

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español*

(*) Texto de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela en noviembre 1982. Con ligeras variantes, la versión alemana de este trabajo que a su vez fue texto de varias conferencias pronunciadas en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Extrajero de Friburgo de Br. y en las Universidades de Frankfurt del Main, Erlangen y Munich, aparecerá próximamente en *ZStW*. Una versión ampliada constituyó la Ponencia del autor a las *IV Jornadas de Derecho Penal* de la Universidad Externado de Bogotá (Colombia) celebradas los días 5 a 11 de septiembre 1982.

I. Desde hace ya algunos años viene planteándose en la Ciencia española del Derecho Penal una cuestión que no sólo tiene una importancia teórica fundamental, sino también, y sobre todo, una significación práctica evidente. Se trata de decidir, con todas las consecuencias, si el sistema de reacción jurídico-estatal frente al delito cometido debe ser un sistema monista de sanción única o un sistema diferenciado dualista de penas y medidas (1).

El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal 1980 y la reforma parcial actualmente en curso han puesto de relieve que la opción entre uno y otro sistema no es en absoluto una cuestión puramente teórica, sino que tiene sus raíces en las entrañas mismas del Derecho Penal y que en ella se decide el futuro de esta rama del Ordenamiento jurídico como en ningún otro tema. En el fondo de esta cuestión late la eterna discusión, el siempre planteado y hasta ahora nunca resuelto antagonismo entre un Derecho Penal retributivo y un Derecho Penal preventivo, entre el "punitur quia peccatum est"

(1) Cfr. Quintero Olivares, *Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal*, en *La reforma penal y penitenciaria*, editado por Fernández Albor, Santiago de Compostela 1980; también recientemente Octavio de Toledo, *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid 1981, págs. 252 ss.

y el “punitur ne peccetur”, entre culpabilidad y peligrosidad, entre penas y medidas.

En el Derecho positivo actualmente vigente la discusión está saldada en favor de un sistema dualista de sanciones aplicables al autor de un delito. Así, por ejemplo, el art. 8, 1º del Código penal prevé el internamiento del enajenado autor de un delito que haya sido declarado exento de responsabilidad criminal. Y lo mismo prevé el nº 2º del mismo artículo para el menor de 16 años autor de un delito, o el nº 3 para el sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción.

Esta doble forma de reaccionar frente al autor de un delito, según sea, por ejemplo, un enfermo mental o una persona sana mentalmente, se corresponde también con un sistema dualista de los presupuestos de la reacción misma que se encuentra, más o menos explícitamente formulado, en los preceptos del Derecho positivo. Estos presupuestos de la reacción dualista son *culpabilidad* y *peligrosidad*. Desde el punto de vista formal, se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida. Culpabilidad y peligrosidad son, pues, los dos puntos de conexión del actual sistema de reacción estatal frente a un delito: el delito cometido por un autor culpable, dará lugar a la imposición de una pena, el delito cometido por un autor no culpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida (2).

(2) Cfr. Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de Córdoba Roda, Barcelona 1962, vol. 1, págs. 58 y ss.

II. En el Ordenamiento jurídicopenal español vigente existe, sin embargo, una peculiaridad que lo distingue del sistema dualista adoptado en otros países.

A diferencia de lo que sucede en los Ordenamientos de otros países, las medidas se aplican sobre todo y principalmente a las personas llamadas “peligrosas sociales”, hayan o no cometido un hecho tipificado en la Ley como delito. Estas medidas, recogidas en su mayoría en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, son aplicables, por tanto, también a supuestos de “peligrosidad predelictual”, en los que ni siquiera se exige la probable comisión de delitos en el futuro. Sin embargo, estas medidas prácticamente en nada se diferencian, por lo menos en su forma de ejecución y a veces incluso en su contenido, de las penas propiamente dichas y mucho menos de las medidas posdelictuales (cfr. arts. 2 y 5 de la Ley de Peligrosidad).

Este sistema de medidas funciona además de un modo autónomo, es decir, se aplica al margen de la pena, e incluso, en caso de concurrencia de penas y medidas se ejecuta preferentemente la pena y después la medida (cfr. art. 25 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (3)).

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social constituye, pues, de hecho, un segundo Código penal que sirve para prolongar los efectos de la pena o para sancionar supuestos de peligrosidad social no constitutivos de delito. Se establece así un sistema de control social más amplio que el dual tradicional,

(3) Cfr. Beristain, *Medidas Penales en Derecho contemporáneo*, Madrid 1974; Jorge Barreiro, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid 1976; Terradillos, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid 1981.

desbordando los principios limitadores del poder punitivo característicos del Estado de Derecho: el principio de legalidad y el principio de intervención mínima (4).

