

AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA*

MARINO BARBERO SANTOS

Há mais de 30 anos, Silvio Ranieri, o último representante de uma das maiores escolas de nossa disciplina, a Escola Positiva, sugeriu-me o seguinte tema para minha tese de Doutorado na Universidade de Bolonha: "Il soggetto attivo del reato" (o sujeito ativo da relação criminal).

A meu juízo, esse não era tema para uma tese de doutorado, por sua excepcional amplitude, desde a perspectiva italiana. Seriam capítulos desse tema: a responsabilidade penal da pessoa jurídica; o tipo de autor; o delinquente por tendência; a personalidade do réu no direito vigente. Por outro lado, o núcleo do tema era integrado pela: imputabilidade; a capacidade para delinquir e a periculosidade.

Pretendi libertar-me do tema pelo motivo exposto e, também, porque deveria redigir a tese em tempo curto e peremptório. Ranieri, entretanto, manteve-se inflexível com o principal argumento, pois com ele obteria uma visão panorâmica da rica teoria italiana do delito, do ponto de vista subjetivo. Hoje, sei que ele tinha razão.

Foi naquelas salas ilustres, que escutaram o grito de Enrico Ferri contra o livre arbítrio como fundamento da responsabilidade penal e sua substituição em prol da periculosidade, que me aproximei de um dos grandes institutos

de nossa disciplina: a periculosidade e, portanto, de sua consequência jurídica: a medida de segurança. Questão que iria ocupar depois grande parte de minhas preocupações como jurista.

Bolonha conferiu-me, faz mais de 3 decênios, em razão de um trabalho de investigação e do resultado de determinadas provas, o último e mais elevado grau acadêmico que uma instituição universitária pode outorgar: o de Doutor, ao qual são inerentes determinados direitos.

Três grandes décadas se passaram desde então e a prestigiosa Universidade do Estado do Rio de Janeiro outorga-me um título ainda mais elevado, o qual não se pode exigir, como o anterior, porque concedido graciosamente. Aquele, e outorgado a quem realiza uma pesquisa. Este, e ofertado como reconhecimento por uma vida dedicada à ciência. Se do primeiro derivam direitos, como já disse, do segundo, decorrem gratos, porém, difíceis deveres. Quão difícil será, no futuro, honrar a tão alta distinção, que, com generosidade extrema, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro — sem que tenha eu méritos bastante — houve por bem conceder-me.

Generosidade que profundamente agradeço ao Magnífico Sr. Reitor, ao Claustro da Universidade, à Faculdade de Direito e a meu ilustre companheiro o Prof. João Marcello de Araujo Junior, a quem tanto admiro como jurista e de cuja amizade me honro, a quem devo

* Texto do discurso de Investidura como Doutor, *honoris causa* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 19.8.93.

acrescentar como um motivo a mais de reconhecimento uma *laudatio* extremamente cordial, na qual muito difficilmente me identifico.

Como expressão de minha gratidão, pensei voltar a tratar, brevemente, neste ato solene, do mesmo tema que, na cidade dos glosadores, ocupou o meditar científico de meus anos juvenis; à luz, agora, da reforma penal espanhola e num momento em que a juventude já me vai ficando distante. Não, entretanto, sem lamentar que, até aqui, o tenha feito em "portunhol" e não em português. De agora para adiante, permitam-me os senhores, falar em espanhol.

Si penas existen en las legislaciones desde que aparece en la Historia de la Humanidad la forma más rudimentaria de Estado, lo mismo ocurre con las medidas de seguridad, aunque sólo desde finales del pasado siglo tuvieran este nombre. Poseen ese carácter algunas formas de mutilación del Código de Hammurabi o de las Leyes de Manú: la *interdictio aquae et ignis* o la *relegatio* romanas; la marca de los Estatutos o Fueros medievales; el internamiento de los locos peligrosos etc.

En la historia de la ciencia penal la peligrosidad cubre una época — con palabras de Aftalión — que todavía no ha periclitado y lo mismo acaece con las medidas de seguridad.

Sin darles este nombre es de justicia reconocer, con Grispigni, que el primer Código que acoge las medidas de seguridad y con gran amplitudes, por iniciativa de Lucchini, el Código italiano de Zanardelli de 1889.

