

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

JUAN BUSTOS RAMÍREZ



Tercera edición

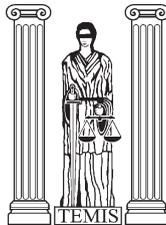
TEMIS

INTRODUCCIÓN
AL
DERECHO PENAL

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL

*Tercera edición,
ampliada y corregida*



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) sólo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no sólo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no sólo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Juan Bustos Ramírez, 2021.
- © Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17 No. 68D-46, Bogotá, D. C.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0535-8

2189 200500061500

ISBN e-book 978-958-35-1309-1

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

LAS BASES FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO PENAL

	PÁG.
1. La denominación “derecho penal” y su evolución	3
2. El derecho penal objetivo y su ámbito	7
A) Concepto	7
B) Las medidas de seguridad	7
C) Las medidas de seguridad predelictuales	14
D) Los principios de garantía al individuo y las medidas de seguridad	16
3. El derecho penal subjetivo y su ámbito	20
A) Concepto	20
B) Estado de derecho y derecho de penar	21
C) Los límites del derecho penal	26

CAPÍTULO II

NORMA PENAL Y SISTEMA JURÍDICO-PENAL

1. Planteamiento general	50
2. Teoría normativa monista y teoría de los elementos negativos del tipo	51
3. Teoría normativa dualista y crítica a la teoría de los elementos negativos del tipo	54
4. De la norma de valor al planteamiento mixto de norma de valor y norma de determinación, para llegar a la posición normativa integradora de obligación y valor	55
5. La teoría pura del derecho	60
6. Norma y desvalor de acto y resultado	62

	PÁG.
7. Norma y técnica legislativa	66
A) Ley penal en blanco	66
B) Tipos abiertos	70
8. Norma y Estado de derecho	72
9. Posición personal sobre la norma	78
10. Interpretación y argumentación	80
A) Interpretación teleológica y bien jurídico	80
B) Interpretación estricta	81
C) Concurso aparente de leyes penales	82
D) Argumentación	83

CAPÍTULO III

DE LA PENA Y SUS TEORÍAS EXPLICATIVAS

1. Planteamiento	85
2. Teorías absolutas de la pena	86
3. Teorías relativas de la pena	90
A) Prevención general	90
B) Prevención especial	97
4. Teorías mixtas y de síntesis	103
5. Conclusiones	111

PARTE SEGUNDA

EL DESARROLLO EPISTEMOLÓGICO DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO I

LOS PRECURSORES

1. El pensamiento iluminista	117
2. Iluminismo y derecho penal	119
A) El pensamiento de Beccaria	120
B) El pensamiento de los precursores: Bentham, Filangieri y Romagnosi	122
C) El pensamiento de Marat	124
D) El pensamiento de Lardizábal	126
3. Conclusiones	127

CAPÍTULO II

DEL RACIONALISMO IUSNATURALISTA
AL RACIONALISMO POSITIVISTA

	PÁG.
1. El racionalismo iusnaturalista	129
A) El pensamiento de Feuerbach y Birnbaum	129
B) El pensamiento de Rossi y Carrara	131
C) El pensamiento de Pacheco y Groizard	135
D) La reacción al racionalismo: la escuela histórica	137
2. El racionalismo dialéctico: Hegel y la escuela hegeliana del derecho penal	139
3. El racionalismo correccionalista	141
A) El pensamiento de Krause y Röder	141
B) El pensamiento de Silvela	143
4. El pensamiento positivista: el pensamiento de Binding	145
5. Conclusiones	147

CAPÍTULO III

DE LA CIENCIA POSITIVA
A LA CIENCIA DE LOS VALORES

1. La ciencia positiva	150
A) El planteamiento positivista de Comte	150
B) La escuela positiva italiana	153
2. El positivismo en Alemania	158
A) La Nueva Escuela de von Liszt	158
B) El realismo de Merkel	165
3. El positivismo correccionalista español: Dorado Montero	168
4. El eclecticismo italiano: la "Terza Scuola"	172
5. La superación del positivismo	173
A) El tecnicismo jurídico	173
a) El planteamiento italiano (Arturo Rocco) y el tecnicismo crítico: el realismo (Francesco Antolisei)	173
b) El planteamiento alemán: Ernst Beling	176
B) El planteamiento de la ciencia de los valores	177
C) El integracionismo valorativo jurídico-penal	180
6. Positivismo y planteamiento valorativo en España	182
7. Conclusiones	184

CAPÍTULO IV

DEL IRRACIONALISMO A LA BÚSQUEDA
DE LA RACIONALIDAD PERDIDA:
IUSNATURALISMO, TELEOLOGISMO Y FINALISMO

	PÁG.
1. La crítica a la dogmática tradicional	186
A) La crítica desde la dogmática liberal	186
B) La crítica antiliberal: la Escuela de Kiel	189
2. Iusnaturalismo y teleologismo en Italia	193
A) Posición de Maggiore	193
B) Posición de Bettiol	194
3. Iusnaturalismo y finalismo en Alemania	196
A) La naturaleza de las cosas	196
B) El finalismo	198
4. La repercusión del finalismo en España	203
5. Conclusiones	205

CAPÍTULO V

HACIA EL SUEÑO DE VON LISZT
DE UNA CIENCIA PENAL INTEGRADA
(El resurgimiento de la política criminal)

1. La política criminal en Francia: la nueva defensa social	207
2. La política criminal en Alemania: Roxin y el fin de la norma penal	213
3. La política criminal en Italia: el grupo de Bologna	220
4. La política criminal en España	226
5. La nueva criminología: la criminología crítica	233
6. El abolicionismo, el nuevo realismo criminológico y la victimología	237
A) Mediación y justicia restaurativa	240
B) Entre la deshumanización y el humanismo	241
a) Tendencias deshumanizadoras	241
b) Tendencias humanizadoras	245
7. La renovación metodológica y la dogmática penal	247
8. Conclusiones: hacia un sistema de control penal de alternativas	259
Bibliografía	263
Índice de autores	283

PARTE PRIMERA

**LAS BASES FUNDAMENTALES
DEL DERECHO PENAL**

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO PENAL

1. LA DENOMINACIÓN “DERECHO PENAL” Y SU EVOLUCIÓN

La historia del derecho penal no ha sido pacífica ni siquiera en lo referente a su denominación. Primitivamente se hablaba de *ius criminale* o *ius poenale*. Es así como en Alemania, al deslatinizar estos vocablos se emplearon las voces *Kriminalrecht* y *peinliches Recht*. Lo cual a su vez denotaba diferentes significaciones respecto del derecho penal. *Peinlich* hacía referencia a la idea de expiación¹; en cambio, *Kriminalrecht* tenía un sentido más descriptivo, pues englobaba todas las disposiciones referentes al crimen. En el fondo, desde un principio se ha puesto el acento en una u otra de las sustancialidades a las que está referido el derecho penal. En todo caso parece que fue un discípulo de CHRISTIAN WOLFF, REGNERUS ENGELHARD, quien primero utilizó la expresión derecho penal (*Strafrecht*)², en 1756, y que posteriormente se popularizó, especialmente con la promulgación del *Code Pénal* francés de 1810.