El principio de legalidad queda infringido cuando el presupuesto de la reacción sancionatoria del Estado no está constituido por la comisión de un injusto tipificado en la ley penal, sino por estados de peligrosidad social que ni siquiera van referidos a la comisión de delitos futuros y que además son sancionados con medidas que, materialmente, en nada se diferencian de las penas.

El principio de intervención mínima igualmente se infringe, cuando se utilizan medios sancionatorios tan graves como las penas para reprimir estados de peligrosidad no basados en la previa comisión de un delito y que, por lo tanto, no constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social supone, pues, tanto en la teoría, como en la práctica, una "perversión" del Derecho Penal y un abuso de poder del Estado. Ciertamente que la tarea de defensa de la sociedad y de una convivencia social pacífica y organizada pluralmente no sólo incumbe al Derecho Penal, sino a todo el Ordenamiento jurídico. Pero en esta tarea el Derecho Penal no es sólo un *plus*, sino también un *aliud* frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico. Precisamente por su carácter de última ratio, al Derecho Penal debe quedar reservada la tarea de reaccionar frente a los comportamientos más intolerables de desprecio a las normas fundamentales que rigen la convivencia,

(4) Cfr. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona 1975, págs. 59 y ss.

reaccionando frente a ellos con los medios más graves e importantes de que dispone el Ordenamiento jurídico, llámense penas o medidas; pero, en todo caso, el presupuesto de esta reacción sólo debe serlo la comisión de un hecho típico y antijurídico, es decir, la realización de un comportamiento prohibido y conminado con una pena en la Ley Penal (5). En esto es prácticamente unánime la moderna doctrina española (6).

III. No es, por ello, extraño que una de las novedades más importantes y alabadas del Proyecto de Código penal de 1980 haya sido precisamente la de prever la derogación de la tan desafortunada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (cfr. Disposición Derogatoria, Proyecto de Código Penal).

Otra novedad importante del Proyecto de Código penal es que incluye toda la materia relativa a las medidas en el Título VI del Libro I. Con ello se sigue manteniendo el sistema dualista, pero se introducen importantes novedades respecto al sistema actualmente vigente. Por lo pronto, y ésta es la

(5) Cfr. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munich 1981, p. 193: "Que la comprobación de la punibilidad solo debe empezar cuando alguien ha actuado, excluye que los únicos presupuestos de la reacción jurídicopenal puedan ser pronósticos de lesiones futuras o diagnósticos de la actual peligrosidad".

(6) Cfr. Muñoz Conde, *op. cit.* (nota 4), pág. 40; Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte General, 8ª ed., Madrid 1981, pág. 926. Sin embargo, un sector de la doctrina española considera que las medidas predelictivas también tienen carácter penal en la medida en que se refieren a un delito, cfr. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona 1977, pág. 25; Cobo-Vives, *Derecho Penal*, Parte General, I, Valencia 1980, pág. 27; Octavio de Toledo, *op. cit.* (nota 1), pág. 49; críticamente sobre esta posición Terradillos, *op. cit.* (nota 3), pág. 133.

novedad más importante, sólo se admiten en el Proyecto las medidas posdelictuales, es decir, aquellas aplicables a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito (art. 131), cuya comisión ha de revelar además la peligrosidad criminal de su autor (art. 131), es decir, la probabilidad de que éste vuelva a cometer en el futuro otros delitos. Además, el art. 133 dispone que estas medidas han de guardar proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer (7).

Sin embargo, a pesar de estas mejoras del sistema actualmente vigente, en el Proyecto se mantienen prácticamente las medidas ya existentes en la Ley de Peligrosidad e incluso algunas de ellas, como las medidas privativas de libertad, sin duda las más graves por su incidencia en la libertad y derechos fundamentales de los afectados, se modifican generalmente para prolongarlas. Así, por ejemplo, el internamiento en centros de rehabilitación social para delincuentes jóvenes y habituales puede llegar a durar hasta diez años y para delincuentes profesionales hasta quince años (art. 135, 4ª y 5ª). El internamiento en centros psiquiátricos y pedagógicos especial durará el tiempo indispensable (art. 135, 1ª y 3ª), que puede ser indefinido. Y el internamiento en centro de deshabitación un tiempo que no podrá exceder de tres años (art. 135, 2ª).