Con esta denominación aparece ya en los Proyectos de Código Penal suizo de Stooss, de 1893, siendo el primer Código innovador el de Noruega, de Getz, de 1902 que las prevé en gran número de arts. 39, 44, 45, 56, 65, 148, 149, 152 y 159.

El 39, que tan elogiado fuera por Prins, tiene este tenor: Si el Tribunal

estima que un reo ha sido absuelto o condenado a una pena atenuada en virtud de los arts. 45 o 56, (el primero se ocupaba de las acciones *liberae in causa* y de los sujetos que se encuentran en estado de inimputabilidad culpablemente y cometen en tal estado un delito; el art. 56 del exceso en la legítima defensa y del arrebato) es peligroso para la seguridad pública a causa de su irresponsabilidad parcial o total, puede ordenar su internamiento en un asilo de enajenados, en un establecimiento de curación o asistencia o en una casa de habituación al trabajo. El Tribunal podía igualmente imponer la pena de destierro o de confinamiento. Impuesta la medida no podía revocarse por las autoridades administrativas salvo si un certificado médico establecía que no era necesaria en lo sucesivo. En el juicio de jurados el Tribunal, para determinar la oportunidad de estas medidas, podía preguntar al jurado si estimaba que el acusado constituía un peligro para la seguridad pública por su irresponsabilidad o por su responsabilidad atenuada. Su respuesta no vinculaba al Tribunal salvo si era favorable al acusado.

Paulatinamente se fué acogiendo el sistema en la mayoría de los países. Es el denominado dualismo o sistema de la doble vía. Su aceptación se verificó de dos formas muy distintas. Bien incluyendo las medidas dentro del Código punitivo (Suiza, en 1937; Italia y Dinamarca, en 1930; Uruguay, en 1933; Polonia, en 1932; Coimbra Rumania, en 1936 etc.), bien mediante la promulgación de leyes especiales que daban entrada a las medidas, reservándose los Códigos para las penas: Bélgica, por medio de su Ley de Defensa social de 1930, en vigor junto al Código de 1864. Alemania por la de 24.11.33 sobre delincuentes habituales.

Esta Ley rompe la doctrina unitaria imperante desde comienzos de la actual centuria y acoge una de las reivindicaciones que los reformadores del Código

penal alemán defendían desde hacia decenas de años y se había concretado en los Proyectos de 1925 y 1927 e, incluso, en el más progresista, de Radbruch, de 1922: se acepta el dualismo de pena y medida de seguridad pero no la sentencia indeterminada, sino la posibilidad de modificar la sanción en el curso de su ejecución, según el modelo de los proyectos suizos.

El § 48 concedía al Tribunal la facultad (en los supuestos en que se imponía una custodia de seguridad junto a la pena privativa de libertad) de sustituir la pena por la custodia, debiendo tener ésta, al menos, la duración de la pena. Y el § 47, en los supuestos de imponer la medida de internamiento en un establecimiento de cura y asistencia junto a la pena privativa de libertad, permitía al Tribunal, en casos excepcionales, ejecutar primero aquella.

La evolución posterior de la legislación alemana al respecto está constituida por el Proyecto de 1962, el Proyecto alternativo de 1966 y 1969 (1 y 2 ed.), la primera ley de reforma de 25.6.69, y la segunda ley de reforma de 4.7.69, que está en vigor desde el 1 de enero de 1975, cuya regulación de penas y medidas de seguridad y corrección ha constituido, con expresión de Jescheck, "el núcleo de la reforma del Derecho penal alemán". "Sistema dualista en su conjunto", según Bockelman, pero no en el detalle de su aplicación, "que es vicarial". La regulación alemana ha ejercido particular influjo en las reformas penales posteriores de numerosos países, también en las españolas.

Brasil, como Vdes. mejor saben, aceptó, en 1940, el sistema *do duplo binario* a través del Código italiano Rocco, en el cual la medida de seguridad se presenta como simple complemento de la pena, que se impone en sentencia condenatoria en la que se aprecia la peligrosidad del delincuente. Con su aplicación, el reo sufre una doble sanción.