HAUS³ hace resaltar el carácter eminentemente descriptivo que habría tenido la expresión “derecho criminal”, pues su función habría sido englobar materias de diferente naturaleza referidas al crimen, esto es, tanto sustanciales como procesales. En lo cual no deja de tener razón, pues por ejemplo, en la literatura francesa, hasta nuestros días⁴, cuando se quiere

¹ Véase a EDMUND MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlin-München, Duncker und Humblot, 1949, pág. 3, nota 4.

² Véase a MEZGER, ob. cit., pág. 3. Pero la voz *Strafe* se utilizaba en Alemania ya desde el siglo XIV (ROBERT VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Band I, Neudruck, Scientia Verlag Aalen, 1971, pág. 2, nota 2).

³ Véase a J. J. HAUS, *Principii generali di diritto penale*, vol. primo, 2ª ed., trad. de Enrico Feo, Napoli, Giuseppe Marghieri, 1877, pág. 18.

⁴ Cfr. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1943; ANDRÉ MERLE, ROGER ET VITU, *Traité de droit criminel*, 3ª ed., Paris, Cujas, 1979; GEORGES VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 4ª ed., Paris, Rousseau, 1911. En cierto modo, en verdad, en

englobar ambos aspectos se utiliza la expresión *droit criminel* en vez de *droit pénal*. También en la historia del derecho penal español se observa esta tendencia. Es así como el *Plan de Código Criminal de 1797*⁵, recoge tanto cuestiones sustanciales como procesales, en tanto que el Código Penal de 1822 solo las primeras.

Actualmente, MAURACH-ZIPF pretenden dar un contenido más profundo que el mero descriptivo a este cambio de terminología de derecho criminal a derecho penal, en consonancia con el paso del Estado absoluto al Estado de derecho⁶. Sería la separación de lo regido exclusivamente por el arbitrio del soberano y lo que aparece necesariamente ligado a la ley. Se trataría del nacimiento del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*. Este planteamiento, que sin duda es seductor, no parece, sin embargo, tener sustentación tan clara como el de HAUS, ya que, por ejemplo, el propio FEUERBACH, que es quien da expresión al principio de legalidad utilizaba, no obstante, la denominación derecho criminal⁷.

En verdad lo que pareciera claro en este paso de derecho criminal a derecho penal, es la intencionalidad de poner el acento en el carácter sancionador de este derecho como su rasgo más distintivo y definitorio, superador, entonces de una tendencia meramente descriptiva o fenomenológica (lo criminal). En tal sentido, el verdadero cambio importante es el abandono de la idea de la expiación (*peinlich*) por la de castigo expresada por la voz “pena”, que sí entonces iría íntimamente ligada a la concepción de un Estado de derecho y al principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*. Hay que señalar, sin embargo, que últimamente de nuevo la voz criminal ha resurgido como forma de acentuar el carácter sancio-

la literatura francesa se hacen sinónimas las expresiones “derecho criminal” y “derecho penal” (R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 9ª ed., Paris, Sirey, 1907, pág. 1); se trataría de términos sinónimos, inseparables y correlativos: “criminal” si se mira desde el punto de vista de la infracción (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 1, 3ª ed., Paris, Sirey, 1913, pág. 1, nota 1; igual ROBERT VOUIN, para quien hay un derecho penal en sentido amplio que es igual al derecho criminal [pág. 7]), y un derecho penal en sentido estricto que se circunscribiría a la infracción y la pena, esto es, al objeto del Código Penal de 1810 (pág. 11) (*Manuel de droit criminel*, Paris, 1949).

⁵ J. R. CASABO, “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1970, págs. 313 y ss.

⁶ R. MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Teilband 1, C. F. Muller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, pág. 3.

⁷ EDMUND MEZGER, ob. cit., pág. 3, nota 3.

natorio y básico del derecho penal tradicional, y por eso los autores hablan de derecho penal criminal y de derecho penal administrativo⁸, lo cual, además, aparece ligado a una compleja y ya larga discusión sobre si hay una diferencia solo cuantitativa o también cualitativa entre ambos tipos de derecho penal⁹. En definitiva, pues, las dos voces vuelven a aparecer, pero ahora unidas, con el objeto de dar claramente a entender la entidad o gravedad de la materia que se abarca.

Pero, evidentemente, dentro de su corta historia, los problemas más hondos con los cuales se enfrentó la denominación derecho penal fueron los surgidos a raíz de la aparición de la escuela positiva italiana. Con ella entró en crisis la pena, ya que esta se vio en la imposibilidad de abarcar las llamadas medidas de seguridad que propugnaban los positivistas. Por esta razón, y con el objeto de salvar esta dificultad, se utilizó la voz sanción; así, por ejemplo, claramente, el Código Penal colombiano de 1936, derogado en 1981, que bajo la influencia del positivismo incluyó en el Código las medidas de seguridad junto a las penas¹⁰.

Ahora bien, el triunfo del dualismo tendió a mitigar los efectos de este problema y a buscar más bien una solución práctica, en el sentido de colocar por vía especial y excepcional las medidas de seguridad dentro del Código Penal, con lo cual, como consecuencia directa, se evitaba el cuestionamiento del nombre. Pero ello en modo alguno silenciaba el hecho de que con la denominación de derecho penal había una referencia explícita y directa a las penas y no a las medidas de seguridad, que solo aparecían aludidas por oposición. En todo caso, así como “lo penal” y “lo criminal” surgieron como conceptos de contenido diverso que han terminado, sin embargo, juntándose, también el dualismo de pena y medida tiende a convertirse en un monismo conceptual, tanto porque la medida implica

⁸ Cfr. R. MAURACH, H. ZIPF, ob. cit., págs. 14 y ss.; M. COBO y T. S. VIVES, *Derecho penal*, Parte general, I, Universidad de Valencia, 1980, pág. 49; J. BAUMANN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 8ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1977, págs. 36 y ss.; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1978, pág. 11; HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976 (reedición), págs. 30 y 31.

