

# Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal

Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho

## Wolfgang Frisch

Universidad de Freiburg

### *Abstract*<sup>\*\*\*</sup>

*El trabajo profundiza en el sistema de medidas de seguridad y corrección en Derecho penal, abarcando desde su desarrollo histórico hasta los presupuestos de su legítima imposición en un estado de derecho, pasando por las implicaciones conceptuales y sistemáticas con los conceptos de pena y delito.*

*This paper makes an in-depth analysis of the nature and role of the measures that follow an acquittal by reason of insufficient mental capability, tracking their historical evolution and scrutinizing the question of their legitimacy and limits in democratic states. The conceptual and systematic implications of these measure for the concepts of punishment and crime are also studied.*

*Dieser Beitrag geht auf den Grund der Massregeln der Besserung und Sicherung im Strafrecht und umfasst dabei sowohl ihre geschichtliche Entwicklung und die Voraussetzungen ihrer legitimen Auferlegung in einem Rechtsstaat sowohl die begrifflichen und systematischen Implikationen mit den Begriffen der Strafe und des Verbrechens.*

*Title:* Restrictive measures that follow an acquittal by reason of insufficient mental capability in the system of criminal law legal consequences. Their place in punishment theories, substantive configuration and requirements in a democratic state

Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem

*Keywords:* Restrictive Measures; Punishment; Special Prevention

---

\* *Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem*, publ. en ZStW, t. 102 (1990), pp. 343 ss., traducción de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires).

*Nota del original:* El texto del artículo reproduce el contenido de una conferencia dada por el autor el 14 de septiembre de 1989, en las Jornadas de la Gesellschaft für Rechtsvergleichung (Asociación de Derecho Comparado) en la ciudad de Würzburg. El estilo propio de una conferencia fue mantenido conscientemente en interés de una reproducción inalterada de la ponencia; por ello, diferentes problemas de detalle e ideas marginales relacionados con el tema, así como las respuestas a algunas de las preguntas surgidas en la discusión, han sido incorporados sintéticamente en las notas.

\*\* Profesor de Derecho Penal y Teoría del Derecho de la Universidad de Freiburg i.Br., República Federal de Alemania (al momento de la publicación del original: Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Mannheim).

Quien debe tratar el extenso tema de las “medidas de corrección y seguridad” en una exposición de apenas una hora se enfrenta a una tarea que difícilmente pueda cumplir sin defraudar expectativas. Las cuestiones y problemas básicos y de detalle que se discuten desde hace mucho bajo este título son demasiado numerosos y demasiado complejos, comenzando con sutiles reflexiones de ética jurídica, pasando por los más diversos programas de política criminal, hasta innumerables problemas dogmáticos<sup>1</sup>. En las últimas décadas la discusión ha adquirido nuevas dimensiones por la concreción de postulados constitucionales<sup>2</sup> así como por los resultados de investigaciones empíricas<sup>3</sup>. La presentación general del tema bajo las expresiones que lo concretan en el subtítulo –“clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho”– conlleva, por cierto, alguna limitación de la materia, especialmente en el sentido de una exclusión de los problemas de detalle mencionados. Al mismo tiempo, indica que la exposición no pone el acento en ninguna cuestión empírica, sino que se concentra en fundamentales cuestiones teóricas jurídico-penales, constitucionales y de política criminal. Sin embargo, aun considerando el tema bajo estos aspectos, sigue siendo un campo muy amplio: sin ningún esfuerzo se podría realizar una exposición completa únicamente sobre la relación entre pena y medidas, así como sobre la sustentabilidad ético-jurídica de este instituto o sobre cada uno de los presupuestos materiales centrales de las medidas.

Se entiende que, en esta situación, el expositor debe volver a sentar radicalmente los puntos más importantes –necesariamente en forma subjetiva– incluso dentro de los puntos indicados en el subtítulo. Principalmente la configuración material del Derecho de medidas no puede ser delineada en forma completa, sino que debe limitarse a algunos presupuestos y principios centrales. En esa medida, los “faltantes” han de ser introducidos en la discusión. En estos puntos, antes que pretender un inalcanzable tratamiento completo, tiene mucho más sentido dar

---

<sup>1</sup> Un panorama detallado sobre los problemas fundamentales más importantes del Derecho de medidas alemán contienen las observaciones preliminares al § 61, de HANACK, en el *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10<sup>a</sup> ed., 1985; la multiplicidad de problemas de detalle se refleja en las más de ochocientas páginas del amplio tratamiento de los §§ 61 a 72, StGB, hecho por HANACK y HORSTKOTTE, en el mismo comentario. La extensión de los problemas del Derecho de medidas suizo se ve en el tratamiento de más de doscientas páginas en el manual de STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, 1989. Para el Derecho austríaco, remítase – primeramente– al tratamiento de los §§ 21 a 26, öStGB, de PALLIN, en el *Wiener Kommentar*, 1984.

<sup>2</sup> En el Derecho de medidas resultan de importancia especialmente el deber del Estado de respetar la dignidad del hombre, el principio del Estado de Derecho, la prohibición de exceso y el principio de proporcionalidad en sus diferentes aspectos, así como el principio del estado social. Acerca de la significación de estos principios para el Derecho de medidas, con más detalle, NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*, 1962, p. 98, y STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960, esp. pp. 217 ss.

<sup>3</sup> Han adquirido gran importancia para el desarrollo del Derecho de medidas sobre todo los resultados de las investigaciones sobre la población en custodia de seguridad (véase, así, HELLMER, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung*, 1961; SCHACHERT, *Kriminologische Untersuchungen an entlassenen Sicherungsverwahrten*, 1963, y – como muestra de la derrota – el *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderauschusses für die Strafrechtsreform*, BT-Drucks. V/4094, pp. 18 s.), así como los informes sobre los resultados de medidas orientadas terapéuticamente en la (entonces) ejecución de concepciones de medidas y penas extranjeras y nacionales (tal como el establecimiento danés en Herstedtvestervest, la clínica Van-der-Hoeven en Utrecht, la clínica Maxwell Jones en Londres, etc.); al respecto, véase la reseña en H.KAUFMANN, *Kriminologie III*, 1977, pp. 134 ss., 152 ss. Con respecto a la significación al momento más bien contraria de los resultados de la investigación penitenciaria, cfr. KAISER, *Kriminologie, Lehrbuch*, 2<sup>a</sup> ed., 1988, § 115, n.º m. 30, § 120, n.º m. 16 ss., con otras referencias.

prioridad a la exposición de los temas centrales del Derecho de medidas en una breve muestra del trasfondo y del desarrollo de la concepción sobre medidas, principalmente en el ámbito de habla alemana<sup>4</sup>. Ello no sólo permite conocer mejor que una definición vacía las ideas fundamentales y los aspectos más importantes de la concepción sobre medidas. Resulta recomendable, además, porque pone de manifiesto la relevancia práctica que tiene nuestro tema. Pues el punto final de este desarrollo que constituye la crisis actual de la concepción sobre medidas no surge de la nada. Tiene su motivo esencialmente en objeciones relacionadas con la clasificación teórica de las medidas y que se refieren a su sustentabilidad ético-jurídica y a su configuración en el Estado de Derecho.

## I.

1. El desarrollo del -más reciente<sup>5</sup>- derecho de las medidas está estrechamente vinculado, al menos en el ámbito de habla alemana, a Franz VON LISZT y a Carl STOOSS<sup>6</sup>. El aporte de Franz VON LISZT consiste en la indudable designación del objetivo. El Derecho penal -así VON LISZT ya en el Programa de Marburgo<sup>7</sup>- no tiene la misión de ejercer retribución, sino de prevenir otros hechos del condenado. Para este objetivo, la pena puede resultar fructífera en tres formas: como medio de intimidación, como medio de corrección de los delincuentes no intimidables por ella, pero susceptibles de ser corregidos, y finalmente, como medio de aseguramiento de la comunidad frente a los incorregibles. Ciertamente, la concepción de Franz VON LISZT de orientar completamente ya la pena misma a este objetivo fracasó frente a la resistencia de la Escuela Clásica, para la cual la pena estaba ineludiblemente sujeta a la idea de retribución y a la compensación de la culpabilidad<sup>8</sup>. Pero dado que la exigencia de esforzarse por evitar la

<sup>4</sup> Una exposición detallada acerca del desarrollo de la concepción sobre medidas aun más allá del ámbito de habla alemana está contenida en los tres tomos de la obra publicada por JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, 1983/84, especialmente bajo los puntos mantenidos en todo el trabajo: "Panorama histórico" (I) y "Doble vía" (en general, bajo punto VIII). Véase, además, LANG-HINRICHSSEN, *Das Strafsystem im ausländischen Strafrecht*, 1955, así como, próximamente, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Primera Parte.

<sup>5</sup> Acerca de puntos de partida más antiguos de la concepción sobre medidas (en el sentido, más específicamente, de sanciones ubicadas fuera de la pena), expone HENKEL, *ZStW*, t. 57 (1937/38), pp. 702 ss.

<sup>6</sup> Acerca de las particularidades del Derecho de medidas italiano, con raíces en el pensamiento positivista de GAROFALO Y FERRI, cfr. BOSCH, «Landesbericht Italien», en JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, t. I, 1983, pp. 349 s. El desarrollo en Portugal, España y los países latinoamericanos está influido sobre todo por el positivismo italiano, y no tanto por VON LISZT; cfr. así HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, 1971, pp. 139 ss., 154 ss., 185 ss.; BLAU, *Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Maßregeln im iberamerikanischen Strafrecht*, 1951, pp. 31 ss., 73 ss.; MAURER, «Landesbericht Spanien», en JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, t. I, 1983, pp. 937 s., así como BACIGALUPO, en «Lüttger» (comp.), *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, 1979, pp. 115 ss., 118 s.

<sup>7</sup> Cfr., p. ej., VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, 1905, pp. 126 ss., especialmente, pp. 132, 144 s., 148 ss., 163 ss. (primera publicación en *ZStW*, t. [1883], p. 1); véase, además, ÍDEM, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, 1905, pp. 174 ss., más tarde, p. ej., pp. 309, 393 s.

<sup>8</sup> Cfr., p. ej., la crítica de VON BURI, *ZStW*, t. 4 (1884), pp. 169 ss., BINDING, *Grundriß des Gemeinen Deutschen Strafrechts I*, 5ª. ed., 1897, pp. 145 ss., BIRKMEYER, GA, 1901, pp. 72 y ss; R. SCHMIDT, *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, 1895, pp. 6 y ss, 124 ss. Véase complementariamente FRISCH, *ZStW*, t. 94 (1982), pp. 566 ss.

reincidencia, frente a su creciente y constante aumento<sup>9</sup>, a la mayoría le parecía justificada, en lo fundamental, sólo era necesario mencionar un camino aceptable para realizar el objetivo definido. Le corresponde al penalista zuriqués Carl STOOSS el mérito de haber indicado ese camino. Su Anteproyecto para un Código Penal Suizo de 1893 no sólo prevé como reacción al hecho la pena adecuada al hecho y a la culpabilidad, sino que contiene asimismo la novedad de las así llamadas medidas de seguridad: según ello, los autores inimputables o seminimputables debían poder ser internados, cuando la seguridad pública lo exigiera; los reincidentes múltiples debían ser colocados en custodia –en lugar de ser penados–, cuando el tribunal estuviera convencido de que volverían a reincidir; los delincuentes cuyos delitos se debieran a falta de afección al trabajo o a ebriedad deberían poder ser enviados a una casa de trabajo o a un establecimiento para cura de ebrios<sup>10</sup>. STOOSS veía la característica en común de estas medidas de seguridad, en su decidida orientación a evitar nuevos hechos de la persona individualmente afectada por la medida, y ello por medio de su educación, corrección o –en caso necesario– por medio de la custodia que lo tornara inofensivo<sup>11</sup>. A diferencia de una pena pensada como mal que retribuye el hecho y orientada a la medida de la culpabilidad<sup>12</sup>, en las medidas de seguridad lo que está en el centro no es el hecho, sino el estado del autor, su peligrosidad o necesidad de tratamiento; para ello, “el hecho es” –según STOOSS– “sólo uno de varios síntomas”<sup>13</sup>. Conforme a ello, para la duración de la medida tampoco resulta decisiva la culpabilidad del autor, sino alcanzar el éxito del tratamiento o la desaparición de la peligrosidad.