La primera consiste en el cumplimiento de una pena. La segunda, en la aplicación de una medida después de finalizar la ejecución de la primera.

Se ha de recordar que o "Anteproyecto Nelson Hungria" repudió "o sistema do duplo binario, isto é, a aplicação sucesiva da pena e medida de segurança, ou viceversa. Ou é aplicada somente a pena ou somente a medida de segurança", de acuerdo con: la advertencia relativa al § 1.º de su art. 39.

La mayoría de los penalistas brasileños elogiaron la innovación que el Anteproyecto Nelson Hungria significaba. Mencionaré, únicamente, a Heleno Claudio Fragoso. Aunque no faltaron detractores, v.g., el Prof. Basileu García en su artículo "As penas e sua aplicação". El propio Nelson Hungria rebatió sus objeciones en su estudio "Resposta as objeções ao Anteproyecto".

El Código Penal de 1969 acogió ya el "sistema de aplicação vicariante". Supuesto en el que la pena conminada puede ser atenuada o sustituida, si se necesita un especial tratamiento curativo, por el internamiento en un establecimiento psiquiátrico anejo al manicomio judicial, o al establecimiento penal o en una sección especial de uno u otro (art. 93). La reforma de la parte general de 1985 estableció la medida de seguridad solamente para los inimputables, superando el sistema del doble binario. El Sistema vicariamente se mantiene solamente para los semi-imputables.

Me complace subrayar que la gran preocupación hoy de mis colegas brasileños es que las medidas de seguridad no atenten contra el Estado de Derecho.

En España, la Ley de Vagos y Maleantes de 4.8.33 y, más tarde, la de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4.8.70 regularon la peligrosidad predeictual — o con sus mismos términos, peligrosidad social — y sus correspondientes medidas, salvo los supuestos de

reincidencia e inidoneidad del medio empleado, inexistencia de objeto etc., y sus correspondientes medidas, que se previeron en los arts. 3 y 9 del CP, pero estos (Códigos de 1932, 1944 y sus sucesivas reformas) se reservan para las penas.

La realidad es, sin embargo, que en el Código Penal, aún hoy, existe algún precepto dedicado a la peligrosidad y a sus efectos, sea de forma explícita o implícita.

De cita explícita valga como ejemplo el art. 67 que tiene este tenor: Los tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiera cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del periodo de tiempo que el mismo tribunal señale, según las circunstancias del caso.

Precepto que ha pasado, incluso, al Proyecto de Código Penal de 23.9.92 con leves modificaciones, salvo la de limitar su aplicación a un máximo de cinco años.

La peligrosidad del sujeto lleva aquí a la imposición de una clara medida de seguridad.

En algún otro precepto la ausencia de peligrosidad conduce — unida a otros factores — a posibilitar la reducción de pena.

Así lo establece el art. 256 en el supuesto de tenencia de armas. Si de los antecedentes del procesado y de las circunstancias del hecho se dedujese la escasa peligrosidad social de aquél, la existencia en contra suya de amenazas graves de agresión ilegítima o la patente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, los tribunales podrán rebajar las penas señaladas en esta sección en uno o dos grados.

De forma implícita son numerosos los preceptos que se refieren a la peligrosidad, a comenzar por el art. 8, ns. 1, 2 y 3.

A las medidas de seguridad, como ya he dicho, se reservó la Ley de Vagos y Maleantes — hoy de Peligrosidad y Rehabilitación Social —, cuyos autores fueron los profs. Ruiz Funes y Jiménez de Asúa. Ley que no gozó de mis simpatías desde los años de investigación en la Universidad de Bolonia sobre el tema.

La crítica principal, que entonces ya hice, fue la posibilidad de declarar un estado peligroso, al que se anudaban muy graves sanciones, sin las garantías inherentes a la previa comisión de un delito; la enorme elasticidad de la norma que a los mismos positivistas italianos les parecía “despreciablesísima cosa”, la excesiva discrecionalidad concedida al juez; el no haber dado el paso de convertir, al menos parte de los supuestos de peligrosidad sin delito, en propia peligrosidad “ex-delicto” a combatir con los procedimientos y garantía de un derecho penal verdadero y propio.