⁹ Cuestión que se inicia con la completa obra sobre el tema de JAMES GOLDSCHMIDT, quien plantea la existencia de diferencias cualitativas entre el injusto de orden o administrativo penal y el injusto criminal (CARL HEYMANN, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902, Neudruck, Scientia Verlag Aalen, 1969).

¹⁰ Así, el título II del libro 1º se llama “Sanciones”, y su capítulo I se refiere a las penas y el capítulo II a las medidas de seguridad.

como la pena una actividad represora, como porque a la pena se le da un contenido preventivo específico¹¹.

De todos modos, los embates del positivismo y de las directrices conectadas a él no solo cuestionaron la pena como tal, sino la concepción misma del derecho penal. Ello llevó entonces a la búsqueda de denominaciones totalmente sustitutivas, una de ellas, la más difundida, fue la de defensa social. Consecuentes con tal línea de pensamiento los legisladores cubanos del año 1936 denominaron a su código “Código de Defensa Social”, el que solo vino a ser derogado y sustituido por un “Código Penal” en 1979. En España quien asume estos planteamientos, con consecuencia y originalidad, es DORADO MONTERO con su *Derecho protector de los criminales*¹².

En verdad la tendencia positivista pronto atempera su posición —que iba dirigida tanto contra lo penal como lo jurídico y ello ya en sus orígenes—; como en el caso de FERRI, que denomina su obra postrera *Principios de derecho criminal*¹³, en la que reconoce la importancia de lo que él llama la “anatomía jurídica”¹⁴, como actividad propia de la escuela clásica. En ese mismo sentido se manifiesta el movimiento positivista renovado más vigoroso del último tiempo, la “Nueva Defensa Social”, y es así como MARC ANÇEL parte de la aceptación del derecho penal, aun en su denominación, aunque solo sea por lo habitual de ella, a pesar de que encuentre más apropiada, como es lógico, la de “derecho criminal”¹⁵.

En definitiva, pues, ha predominado, por una u otra causa, la denominación de derecho penal, y las tendencias opuestas más recientes no han propugnado su sustitución, sino más bien una renovación de su contenido, una transformación desde dentro, así claramente en el caso de la nueva defensa social y de la política criminal en general.

¹¹ Cfr. GONZALO QUINTERO OLIVARES, “Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, págs. 571 y ss.

¹² Cfr. *Derecho protector de los criminales*, 2 ts., Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1915.

¹³ En esta obra, FERRI trata de conjugar los planteamientos propios del positivismo naturalista sociológico con la sistemática propia de la dogmática jurídico-penal (*Principios de derecho criminal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Edit. Reus, 1933).

¹⁴ ENRICO FERRI, ob. cit., pág. 7.

¹⁵ MARC ANÇEL, *La défense sociale nouvelle*, 10^{ème} ed., Paris, Cujas, 1971, pág. 15, nota 2.

2. EL DERECHO PENAL OBJETIVO Y SU ÁMBITO

A) *Concepto*

El autor que primero hace un tratamiento sistemático del derecho penal semejante al actual, es el jurista alemán VON LISZT, y quizá por eso mismo se puede tomar como punto de partida de una definición de derecho penal, la que él sugiere: “conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia”¹⁶.

Ahora bien, esta definición con el transcurso del tiempo se ha hecho demasiado estrecha, ya que aun desde una consideración puramente objetiva quedan excluidas las medidas de seguridad. Por eso los autores modernos se han hecho cargo de tal deficiencia e incluyen en sus definiciones de derecho penal objetivo también a las medidas de seguridad. Así, por ejemplo, WELZEL, para quien el derecho penal “es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”¹⁷.

El derecho penal objetivo tiene pues un objetivo de *carácter sistemático*, es decir, dar desarrollo y explicación coherentes y racionales a estas reglas jurídicas referidas al delito y a las penas y medidas de seguridad.

Ahora bien, el primer punto crítico dentro de la evolución del derecho penal es *justamente el referido a su contenido, esto es, si ha de contener las medidas de seguridad*. Si en relación con ellas también es posible incluir las predelictuales, y, por último, como una materia muy conexas, la aplicación del principio de legalidad a las medidas¹⁸.

B) *Las medidas de seguridad*

Ciertamente hoy resulta casi indiscutible en la doctrina que las medidas de seguridad posdelictuales pertenecen al ámbito del derecho penal, y por ello aparecen incluidas en casi la totalidad de los códigos pena-

¹⁶ FRANZ VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 18ª ed. alemana por Quintiliano Saldaña, t. 1, 3ª ed., Madrid, Edit. Reus, 1914, pág. 1.

¹⁷ H. WELZEL, ob. cit., pág. 11.

¹⁸ Por eso COBO y VIVES (ob. cit., nota 8), dando respuesta a estos interrogantes, señalan que se puede definir el derecho penal como “conjunto de normas jurídico-positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado, que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad”.

les actuales, lo que también sucede con el Proyecto de Código Penal español de 1980. Es esta la tendencia que ha predominado en el derecho penal germano, español y latinoamericano.

Así, dos autores tan dispares en sus planteamientos dogmáticos como BAUMANN¹⁹ y WELZEL²⁰ están, sin embargo, de acuerdo en la inclusión de estas dentro del derecho penal. Como señala WELZEL, con mucha razón, *tanto la pena como la medida de seguridad suponen una restricción a la libertad del individuo y ambas a su vez deben tender a la resocialización*, luego entonces no hay entre ellas diferencias de estructura²¹. La única diferencia entre ambos autores es solo aparente, en cuanto BAUMANN pareciera partir de un hecho en general y, en cambio, WELZEL de un hecho delictivo. Pero esto no es así, ya que si así fuera, querría decir que BAUMANN está dispuesto a aceptar las medidas de seguridad predelictuales, lo que es falso, y que WELZEL requeriría en forma totalmente contradictoria con la naturaleza de las medidas de seguridad, la existencia de culpabilidad, cuando justamente él mismo señala que la culpabilidad no es lo que justifica la medida de seguridad, sino la peligrosidad del autor. En definitiva, ambos autores coinciden también en lo que es el presupuesto necesario para la pena y la medida de seguridad posdelictual: *la existencia de un hecho injusto, de una acción delictiva que por lo menos participe de las características de tipicidad y antijuridicidad*. Es en este planteamiento en el que coinciden la mayoría de los penalistas germanos actuales²².