Pero no es eso lo más grave. Lo más grave es y sigue siendo la relación existente entre esas medidas y las penas privativas de libertad. Si la medida pri-

(7) Cfr. Barbero Santos, *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en *La reforma penal* cit. (nota 1); Mir Puig, *El sistema de sanciones*, en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona 1980, págs. 21 y ss.

vativa de libertad puede ser de mayor duración que la pena propiamente dicha, e incluso de duración ilimitada, entonces está claro que el sometido a ellas puede llegar a ser de peor condición que el condenado con una pena. Pero si la medida privativa de libertad puede además imponerse para ser ejecutada una vez cumplida una pena de la misma naturaleza, entonces no sólo se grava más al condenado, sino que se produce una auténtica burla de los principios y garantías del Estado de Derecho.

El Proyecto de 1980 ha pretendido evitar esta absurda paradoja, introduciendo, en materia de ejecución de penas y medidas privativas de libertad, el llamado sistema vicarial, un sistema en el que, en caso de imposición conjunta de ambas sanciones, se ejecuta primero la medida y luego la pena, permitiendo el abono del tiempo de duración de aquella en el de ésta y la suspensión del resto de la pena que quede por cumplir, si con la ejecución de la medida se hubieran conseguido ya las metas resocializadoras (8). Con ello, se llega de hecho, por lo menos en materia de ejecución, a un sistema monista en el que las diferencias entre pena y medidas prácticamente desaparecen. El Proyecto acoge este sistema, aunque de un modo incompleto, para los semiinimputables, es decir, enajenados mentales, sordomudos y alcohólicos o toxicómanos que no hayan sido declarados plenamente incapaces de culpabilidad y a los que por su peligrosidad criminal se les imponga una medida de internamiento junto con la pena (arts. 145, 146 y 147).

Sin embargo, vuelve a acoger el sistema dualista

(8) Cfr. Mir Puig, *op. cit.* (nota 7).

para los delincuentes habituales y profesionales a los que se puede imponer, "como complemento de la pena correspondiente al delito cometido", el internamiento en centro de rehabilitación social por tiempo que no podrá exceder de diez años para los primeros y de quince para los segundos (arts. 150 y 152). En estos casos, la aplicación conjunta de pena y medida, sin ningún tipo de corrección vicarial, se convierte de hecho en una sanción única de privación de libertad, y en una prolongación encubierta de la pena que, en principio, y por imperativo del principio de legalidad, no debe pasar de un máximo fijado legalmente como garantía de seguridad jurídica para el condenado y para la sociedad. El sistema dualista se convierte así, en el pretexto científico para un control social ilimitado de los ciudadanos, o en todo caso superior al que permite el penal tradicional; todo ello en aras de unos intereses oscuros cuya irracionalidad hay que poner de relieve.

Por eso, me parece importante dedicar la segunda parte de mi conferencia a la crítica del sistema dualista y de las bases teóricas en las que se apoya. Para terminar exponiendo cuál es mi opinión sobre el problema.

IV. La crítica al sistema dualista se centra en dos puntos que muestran con gran claridad cuál es la falacia implícita a dicho sistema.

a) Las penas y medidas privativas de libertad, si bien son diferenciables teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenido.

Esta proposición, por discutible que pueda pare-

cer, no es sino el resultado de la simple lectura de preceptos legales concretos que se refieren a la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en el Derecho español.

Dice el art. 25, 2 de la Constitución: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados". Prácticamente lo mismo dice el art. 1 de la Ley General Penitenciaria: "Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad".

Tras leer estas declaraciones legales, uno se pregunta qué sentido puede tener ya la distinción entre pena y medida cuando ambas, en la práctica de su ejecución, tienen asignada la misma finalidad. En el fondo, la equiparación de la finalidad de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad debería conducir a un sistema monista que superase la contradicción teórica entre pena y medida, entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención del delito. Ello sería, por lo demás, perfectamente coherente con un planteamiento funcionalista en el que el efecto de una institución aporta siempre su fundamento (9). Con un planteamiento de este tipo la distinción entre pena y medida carece de sentido, ya que tanto una como otra institución vienen a coincidir en la misma finalidad ejecutiva: la reinserción y readaptación social del delincuente.

(9) Cfr. Fletcher, "Ordinary Language Philosophie" und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik, en *Seminar: Abweichendes Verhalten IV, Kriminalpolitik und Strafrecht*, edit. por Lüderssen y Sack, 1980, pág. 185.

b) Un sistema dualista en el que 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.