El curso del tiempo comprueba en forma notable el atractivo y la capacidad de compromiso<sup>14</sup> de esta resolución pragmática de la lucha de escuelas. No sólo los siguientes proyectos suizos, sino también los proyectos para un código alemán y austríaco se apoyan sin lugar a duda específicamente en el terreno de una concepción de medidas preventivas complementarias de la pena<sup>15</sup>. En el año 1933, no justamente el más feliz desde el punto de vista temporal, la concepción

<sup>9</sup> Cfr. sólo las referencias de ese tiempo en FRANZ VON LISZT *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, p. 167; t. II, pp. 241 s., 324, 360 s.; acerca del creciente índice de criminalidad en los menores, t. II, p. 331 ss., 335 s.

<sup>10</sup> Cfr. STOOSS, *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil (ausgearbeitet im Auftrage des Bundesrates)*, 1893, arts. 8 a 11, art. 23 y 40, arts. 24 y 26. Además, preveía algunas otras medidas de seguridad no privativas de libertad (p. ej., prohibición de trabajo y caución), así como medidas de seguridad sobre objetos.

<sup>11</sup> Así, la caracterización teórica en la lección inaugural pronunciada por STOOSS en Viena, en 1896, *SchwZStR*, t. 9 (1896), pp. 269, 270 s.

<sup>12</sup> La vinculación de la pena a la culpabilidad, que no estaba expresamente prevista en el Anteproyecto de Código Penal de 1893, ya se encuentra en el proyecto unificado de 1894 (art. 35); sobre la propia opinión de STOOSS, cfr. *SchwZStR*, t. 9 (1896), pp. 270 s.; *SchwZStR*, t. 18 (1905), pp. 2 s., 5 s.

<sup>13</sup> Cfr. STOOSS, *SchwZStR*, t. 18 (1905), p. 3.

<sup>14</sup> Ciertamente, STOOSS niega que las medidas contuvieran un compromiso, *SchwZStR*, t. 18 (1905), p. 5. Sin embargo, difícilmente se pueda discutir que la inclinación a la solución de las medidas obligó a los representantes de la llamada escuela moderna a renunciar a la imposición de sus concepciones sobre el contenido de la pena (cfr. VON LISZT *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, pp. 101, 122, 129); entre los llamados clásicos, hicieron concesiones al menos aquellos que pretendían erradicar la idea de aseguramiento no sólo de la pena, sino del Derecho penal mismo, tales como R. SCHMIDT *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, 1895, pp. 6 ss., 124 s., 294 s.; WEINZIERL, *ZStW*, t. 17 (1897), p. 863.

<sup>15</sup> Véase al respecto para Alemania con más detalle, EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª. ed., 1965, pp. 394 ss., 405 ss.; para Suiza, SCHULTZ, *ZStW*, t. 81 (1969), pp. 788 y ss; para Austria, EDER-RIEDER, *Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen*, 1985, pp. 2 ss.

halla su concreción en Alemania en la “Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección”<sup>16</sup>; en 1942, en Suiza, al adoptarse el proyecto de ley de 1937<sup>17</sup>; y en 1975, finalmente, en Austria. Correspondientemente, se encuentra hoy por igual en Alemania, Austria y Suiza un Derecho de medidas complementario de la pena, que también coincide en el sentido de que en los tres países se prevén, en el catálogo de medidas, tres medidas privativas de libertad comparables: como medida contra los autores peligrosos inimputables y seminimputables (en Austria, contra los anormales mentales), la internación en un hospital psiquiátrico<sup>18</sup>, contra los autores peligrosos alcohólicos o drogadictos, la internación en un establecimiento de desintoxicación<sup>19</sup>, y frente a los reincidentes múltiples, llamados delincuentes habituales o con tendencia al delito, la internación en custodia de seguridad<sup>20</sup>. Naturalmente existen también notorias diferencias en la comparación de los derechos actuales sobre medidas de estos países entre sí, al igual que en la perspectiva histórica. Así, en el ámbito de las diversas concepciones sobre prevención de delitos, los acentos se desplazaron desde “Seguridad y corrección” hacia “Corrección y seguridad”, es decir, en el sentido de un reforzamiento del predominio de la curación y la corrección<sup>21</sup>. En lo que se refiere al catálogo de medidas preventivas, éste se agota hoy en Austria en las tres medidas privativas de libertad mencionadas, mientras que la República Federal de Alemania y Suiza conocen otras medidas preventivas, tal como en Suiza la remisión a un establecimiento de educación laboral<sup>22</sup>. Finalmente, existen diferencias –en la perspectiva histórica, así como en la comparación entre los países– en lo que se refiere a la forma de ver la relación entre pena y medida: la acumulación de pena y medida, prevista originariamente en Alemania respecto de autores penados y tachada una y otra vez de

<sup>16</sup> A pesar de la irritante coincidencia temporal con el comienzo del régimen nacionalsocialista, la Ley de delincuentes habituales del 24/11/1933 (RGBl. I, p. 995), con la introducción de las diversas medidas penales, no concreta el pensamiento nacionalsocialista; esto lo comprueban las raíces más antiguas de la concepción sobre medidas (esto, en contra de la crítica puramente teórica de FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987, p. 85), al igual que su recepción internacional. El hecho de que alguna configuración particular de la concepción (p. ej., la incorporación de la castración obligatoria en el catálogo de medidas, § 42k) y que la concepción sobre medidas le haya resultado conveniente a los detentadores del poder en el Tercer Reich (así, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 9, n.º m. 18) no altera la corrección fundamental de esta afirmación.

<sup>17</sup> Acerca del trasfondo del retraso de la entrada en vigencia en Suiza, SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 3ª. ed., 1977, pp. 62 s.

<sup>18</sup> § 63, StGB; § 21, öStGB; art. 10, oración 2, y 11, oración 2, en relación con el art. 43, schwStGB.

<sup>19</sup> § 64, StGB; § 22, öStGB; art. 44, schwStGB.

<sup>20</sup> § 66, StGB; § 23, öStGB; art. 42, schwStGB.

<sup>21</sup> En la reforma alemana esto debería quedar claramente expuesto por el adelantamiento de la idea de corrección en el título (cfr. la Fundamentación del P. de 1962, p. 207); pero sobre todo la introducción de la “internación en un establecimiento de terapia social” en el § 65, StGB (si bien en el ínterin ha sido nuevamente suprimido), estaba concebida como el reconocimiento del predominio de la corrección (cfr. Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. V/4095, p. 2). Aun más claramente se expresaba este predominio en el § 70, Alternativ-Entwurf eines StGB (Allg. Teil, 2ª. ed., 1969), según el cual la remisión a un establecimiento de seguridad, en principio, debía ser precedida por la internación en un establecimiento de terapia social.

<sup>22</sup> Cfr. art. 100 bis, SchwStGB (al respecto, en detalle, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 13); en STRATENWERTH, loc. cit., § 14, se encuentra también un panorama sobre otras medidas del Derecho penal suizo.

irracional e injusta, y según la cual la medida era ejecutada a continuación de la pena<sup>23</sup>, ha sido reemplazada tanto en Alemania como en Austria por un punto de vista vicarial, según el cual la medida es ejecutada antes de la pena y la ejecución de la medida es computada a los fines del cumplimiento de la pena (o puede serlo)<sup>24</sup>. Sin embargo, esta posibilidad de suplir y sustituir –a diferencia de lo que sucede en Suiza, y que, en parte, genera fuertes críticas–, no se extiende a la custodia de seguridad<sup>25</sup>.

El desarrollo fuera del ámbito de lengua alemana, que por razones de tiempo sólo puedo delinear brevemente, en una serie de estados fue muy similar<sup>26</sup>. Desde fines del siglo pasado, en la mayoría de los países europeos, pero también en varios países extranjeros fuera del ámbito europeo, especialmente en estados de América Latina<sup>27</sup>, en interés de una lucha más efectiva contra el delito, con mayor o menor amplitud, aparecieron junto a la pena diversas medidas preventivas. Además de las ideas de VON LISZT y del Anteproyecto Suizo, ello se vio impulsado en gran medida por el patrimonio del pensamiento positivista italiano, sobre todo por el proyecto de Enrico FERRI<sup>28</sup>. Ciertamente, aquí se ven aún más diferencias que en la comparación del Derecho penal de los tres países de habla alemana en la extensión del catálogo de medidas y en la realización de la concepción<sup>29</sup>. Más allá de las medidas para inimputables o adictos al alcohol o las drogas, y frente a los grupos de autores reincidentes peligrosos, varios países recurren en lugar de a medidas preventivas (especialmente la custodia de seguridad) a penas determinadas

<sup>23</sup> Así el § 456b, StPO, redacción anterior (derogado por el EGStGB).

<sup>24</sup> Los modelos de regulación han oscilado especialmente en este punto: el Proyecto de 1962 contenía sólo una *facultad* para adelantar la ejecución de la medida y para su cómputo (acerca del trasfondo, cfr. P. de 1962, Begründung, pp. 216 s.); el Proyecto Alternativo –con excepción de la remisión a un establecimiento de seguridad– preveía la ejecución anticipada y el cómputo obligatorios (§ 77, AE); finalmente se convirtió en ley una regulación que declara la ejecución anticipada como regla (§ 67, párr. 1, StGB), pero que admite la ejecución anticipada de la pena “cuando de este modo la finalidad de la medida pueda ser alcanzada con mayor facilidad” (§ 67, párr. 2, StGB). En la propia ley se ha dilatado nuevamente la toma de posición con respecto a la cuestión del cómputo en el sentido de prescindir del cómputo completo previsto originariamente, en favor de un cómputo de “hasta los dos tercios de la pena” (§ 67, párr. 4, 1ª. oración, StGB) y el rechazo completo del cómputo bajo determinados presupuestos (§ 67, párr. 4, 2ª. oración, en relación con el § 67d, párr. 5, 1ª. oración, StGB). Acerca de la problemática de estas modificaciones, véase también *infra*, III, 4, especialmente, notas 166 a 169.

<sup>25</sup> En contra de esta limitación –prevista, por lo demás, también en el § 77 del AE–, p. ej., MANNHEIM, *Deutsche Strafrechtsreform in englischer Sicht*, 1960, p. 28; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4ª. ed.*, 1988, p. 78; JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate, t. III*, 1984, p. 2160; para Austria, p. ej., MOOS, *ÖJZ*, 1980, pp. 170 ss.; KUNST, *ÖJZ*, 1980, p. 317; PALLIN, *Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht*, 1982, n.º m. 165; DEARING, «Landesbericht Österreich», en: JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate, t. I*, pp. 663 s.

<sup>26</sup> Cfr. al respecto el muy instructivo panorama comparativo presentado por JESCHECK, en JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate, t. III*, 1984, pp. 2062 ss. con otras amplias referencias e indicaciones acerca de otras exposiciones en los informes ampliatorios de los países en particular, en el t. I (Europa) y en el t. II (Países no europeos) de la misma obra.