En Alemania no ha tenido mayor repercusión el planteamiento de H. MAYER, en el sentido *de que solo habría penas, aunque incluyendo dentro de estas aquellas medidas que tienen por fin la prevención mediante aseguramiento, excluyendo las que según él tienen exclusivamente un fin de “beneficencia”*, como sería el caso cuando se trata de anormales²³.

¹⁹ J. BAUMANN, ob. cit., págs. 7, 32 y 33.

²⁰ H. WELZEL, ob. cit., págs. 333 y ss.

²¹ H. WELZEL, ob. cit., pág. 33.

²² Cfr. H. H. JESCHECK, ob. cit., pág. 10; G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymann, 1976, pág. 29; R. MAURACH y H. ZIPF, ob. cit., págs. 2 y 21; P. BOCKELMANN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 2ª ed., München, C. H. Beck, 1975, pág. 1.

²³ H. MAYER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Köln, Kohlhammer, 1953, págs. 36 y ss. Este autor señala que “actos de asistencia como la custodia de locos y la educación asistencial, se fundan en el derecho de las personas el cual pone un tutor que dirige sus pasos a aquel que no es capaz para conformar su propia vida por juventud o enfermedad” (pág. 39) y por eso las denomina “medidas asistenciales del derecho de per-

Descontando la serie de contradicciones en que cae el autor, ciertamente su tentativa es la de superar el dualismo imperante, lo cual es una tendencia que apunta en la actualidad, como veremos más adelante, en la nueva doctrina penal española, si bien partiendo de presupuestos totalmente diferentes.

En América Latina la doctrina dominante, como la sustentada por NOVOA²⁴, REYES²⁵, NUÑEZ²⁶, CARRANCÁ Y TRUJILLO²⁷, reconoce la inclusión de las medidas de seguridad posdelictuales dentro del derecho penal. Una posición completamente diferente y en cierto modo cercana a la de H. MAYER, es la que ha planteado ZAFFARONI. Para él no existe diferencia entre pena y medida de seguridad posdelictual referida a imputables, ya que entre ambas no habría diferencia de estructura, pero más aún de fundamento, esto es, todo mal infligido al hombre, incluida su resocialización, debe basarse en su capacidad de autodeterminación. Por ello ZAFFARONI, al igual que MAYER, se ve en la necesidad de sostener que las medidas dirigidas a los inimputables, a quienes les falta entonces tal capacidad, deben quedar fuera del derecho penal, como medidas asistenciales administrativas²⁸. La posición del autor alemán como esta del maestro argentino, en modo alguno tienden a excluir, en general, las medidas de seguridad del derecho penal, sino más bien a afirmar una vía monista frente a la dualista, que evidentemente crea de por sí muchas contradicciones y dificultades. El problema con el cual topan estos planteamientos es el de excluir determinadas medidas de seguridad del derecho penal y considerarlas simplemente de naturaleza administrativa. En este punto se pasa por alto que la base

sonas”, que se justifican por sí mismas y que “ambas medidas se considerarán en una ejecución correcta también *de facto* como hechos de beneficencia” (pág. 39); en cambio, “para medidas como la custodia de seguridad no queda otro fundamento jurídico que la idea de la expiación justa” (pág. 39).

²⁴ EDUARDO NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, t. I, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1960, pág. 25.

²⁵ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1977, págs. 307 y ss.

²⁶ RICARDO C. NUÑEZ, *Manual de derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Córdoba-Buenos Aires, Edic. Lerner, 1975, pág. 6.

²⁷ R. CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho penal mexicano*, Parte general, 11ª ed., México, Porrúa, 1977, pág. 17.

²⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1980, págs. 103 y ss., 115, 116, 121.

de ellas reside en la comisión de un injusto y que, por tanto, tienen que ser sometidas a todas las garantías que establece el derecho penal al respecto, más aún si conforme a su estructura, como han recalcado en general los autores de la posición dominante, no hay entre ellas y la pena ninguna diferencia (o bien respecto de las “otras” medidas que ZAFFARONI denomina también “penas”). En el caso de este último autor, esta inconsecuencia tiene su base en el hecho de tratar de mantener radicalmente el principio de culpabilidad, no solamente como garantía, sino como expresión del libre albedrío.

Al igual que en América Latina, en España la doctrina dominante, representada por RODRÍGUEZ DEVESA²⁹, ANTÓN ONECA³⁰, CUELLO CALÓN³¹, RODRÍGUEZ MOURULLO³², entre los principales, considera también a las medidas de seguridad posdelictuales como integrantes del derecho penal, y conforme a tal dirección el Proyecto de Código Penal de 1980 las incluye dentro de su texto en los artículos 130 y siguientes, conformando claramente un sistema dualista. Pero también en el último tiempo han surgido voces en el sentido de ir a la configuración de un sistema monista. Tal es el planteamiento, por ejemplo, de QUINTERO OLIVARES, para quien en la actualidad desde el punto de vista de los fines que inspiran a la pena y las medidas, así como a las garantías que deben rodear a ambas, y, por último, al hecho de que la culpabilidad es planteada simplemente como garantía y no como fundamento ontológico, resulta que no hay diferencia alguna entre unas y otras³³. Ello a su vez lo lleva a rechazar entonces, como medidas, aquellas que tengan un carácter acumulativo, como sucede con algunas del Proyecto, ya que ello significaría una abierta contradicción con una idea monista y de garantía al individuo frente al Estado³⁴. En el mismo sentido se han pronunciado también otros autores, como

²⁹ J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, 7ª ed., Madrid, 1979, págs. 11, 909 y ss.

³⁰ J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte general, t. I, Madrid, 1949, págs. 4, 583 y 584.

³¹ EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, Parte general, t. 1, 18ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1980, pág. 8.

³² G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte general, Madrid, Edit. Civitas, 1978, pág. 17.

³³ G. QUINTERO OLIVARES, ob. cit., págs. 571 y ss.

³⁴ QUINTERO OLIVARES, ob. cit., pág. 586.

MUÑOZ CONDE³⁵, BUSTOS RAMÍREZ³⁶, y ya antes también apuntaba en tal dirección MUÑAGORRI³⁷.