La pena adecuada a la culpabilidad puede ser efectivamente insuficiente para cumplir las funciones preventivas, general y especial, que tiene que cumplir el Derecho Penal. Piénsese, por ejemplo, en unos abusos deshonestos cometidos por un psicópata sexual que tiene alterada su capacidad de culpabilidad, pero no hasta el punto de poder ser declarado incapaz de culpabilidad. La pena adecuada a la culpabilidad que conforme al Código Penal vigente podría imponerse en este caso al autor del delito apenas sería la de unos meses de privación de libertad; las necesidades preventivas, tanto de defensa de la sociedad como de la reeducación (si ello fuera posible) del delincuente pueden exigir, por el contrario, la aplicación de una medida de internamiento en algún centro especial para este tipo de delincuentes por un período de tiempo superior al de la duración de la pena; por ejemplo, varios años (10).

La situación no puede ser más paradójica: primero se le dice al delincuente que la pena que se le va a imponer viene limitada por su culpabilidad y que esta pena, entre otros fines, tiene como "fin primor-

(10) Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1982, vol. 1: "La pena adecuada a la culpabilidad por el hecho no siempre puede ajustarse a la misión preventiva del Derecho Penal, pues muchas veces la duración de la pena no es suficiente para garantizar el éxito preventivo. Muchas veces será necesario un tratamiento pedagógico o terapéutico del delincuente, que por su naturaleza no es posible llevarlo a cabo en el establecimiento penitenciario".

dial” su reeducación y reinserción social; luego se le dice que para conseguir esta meta es necesario imponerle, además, una medida muy superior en gravedad y extensión a la pena propiamente dicha.

¿Hasta qué punto no constituye este proceder una infracción y una burla de las garantías juridicopolíticas y de los principios limitadores del poder punitivo estatal característicos de un Derecho Penal liberal, entendido en el mejor sentido de la palabra por von Listz como “la infranqueable barrera de la Política criminal”?

¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y al cambiar el nombre de pena por el de medida no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal?

Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran “fraude de etiquetas”, en el que el Derecho Penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos.

¿Es ésto síntoma inevitable de la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de control social? (11).

Todo parece indicar que así es y que, como dice Stratenwerth, “la derogación del Derecho Penal tra-

(11) Cfr. Foucault, *Vigilar y castigar*, 3ª ed., 1978, págs. 29 ss.

dicional, del Derecho Penal “clásico” parece ser sólo una cuestión de tiempo” (12). Lo que también parece claro es que esta derogación no debería significar necesariamente el sacrificio de las libertades y de las garantías del individuo al poder omnipotente del Estado. Ahí sí que habría que insistir hasta el agotamiento, en lugar de aferrarse tanto en la defensa de unos conceptos incapaces de explicar y cumplir satisfactoriamente esta tarea.

Es, pues, el eterno dilema entre la libertad individual y el poder estatal lo que está en juego en toda esta cuestión. Y está claro que el sistema dualista, tal como se concibe en la actualidad, resuelve este antagonismo descaradamente en favor del poder estatal: legitimando su intervención con el concepto de culpabilidad y permitiendo que esta intervención sea prácticamente ilimitada en el terreno de las medidas.

V. A la vista de las críticas precedentes no puede extrañar que sean muchos los que hoy solicitan el abandono del Derecho Penal de culpabilidad y su sustitución por un Derecho de medidas (13). No creo, sin embargo, que ello sea defendible mientras que en el Derecho vigente sea la pena la principal consecuencia del delito y su imposición requiera en el autor del delito unas facultades psíquicas y un determinado grado de madurez psíquica y física que no se exigen para imponer una medida. Tampoco creo que sea conveniente de *lege ferenda*, mientras

(12) Stratenwerth, *El futuro del principio de culpabilidad*, traducción de Bacigalupo y Zugaldía, Madrid 1980, pág. 84.

(13) Así, por ej., Baumann, *Schuldlose Dogmatik*, en *Seminar* cit. (nota 9), págs. 242 ss., quien habla de un “Derecho de medidas referidas al hecho”.

no se produzcan al mismo tiempo las condiciones y presupuestos que lo hagan posible.

Lo único que pienso se puede hacer para superar la situación actualmente existente, respetando al máximo las paredes maestras del sistema dogmático y del Derecho vigente, es dotar a la culpabilidad de un contenido capaz de incluir en él también las necesidades preventivas (14). En un Estado democrático y social de Derecho el concepto de culpabilidad debe servir para realizar la tarea protectora del individuo y de la sociedad que tiene asignada el Derecho Penal y no para entorpecerla (15).

