticas las que explican que se las estudie juntamente a las penas: las circunstancias históricas de su génesis en el mundo contemporáneo, o sea, una tradición que las vincula al *ius puniendi*, y el hecho de que, no obstante carecer de los rasgos lógico formales que convienen a una sanción, es innegable que comportan unos contenidos similares a los de las pu-

⁶⁴ Esta ley, por demás defectuosísima, zigzaguea también a la hora de calificar dichas impositions, a las que unas veces nombra como penas (art. 50) y otras como medidas (art. 53), que es lo que en realidad son atendida su índole. En contra, Politoff Lifschitz y Matus Acuña, *Comentario*, cfr. pág. 258.

⁶⁵ Artículo 30, que se remite al artículo 8, número 10, de la Ley 19.968, de 30 de agosto de 2004, sobre Tribunales de familia. Obsérvese, sin embargo, que la internación en centros de protección tiene como objeto *cautelar la integridad física o psíquica del menor*, antes que evitar la reiteración de hechos punibles. Puede extenderse hasta un año, plazo que se renovará mientras subsista la necesidad de mantenerlo separado de su familia. El sentido tutelar y civil de la medida es todavía más acentuado cuando ésta se adopta respecto de niños o jóvenes gravemente amenazados en sus derechos y que no han cometido actos que la ley describe como delito. Aquí la índole de medida de seguridad desaparece por completo.

niciones. Lo último aconseja subordinarlas a los principios que rigen éstas, hasta donde ello sea factible. En tanto en cuanto el Derecho administrativo, que es su verdadero enclave, no pueda contar con un aparato de garantías equivalente a las penales, parece indicado que sobre ellas tenga la palabra el criminalista, por más que habrá de tropezar con las dificultades inherentes a un argumento que en el fondo le es ajeno. Es el fenómeno inverso al de la ejecución de las penas, que a partir del pasado siglo va pasando por fin desde los Derechos administrativo y procesal, donde arbitrariamente versó, a su lógico emplazamiento, el Derecho penal.