Totalmente diferente es, en cambio, la situación en la doctrina italiana, donde la mayor parte de los autores estima que las medidas de seguridad, —entendiendo como tales solo las que están en el Código Penal y aplicadas por jurisdicción penal—, son de carácter simplemente administrativo y, por tanto, por su naturaleza, esencialmente diferentes de las penas. Ya ROCCO expresó con mucha claridad este pensamiento³⁸ basándose, entre otros argumentos, en que las medidas perseguían la utilidad social y no la justicia, la defensa preventiva y no represiva, la prevención de la reincidencia y no del primer delito, la prevención especial y no la general, la readaptación del sujeto y no su intimidación. Es esta línea argumental de ROCCO la que, de una u otra manera, aparece en general en los autores italianos como BATTAGLINI³⁹, BETTIOL⁴⁰, MAGGIORE⁴¹, GRISPIGNI⁴², VANNINI⁴³. Aún más, este último autor se inclina por la sustitución de derecho penal por derecho criminal, para poder abarcar sin contradicciones penas y medidas de seguridad⁴⁴.

³⁵ F. MUÑOZ CONDE, Introducción a *Culpabilidad y prevención* de CLAUS ROXIN, trad. de Muñoz Conde, Madrid, Edit. Reus, 1981, págs. 16 y ss. y 36 y ss.

³⁶ J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL, “Pena y Estado”, en *Papers*, Revista de Sociología, núm. 13, 1980, pág. 127.

³⁷ I. MUÑAGORRI, *Sanción penal y política criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1977, págs. 206 y ss.

³⁸ A. ROCCO, “Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica”, en *Opere Giuridiche*, vol. III, Roma, Foro Italiano, 1933, págs. 713 y ss. (743 y 744).

Por eso señala que “se trata en una palabra de un nuevo y complejo derecho criminal, al mismo tiempo preventivo y represivo, penal y no penal, al mismo tiempo penal, civil y administrativo” (745).

³⁹ G. BATTAGLINI, *Diritto penale*, Teoria generale, Bologna, Zanichelli, 1937, págs. 377 y ss. (381).

⁴⁰ G. BETTIOL (*Diritto penale*, Parte generale, 6ª ed., Padua, Antonio Milani, 1966, págs. 756 y ss. [767]), afirma que “El hecho que estén previstas en el Código Penal no transforma su naturaleza administrativa; el hecho que sean aplicadas por la justicia penal y sean por eso provistas de una garantía jurisdiccional no quiere decir que tengan naturaleza jurisdiccional” (759).

⁴¹ G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, Parte generale, 5ª ed., Bologna, Nicola Zanichelli, 1951, págs. 791 y ss. (793-795).

⁴² F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 1952, pág. 141.

⁴³ O. VANNINI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Firenze, Carlo Cya, 1954, págs. 12 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 13.

Hay, sin embargo, dentro de la doctrina italiana autores discrepantes, como es el caso de NUVOLONE⁴⁵, DE MARSICO⁴⁶ y ANTOLISEI⁴⁷. Pero en general solo se dan argumentaciones formales, basadas en el hecho de que están sometidas a la jurisdicción penal y se encuentran en el Código Penal.

En definitiva, después de analizar las diferentes posiciones que existen al respecto, creemos que la solución correcta consiste en abarcar las medidas dentro del derecho penal. Ellas no tienen, como ya se ha visto, diferencia estructural con las penas. Ambas implican un mal para el sujeto, una afectación en sus derechos, y ambas también deben tender a la resocialización. Lo último con mayor razón después del mandato constitucional del artículo 25, aun cuando imperfectamente en el caso de las penas se limite ello al caso de las privativas de libertad. Por otra parte, respecto de las dos es necesario que se dé el mismo presupuesto: la comisión de ello al caso de las privativas de libertad. Además, respecto de las dos es necesario que se dé el mismo presupuesto: la comisión de un injusto, esto es, la realización de una conducta típica y antijurídica.

Solo quedaría subsistente el problema de su justificación. Sobre este punto se basan las argumentaciones de quienes, si bien como hemos analizado incluyen las medidas de seguridad dentro del derecho penal, de todos modos las distinguen de las penas, esto es, proponen la existencia de un derecho penal de doble vía: penas y medidas. Las primeras tendrían su justificación en la culpabilidad, las segundas en la peligrosidad; pero ello entra en cuestionamiento tanto por plantear conjuntamente dos realidades tan diferentes como por la posibilidad real de definir ambos conceptos: el primero resulta metafísico, y el segundo, por lo menos, metaempírico⁴⁸. Planteada la irracionalidad de la justificación en ambos casos y

⁴⁵ P. NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. 1º, Padua, Cedam, 1969, pág. 273. Señala este autor que “Las medidas preventivas *post delictum*, esto es, las medidas de seguridad de nuestra legislación tienen carácter penal...” (pág. 273); y más aún, agrega que “... es posible concebir racionalmente un sistema de medidas preventivas predelictivas que tuviesen carácter penal, esto es, que sean aplicadas por la autoridad judicial a través de un proceso verdadero y propio provisto de todas las garantías jurisdiccionales y que tengan por fin específico la prevención de delitos” (pág. 277).

⁴⁶ A. DE MARSICO, *Diritto penale*, Parte generale, ristampa (note di Manlio Mazzanti), Napoli, Eugenio Jovene, 1969, págs. 360 y ss.

⁴⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, 7ª ed., a cura di Luigi Conti, Milano, Giuffrè Editore, 1975, págs. 632 y ss. Según este autor: “Las medidas de seguridad forman parte del derecho penal, sea porque están previstas y reguladas por el Código Penal, sea especialmente porque a la par que las penas son medios de lucha contra el delito” (pág. 635).

⁴⁸ Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, ob. cit., págs. 574 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, ob. cit., págs. 18, 20 y ss., 32 y ss.

mientras se indaga una posibilidad sustitutiva⁴⁹, quedan, sin embargo, a salvo los demás puntos comunes ya analizados y también el principio de culpabilidad, pero solo en cuanto concreción de garantía para el sujeto frente al Estado, y ello entonces referido tanto a las penas como a las medidas.