Para ello habría que empezar por abandonar el concepto tradicional que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que sólo afecta al autor del delito (16). Realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputárse-

(14) Cfr. Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, traducción e introducción de Muñoz Conde, Barcelona 1972, pág. 67.

(15) Cfr. Muñoz Conde, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Cuadernos de Política Criminal, n° 12, 1980, pág. 50 (también como introducción a Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde, Madrid 1981, pág. 27).

(16) Cfr. Muñoz Conde, *El principio de culpabilidad*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela 1975, págs. 219 ss.; sobre esta posición Córdoba Roda, *Culpabilidad y Pena*, Barcelona 1977, págs. 28 y ss.; Bergalli, *La recaída en el delito, modos de reaccionar a ella*, Barcelona 1980, págs. 77 y ss.; Bustos-Hormazábal, *Derecho Penal Latinoamericano*, vol. 1, Buenos Aires 1981, págs. 309 y ss. Cfr. también Muñoz Conde, *Über den materiellen Schuldbegriff*, en *GA* 1978, p. 72 (sobre esta versión alemana cfr. Lenckner, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 20ª ed., Munich 1980, pág. 153; Geddert, *Das Dilemma des Justizsystems*, en *Seminar* cit. (nota 9), pág. 296, nota 74).

la a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es la sociedad, o mejor la correlación de fuerzas sociales existente en un momento determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad (17).

Para ello habría también que superar la tajante separación entre culpabilidad y prevención que, como dice Hassemer, ha sido absolutamente disfuncional para el sistema total del Derecho Penal (18). La relación existente entre culpabilidad y prevención general es evidente. Si en un momento histórico determinado se consideró que el enfermo mental, el menor de edad, o el que actúa en error inevitable de prohibición no eran culpables y, por lo tanto, no debían ser castigados con una pena, ello no se hizo para debilitar la prevención general, sino precisamente por lo contrario: porque el efecto intimatorio general y la fe de los ciudadanos en el Derecho se robustecen al declarar no culpables a unos pocos de los que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando la necesidad de

(17) Cfr. Haffke, en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, tomo III: Strafrecht, edit. por Hassemer y Lüderssen, Munich 1978, pág. 163.

(18) Hassemer, *Strafzumessung, Strafvollzug und die gesamte Strafrechtswissenschaft*, en *Seminar: Abweichendes Verhalten III*, Die gesellschaftliche Reaktion auf kriminalität, tomo 2, Strafprozess und Strafvollzug, edit. por Lüderssen y Sack, 1977, págs. 277 y ss.; Bacigalupo, *Significación y perspectivas de la oposición Derecho Penal-Política Criminal*, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, 1, pág. 16; Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1979, págs. 9 y ss. (que más bien ve esta disfuncionalidad entre prevención general y prevención especial, cfr. también Gómez Benítez, *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudios sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 3 monográfico, Madrid 1980, págs. 130 ss.).

cumplimiento para los demás que son la mayoría que no se encuentra en dicha situación (19). Existen, sin duda, además, otras razones: posibilidad de elaborar el conflicto por otros medios, distinción entre ciudadanos “normales” y “anormales”, etc. Pero, en todo caso, el origen y fundamento de estas causas de exclusión de la culpabilidad es preventivo y ciertamente preventivo general, aunque después, dentro de lo posible y de los límites que permita la prevención general, deban ser tenidas en cuenta las finalidades preventivas especiales (20), es decir, la resocialización o por lo menos la no desocialización del delincuente (21).

Evidentemente no se nos oculta que la finalidad preventiva general puede, en algunos casos, conducir a imponer penas excesivamente duras, a castigar comportamientos meramente inmorales o a rebajar los límites para la exigencia de responsabilidad penal (22).

(19) Cfr. Muñoz Conde, *Culpabilidad y prevención* cit. (nota 15), pág. 51; esta tesis se encuentra ya en Gimbernat (en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid 1981, págs. 105 ss.) y a ella se han adherido Luzón, *op. cit.* (nota 18) (también Luzón, *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 16, 1982, págs. 93 ss.); Mir Puig, *Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito*, en *La reforma del Derecho Penal*, edit. por Mir Puig, Barcelona 1980, págs. 145 ss. También en la más reciente doctrina alemana suele ofrecerse una fundamentación parecida a la pena y al Derecho Penal, cfr. recientemente Streng, *Vergeltung und Generalprävention*, ZStW, tomo 92, 1980, págs. 637 ss.; Schöneborn, *Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips*, ZStW, 92, 1980, págs. 682 ss.

(20) Cfr. Luzón, *op. cit.* (nota 18), págs. 58 ss.