<sup>27</sup> Al respecto, especialmente, BLAU (nota 6); BACIGALUPO (nota 6), pp. 125 ss.

<sup>28</sup> Acerca de la influencia del positivismo italiano, véase especialmente BLAU (nota 6), pp. 31 ss., 46 ss. (respecto de los países iberoamericanos); HÜHNERFELD (nota 6), pp. 139 ss. (Portugal).

<sup>29</sup> Ello, también prescindiendo de algunos catálogos de medidas que en parte resultan exóticos, como, p. ej., en el Código Penal peruano de 1924 (entre otras, la colonia agraria para salvajes, para semi-civilizados, etc.); cfr. el panorama en BLAU (nota 6), p. 103.

en forma correspondientemente prolongada<sup>30</sup>, o –como en el caso de Grecia y Portugal<sup>31</sup>– a penas temporalmente indeterminadas. Además, la relación entre pena y medida de seguridad está configurada de manera diferente: en parte, las medidas son ejecutadas luego de la pena (acumulación)<sup>32</sup>, en parte se reconoce sólo o bien una pena o bien una medida (monismo de disposición)<sup>33</sup>; en parte, se reconoce la pena y la medida, pero ésta, ejecutada antes y computada su ejecución al tiempo de pena, prácticamente la reemplaza (principio vicarial)<sup>34</sup>.

2. Si se mira retrospectivamente el desarrollo y la ampliación de la idea de las medidas preventivas, se tiene la impresión del triunfo imponente de una idea. Y dado que las medidas preventivas aún hoy están reconocidas en el Derecho penal de una serie de estados, pareciera que esta idea en el ínterin también ha pasado la prueba y ha dado muestras de ser imprescindible. Sin embargo, uno no debería dejarse engañar por esta primera impresión. El hecho de que varios estados desde el comienzo se hayan cerrado a la concepción de ciertas medidas ya debería generar dudas con respecto al carácter imprescindible del instituto<sup>35</sup>. Una segunda comprobación resulta más significativa aun, a saber: el hecho de que el Derecho de medidas preventivas resulte indudablemente perturbador también en los países que han admitido este concepto, hasta el punto de que en el ínterin se habla de una crisis de la doble vía<sup>36</sup> y se pregunta con preocupación si es posible rescatar el sistema de medidas del Derecho penal<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> Esto rige hoy especialmente respecto de una serie de países socialistas, como, p. ej., el Código Penal polaco de 1969 (cfr. al respecto, EWA WEIGEND, «Landesbericht Polen», en JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, t. I, 1983, pp. 730 ss., 740 ss., 744 ss.), el Código Penal rumano y el yugoslavo (ZLATARIČ, *ZStW*, t. 82 [1970], pp. 199, 211 ss.), el Derecho penal soviético (cfr. KUDRJAVCEV, i.a., «Das sowjetische Strafrecht», en MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK [comp.], *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, t. 6, 1982, pp. 174 ss., 212 ss., 218 s.); diferente, en cambio, p. ej., el Código Penal húngaro, cfr. al respecto NAGY, *ZStW*, t. 97 (1985), pp. 425 ss.. Véase además a continuación el apartado 2, esp. notas 42 a 45.

<sup>31</sup> Cfr. arts. 83 a 85 (Autor por inclinación) y arts. 86 a 88 (Alcohólicos y drogadictos) del Código Penal portugués de 1983 (al respecto, HÜHNERFELD, *JZ*, 1983, pp. 673 s.), así como el art. 90 del Código Penal de 1950.

<sup>32</sup> Al igual que en el Derecho penal alemán anterior (§ 456b, StPO, anterior redacción); también hoy todavía en esta dirección, p. ej., el Derecho penal italiano (art. 211, del Código Penal italiano; hasta ahora no se ha concretado la posibilidad del principio vicarial prevista en parte en un proyecto de 1973, cfr. al respecto, BOSCH, «Landesbericht Italien», en JESCHECK [nota 30], p. 354), y el Derecho penal español (art. 25, Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social; el proyecto de 1980 –al respecto, MIR PUIG, *ZStW*, t. 93 [1981], pp. 1293 ss., y MUÑOZ CONDE, *GA*, 1984, pp. 218 ss.– abandona esta acumulación). Otros ejemplos en JESCHECK (nota 26), pp. 2068 ss.

<sup>33</sup> Así, p. ej. hasta 1981, el Código Penal sueco (y ello tanto en relación con la internación como respecto del encierro de alcohólicos y enfermos psíquicos; cfr. al respecto SIMSON, *Das schwedische Strafgesetzbuch von 1962*, 1976, pp. 51 s., 71, 76 ss., 79 ss.), así como en el lapso entre 1948 y la Criminal Justice Act de 1967, el Derecho penal inglés (también con relación a la custodia de seguridad; véase al respecto con más detalle HUBER, «Landesbericht England», en JESCHECK [nota 30], p. 202 en relación con p. 192).

<sup>34</sup> Así, p. ej., el Código Penal suizo (ello también en relación con la custodia de seguridad; cfr. arts. 42 a 44, schwStGB; la remisión a establecimiento de educación laboral, por cierto, ocurre en lugar de la condena a una pena; art. 100 bis, schwStGB).

<sup>35</sup> P. ej., los Estados Unidos de América (véase al respecto PLAGEMANN, «Landesbericht USA», en JESCHECK [comp.], *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, t. II, pp. 1683 ss.), Canadá (véase LÜBBE-GOTSCHOL, «Landesbericht Kanada», en JESCHECK, *op. cit.*, pp. 1215 ss.), la Unión Soviética (véase al respecto, KUDRJAVCEV [nota 30]; otros ejemplos en JESCHECK (nota 26), pp. 2074 s.

<sup>36</sup> Cfr., p. ej., JESCHECK, *Allg. Teil*, pp. 77 s., y HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 13 ss.

<sup>37</sup> Tal el título de la contribución de KAISER al *Festschrift für Pallin*, 1989, p. 183.

El primer indicio que da motivo a tal preocupación lo constituye la práctica de la aplicación de las medidas. Aquí se observa, más allá de las fronteras del país, un retroceso continuo, en parte drástico, en la cantidad de disposiciones sobre medidas<sup>38</sup>. Esto ha alcanzado especialmente a la pieza central de la lucha contra la criminalidad reincidente: la custodia de seguridad o las medidas de custodia o internación equivalentes a ella. Así, p. ej., en Austria, la cantidad anual de remisiones bajó de 67 en el año 1976, a 6 en el año 1983<sup>39</sup>; en la República Federal, de 230 en el año 1959, a 39 en 1987<sup>40</sup>; y en Suiza se produjo un desarrollo similar<sup>41</sup>.

No menos preocupante es una segunda señal: la eliminación del concepto de medida que se observa internacionalmente. Al respecto, resulta sintomática la derogación de la custodia de seguridad en Inglaterra, en el año 1967<sup>42</sup>, el abandono de la relegación y de la “tutelle pénale”, en Francia, en los años 1970 y 1981<sup>43</sup>, así como –en cierta medida el punto máximo pero en modo alguno el final– la de la internación en Suecia, también en el año 1981<sup>44</sup>. Paralelamente a la derogación de estas medidas, llama la atención la creación de posibilidades de imposición de penas correspondientemente altas para los reincidentes múltiples<sup>45</sup>, con lo cual en estos países parece haberse impuesto la pena adecuada a la finalidad de VON LISZT, si bien con casi cien años

<sup>38</sup> Sólo resulta diferente el desarrollo (ante el creciente número de drogadependientes) en lo que hace a la internación en establecimientos de desintoxicación. Véase al respecto, para los países de habla alemana, el instructivo panorama de KAISER, *Festschrift für Pallin*, pp. 194 ss. (con acento en Austria); ÍDEM, *Kriminologie. Einführung*, 8ª. ed., 1989, pp. 549 ss. con otras referencias (Alemania); para Suiza, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 10, n.º m. 72, § 11, n.º m. 68, § 12, n.º m. 36; un resumen de los tres países, en KAISER (nota 3), § 116, n.º m. 62 ss.

<sup>39</sup> Cfr. las referencias estadísticas en PALLIN, en *Wiener Kommentar*, § 23, n.º m. 40; material estadístico parcialmente divergente (nivel máximo en 1977 con 47 remisiones) en BURGSTALLER, *ÖJZ*, 1983, pp. 624 ss.

<sup>40</sup> Cfr. la Rechtspflege-Statistik 1959, p. 67 (comp. por Statistischen Bundesamt, serie especial A, serie 9) y la Strafvollzugsstatistik 1987, p. 72 (comp. por Statistischen Bundesamt, serie especial 10 [Administración de justicia], serie 3); acerca del desarrollo en el ámbito de la internación en hospitales psiquiátricos y en establecimientos de desintoxicación, cfr. BAUR, «Anmerkungen zum gegenwärtigen Zustand des Maßregelvollzuges – Größenordnungen, Zuständigkeiten, Organisation, Defizite», en BLAU/KAMMEIER (comp.), *Straftäter in der Psychiatrie*, 1984, pp. 17, 21 s.; KAISER, *Kriminologie, Einführung*, 8ª. ed., 1989, p. 553; ÍDEM (nota 3), § 116, n.º m. 62 ss.

<sup>41</sup> Cfr. HOFMANN, *Die Verwahrung nach Art. 42 StGB, insesondere in der Praxis der Ostschweizer Konkordats-Kantone*, tesis doctoral en Zürich, 1985, pp. 4 ss.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 10, n.º m. 72 (de un promedio de 80 remisiones en los años sesenta, a 12 en el año 1987).

<sup>42</sup> Criminal Justice Act 1967; cfr. al respecto HUBER, «Landesbericht England», en JESCHECK (nota 30), p. 192; acerca de la anterior práctica en materia de custodia de seguridad en Inglaterra, véase GEISLER, *Die Sicherungsverwahrung im englischen und deutschen Strafrecht*, 1967, pp. 116 ss.

<sup>43</sup> Acerca de la relegación y la “tutelle pénale”, más detalladamente, SESSAR, *Die Entwicklung der Freiheitsstrafe im Strafrecht Frankreichs*, 1973, pp. 89 ss., 150 ss.; BERNARDS, «Landesbericht Frankreich», en JESCHECK (nota 30), pp. 270, 290 s.; allí también con relación a la derogación por ley del 2/2/1981.

<sup>44</sup> Cfr. CORNILS, «Landesbericht Schweden», en JESCHECK, (nota 30), pp. 813 ss. (allí también respecto de que la internación ya antes había perdido importancia considerablemente).

<sup>45</sup> Véase, p. ej., para Inglaterra, HUBER, «Landesbericht England», en JESCHECK, (nota 30), pp. 191 s., 204 s.; respecto de Suecia, CORNILS, «Landesbericht Schweden», en JESCHECK, *op. cit.*, p. 815, en relación con pp. 808 ss.; con respecto a la agravación por reincidencia en Francia, BERNARDS, «Landesbericht Frankreich», en JESCHECK, *op. cit.*, pp. 278 s.

de retraso.