No hay pues diferencias sustanciales entre unas y otras; quizá solo se podría hablar de reacciones más o menos individualizadas, más o menos tradicionales o modernas, más o menos ajustadas al mandato constitucional, es decir, solo una diferencia cuantitativa, pero no de fondo. Como señala QUINTERO OLIVARES, insistir en el dualismo significa en el fondo tratar de mantener a toda costa la culpabilidad, no ya como garantía sino como base del carácter retributivo de la pena⁵⁰. Del mismo modo podríamos sostener que ello significa tratar de mantener la peligrosidad social como principio que entrega omnímodos al Estado respecto del individuo en su defensa social. Con razón MUÑOZ CONDE critica desde dos puntos de vista el sistema dualista. Primero porque si bien penas y medidas de seguridad “son diferenciables teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad de hecho, la misma finalidad y contenido” y en segundo lugar por el hecho de que si “junto a la pena limitada por la culpabilidad existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado”⁵¹. A este respecto se debe señalar que C. M. ROMEO CASABONA, en razón de su eficacia y necesidad en el derecho penal moderno, está por mantener el concepto de peligrosidad y en consecuencia la dualidad penamedida, si bien propicia la introducción de una serie de principios garantistas: comisión de un ilícito penal, la peligrosidad como cualidad eventual del autor, partir de la peligrosidad específica, tipificación de la peligrosidad, establecer una presunción absoluta de duración de la peligrosidad, que no signifique un fraude de etiquetas y competencia de los tribunales ordinarios⁵². Conforme a ello, en definitiva, desde un punto de

⁴⁹ Cfr. sobre los planteamientos sustitutivos respecto de la culpabilidad, J. BUSTOS RAMÍREZ y M. VALENZUELA, *Derecho penal latinoamericano comparado*, Parte general, t. I, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1981, págs. 299 y ss.

⁵⁰ G. QUINTERO OLIVARES, ob. cit., pág. 586.

⁵¹ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pág. 58. También puede consultarse la edición que de este ensayo ha publicado recientemente Editorial Temis.

⁵² Véase *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1986, en especial págs. 77 y ss. A pesar de estos límites no se supera el problema básico ya criticado, esto es, que se establece un nuevo juicio sobre el sujeto que no tiene límite definido y que además está basado sobre características personales, aunque sean eventuales.

vista positivo, habría que rechazar todas aquellas disposiciones del Proyecto de Código Penal (1980) que se siguen configurando en esta materia de un modo estrictamente dualista, lo que lleva al establecimiento, por una parte, de medidas de duración indeterminada (art. 135, 1^a y 3^a claramente) y, por otra, a la acumulación de pena y medida (arts. 150 y 152).

C) *Las medidas de seguridad predelictuales*

Ciertamente es opinión hoy dominante, tanto en el derecho penal latinoamericano como en el español, el rechazo a las medidas de seguridad predelictuales. En verdad ellas surgieron como consecuente aplicación del principio de peligrosidad social y de la idea de llegar a una sustitución del derecho penal por los planteamientos criminológicos de la escuela positiva. Sin embargo, algunos autores han defendido su inclusión en el derecho penal; es el caso de LAPLAZA⁵³, en Argentina de COBO DEL ROSAL, VIVES y MIR PUIG⁵⁴ en España, de ANÇEL⁵⁵ en Francia y de NUVOLONE⁵⁶ en Italia.

Pero resulta imposible incluir las medidas de seguridad predelictuales dentro del derecho penal, pues ellas en modo alguno pueden, sustentarse en el presupuesto fundamental de este, que es la realización, por lo menos de un injusto, esto es, de un acto típico y antijurídico⁵⁷. Por eso, tampoco respecto de ellas se puede plantear el principio de legalidad ni en general ni en concreto⁵⁸; los esfuerzos que en ese sentido hace, por

⁵³ F. LAPLAZA, *Jornadas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 22-27 agosto 1960, Buenos Aires, 1962, pág. 156.

⁵⁴ JUAN DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal español*, Parte general, vol. I, 2^a ed., revisada y corregida por Manuel Cobo, Madrid, 1976, págs. 16 y 17. Y por eso este autor define el derecho penal como "... aquella parte del ordenamiento jurídico-positivo que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado y anuda, a causa del hecho cometido, penas y otras medidas afines, ante y posdelictuales, y según la personalidad del autor. MANUEL COBO DEL ROSAL y S. VIVES ANTÓN, ob. cit., págs. 26 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1976, págs. 23 y ss.

⁵⁵ M. ANÇEL, ob. cit., págs. 271 y 272.

⁵⁶ P. NUVOLONE, ob. cit., pág. 277.

⁵⁷ Así se plantean, entre otros, en España: J. ANTÓN ONECA, ob. cit., pág. 584; J. M. RODRÍGUEZ DEVESEA, ob. cit., págs. 910 y ss.; y RODRÍGUEZ MOURULLO expresa: "Las medidas predelictivas que se apoyan en la mera peligrosidad social «sin delito», constituyen medios de policía pertenecientes al derecho administrativo" (ob. cit., pág. 17).

⁵⁸ Cfr. J. TERRADILLOS, *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Madrid, Akal Universitaria, 1981, págs. 195 y ss.

ejemplo, MARC ANÇEL, resultan totalmente infructuosos y contradictorios. Según este autor⁵⁹, bastaría con una determinación y definición rigurosa de los estados peligrosos; con la delimitación clara del concepto mismo de estado socialmente peligroso; con el reconocimiento de la intervención del Estado solo dentro de límites legales y fijados muy estrictamente, y, por último, con el condicionamiento a un sistema de garantías de orden judicial y procesal. Pero, como muy bien señala TERRADILLOS⁶⁰, tales planteamientos no pasan de ser una declaración de buenas intenciones y nada más. En efecto, la primera en modo alguno se puede asemejar a la garantía del tipo, que no solo tiene un carácter formal, sino además material, esto es, en relación con un bien jurídico concreto; la segunda, no pasaría de ser una definición tautológica, amplia y arbitraria; la tercera y la cuarta, si bien es cierto podrían llevarse a la práctica, ellas solo plantean principios generales sobre la aplicación del derecho, pero no las garantías concretas, derecho penal, que necesariamente tiene que estar en relación con el injusto y la culpabilidad. Desde un punto de vista garantista una sanción penal solo se puede imponer en razón de la protección de un bien jurídico y en cuanto el sujeto sea responsable por el hecho que ha afectado ese bien jurídico; de lo primero da cuenta el injusto, de lo segundo la culpabilidad. Pero ambos aspectos garantistas son ajenos a las medidas de seguridad predelictuales.