(21) Cfr. Muñoz Conde, *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, en *La Reforma del Derecho Penal* cit. (nota 19), págs. 61 ss.; Muñoz Conde, *Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles*, en *La reforma penal*, edit. por Barbero Santos, Madrid 1982, págs. 101 ss.

(22) La objeción se encuentra en casi todas las críticas que se ha-

Pero entonces lo que hay que hacer es criticar la legislación que permite esos excesos y conducirlos, dentro de lo posible, por la vía dogmática y jurisprudencial, a un correcto entendimiento de la prevención general. En todo caso, lo que me interesa destacar ahora es que el concepto de culpabilidad difícilmente puede limitar esos excesos preventivos generales, porque, como dice Jakobs, “wenn Strafrecht der Prävention wegen betrieben wird, muss (limitierende) Schuld im grossen und ganzen der Prävention entsprechen, oder sie konterkariert die Prävention bis zur Effektlosigkeit, und die ineffektive Strafe ist präventiv sicher nicht mehr indiziert” (23).

Lo que de todos modos hay que rechazar es la pretendida identificación entre prevención general y terror penal (24), porque esa identificación se puede dar también con cualquier otra teoría de la pena y porque, como demuestra la experiencia histórica, no es la prevención general como tal, sino su manipulación en cualquiera de las instancias de con-

cen a la idea de prevención general, cfr. por ej. Maurach, *op. cit.* (nota 2), pág. 77, y más específicamente en varios autores partidarios de una fundamentación retributiva del Derecho Penal, cfr. por ej. Bettiol, *Ottimismo e pesimismo in tema di prevenzione*, *Indice Penale*, 1978, n° 1, pág. 12; Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, cit. (nota 16), pág. 49; Cerezo Mir, *Culpabilidad y pena*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1980, pág. 365; Boix Reig, *Significación jurídico-penal del art. 25, 2 de la Constitución*, en *Estudios Penales*, Valencia 1979, pág. 132. Pero el concepto de prevención general es tan equívoco que apenas se pueden hacer afirmaciones de esta índole sin especificar que se entiende previamente por prevención general, cfr. Zimring-Hawkins, *Deterrence*, Chicago 1973; Hassemer, *Einführung* cit. (nota 5), págs. 285 ss.; también: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Boloña 1980 (con aportaciones de Stella, Andenaes, Naucke, Mantovani, Hassemer y Romano).

(23) Jakobs, *Schuld und Prävention*, en *Recht und Staat*, Heft 452-453, Tubinga 1976, pág. 3.

(24) Cfr. Bettiol, *op. cit.* (nota 22).

trol social lo que puede hacer del Derecho Penal un Derecho de sangre y lágrimas (25).

Desde esta perspectiva, aquí brevemente descrita, el Derecho Penal de culpabilidad no es más que el Derecho Penal retributivo que, ajeno a toda finalidad preventiva, sólo tiene como objeto aparentemente el ejercicio del poder por el poder mismo o la realización de una justicia absoluta en la tierra (26). El Derecho Penal de culpabilidad, concebido en el sentido aquí expuesto, tiene una misión, si se quiere, filosóficamente modesta, pero social y políticamente importante: brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual.

La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general; porque, si se entiende la culpabilidad como aquí lo hacemos, es la pena adecuada a la culpabilidad también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo (27). A partir de ella se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente. En la medida que sean compatibles con las exigencias preventivas generales (28),

(25) Como ha señalado Gimbernat, *op. cit.* (nota 19), las ideas retributivas y el dogma de la libertad de voluntad han estado unidas muchas veces a sistemas autoritarios o fascistas: "Incluso mas que en el Tercer Reich se ha abusado del Derecho Penal en países católicos en los que cualquier duda en la libertad de voluntad se consideraba casi como una herejía".

(26) Cfr. Maurach, *op. cit.* (nota 2), pág. 79.

(27) Cfr. Roxin, *op. cit.* (nota 14).

(28) Cfr. Roxin, *op. cit.* (nota 15). Sobre ello se ha desarrollado una interesante evolución en la moderna ciencia española de la determinación de la pena, cfr. Quintero Olivares, *Determinación de la*

estas necesidades preventivas especiales pueden hacer rebajar la pena hasta límites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma, sustituir un tipo de pena por otro, etc. Todo ello son realidades recogidas en gran parte ya afortunadamente en casi todas las legislaciones penales modernas. Gracias a ellas lo que se consideraba el terrible fantasma del Derecho Penal preventivo, se ha convertido en la mejor garantía de eficacia políticocriminal de las normas penales y de un máximo de libertad individual.