Otro defecto, que vió incluso Jiménez de Asúa, fué el carácter defensivo del orden público que arrastraba la Ley desde su origen, como lo demostraba alguna de las categorías de peligro que incluía (v.g. “aquellos que en cualquier modo perturben con su conducta la paz social o la tranquilidad pública”), del que haría uso con fruición la posterior Dictadura franquista.

Junto a los citados, un defecto sustancial era la carencia de establecimientos adecuados para cumplir la medida decretada.

No puede extrañar, por ello, que ya desde entonces me manifestase contrario a la Ley de Vagos y Maleantes, denominada a partir de 1970 Ley de Peligrosidad Social.

Lejos estaba de imaginar que mi oposición, de carácter doctrinal, contra

esta Ley, podría asumir dos decenios después eficacia práctica.

El 23.10.77, con ocasión de la Clausura en Plasencia del Primer Coloquio Regional Español de la *Association Internationale de Droit Pénal*, el Ministro de Justicia Dr. Landelino Lavilla anunciaba que el primer Gobierno de la España democrática proyectaba llevar a cabo junto a una reforma parcial otra total y profunda de todo el sistema punitivo que habría de tener en cuenta no sólo el nuevo orden político, sino también los avances que ofrecían la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria.

Consecuente con este propósito el Ministro designó, el 25.4.78, una comisión especial para la redacción de un Anteproyecto de Código Penal. Y breves días después, el 12 de mayo, una segunda comisión especial para la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuya presidencia me fue asignada. En las líneas generales de la reforma que un mes más tarde hubimos de presentar al Ministro ya manifestamos que de los tres caminos posibles: a) la reforma de la ley; b) su derogación pura y simple; y c) su posible desaparición en el marco de la gran reforma en preparación del entero sistema punitivo español, la Comisión, en un primer análisis, estimaba más satisfactoria la vía de resolver los problemas que plantea la peligrosidad en el ámbito de la reforma penal y de la protección social. Ya que entendíamos que en el Código penal había de darse regulación apropiada tanto a supuestos de peligrosidad predelictual que parecía necesario mantener — transformados en delicto — para la tutela de valores sociales importantes, como a supuestos de peligrosidad postdelictual.

Asimismo el Código había de dar acogida a medidas previstas en la Ley de Peligrosidad que pueden servir a fines de socialización. La peligrosidad

criminal exige un tratamiento armónico con la culpabilidad, al igual que lo exigen sus consecuencias respectivas: penas y medidas de seguridad. La materia de la peligrosidad — fundamental en el Derecho Penal contemporáneo, por constituir el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad — había de integrarse en el Código Penal. Como consecuencia de ello se abogaba porque el laborar futuro de la Comisión especial sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social se desarrollase en estrecha relación con la encargada de preparar el Anteproyecto de Código Penal. Sugerencia que fue aceptada.

Como consecuencia de ello, en el primitivo borrador del Libro I del Anteproyecto de Código Penal — y luego en el Proyecto de 1980 —, se incluyeron la práctica totalidad de las propuestas hechas por la Comisión que presidí, que han pasado de forma mas o menos completa a los sucesivos borradores, propuestas de Anteproyectos, Proyectos e, incluso, reformas parciales operadas en el Código Penal texto refundido de 1973. Incluido el último Proyecto de 23.9.92, único, por obvias razones, que vamos a pasar a analizar.

Ya en la Exposición de motivos que precede al Texto del Proyecto de 1992, el legislador reconoce que “el cambio más significativo se produce en el sistema de penas y medidas de seguridad”. En lo que a éstas afecta manifiesta “que están diseminadas entre el Código Penal y la Ley de Peligrosidad Social, carecen de una catalogación expresa y cerrada como constitucionalmente sería exigible. Su relación con las penas no está satisfactoriamente resuelta, a excepción de los supuestos de medida de seguridad impuesta en casos de apreciación de la eximente incompleta de enajenación o de alteración de la percepción. En ellas se contempla la renuncia a la pena en función de la eficacia de la medida. Pero en términos generales no se regula”.