En España, como hemos visto, hay opiniones, muy importantes que las incluyen dentro del derecho penal, pero ello por cuestión estrictamente de política penal, ya que el penalista no puede ignorar la existencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que las ha inducido en nuestra disciplina. El Proyecto de 1980, en cambio, con razón las ha suprimido, pero lamentablemente no en su totalidad, pues se han introducido subrepticamente en él. Tal es el caso si se trata de menores conforme al artículo 149, ya que se les aplicará una medida en principio “posdelictual” cuando su “peligrosidad” o “rebeldía” resulte incompatible con el tratamiento tutelar de menores. Aquí, evidentemente, en virtud de un hecho que no es un injusto (acción típica y antijurídica), se aplica una medida de seguridad dentro del orden penal, con lo cual no solo se provoca gran distorsión del sentido y el ámbito de lo penal, sino también de lo que debe ser un derecho tutelar de menores. Por otra parte, también se entra en graves confusiones en el primer caso del artículo 149, referido

⁵⁹ Ob. cit., pág. 271.

⁶⁰ Ob. cit., pág. 197.

(pareciera) a un hecho injusto cometido antes de la edad penal, pero que en virtud del tiempo transcurrido (ha cumplido ya la edad penal) o por las circunstancias del menor, se le ha de aplicar también una medida de seguridad para menores delincuentes por el tribunal penal. Ciertamente aquí habría un injusto cometido y, por tanto, propiamente la medida debería estar sujeta a las garantías de carácter penal, si se plantea desde ese punto de vista. Pero antes que nada, hay aquí una cuestión de jurisdicción diferente, que es lo básico para entender la *imputabilidad* como principio de garantía del sujeto respecto del Estado. Es decir, mediante este procedimiento se destruye justamente lo único valioso del principio de culpabilidad tradicional, su papel garantizador, que implica órdenes de jurisdicción diferente cuando se trata de sujetos con grados de racionalidad claramente diferenciados.

De ahí que, con razón, todos los grupos parlamentarios hayan planteado modificaciones a este artículo. Los socialistas de Cataluña (enmienda 153), el grupo socialista (enmienda 414), la minoría catalana (enmienda 57), el grupo comunista (enmienda 144), proponen la supresión lisa y llanamente de todo el artículo; el grupo andalucista (enmienda 110), el grupo centrista UCD (enmienda 1348), el grupo coalición democrática (enmienda 1516) y el grupo vasco, PNV (enmienda 1716), plantean la supresión del inciso final, que implica el caso más palmario de confusión; y el andalucista (enmienda 109), el centrista UCD (enmienda 1348) y la coalición democrática (enmienda 1515) elevan a la edad de 16 años en el primer caso, salvo el andalucista que lo hace a 18, lo cual está en relación con la elevación de la edad penal, pero no resuelve el problema de fondo. En definitiva, creemos que la buena solución es hacer desaparecer este precepto del Proyecto.

D) *Los principios de garantía al individuo y las medidas de seguridad*

Cuestión fundamental respecto de su inclusión en el ámbito penal de las medidas de seguridad posdelictuales, es la referente a la aplicación a ellas de las garantías propias del derecho penal. Difícil resultaba este problema en España, tanto desde el punto puramente teórico como desde un análisis de la legislación positiva antes de entrar a regir la Constitución de 1978, según surge de las diferentes matizaciones que se ve obligado a realizar RODRÍGUEZ MOURULLO sobre esta materia⁶¹. Sin embargo, la di-

⁶¹ “Principio de legalidad”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, Francisco Seix, 1971, págs. 890 y ss.

ficultad del tema no ha variado y quizá resulte todavía más compleja, como aparece del análisis que hace TERRADILLOS al respecto⁶².

La discusión actual al respecto gira en torno al principio de que no hay pena sin delito, entendido este como tipo en sentido amplio o injusto, y al principio de que no hay pena ni delito sin ley previa. Se pone en tela de juicio el primero en razón de la confusión que el sistema de doble vía provoca entre presupuesto de la medida y su justificación teórica; como la justificación de la pena y la medida es diferente, en el caso de la pena la culpabilidad (por el hecho), y en la medida un “estado personal del autor”⁶³ —que lo hace peligroso—, se convierte este estado peligroso en presupuesto de la medida.

Por ello MUÑAGORRI, para superar estos problemas plantea, desde un punto de vista teórico, la conveniencia de convertir en tipos delictivos aquellos estados de peligrosidad de suficiente entidad, y excluir entonces totalmente del orden penal aquellos que carezcan de tal sustancialidad⁶⁴. Claro que ello no es ninguna solución, pues injusto y estado peligroso son conceptos antitéticos y no basta con “describir legalmente” un estado peligroso para convertirlo en injusto, y si realmente es un injusto, quiere decir simplemente que no era un estado peligroso.

TERRADILLOS afirma que el artículo 25 de la Constitución Política española no se aplica a las medidas de seguridad, y ya con ello se complica evidentemente todo⁶⁵. Esto porque “condena” y “sanción” solo en forma extensiva podrían comprender la medida de seguridad y tal interpretación no sería en el caso posible, pues estarían referidas dichas expresiones a acciones u omisiones constitutivas de delito y la medida de seguridad no se aplicaría en razón de ello, sino en virtud de un estado, la peligrosidad.

Creemos que se parte aquí del equívoco ya señalado: una cosa es el presupuesto y otra la justificación. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de marzo de 1981, señala que el artículo 25.1 establece el principio de legalidad penal, esto es, que la punibilidad de una acción u omisión solo se puede establecer por ley, que tal acción u omisión ha de estar *tipificada* por ley vigente al tiempo de la acción u omisión. Por eso decimos que el artículo 25.1 —y esa es su importancia— está señalando dos

⁶² Ob. cit., págs. 178 y ss.

⁶³ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., pág. 890.

⁶⁴ Ob. cit., pág. 209.

⁶⁵ Ob. cit., págs. 181 y ss.

cosas fundamentales, lo que entra entonces en plena coherencia lógica con el numeral 2, que de otro modo quedaría completamente desconectado del primero y, por tanto, dentro de una sistemática ilógica: primero, que presupuesto de toda condena o sanción, y no olvidemos que, como hemos recalcado con anterioridad, justamente se ha utilizado por autores y códigos la voz sanción para abarcar pena y medida, es la existencia de un injusto, esto es, de un hecho típico y antijurídico; segundo, que, por tanto, pena y medida de seguridad quedan sometidas al principio de legalidad penal⁶⁶. Además esta afirmación de la Constitución es coherente con su propio artículo 14, con respecto a la igualdad ante la ley, ello es, que no pueda prevalecer discriminación por “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Frente a la Constitución jamás una ley penal puede tener como presupuesto de su aplicación un *estado* personal, solo puede serlo un injusto, que cumple por lo menos formalmente con el principio de igualdad de las personas frente a la ley.