VI. Sin embargo, un Derecho Penal así concebido, cada vez más racional y controlado, no puede gustar a quienes están acostumbrados a utilizar el poder del Estado en su particular beneficio y en la protección de sus intereses. El Derecho Penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías para el individuo, comienza a ser sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales, pero mucho más eficaces en el control de los individuos y, sobre todo, mucho más difíciles de limitar y controlar democráticamente. En esa tendencia se observa un aumento creciente de la importancia de las medidas y se habla incluso de un Derecho de medidas que se rige por unos principios distintos a los del Derecho Penal de culpabilidad. El sistema dualista ha sido la puerta por la que se ha colado esta nueva forma de control social, sin que prác-

pena y política criminal, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 4, 1978, págs. 52 ss.; Luzón, *op. cit.* (nota 18); Bacigalupo, *La individualización de la pena en la reforma penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho* cit. (nota 18), págs. 55 ss.; Gómez Benítez, *op. cit.* (nota 18), págs. 133 ss.; García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*, Barcelona 1982, págs. 115 y ss. En la doctrina italiana cfr. Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padua 1979, pág. 220.

ticamente nadie haya denunciado hasta la fecha con claridad cuáles son los peligros que para la libertad individual se avecinan. El Derecho Penal como instrumento de control social está pasando a un plano secundario, porque las clases dominantes son cada día que pasa más conscientes de que hay otros sistemas más sutiles y más eficaces, pero también menos costosos, de control social, para defender sus intereses y controlar a los que, real o potencialmente, puedan atacarlos. En la medida en que el Derecho Penal de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado y sirve para realizar una finalidad preventiva racional y eficaz desde el punto de vista políticocriminal y jurídicopolítico, se convierte en un obstáculo para esta evolución; en un obstáculo que muchos, consciente o inconscientemente, están ayudando a destruir en aras del "progreso". Entiendo que en tanto no se sepa muy bien a dónde conduce ese progreso, hay que ser muy cautos al admitir cualquier sistema que suponga una merma en las garantías y derechos de los ciudadanos. Por eso, hoy por hoy, el Derecho de medidas sólo puede tener una importancia secundaria en el total sistema sancionatorio (29) y, en todo caso, igual que el Derecho Penal de culpabilidad, debe estar controlado y limitado por unos principios que salvaguarden los derechos individuales en la

(29) Cfr. Hassemer, *op. cit.* (nota 5), pág. 224: "Ante la evolución alcanzada hoy en el sistema de ejecución de las penas y medidas, la gran tarea jurídicoconstitucional y políticocriminal no consiste en reactivar el contraste entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que, por un lado, determinen que se imponga al delincuente una consecuencia jurídicopenal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad y que, por otro lado, garanticen que el delincuente, tanto en el ámbito de las medidas, como en el de las penas, quede protegido en sus derechos ante intervenciones desproporcionadas. *Ante esta tarea la distinción entre penas y medidas es de importancia secundaria*".

misma medida en que lo hacen los principios penales tradicionales. No puedo ahora ocuparme con deteni-miento de desarrollar estos principios, pero creo que basta con los siguientes ejemplos para mostrar cuáles son mis ideas al respecto.

a) En primer lugar, la medida puede ser aplicada como sustitutiva de la pena en aquellos casos en los que el autor del delito es inculpable, pero peligroso. Piénsese, por ejemplo, en un enfermo mental peligroso que intenta matar a alguien y muestra tendencias homicidas evidentes.

Su falta evidente de capacidad de culpabilidad no puede significar su inmediata puesta en libertad y la indefensión de la sociedad ante él (y en la medida que ello pudiera ocurrir estoy seguro que se le declararía culpable sin más ni más). Es necesario que, aparte de la pena, la sociedad disponga de otros medios de control y de aseguramiento, por lo menos en la fase aguda, de estas personas. Este fué, en parte, el origen de las medidas sustitutivas de la pena, ya conocidas en los primeros Códigos penales. La aplicación de la medida se hace indispensable en tanto la pena no pueda cumplir las finalidades preventivas. El internamiento en un centro psiquiátrico puede, en cambio, cumplir estas tareas de defensa de la sociedad y de tratamiento del enfermo peligroso.