El desarrollo precedentemente delineado no viene de la nada. Es la consecuencia de una serie de objeciones a las que el instituto de las medidas estaba expuesto desde sus comienzos y que nunca fue realmente elaborado del todo en forma convincente. Dicho en pocas palabras: el instituto de las medidas fue primeramente elaborado desde un punto de vista puramente utilitarista y con ese fundamento fue incorporado a la ley<sup>46</sup>. Prácticamente no se buscó una justificación ético-jurídica, y otros problemas relativos al Estado de Derecho casi no fueron discutidos<sup>47</sup>. No menos pasados por alto fueron los problemas empíricos, especialmente la cuestión de si los pronósticos exigidos por las medidas pueden ser formulados en forma tal que puedan ser legitimados dentro de un Estado de Derecho<sup>48</sup>. Únicamente encontró cierta consideración la cuestión relativa a la clasificación teórica de las medidas y su distinción de la pena<sup>49</sup>. Es evidente que el instituto de las medidas, frente a esta débil fundamentación, tenía que entrar en dificultades cuanto más se preguntara acerca de la fundamentación ético-jurídica, la relación teórica con la pena y en general sobre la posibilidad de formular pronósticos; y, sobre todo, en tanto aquello que se había propuesto, los éxitos en el ámbito del tratamiento, apareciera como difícilmente alcanzable<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Ni en la fundamentación del Anteproyecto de 1893 ni en las demás manifestaciones de STOOSS se encuentra con relación a los fundamentos más que la referencia a la necesidad del instituto para la evitación de delitos (cfr. al respecto, p. ej., STOOSS, *SchwZStR*, t. 18 [1905], pp. 1 ss.). Un cuadro similar en los proyectos alemanes, en la fundamentación oficial de la Ley de delincuentes habituales de 1933 (*Staatsanzeiger* 1933, n° 277) y los comentarios introductorios en SCHÄFER/WAGNER/SCHAFHEUTLE, *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*, 1934 (cfr. p. ej. pp. 111 ss., 129). Incluso en su amplia elaboración monográfica del instituto, EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, 1914, cree poder fundar las medidas “de una forma totalmente análoga al principio de la economía” (p. 6): “Los principios que se alejan de este fin” no deberían “desempeñar un papel rector”. “Especialmente, no puede pretender vigencia un principio de justicia ‘superior’, en la medida en que no se subordine a la idea de la protección de bienes” (p. 7). Aun menos fundamentación es posible hallar en la por lo demás detallada monografía de FLANDRAK, *Die persönlichen Sicherungsmittel im Strafrecht und im Strafverfahren*, 1932.

<sup>47</sup> Este déficit –a fin de evitar malentendidos– no necesariamente significa que un concepto de medida de seguridad elaborado sobre la base del “beneficio general” deba ser diferente, en los resultados, del que resulte de una justificación ético-jurídica (véase al respecto también nota 125). Pero aun cuando la delimitación resultara similar: la ausencia de una comprobación definitiva de la compatibilidad con principios de justicia dificulta la aceptación del instituto, y de este modo, ¡constituye una razón de la crisis actual!

<sup>48</sup> Las monografías de EXNER (nota 46) y FLANDRAK (nota 46), p. ej., se limitan a la exposición del presupuesto central de la “peligrosidad” a partir de consideraciones puramente conceptuales (grado del peligro; peligro agudo o crónico; véase EXNER, *op. cit.*, pp. 59 ss.); no se pregunta acerca de las posibilidades de comprobación de este requisito, ni siquiera en la investigación de FLANDRAK, dedicada principalmente a las cuestiones procesales.

<sup>49</sup> Cfr. ya la discusión entre HAFTER, *SchwZStR*, t. 17 (1904), p. 211, y STOOSS, *SchwZStR*, t. 18 (1905), p. 1; de la doctrina surgida de la “lucha de escuelas”, cfr. especialmente BIRKMEYER, *Strafe und sichernde Maßnahmen*, 1906; BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908, pp. 114 ss.; NAGLER, *Verbrechensprophylaxe und Strafrecht*, 1911, pp. 216 ss., 226 ss.; de la doctrina sobre Derecho de medidas (más antigua), específicamente, EXNER (nota 46), pp. 203 ss., 226 ss.; FLANDRAK (nota 46), pp. 12 ss.; desde la perspectiva de los proyectos, p. ej., la fundamentación del *Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, 1909, pp. 147 s., 359 ss.; la fundamentación del Proyecto de 1922 (en DEHLER/EB.SCHMIDT [comp.], *Gustav Radbruch Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches*, 1952, p. 59) y al Proyecto de 1927 (en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. IV, p. 43).

<sup>50</sup> Resulta sintomático que el retroceso de las medidas orientadas a la prevención especial en Suecia haya ido de la mano con el enfriamiento de la euforia del tratamiento de los años cincuenta y sesenta (cfr. las referencias

En esa situación, puede parecer conveniente abandonar el bote zozobrado de las medidas, para subirse al barco, listo a zarpar, de la pena adecuada a la finalidad; sin embargo, eso resultaría apresurado. Ello, no sólo porque la eliminación de una u otra objeción habría sido lograda al precio de nuevos puntos débiles. Abandonar la concepción sobre medidas en favor de una pena adecuada a la finalidad resultaría apresurado, sobre todo porque las principales objeciones esgrimidas contra el concepto de medida en verdad no se refieren sólo a él, sino también a toda pena adecuada a una finalidad preventivo-especial. Esto vale para la cuestión de si resulta sostenible, desde el punto de vista ético-jurídico, privar de la libertad a algunas personas en interés de otras, así como para los problemas de pronóstico o las dificultades para determinar, en el proceso, los datos necesarios para los diagnósticos y pronósticos<sup>51</sup>. La crisis de la doble vía, en esta medida, es también la crisis de la prevención especial; sólo que ella alcanza con mayor fuerza al instituto de las medidas preventivas, porque éstas constituyen las representantes más expuestas de la prevención especial<sup>52</sup>. Ya por esta afectación de la prevención individual, el sólo paso a una pena adecuada a la finalidad no resultaría una solución realmente convincente. Lo que hace falta en la situación actual es, antes bien, la elaboración exacta de aquellos problemas de la concepción sobre medidas, tal como la prevención especial, y a los cuales durante décadas se le ha dedicado muy poca atención. Al hacerlo, por cierto, se deben marcar los aspectos principales, separar argumentos aparentes de objeciones serias y desenmascarar falsos planteos irritantes.

## II.

1. Entre las objeciones que menos deben preocupar se ubican aquellas que han recibido mayor tratamiento en la discusión en torno a las medidas: las cuestiones relativas a la relación teórica y la diferenciabilidad entre pena y medida<sup>53</sup>. Las dudas que a este respecto plantean las medidas son conocidas; se discute que ellas resulten distinguibles de la pena<sup>54</sup>: las medidas se vinculan a

---

en CORNILS, «Landesbericht Schweden», en JESCHECK [nota 30], pp. 794 s.); acerca de la correspondiente tendencia general en Escandinavia, en detalle, ANTTILA, *ZStW*, t. 95 (1983), pp. 739 ss.

<sup>51</sup> La respuesta a todas estas cuestiones no resulta más sencilla por la modificación de la forma de realización de la prevención especial (en lugar de a través de la medida, a través de la pena), por lo menos, en lo que hace a las injerencias jurídicas que van más allá de la medida de la pena ya merecida en razón de la culpabilidad; véase, p. ej., H. MAYER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1967, p. 21 (sub 1 b).

<sup>52</sup> En similar sentido, KAISER, *Festschrift für Pallin*, p. 204.

<sup>53</sup> Ellas ocuparon fuertemente la discusión, como un “campo de batalla paralelo” de la lucha de escuelas, principalmente a fines de siglo y en las primeras décadas de este siglo; cfr. p. ej. R. SCHMIDT (nota 8), esp. pp. 290 ss.; BIRKMEYER (nota 49); BELING (nota 49), pp. 114 ss.; NAGLER, (nota 49), pp. 216 ss., 226 ss. Acerca de la cuestión de la diferenciabilidad desde un punto de vista actual, con más detalle, p. ej., JESCHECK, *Allg. Teil*, pp. 74 ss.; HANACK, *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 10, 27; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allg. Teil, vol. I, 7ª. ed.*, 1987, §§ 6, 7; MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, pp. 71 ss.; NOWAKOWSKI, «Vom Schuld- zum Maßnahmenrecht?», en *Kriminologische Gegenwartsfragen*, cuaderno 10, 1972, pp. 1, 4 ss.; ÍDEM, *Festschrift für Broda*, 1976, pp. 193, 197 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allg. Teil, Lehrbuch, 2ª. ed.* 1975, 2/6 ss., 16 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil I, 3a. ed.*, 1981, n.º m. 7 ss., 32 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, 11ª. ed.*, 1969, pp. 238 ss.

<sup>54</sup> Con decisión ya VON LISZT (nota 7), t. II, pp. 122 ss. (valoración del Proyecto de STOOS), también p. 227; asimismo, HAFTER, *SchwZStR*, t. 17 (1904), pp. 211 ss., 231. Más recientemente, p. ej., DREHER, *ZStW*, t. 65 (1953),

un delito igual que las penas, se sirven de los mismos instrumentos que la pena y actúan sobre el autor como un mal, igual que la pena, y, no en último lugar, porque en parte son ejecutadas en establecimientos muy similares<sup>55</sup>. Con una tendencia también en la ejecución de la pena cada vez más orientada a la socialización y al tratamiento, incluso las diferencias reclamadas en esa medida entre pena y medida preventiva habrían quedado suprimidas<sup>56</sup>.

Sobre la base de esta comprobación comparativa se siguen entonces, alternativa o acumulativamente, dos argumentos, a saber: Primero, dado que pena y medida realmente no pueden ser distinguidas, no es necesario el instituto de las medidas; los fines perseguidos a través de ellas pueden ser alcanzados por medio de la pena, y ello constituiría, además, el camino más sencillo y sistemáticamente más correcto<sup>57</sup>. Si los defensores de la idea de las medidas, frente a esta argumentación, replicaran, por su parte, que los fines perseguidos por las medidas no pueden ser alcanzados en forma completa por medio de la pena debido al principio de culpabilidad<sup>58</sup>, entonces, surgiría el peligro de un contrataque por medio del segundo argumento, a saber: que tal vinculación material no podría ser eludida simplemente realizando aquello que no se puede por medio de la pena, por medio de una consecuencia jurídica que no

---

pp. 484 ss.; H. MAYER, *Allg. Teil*, 1967, p. 30; ÍDEM, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962, pp. 153 ss.; EB. SCHMIDT, *ZStW*, t. 64 (1952), pp. 13 s.; ÍDEM, en la 1. *Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission*, cfr. el informe de DREHER, *ZStW*, t. 66 (1954), pp. 572 s., Respecto de opiniones extranjeras cfr., p. ej., las decisiones de 6.º Congreso Internacional de Derecho Penal en Roma, 1953, *ZStW*, t. 66 (1954), p. 31 y el informe de HEINITZ, *ZStW*, t. 66 (1954), pp. 25 s.; MUELLER, *ZStW*, t. 73 (1961), pp. 302 s.

<sup>55</sup> Los primeros puntos de vista (vinculación a un delito; identidad material) fueron destacados especialmente por FRANZ VON LISZT, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 3 (1909/1910), pp. 617 ss., y por DELAQUIS, *ZStW*, t. 32 (1911), pp. 681 ss., que de este modo, si bien adjudicaban a la pena la prevención contra imputables, reconocían ilimitadamente las medidas de seguridad (frente a inimputables; acerca de su tratamiento fuera del Derecho penal, VON LISZT [nota 7], t. II, pp. 499 ss.); al respecto, críticamente, EXNER (nota 46), pp. 233 ss. El segundo punto de vista es destacado por KOHLRAUSCH, *ZStW*, t. 44 (1924), p. 33; EB. SCHMIDT (nota 54) y NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, pp. 199 s.

<sup>56</sup> En detalle, NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, pp. 200 s.; véase también ya EB. SCHMIDT, *Niederschriften über Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. I, 1956, pp. 52 s.; LANGE, *loc. cit.*, p. 60; JESCHECK, *loc. cit.*, p. 61.