Dentro del principio de legalidad resulta especialmente problemática la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre medidas de seguridad. Aquí también es necesario hacer algunas distinciones, como expresa RODRÍGUEZ MOURULLO⁶⁷. Una cosa es el presupuesto, es decir, solo es posible derivar una medida de seguridad si hubo un hecho típico y antijurídico. Tal hecho no podría surgir por la ley posterior. Pero otro problema es si la medida de seguridad, como tal, podría surgir y aplicarse en virtud de una ley posterior al hecho.

Ejemplos claros de posiciones contrapuestas los encontramos en el desarrollo legislativo alemán. El Proyecto Alternativo de 1966 establece en el § 1.2 que solo se puede aplicar una medida cuando ella ha sido establecida por ley antes de perpetrado el hecho; en cambio, el Código Penal alemán promulgado en 1975, siguiendo el proyecto oficial de 1962 (§ 2.6), establece en el § 2.VI, que en relación con las medidas rige la ley vigente al tiempo de la decisión, salvo que legalmente se establezca otra cosa. En otras palabras, para el Proyecto Alternativo la irretroactividad penal abarca también a las medidas de seguridad, en tanto que para el Código Penal ellas quedan en principio excluidas.

En España, RODRÍGUEZ MOURULLO⁶⁸ opina que sería posible recurrir a la ley del momento de la aplicación, ya que el fundamento de la medida

⁶⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, ob. cit., pág. 578.

⁶⁷ Ob. cit., págs. 891 y 892.

⁶⁸ Ob. cit., pág. 892.

no es el delito, sino un *estado* que se prolonga y sigue existiendo al momento de la nueva ley. En otras palabras, frente a un estado, revelado eso sí por el hecho delictivo, no tendría sentido hablar de ley anterior o posterior. Pero con ello pensamos que se cae en un círculo vicioso, pues nuevamente aparece la predelictualidad del *estado* y la sanción entonces solo por el *estado*; se provoca un total desprendimiento de la sanción respecto de la garantía que constituye el hecho injusto y, además, con ello se lesiona el principio de igualdad establecido en la Constitución.

TERRADILLOS⁶⁹, sobre la base del texto constitucional y del Código Penal, estima que siempre la medida de seguridad posterior ha de ser aplicada, pues por definición es más favorable, ya que tiende a la reinserción social; salvo los casos en que aparezca como más gravemente aflictiva. En otras palabras, el principio general sería el de retroactividad y la excepción la irretroactividad. Esta posición fue adoptada por el Proyecto de Código Penal (1980) en el artículo 134.

No creemos que la favorabilidad de la medida tenga un carácter axiomático; tampoco lo dice la Constitución, que solo establece en el artículo 25.2 que tanto las penas privativas de libertad como las medidas de seguridad deben tener por orientación la reeducación y la reinserción social, y hoy difícilmente se puede sostener que la pena privativa de libertad es favorable al reo. Por otra parte, los conceptos de reeducación y reinserción son sumamente discutibles⁷⁰, como para identificarlos lisa y llanamente con favorabilidad para el reo (piénsese solamente en una medida de castración como forma de reinserción social). Además, estimamos que la normativa actualmente vigente es suficientemente clara. El artículo 9.3 de la Constitución establece la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, lo cual, obviamente, abarca a las medidas de seguridad⁷¹. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de marzo de 1981, ha reconocido que la ley penal no agota el contenido de la expresión de disposiciones sancionadoras y que habría además otras con tal carácter.

⁶⁹ Ob. cit., pág. 206.

⁷⁰ Cfr. R. BERGALLI, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1976.

⁷¹ Cfr. TERRADILLOS (ob. cit., pág. 206), quien, a pesar de que no incluye dentro de la expresión “sancionado” del art. 25.1 las medidas de seguridad, sí lo hace, en cambio, respecto de la misma expresión en el art. 9.3, ello en virtud de que ambas disposiciones se basarían en contenidos diferentes.

Las medidas de seguridad, en cuanto —como hemos señalado— no tienen estructura diferente de la que rodea a la pena, significan un mal para el reo y lo coartan en sus derechos, caen, evidentemente, dentro de la regla general de la irretroactividad. Luego, conforme al artículo 24 del Código Penal, si se está de acuerdo con que son parte del derecho penal y, por tanto, las leyes que a ellas se refieren son de carácter penal, solo tendrán efecto retroactivo aquellas favorables. Pero entonces la favorabilidad, por principio, en abstracto o axiomático, no surge sino conforme al caso y a las circunstancias concretas. Es decir, no se ve razón para establecer algo diferente respecto de las penas en cuanto a irretroactividad y retroactividad y, por ello mismo, no nos parece adecuada la regla establecida por el nuevo Proyecto de Código Penal. En tales planteamientos sigue latente la idea radical de la doble vía y, más aún, del carácter administrativo o de beneficencia de la medida de seguridad.

3. EL DERECHO PENAL SUBJETIVO Y SU ÁMBITO

A) *Concepto*

Así como en el derecho penal objetivo el centro de la preocupación es la sistematización de las normas jurídico-penales, en el caso del derecho penal subjetivo la preocupación científica gira en torno a la potestad punitiva del Estado. El derecho penal objetivo es el *ius poenale*, el derecho penal subjetivo es el *ius puniendi*. Para MAURACH-ZIPF, *el ius poenale* es una emanación del *ius puniendi*⁷²; en el siglo XIX, en cambio, el hegeliano BERNER afirmaba todo lo contrario⁷³. Evidentemente se trata de conceptos completamente interdependientes uno de otro, como ha señalado con razón DEL ROSAL⁷⁴, pero en todo caso el nudo del problema del derecho penal está justamente en la potestad punitiva del Estado. Como ya acotaba ROCCO⁷⁵, negar la existencia de un derecho subjetivo de castigar del Estado es cerrarse el camino para entender los fundamentos de

⁷² R. MAURACH y H. ZIPF, ob. cit., pág. 4.

⁷³ FRIEDRICH ALBERT BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857, pág. 4.

⁷⁴ Ob. cit., pág. 17.

⁷⁵ A. ROCCO, “Sul concetto del diritto subiettivo di punire”, en ob. cit., en la nota 38, pág. 128. ROCCO señala que hay diferentes modos de concebir el derecho subjetivo, como metafísico (pág. 129), como función social (pág. 130) o que su fuente es el derecho positivo penal, es decir, la ley positiva penal (pág. 130).