Pero esta finalidad preventiva que cumple la medida, igual que la cumple la pena, debe ser limitada de algún modo, pues de lo contrario el afectado por ella, el enfermo mental, sería de peor condición que el cuerdo que comete el mismo delito y al que se le aplica una pena. La medida, como la pena a la que sustituye, tiene que estar limitada de algún modo. Y parece lógico que estos límites deben ser, en principio, los mismos que tiene la pena. Conforme al prin-

cipio de intervención mínima, la medida debe durar el tiempo indispensable para conseguir eliminar la peligrosidad criminal del enfermo mental. Conforme al principio de proporcionalidad, la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sea probable vaya a cometer en el futuro. La referencia a la gravedad del delito cometido y a la de los que sea probable el sujeto pueda cometer en el futuro, medidas por el marco penal que los respectivos delitos tengan asignado, impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que le hubiera correspondido al sujeto caso de ser culpable. Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso, aunque quizás la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos. Pero éste es un riesgo que la sociedad debe asumir, lo mismo que asume diariamente el de la reincidencia de los que, habiendo cumplido su condena en la cárcel, salen en libertad (30). (En parte esta idea ha sido acogida, por lo que se refiere a los semiimputables por enajenación, trastorno mental transitorio o sordomudez (art. 8, 1º y 3º en relación con el art. 9, 1ª), en el Proyecto de reforma parcial de Código penal enviado a las Cortes en marzo de 1982 y que aun se encuentra pendiente de discusión. En efecto, en este Proyecto se añade al art. 9, 1ª un nuevo párrafo en el que se dice que: "En estos casos, si se aplicare la medida de internamiento, se cumplirá siempre antes y su duración, *que no podrá exceder de la pena impuesta*, se computará para el cumplimiento de ésta".

(30) Cfr. Quintero Olivares, *op. cit.* (nota 1), pág. 582.

b) En segundo lugar, la medida excepcionalmente puede ser impuesta juntamente con la pena en aquellos casos en los que junto a la culpabilidad se da también una peligrosidad relevante en el autor del delito, siempre que la forma de ejecución de la pena no pueda cumplir una buena función preventiva. Pero en este caso, además de los principios ya citados, deberá darse preferencia a la ejecución de la medida, abonándose el tiempo de duración de ésta en el tiempo de duración de la pena. Si una vez cumplida la medida se comprueba que las finalidades preventivas, general y especial, se han realizado satisfactoriamente; el resto de la pena que aún quede por cumplir dejará inmediatamente de aplicarse, ya que su aplicación podría poner en peligro esas finalidades preventivas. Este sistema vicarial es, a mi juicio, el único compatible con la finalidad asignada a las penas y medidas privativas de libertad en la Constitución y en la Ley General Penitenciaria. Con ello, la pena adecuada a la culpabilidad constituye el límite máximo de la duración de la privación de libertad, cuya ejecución se unifica. Sólo en algunos casos muy excepcionales de gran peligrosidad comprobada respecto a la probable comisión futura de delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual podría pensarse en rebasar este límite máximo si, a pesar de la ejecución de la pena y la medida, no se ha podido eliminar esta grave peligrosidad. Pero incluso en estos casos (que deberían quedar fijados taxativamente en la ley) se debería imponer un límite máximo de duración del internamiento que no podría ser rebasado. La verdad es que estos casos son casos extremos que muy raramente se dan y que incluso cuando se dan no siempre el mejor tratamiento consiste en una privación de libertad indefinida. El tratamiento de los enfermos mentales, toxicómanos,

etc., no siempre requiere obligatoriamente el internamiento o éste al poco tiempo puede ser sustituido por medidas menos radicales, como el tratamiento ambulatorio, la psicoterapia, etc. En estos casos también se debería recurrir a estas medidas menos radicales. También aquí la sociedad debe asumir unos ciertos riesgos frente a este tipo de delincuentes y no negarles desde el principio y para siempre cualquier posibilidad de volver a la libertad.

Sólo teniendo en cuenta estos principios pueden evitarse los inconvenientes y contradicciones del actual sistema dualista. Por supuesto que ello implica el rechazo de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, que ni siquiera respeta el principio de la previa comisión de un delito como presupuesto de la reacción sancionatoria y que confunde peligrosidad social y peligrosidad criminal. Pero también el rechazo, en esta materia, del Proyecto de Código Penal de 1980, que en el Título VI del Libro I pretende configurar las medidas posdelictuales de acuerdo con los principios del sistema dualista, admitiendo medidas de duración indeterminada y permitiendo la acumulación de pena y medida (31). Todavía estamos a tiempo de prevenir tales aberraciones y de conseguir que el futuro Código Penal traiga un Derecho Penal más justo, eficaz y humanitario que el que tenemos.

(31) Cfr. Barbero Santos, *op. cit.* (nota 7); Mir Puig, *op. cit.* (nota 7).