<sup>57</sup> En este sentido, ya VON LISZT (nota 7), t. II, pp. 122 ss., 129, en la valoración del Anteproyecto suizo; HAFTER, *SchwZStR*, t. 17 (1904), p. 211; en tiempos más recientes, p. ej., EB. SCHMIDT, *Niederschriften* (nota 56), pp. 52, 66; H. MAYER, *Strafrecht Allg. Teil*, 1953, pp. 39 s.; MUELLER, *ZStW*, t. 73 (1961), p. 305. Naturalmente, la ausencia de diferencias es sólo un segmento de la fundamentación. Otra parte central de la fundamentación es la identidad en el ámbito de los fines desde la perspectiva de la finalidad por lo menos también preventivo-especial de la pena; con la acentuación cada vez más fuerte de la vinculación a la culpabilidad, también se introducen, para la exclusión de supuestas objeciones a partir del principio de culpabilidad, con efecto estabilizante, reflexiones relativas a un concepto de culpabilidad material (culpabilidad por conducción de vida; peligrosidad como factor de la culpabilidad, etc.); cfr. p. ej., EB. SCHMIDT, *Niederschriften* (nota 56), p. 52.

<sup>58</sup> Así, ya en el punto de partida, STOOSS, *SchwZStR*, t. 18 (1905), p. 1, en la discusión con HAFTER; BIRKMEYER (nota 49), pp. 14, 24 ss.; ÍDEM, *GS*, t. 67 (1906), p. 402. En la discusión más antigua, sin embargo, se argumenta mucho menos que hoy a partir de la vinculación de la pena a la culpabilidad (al respecto, con más detalle, *infra*, IV), sino más bien a partir de la contradicción con el concepto de la pena en el sentido de una retribución justa del hecho (del quebrantamiento del Derecho). BIRKMEYER (nota 49), p. 38; e ÍDEM, *GS*, t. 67 (1906), p. 402, remite incluso a la paulatina formación de la opinión de que la pena, como retribución justa, debe ser equivalente a la culpabilidad del autor.

puede ser distinguida de ella, sólo que con otro nombre<sup>59</sup>. El intento de eludir la vinculación de la pena por medio de un cambio de etiqueta sería una evidente “estafa de etiquetas”<sup>60</sup>.

Una toma de posición convincente frente a esta argumentación presupone la aclaración de dos ámbitos de cuestiones. En primer lugar, es necesario aclarar si no existe acaso una distinción nítida, desde el punto de vista de la teoría de las sanciones, entre pena y medida. Y, en segundo lugar, se debe examinar la coherencia interna de la argumentación, es decir, establecer si con la coincidencia entre pena y medida efectivamente los dados caen en favor de la pena, y en su caso, si las restricciones que rigen a su respecto también cierran el acceso a las llamadas medidas.

2. Con relación a la primera cuestión, ya por medio de un *argumentum ad absurdum* puede verse que la mayoría de las identidades esgrimidas en contra de la diferenciabilidad carecen de fuerza convictiva. Naturalmente la pena y las medidas en forma de injerencia sobre la libertad se sirven, en ese punto, de los mismos medios, pero eso también sucede con las medidas de cuarentena o con la prisión coactiva, sin que por ello se pretenda seriamente que ellas no pueden ser distinguidas de la pena. Lo mismo ocurre con el efecto de mal<sup>61</sup>: también la detención con fines coactivos produce el efecto de un mal, e incluso aquí, a diferencia de lo que sucede en las medidas, dicho efecto está concebido en función del objetivo que se pretende alcanzar, y a pesar de ello, no se trata de una pena y la diferencia está fuera de discusión<sup>62</sup>.

No por nada las mencionadas argumentaciones carecen de fuerza convictiva. Ello se debe a que se recurre aquí eclécticamente a puntos de vista que resultan irrelevantes para una distinción racional entre institutos jurídicos<sup>63</sup>, mientras que los criterios que deben orientar diferenciaciones racionales no aparecen siquiera mencionados. En efecto, en un ordenamiento jurídico concebido con carácter instrumental un delineamiento y una distinción racionales de los institutos jurídicos sólo son posibles, preguntándose tanto por la finalidad de esos institutos como por los instrumentos específicos a los que se recurre para alcanzar la finalidad propuesta<sup>64</sup>. La relevancia de estos criterios se deriva, al mismo tiempo, del hecho de que ellos también interesan bajo el aspecto de la justificación del instituto respectivo, y ello tanto en los fundamentos como en la

---

<sup>59</sup> En este sentido, la fundamentación del Anteproyecto de Código Penal alemán de 1909, pp. 361 ss.; asimismo, H. MAYER, *Allg. Teil*, 1967, p. 185; véase además KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1985, p. 81 y las referencias *infra* nota 92.

<sup>60</sup> La expresión proviene de SCHWANDER, y fue citada por primera vez por KOHLRAUSCH, *ZStW*, t. 44 (1924), p. 33; desde un punto de vista actual, HANACK, *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 17.

<sup>61</sup> Que tal efecto es propio de las medidas de seguridad, por lo demás, tampoco fue cuestionado nunca por los sostenedores de una separación (cfr. p. ej. STOOSS, *SchwZStR*, t. 18 [1905], p. 6; BIRKMEYER [nota 49], p. 15); el mero efecto de mal –¡con razón!–, nunca fue visto por ellos como un criterio decisivo respecto de la pena.

<sup>62</sup> Lo cual significa, al mismo tiempo, que la producción intencionada de un mal aún no alcanza para caracterizar la esencia de la pena, sino que, en todo caso, hace a un aspecto parcial de la delimitación completa; cfr. el texto siguiente. Tampoco la vinculación de una injerencia jurídica a un delito es suficiente para caracterizar la esencia de la pena; cfr. ya EXNER (nota 46), p. 236.

<sup>63</sup> Similar, en parte, ya EXNER (nota 46), pp. 234 ss.; especialmente con relación a la vinculación de pena y medida a los mismos presupuestos (véase *supra*, nota 55).

<sup>64</sup> En este punto, los “instrumentos” en modo alguno deben ser entendidos sólo en un sentido externo naturalista (ej. injerencia en la libertad), sino incorporando los contenidos materiales específicos vinculados con ciertas disposiciones.

medida. Si a partir de estos aspectos decisivos surgen diferencias, las demás coincidencias son irrelevantes, porque ellas resultan contingentes desde el punto de vista normativo.

Si se examina el instituto de las medidas con este parámetro, rápidamente se advierte que sus criterios decisivos no dejan nada que desear en claridad. La finalidad del instituto es la de evitar delitos que amenazan ser cometidos por una persona en el futuro –comprobado esto, entre otras cosas, por el hecho cometido–; no se persiguen otras finalidades, como, p. ej., el efecto sobre la generalidad, la recomposición de la paz jurídica o la compensación de la culpabilidad<sup>65</sup>. Ese objetivo ha de ser alcanzado quitándole al autor la base de acción para la comisión de delitos, por medio de la privación u otra restricción de la libertad<sup>66</sup>, o –nuevamente en el marco de una privación o restricción de la libertad– curando la enfermedad que origina la peligrosidad del autor, o superando sus déficit<sup>67</sup>. La privación de libertad, por lo tanto, sólo resulta funcional como eliminación de la base de acción o como base para la realización de la curación, no como un mal intencionado<sup>68</sup>. Del mismo modo, con el ordenamiento de la medida, totalmente dirigida hacia el futuro, un reproche o censura –lo cual, bajo ciertas circunstancias, no sería posible ya por razones personales<sup>69</sup>–, tampoco se formula<sup>70</sup>.

Resulta difícil negar que, con esta concepción, las medidas desde siempre se han diferenciado claramente de la pena, y continúan haciéndolo hoy. Por cierto, actualmente, en el nivel de los fines perseguidos por la pena ya no es posible, si es que lo fue alguna vez, limitarse simplemente

<sup>65</sup> Opinión totalmente dominante; cfr. p. ej., HANACK, *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 20, 27; probablemente sólo sostiene una opinión divergente, más recientemente, ALBRECHT, *Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten*, 1981, p. 25; en contra de él, con razón, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 9, n.º m. 14 s. Correspondientemente, estos puntos de vista no juegan ningún papel tampoco en la mensuración de las medidas, p. ej., respecto de su duración. Una cuestión totalmente distinta es la de si el ordenamiento y la ejecución de medidas no pueden también tener esos efectos.; ya el concepto mismo del principio vicarial entre pena y medida se apoya en tales efectos (en parte ya en la ordenación, en parte en la ejecución), y que fueron aceptados, o incluso, resaltados, desde un comienzo, por los distintos sostenedores de la idea de las medidas (cfr. p. ej., STOOSS, *SchwZStR*, t. 18 [1905], p. 6; EXNER [nota 46], pp. 210 ss.). Por cierto, en tales razonamientos se incurre en una simplificación: en realidad, lo que tiene ciertos efectos no es la medida (como un instituto definido por su finalidad e instrumentos), sino la privación de libertad a la que también recurre como instrumento la medida.

<sup>66</sup> Tal como el control de conducta, la privación de ciertos segmentos de libertad, etc.

<sup>67</sup> Acerca de estas vías de la prevención especial, con más detalle, ya EXNER (nota 46), pp. 68 ss.; desde el punto de vista actual, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil, vol. II*, 7ª. ed., 1989, § 67, n.º m. 11.

<sup>68</sup> Así, en el contenido, ya STOOSS (cfr. sólo las contraposiciones en *SchwZStR*, t. 9 [1896] y *SchwZStR*, t. 18 [1905], p. 6); muy claro BIRKMEYER (nota 49), pp. 15, 39, con otras referencias; EXNER (nota 46), p. 229; de la doctrina actual, p. ej., SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil, Lehrbuch*, 2/19; NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, pp. 199 s.

<sup>69</sup> Tal el caso de los inimputables (respecto de los cuales también los sostenedores de la pena adecuada a la finalidad y los estados que renuncian a las medidas respecto de autores punibles reconocen la necesidad de medidas de seguridad, si bien en parte ubicadas fuera de la competencia de la justicia penal).

<sup>70</sup> Cfr. ya EXNER (nota 46), p. 229; actualmente, p. ej., SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil, Lehrbuch* 2/19. Por cierto, sería ir demasiado lejos hablar en este contexto de medidas “éticamente incoloras” (así EXNER, *op. cit.*; también, p. ej., RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, t. I, 2ª. ed., 1954, pp. 4 s.). Pues la medida presupone tanto en el pasado como en el futuro conducta socialmente disvaliosa, y sólo puede ser justificada como medida dirigida contra conducta socialmente disvaliosa (grave) (correcto NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, pp. 197 s.).

a las ideas de retribución, de expiación, de compensación de culpabilidad o de prevención general, y de este modo afirmar que aquí se trata de objetivos totalmente diferentes a los de las medidas, solamente dirigidas a la prevención especial<sup>71</sup>. Hoy los objetivos de prevención especial también son perseguidos con la pena, al menos dentro de ciertos límites y en determinados planos<sup>72</sup>; esto también lo demuestran las reglas de determinación de la pena, que también recogen aspectos de prevención especial<sup>73</sup>, así como la orientación de la ejecución de la pena, al igual que ciertos sucedáneos ambulantes de la pena, dirigidos a la socialización y tratamiento del autor<sup>74</sup>. De todos modos, también después de esta relativización de la ley quedan diferencias significativas: mientras que las medidas únicamente persiguen fines de prevención especial y toman este concepto en forma irrestricta<sup>75</sup>, respecto de la pena la prevención especial constituye sólo uno de varios objetivos, y por cierto, uno que ni siquiera es siempre significativo<sup>76</sup>.