Establece, en consecuencia, que la medida de seguridad será exclusivamente postdelictual, se relacionarán de forma cerrada y podrán ser privativas y no privativas de libertad. Se someterán, por entero, al sistema vicarial. La duración de las medidas se limita a la que hubiere tenido la pena si el sujeto hubiese sido declarado plenamente responsable.

Prevé, asimismo, que las medidas de seguridad se fundamenten en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 4.1) y se sometan al principio de legalidad (art. 1.2). No pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 4.2). Se ejecutarán en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal y de la forma prescrita por la Ley y Reglamentos. Su ejecución estará intervenida judicialmente (art. 2). Se impondrán cuando del hecho y de las circunstancias del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 96) y se decretará su cese cuando desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

Se acoge el sistema vicarial como se ha expuesto, estableciendo que en caso de concurrencia de pena y medida de seguridad privativa de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Cumplida la medida de seguridad, el Juez o Tribunal puede suspender el cumplimiento del resto de la pena o aplicar otras medidas no privativas de libertad (art. 98).

El Proyecto de 1992 acepta igualmente nuestra propuesta de imponer una u otra medida de seguridad y de sustituirlas durante la ejecución. Prevé asimismo — en el art. 101 — la medida cautelar de internamiento u otra medida en

sustitución de la prisión provisional. Regula los efectos del quebrantamiento de la medida impuesta. En ejecución de sentencia podrá sustituirse una medida por otra que se estime más adecuada e, incluso, suspender la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido.

Otras sugerencias efectuadas por la Comisión que presidí que se incluyen en el Proyecto de 1992 son: la previsión entre las medidas de centros de deshabitación y del educativo especial, la custodia familiar, la privación del derecho a portar armas (que sustituye equivocadamente por la privación de licencia de armas, menos restrictiva), la asistencia por el Juez de Vigilancia o sus delegados, la determinación circunstanciada de las eventuales medidas a imponer a cada supuesto de estado peligroso, la previsión de la posibilidad de tratamiento ambulatorio.

Ha eliminado, por último, errores que en su momento advertimos. Y así: no impone medidas de seguridad a la tentativa inidónea, ni prevé, entre aquellas, la pérdida de la nacionalidad española o la incautación a favor del Estado de los efectos o instrumentos del delito, que ha pasado a ser "consecuencia accesoria" (art. 132). Al igual que son "consecuencias accesorias" las medidas — ya no de seguridad — susceptibles de ser impuestas a empresas o sociedades.

Prácticamente, la única propuesta importante no acogida ha sido el fijar la mayoría de edad penal a los dieciocho años, ya que lamentablemente se mantiene la de dieciseis.

Algunas críticas pueden hacerse pero por obvias razones de tiempo omito efectuarlas.

Manifestarei, tão-somente, antes de finalizar minha exposição, que entre as disposições derogatórias do Projeto de 1992, se inclui uma que tem o seguinte teor: fica revogada a Lei 16, de 4.8.70,

que dispõe sobre "Periculosidade e Reabilitação Social" com as disposições posteriores e complementares.

No dia em que o Projeto de 1992 se converta em lei — se é que isso um dia ocorrerá — uma das aspirações científicas de minha mocidade terá se convertido em realidade. A nem todo pesquisador é concedido ter semelhante satisfação.

Mas, um cientista pode, realmente, sentir-se, em algum momento, satisfeito? A resposta é negativa, pois ao atingir a meta proposta surgem dificuldades novas e de gravidade não inferior à superada.

O grande risco da supressão das leis de Periculosidade Social está no fato de

os comportamentos ou estados que elas regulavam, cujo conhecimento correspondia aos juízes, passem a ser, logo, objeto de decisão por parte das autoridades administrativas e, que sejam estas, isto é, a polícia, as chamadas a impor sanções de conteúdo material penal — ainda que não formal — e sem as garantias inerentes a toda intervenção judicial.

Evitar isso é uma das mais atraentes tarefas que se apresentam ao penalista no âmbito político criminal. Pena que, ao contrário do que me acontecia nos anos de estudante na Universidade de Bolonha, hoje já não disponho de mais 35 anos para dedicar-me a ela.