Más allá del plano de la finalidad, también existen diferencias en el ámbito de aquello que son las penas y las medidas desde el punto de vista de su naturaleza<sup>77</sup>, aun cuando en ambos casos se trata de una injerencia, p. ej., en la libertad. Ciertamente, la antigua caracterización de la pena

<sup>71</sup> En realidad, la supresión de la prevención especial de la pena ha estado lejos, probablemente, incluso de la mayoría de los llamados clásicos, y ello ya en vista de la larga tradición que han tenido las ideas de prevención especial en la historia del desarrollo de la pena (cfr. al respecto sólo VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, 1882, p. 202 ss.; BINDING, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 8ª. ed., 1913, pp. 219 ss.; EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª. ed., 1965, pp. 225 ss., véase también ya pp. 166 ss.). Así, p. ej., BIRKMEYER (nota 49), pp. 18 ss., también ve claramente a la pena como un instrumento para la prevención especial racional del delito. Sólo que tales objetivos de prevención especial no debían reprimir la retribución a ser concretada con la pena: no ellos, sino la idea de retribución debería influir sobre la medida de la pena. La opinión de muchos otros es muy similar.

<sup>72</sup> Acerca de la necesidad de discutir sobre los fines a perseguir con la pena no en forma global, sino con referencia a los distintos niveles de realización de la pena, cfr., p. ej., ROXIN, *JuS*, 1966, pp. 377, 381 ss.

<sup>73</sup> Cfr. para Alemania, p. ej., el § 46, párr. 1, 2ª. oración, StGB: "Deberán considerarse los efectos de la pena para la vida futura del autor en la sociedad". Véase también los preceptos que acentúan los aspectos de prevención especial en la decisión sobre la elección de la clase de pena (§ 47, StGB). En detalle, acerca de la importancia de la prevención especial en el ámbito de la determinación de la pena (respecto de Alemania), BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, 2ª.ed., 1985, pp. 94 ss.; FRISCH, *ZStW*, t. 99 (1987), pp. 369 ss.; MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, pp. 71 ss.; PALLIN, *Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht*, 1982, n.º m. 92 ss. (respecto de Austria); STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 7, n.º m. 59 ss. (respecto de Suiza).

<sup>74</sup> Destacado con razón por NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, pp. 200 s., como una relativización de la contraposición entre pena y medida.

<sup>75</sup> Por cierto, dentro de los límites de la posible legitimación de la idea de medida; cfr. también *infra*, III.

<sup>76</sup> Así, cuando no existen particulares necesidades de prevención especial y no se advierte tampoco que una pena adecuada a la medida de la culpabilidad pudiera resultar dañina. (Naturalmente, se podría decir que aquí la finalidad de prevención especial de la pena ha sido considerada, sólo que, en concreto, no ha conducido a ninguna modificación.)

<sup>77</sup> La distinción entre la esencia y la finalidad se corresponde especialmente con la pena en su consideración tradicional; cfr. p. ej. BIRKMEYER (nota 49), p. 9, con referencias detalladas acerca de la tradición más antigua de esta diferenciación; más recientemente, JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 57 ss.; JAKOBS, *Strafrecht Allg. Teil*, 1983, 1/1 ss., 4 ss., 17 ss. Por cierto, se encuentran además también inclusiones de la finalidad en la esencia (cfr., p. ej. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, pp. 81 ss.), y tampoco existe coincidencia alguna acerca de si algo caracteriza la esencia o ha de ser ubicado en el plano de la finalidad. En este sentido, es característica la retribución, adjudicada en parte a la esencia y, en parte, a la finalidad de pena.

como un mal intencionado parece haberse tornado frágil actualmente, y ello, debido no en último término a la pretensión pertinaz de socializar al autor, y ya no parece servir como delimitación frente a las medidas, entendidas como un mal no intencionado, que lo es, a lo sumo, por reflejo<sup>78</sup>. Pues si la ejecución de la pena es puesta al servicio del tratamiento del autor: ¿puede entonces esta etapa de la realización de la pena, al mismo tiempo, continuar siendo designada como un mal intencionado<sup>79</sup>? Y si se responde negativamente: ¿no queda fuera, entonces, también la imposición intencionada de aquello que permite esta calificación?

Sin embargo, con independencia de la fuerza de esta objeción<sup>80</sup> todavía hoy es posible continuar sosteniendo una diferencia esencial entre pena y medida de seguridad. Al menos en el ámbito de habla alemana, la pena es considerada expresión de un juicio de disvalor frente al autor a causa de su hecho<sup>81</sup> (por ello su imposición presupone reprochabilidad –es decir, culpabilidad– y su medida se orienta a la medida de la culpabilidad). No es posible examinar aquí si esta caracterización resulta adecuada<sup>82</sup>, ni la problemática de su dependencia o independencia del libre albedrío del individuo<sup>83</sup>. Desde el punto de vista analítico, único posible aquí, es suficiente comprobar de que pena y medidas también se diferencian más allá del plano de la finalidad, en la medida en que se mantenga esta calificación de la pena<sup>84</sup>. Pues aun cuando la medida pueda

<sup>78</sup> Cfr. p. ej. la crítica de NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, pp. 17 s.; SCHULTZ, *ZStW*, t. 67 (1955), p. 305. Por cierto, por algunos también se dice que ella nunca ha estado en situación de describir la esencia, porque en realidad contiene un ataque a la “totalidad de la teoría de la pena”; cfr. p. ej., MÜLLER-DIETZ, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, 1968, pp. 79 s. Esto no puede ser tratado aquí.

<sup>79</sup> Cfr. también NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, p. 200, quien habla, en este contexto, de una “estafa de etiquetas al revés”; atenuado pero similar, R. SCHMITT, *Festschrift für Würtemberger*, 1977, pp. 279 s.

<sup>80</sup> En realidad, las objeciones indicadas en el texto y en la nota 78 en contra de la caracterización de la pena, según su esencia, como un mal intencionado, carecen de fuerza. La finalidad perseguida, de demostrar la vigencia real de la norma luego de producido su quebrantamiento, ya de antemano, sólo puede ser cumplida por una consecuencia jurídica expresada con relación al autor, si ella no constituye un acto de bondad o neutral, sino la devolución de un mal: sólo ello, sin considerar la disposición que se produce sobre el autor, como consecuencia jurídica del hecho, puede demostrar la real vigencia de la norma, no un acto de bondad o carente de significación. Por ello, tienen razón al mantener este criterio, p. ej., JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 58, y SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil, Lehrbuch*, 2/7; asimismo, recientemente, KINDHÄUSER, *GA*, 1989, p. 493; desde la perspectiva de la reacción por medio del mal como elemento procesal en la realización del bien, KÖHLER (nota 59), pp. 15 ss., 26 ss., 38 s. Al respecto, en breve, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, 3ª. parte.

<sup>81</sup> Cfr. la jurisprudencia –en esa medida, uniforme–, p. ej., en BGHSt, t. 5, p. 32; t. 11, pp. 263, 266 (GSSt); BVerfGE, t. 22, p. 79; t. 25, p. 286; t. 27, p. 29; t. 43, p. 105. En la doctrina, p. ej., BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht, Allg. Teil*, 4ª. ed., 1987, p. 2; GERMANN, *SchwZStR*, t. 73 (1958), p. 72; JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 58; KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB*, 43a. ed., 1961, observación preliminar II 2 c, al § 13; MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, 1973, p. 33; NOLL (nota 78), pp. 18 s., con otras referencias; respecto de Austria, p. ej., GRAßBERGER, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1956, pp. 285 s.; ÍDEM, *ÖJZ*, 1961, pp. 169 ss.; RITTLER (nota 70), pp. 4 s. Ya en VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, 1882, pp. 311 ss., se encuentra la calificación de la pena como desaprobación ético-social; véase también LAMMASCH, *ZStW*, t. 9 (1989), p. 424; R. Schmidt (nota 8), p. 50.

<sup>82</sup> Es puesta en duda, p. ej., por ROXIN, *ZStW*, t. 81 (1969), pp. 636 s., y por ELLSCHIED/HASSEMER, «Strafe ohne Vorwurf», en CIVITAS, *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, t. IX, 1970, pp. 27 ss., 39, 48.

<sup>83</sup> Al respecto véase NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, pp. 198 s.

<sup>84</sup> En cambio, me parece dudoso que sea posible mencionar diferencias más allá del plano de la finalidad, si se renuncia tanto al factor del mal como al reproche ético-social. La caracterización sólo según el principio limitante (la pena, como sanción preventiva caracterizada por el principio de culpabilidad; la medida, como caracterizada

contener juicios de disvalor –sobre las características del autor, el disvalor del hecho<sup>85</sup>–, en ella no se formula un reproche por el hecho cometido, sino que se toma en cuenta un estado de peligrosidad.

La presentación esquemática del concepto de pena y de medida deja en claro que las diferencias entre ambos institutos han disminuido. Pero esto no se relaciona con deficiencias conceptuales de las medidas, sino con una constante modificación de la pena en dirección a un acogimiento (limitado) de las ideas de la prevención especial y al empaldecimiento de un elemento tradicionalmente vinculado a la definición de la pena<sup>86</sup>. El concepto de medida sigue siendo tan claro como siempre y puede diferenciarse del de la pena tanto en el nivel de la finalidad como en el de su naturaleza. Esto valdría incluso si la pena se abriera en forma irrestricta a la prevención especial; pues aun en ese caso la diferencia seguiría estando en que los demás objetivos decisivos para la pena carecen de significación para la medida de seguridad, y éstos, por lo tanto, tampoco podrían llegar a actuar<sup>87</sup>. Sí es correcto en todo caso que, en esta situación, quizá ya no se necesitaría más de las medidas.

3. Por cierto, ya esto deja en claro que el planteo de la cuestión relativa a la diferenciabilidad entre pena y medida con el objetivo de desacreditarlas es un planteo errado. La única pregunta correcta es la de si el concepto de prevención especial, que hasta ahora se le atribuye a la pena sólo en parte, no *debería* ser incluido en forma irrestricta en el instituto de la pena. Esto no tiene nada que ver con la clasificación teórica y la diferenciabilidad de los institutos, sino que se refiere a un problema completamente diferente: la cuestión de la forma de concreción adecuada de la prevención especial –en forma irrestricta–. Prácticamente hasta el momento no se ha advertido que aquí surge un problema independiente, cuya solución exige una serie de consideraciones cuidadosas. Sobre todo, es especialmente superficial aquella argumentación que cree poder

---

por el principio de proporcionalidad; así ROXIN, *ZStW*, t. 81 [1969], p. 637), por ello, resulta poco satisfactoria como afirmación acerca de la esencia de la sanción, pues por razones lógico-materiales ya menciona sólo un fenómeno secundario: que la pena (por lo demás, ¡más allá del principio de proporcionalidad!) esté vinculada al principio de culpabilidad no viene de la nada, sino que ello debe tener un fundamento que reside en la esencia de la pena (tal el carácter de reproche, que presupone reprochabilidad, etc.). Entonces, éste caracteriza la esencia de la pena, ¡y no el principio limitante que rige por esa razón!

<sup>85</sup> Esto es destacado con razón por NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, pp. 197 s. (con lo cual, también es incorrecta la calificación de las medidas como “éticamente incoloras”; cfr. *supra*, nota 70).

<sup>86</sup> Esto es, el elemento “mal”: éste se hacía visible en forma de penas corporales, pero también en la configuración de la privación de la libertad en los antiguos derechos penales, y evidentemente también en la relación con una mera privación de libertad (como la que se encuentra en las medidas). En cambio, si el mal de la pena es visto únicamente en la privación de la libertad (ver referencias *infra*, nota 161), entonces, desaparece la diferencia en la configuración externa (y resulta ocioso, y en cierta medida, irrazonable, por estar ya programado, quejarse entonces de la falta de diferencias). Si bien aun en esa situación subsiste una diferencia, porque la privación de libertad (u otra restricción de derechos), es impuesta conceptualmente, funcionalmente, como un mal (demostración de la vigencia del ordenamiento jurídico por medio de un acto simbólico que se produce a costa del autor, y comprueba la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico; similar, JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/2), véase ya *supra*, nota 80. Al respecto, en breve, con más detalle, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Tercera Parte.

<sup>87</sup> Acerca del abandono de estos aspectos en la discusión en torno a la apertura preventivo-especial de la pena y la diferenciabilidad de penas y medidas ya resulta convincente Exner (nota 46), p. 233.

deducir, a partir de los contenidos de prevención especial que ya tiene la pena sin más, la capacidad total del concepto de prevención especial<sup>88</sup>. En cambio, una solución convincente del problema debe preguntarse, primeramente, si el traslado de toda la carga de la prevención especial a la pena no fracasa ya por determinadas características esenciales de este instituto, de lo cual derivan los límites de lo que él puede abarcar<sup>89</sup>. Con independencia de esto, queda por reflexionar acerca de si la realización en el marco de las medidas no tiene ventajas que se perderían con la solución a través de la pena<sup>90</sup>.

De este modo, en forma sintética, han quedado planteadas las cuestiones verdaderamente decisivas. En contra de su exposición tampoco puede decirse, p. ej., que si la prevención especial no puede ser alcanzada en forma completa debido a ciertos límites derivados de la pena, ellos tampoco podrían ser eludidos recurriendo a una medida<sup>91</sup>. Quien argumenta de ese modo, incurre en una falacia. Tal argumentación sólo sería correcta si la completa realización de los fines de prevención especial resultara objetable, con fundamento en la imposibilidad de legitimar el concepto. Si desde esta perspectiva no hubiera objeciones, si la ausencia de la posibilidad de realización en la pena, antes bien, sólo se relacionara con características esenciales y límites específicos de la pena, entonces, a partir de allí no se deriva en forma clara ninguna objeción en contra de medidas autónomas que vayan más allá de ella<sup>92</sup>.

Sobre el final volveremos a la cuestión de la adecuación, ya señalada como decisiva<sup>93</sup>. Antes de tratar la forma adecuada de realización del concepto de prevención especial resulta aconsejable echar una mirada a la posibilidad de legitimar este concepto desde el punto de vista ético-jurídico y del Estado de Derecho, y ello, por cierto, ya porque carece de sentido discutir sobre cuestiones de forma si ya el concepto material no fuera sostenible.

### III.

1. En el ámbito de lengua alemana puede ser considerada una opinión firme que la injerencia sobre potenciales autores para evitar hechos que amenacen de ellos requiere una justificación ético-jurídica y constitucional, que no queda satisfecha con la sola invocación de la utilidad<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> Lo mismo rige en relación con las argumentaciones que remiten –si bien con razón– a la completa indiferenciabilidad en la ejecución de la pena (tal como EB. SCHMIDT, *Niederschriften* [nota 56], pp. 52 s.).

<sup>89</sup> Como, p. ej., el carácter de reproche de la pena, la vinculación a la culpabilidad, etc.; al respecto, más detalladamente, *infra*, IV.

<sup>90</sup> P. ej., mayores garantías propias del Estado de Derecho, etc.; véase *infra*, IV.

<sup>91</sup> Cfr., p. ej., la argumentación en la fundamentación del Anteproyecto de Código Penal alemán, 1909, pp. 360 ss.

<sup>92</sup> Para este caso, entonces, también resulta problemática la forma atenuada del argumento criticado: las medidas “eluden” la vinculación o la protección del principio de culpabilidad (así, p. ej. HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 14; véase también JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 78; STRATENWERTH, *Allg. Teil I*, n.º m. 32 s.). Pues mal se puede decir que se elude esa sujeción, si la sujeción sólo se funda en particularidades del otro instituto.

<sup>93</sup> Véase *infra*, IV.

<sup>94</sup> En tiempos recientes han hecho referencia a la necesidad de una fundamentación no puramente basada en la utilidad, sino de una fundada sobre la base de principios éticos y jurídicos –siguiendo la línea de las

Correspondientemente, se han realizado numerosos intentos por presentar los fundamentos de las medidas preventivas. Esfuerzos de esta clase son bienvenidos e imprescindibles. Pero no se debe perder de vista que los intentos de justificación que se encuentran, en parte, están afectados por las mismas falencias, o bien resultan altamente problemáticos, con lo cual existe el peligro de que el esfuerzo de fundamentación, en lugar de ser alcanzado, quede puesto en duda.

a) En primer lugar, no pueden dejar de advertirse ciertas falencias metodológicas y de perspectiva. La discusión sobre la justificación se limita casi exclusivamente a la cuestión de la legitimación de las medidas, cuando en realidad lo que está en tela de juicio es el concepto de prevención especial; para la justificación resulta totalmente irrelevante la cuestión de si los recortes a la libertad motivados en la prevención especial se realizan bajo el manto de la pena o de las medidas diferentes de la pena<sup>95</sup>. Pero también dentro de las medidas, el interés se concentra demasiado rápido en la custodia de seguridad, quizá porque se cree que las medidas curativas y de protección pueden ser justificadas ya por la finalidad perseguida o por su tendencia<sup>96</sup>. De este modo, teniendo en cuenta los modestos resultados de la investigación de los tratamientos, no sólo se programan flancos de ataque<sup>97</sup>, sino que, fundamentalmente, se pierde de vista que el concepto básico y la columna vertebral a ser justificada aquí es únicamente la prevención, y que la curación y la corrección coactivas en modo alguno pueden ser justificadas por sí mismas<sup>98</sup>.

Pero también desde una perspectiva material, la mayoría de los puntos de partida no resultan convincentes. Así, la tan citada frase según la cual aquel que –como persona sometida a la

---

observaciones ya de R. SCHMIDT, *Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung*, 1912, pp. 152 ss., fundamentalmente H. MAYER, *Allg. Teil*, 1953, pp. 37 ss., y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 3ª. ed., 1954, pp. 175 s. (véase también, ÍDEM, *Niederschriften* [nota 56], p. 60). De la doctrina alemana actual, cfr., p. ej., FRISCH, *ZStW*, t. 94 (1982), pp. 591 ss.; HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 28 ss.; HEINITZ, *Die Individualisierung von Strafen und Maßnahmen*, 1960, pp. 22 ss.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 2/54 ss.; JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 77; ÍDEM, *Festschrift für Heinitz*, 1972, pp. 733 ss.; LECKNER, «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit», en GÖPPINGER/WITTER (comp.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, t. I, 1972, pp. 26 s.; NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*, 1963, pp. 98 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil, Lehrbuch*, 21/8; STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960, pp. 217 ss.; respecto de Suiza, STRATENWERTH, *SchwZStR*, t. 105 (1988), pp. 105 ss., e ÍDEM, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 9, n.º m. 2 ss.

<sup>95</sup> STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 9, n.º m. 3 ss. (en relación con el § 1, n.º m. 69 ss.) ve con claridad que en realidad se trata de la justificación de la actividad estatal en general, adecuada a fines, por lo tanto, aquí, de la actividad preventivo-especial en particular.

<sup>96</sup> En esta medida, resulta sintomática la argumentación de H. MAYER, *Allg. Teil*, 1953, pp. 37, 39, 40, 389; ÍDEM, *Allg. Teil*, 1967, pp. 29 s.; también HALL, *ZStW*, t. 70 (1958), p. 54; similar, probablemente, también JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 77. Aparentemente, también esta argumentación subyace a la afirmación de medidas sólo tutelares en una serie de países socialistas; cfr. p. ej., SOLNAF, en *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padua, 1962, p. 130.

<sup>97</sup> Al menos, en en tanto se trate de medidas curativas o de corrección; es diferente en el caso de la custodia tutelar, respecto de la cual desde la perspectiva de su justificación aparecen los mismos problemas que en la custodia de seguridad.

<sup>98</sup> Correcto HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 25; STREE (nota 94), p. 224; complementariamente, nota 116. Con mayor razón, tampoco se trataría de una función del Derecho penal cuando esa curación o corrección coactivas se producen con independencia de delitos que amenazan cometerse o de hechos antijurídicos en el sentido del Derecho penal.

medida- no posee libertad interna, no puede pretender libertad externa<sup>99</sup>, resulta de escasa ayuda ya porque con ella difícilmente se puedan justificar medidas (pero tampoco penas fundadas sólo en la prevención especial) frente a personas plenamente responsables, en tanto -en el marco de la pena- al mismo tiempo se parte de la responsabilidad de estas personas<sup>100</sup>. Tampoco aquí resulta una justificación suficiente de las concepciones de prevención especial la tan mentada vinculación a la comunidad de la libertad<sup>101</sup>. De ella sólo se sigue que el autor, con ese delito que lesiona la vinculación a la comunidad, ya no se mueve en el ámbito de la libertad que le corresponde; para fundamentar que, en caso de la amenaza de tales lesiones, también debe tolerar la pérdida de la libertad indudablemente vinculada a la comunidad, se requeriría un principio normativo que posibilitara esto<sup>102</sup>. La pérdida citada aquí hasta ahora<sup>103</sup>, si bien sería un tal principio, la idea de que el delincuente y los autores potenciales en cierta medida ya han perdido sus libertades antes de la injerencia<sup>104</sup> no resulta convincente<sup>105</sup>. Ya desde el punto de partida, antes bien, sólo resulta adecuado el esfuerzo de constatar una facultad de injerencia estatal partiendo de un derecho del autor a la libertad, que sigue existiendo, como lo hacen, sobre todo, los intentos de justificar el Derecho de medidas que recurren a los derechos tradicionales a producir injerencias, por medio de las nociones de la legítima defensa<sup>106</sup> y del estado de necesidad<sup>107</sup>. Sin embargo, ellas tampoco resultan totalmente convincentes: invocar la legítima defensa resulta problemático ya por el hecho de que un delito que se espera que alguna vez se

<sup>99</sup> En este sentido, especialmente BOCKELMANN, *Niederschriften* (nota 56), p. 56; WELZEL, *Niederschriften* (nota 56), p. 60 e ÍDEM, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª. ed., 1969, p. 245.

<sup>100</sup> Ello es correctamente destacado por JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/54; STRATENWERTH, *Allg. Teil I*, 1ª. ed., 1970, n.º m. 39 y HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 31. Por ello, KÖHLER (nota 59), p. 81, califica a la doble vía como el “colmo de la contradicción”. Con razón destaca STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 9, n.º m. 13, que, por lo demás, también falta toda posibilidad de determinar si alguien, “como consecuencia de falencias congénitas, vicios y hábitos ya no está en poder” de su libertad interna. Teniendo en cuenta la vinculación de los derechos a la libertad ya con el ser humano (por eso, con razón, NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*, pp. 107 ss., con otras referencias), esta tesis ni siquiera es correcta respecto de enfermos mentales (¡piénsese, p. ej., en los enfermos mentales no peligrosos!).

<sup>101</sup> A ella remite en este contexto STREE (nota 94), p. 222; concordantemente, JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 77.

<sup>102</sup> Para tal fundamentación normativa, a este respecto, no basta afirmar que es “necesario” adelantarse al perturbador (así STREE [nota 94], p. 222) (aun cuando la necesidad sea un presupuesto mínimo de la justificación).

<sup>103</sup> Así, p. ej., en relación con la justificación del decomiso (ya también como medida de seguridad), ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, 1969, pp. 170 ss., 186 s., 249 s.; véase también, más general, JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 77.

<sup>104</sup> Así, ESER (nota 103), pp. 187 s.: “libre de injerencia”.

<sup>105</sup> Ello, no sólo porque la Constitución autoriza una verdadera pérdida de ciertos derechos fundamentales sólo en marcos muy estrechos (cfr. art. 18, GG) y la libertad general ambulatoria no es presentada como un derecho que pueda perderse. La idea de la pérdida, además, es incompleta y va demasiado lejos, porque no dice nada acerca de los límites de la justificación.

<sup>106</sup> Así, SAX, «Grundsätze der Strafrechtspflege», en BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHNEIDER (comp.), *Die Grundrechte*, t. III/2, 2ª. ed., 1972, pp. 960 ss., 963, 965; aparentemente en el mismo sentido, HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 29; similar KAISER (nota 3), § 116, n.º m. 54.

<sup>107</sup> Sobre la base de la justificación por estado de necesidad se mueve el intento de fundamentación, hasta el momento prácticamente no tomado en cuenta, de EB. SCHMIDT, *ZStW*, t. 69 (1957), pp. 359, 357 s., según el cual las medidas se justifican con la teoría de la finalidad reclamada en parte como trasfondo del estado de necesidad; véase también KÖHLER (nota 59), p. 81.

produzca y una agresión actual son cosas bien diferentes<sup>108</sup>; a ambos intentos de fundamentación se le puede formular por igual la objeción metodológica de que resulta inadecuado e incompleto pretender extraer la legitimación y los límites de la legitimación del actuar estatal a partir de derechos de necesidad privados, en lugar de hacerlo a partir de los principios que legitiman el actuar de la autoridad<sup>109</sup>. El principio del interés preponderante<sup>110</sup>, mencionado también en parte en este contexto, por cierto, también constituye un principio semejante, pero, como se demostrará, él constituye sólo un segmento de la justificación<sup>111</sup>.

b) En efecto, el punto de partida para justificar restricciones a la libertad motivadas en razones de prevención especial –sólo<sup>112</sup>– lo constituye el deber de protección elemental del Estado<sup>113</sup>, en parte expresamente reconocido constitucionalmente como función estatal de protección. La acentuación de este punto de partida, que quizá pueda parecer obvio, es importante por dos razones. En primer lugar, porque para el Estado, al menos cuando se presenta con el ejercicio del poder soberano, no resulta suficiente que su actividad sólo esté al servicio de intereses percibidos como valiosos o preponderantes; además, debe moverse, en caso necesario, con el ejercicio de la fuerza soberana, dentro del ámbito de sus funciones correspondientes<sup>114</sup>, y este es el caso de la

<sup>108</sup> Correcto NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*, pp. 108 s. y JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/54.

<sup>109</sup> En principio, en este sentido, también JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/54. La objeción decae, por cierto, si como base de justificación no se toma la causa de justificación delineada para los particulares, sino que se hace referencia al principio que le subyace (y que dado el caso, también resulta relevante para el actuar estatal; así, posiblemente, EB. SCHMIDT). Entonces rige lo que se dirá enseguida respecto del principio del interés preponderante.

<sup>110</sup> Cfr., p. ej., § 2, párr. 2, AE; en detalle, en este sentido, especialmente NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*; p. 103 ss.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I*, 1982, § 2, n.º m. 32; ÍDEM, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 9, n.º m. 20.

<sup>111</sup> En especial, en él está ausente la percepción de que el Estado tiene deberes ineludibles frente a los intereses en conflicto.

<sup>112</sup> El aprovechamiento preventivo-especial de privaciones de libertad que no deben ser fundamentadas exclusivamente desde la perspectiva preventivo-especial, sino que están legitimadas en otro fundamento jurídico, en particular, como penas adecuadas al hecho culpable, no ofrece dificultades especiales; esto rige por lo menos para las ofertas de prevención especial. Cfr., al respecto, ya FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983, p. 81 s., 102 s.; ampliamente coincidente, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 9, n.º m. 16 ss., 41 s.

<sup>113</sup> Acerca de este deber básicamente desde la perspectiva del Derecho político (con referencias al desarrollo histórico), G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª. ed., 1921, pp. 256 ss.; E. VON HIPPEL, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª. ed., 1967, p. 243; HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, pp. 110 ss. Acerca del deber estatal de protección según el Derecho constitucional vigente, p. ej., B. BARSCHHEL, *Theoretische Möglichkeiten und Grenzen der Strafrechtspolitik einer politischen Partei*, tesis doctoral en Kiel, 1970, pp. 74 ss., 78 ss., 86 ss.; BRUGGER, *NJW*, 1989, pp. 2433 s.; BULL, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2ª. ed., 1977, p. 326 s.; BUSCHLINGER, *DÖV*, 1965, pp. 376 s.; DÜRIG, en MANZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, 1987, art. 2, párr. 2, n.º m. 22; HAMANN/LENZ, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3ª. ed., 1970, art. 1, nota 5B; HENKE, *DVBl*, 1964, pp. 654 s.; HERZOG, *JR*, 1969, pp. 441, 444 s.; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 119 s.; KRÜGER, *NJW*, 1973, pp. 1, 3 s.; MÜLLER-DIETZ, *Festschrift für Dreher*, 1977, pp. 97, 107 ss.; SCHÜSSLER, *NJW*, 1965, pp. 1898 s. De la jurisprudencia, cfr., especialmente, la sentencia sobre aborto en BVerfGE, t. 39, p. 1, esp. pp. 44 ss. En algunas constituciones regionales la correspondiente función de protección incluso está prevista expresamente, cfr. p. ej. art. 99 de la Constitución bávara del 2 de diciembre de 1946 y art. 1, párr. 2, 2ª. oración de la Constitución de Baden-Württemberg del 19/11/1953.

<sup>114</sup> Cfr. especialmente BULL (nota 113), *pássim*; además, especialmente G. JELLINEK (nota 113), pp. 230 ss., 239 y ss.

protección frente a daños en los bienes<sup>115</sup>, y no el de la protección y la curación por sí mismas<sup>116</sup>. Por otro lado, también es importante destacar este deber, porque ello deja en claro que el Estado no estaría cumpliendo con su función si renunciara completamente a concepciones de prevención especial<sup>117</sup>.

Por cierto, el Estado no tiene sólo la función de proteger frente a futuros menoscabos a bienes jurídicos. A él también le corresponde el deber de respetar los derechos del individuo, también los del potencial autor<sup>118</sup>. Ambos deberes, por principio, deben ser satisfechos por igual. La injerencia sobre los derechos del potencial autor, motivada en la prevención especial, en tanto significa dejar de lado parcialmente la pretensión de respeto, de antemano sólo puede ser justificada en tanto ella resulte imprescindible<sup>119</sup>. En tanto y en cuanto los deberes de protección también puedan ser satisfechos sin restricciones a la libertad motivadas en razones de prevención especial, ellas no pueden ser legitimadas; así, cuando ya es suficiente con determinadas ofertas estatales<sup>120</sup>, cuando la prevención del delito puede ser lograda sin la pérdida adicional de la libertad en el marco de restricciones de derechos con otro fundamento<sup>121</sup> o cuando, en todo caso, resultan suficientes restricciones menores<sup>122</sup>.

El hecho de que los deberes mencionados estén en conflicto, que no sea posible renunciar a injerencias jurídicas motivadas en la prevención especial, es, por cierto, una condición necesaria

246 ss., 250 ss.; HERZOG (nota 113), p. 105 ss.; correspondientemente, desde la perspectiva de los fines del Estado, BRUGGER, *NJW*, 1989, pp. 2429 s.

<sup>115</sup> Él corporiza justamente el núcleo del deber de protección estatal (al respecto, *supra*, nota 113).

<sup>116</sup> Cfr., p. ej., BVerfGE, t. 22, p. 180, pp. 218 s.: "El Estado, sin embargo, no tiene la función de 'corregir' a sus ciudadanos, y por ello, tampoco tiene el derecho de privarlos de su libertad sólo para 'corregirlos', sin que ellos constituyan un peligro para sí mismos (o para los demás) si permanecen en libertad". En el mismo sentido, BVerfGE, t. 30, p. 47, pp. 53 ss.; t. 58, p. 208, pp. 224 ss.; véase también BULL (nota 113), p. 320 s.; GRUNAU, *DRiZ*, 1971, p. 220; HAFFKE, *MschKrim.*, 1975, p. 246; VON MÜNCH, en VON MÜNCH (comp.), *Grundgesetz-Kommentar*, t. I, 3ª. ed., 1985, art. 2, n.º m. 56; PREISER, *ZStW*, t. 80 (1968), pp. 586 y ss, y, en el sentido de una valoración para la justificación de las medidas, HANACK, *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 25. Con prescindencia de esto, cabe señalar sólo complementariamente aquí que la mera curación también cae fuera del estricto ámbito de funciones del Derecho *penal*.

<sup>117</sup> Justamente este aspecto no aparece suficientemente considerado en casi ninguno de los puntos de partida para la fundamentación: generan la impresión de que querer actuar quedara sujeto al libre arbitrio del Estado.

<sup>118</sup> Este deber es sólo la contracara lógico-jurídica de la pretensión de la persona; acerca del deber correspondiente del Estado, cfr., p. ej., DÜRIG, en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, 1958, art. 1, n.º m. 100 ss., 107; MAUZ, *loc. cit.*, 1980, art. 6, n.º m. 17.

<sup>119</sup> En el mismo sentido, el tema de la necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal con relación a la admisibilidad de restricciones a derechos fundamentales; cfr., p. ej., BVerfGE, t. 7, pp. 377 s., 406 s.; t. 13, pp. 97 ss.; t. 106, p. 113; t. 30, pp. 292, 316 s.; t. 32, pp. 1, 34. Con relación a la justificación de la pena, p. ej., ROXIN, *JuS*, 1966, p. 382.

<sup>120</sup> Tal como la oferta terapéutica junto a una pena ejecutada condicionalmente o incluso, iniciativas propias que prometen resultados. (Ellas obligan, por lo menos, desde el punto de vista de la prevención especial, a renunciar a la ejecución de la medida; otra cuestión –relevante, p. ej., en el marco del § 35 de la Ley de Estupefacientes– es en qué medida, teniendo en cuenta que tales actividades de prevención especial aparecen como suficientes, es también posible renunciar a necesidades de prevención general.)

<sup>121</sup> Especialmente de la pena; acerca de las concreciones, *infra*, 4.

<sup>122</sup> En el sentido de una concreción, *infra*, 4.

pero no suficiente para la legitimación. Se debe poder demostrar que resolver la colisión en perjuicio de la libertad es una solución adecuada del conflicto. Según principios ético-valorativos generales y reglas consagradas constitucional y legalmente, ello sólo será así, básicamente, si el cumplimiento del deber de protección al costo de la libertad constituye la decisión en favor del interés o del valor preponderante<sup>123</sup>.

Con estas consideraciones han quedado establecidos los lineamientos básicos de una justificación para las restricciones de derechos motivadas en razones de prevención especial. Por cierto, los esfuerzos en pos de la legitimación y fijación de los límites de la posibilidad de legitimar las injerencias de prevención especial no pueden terminar aquí. Las condiciones mencionadas requieren ser concretadas<sup>124</sup>. Además, ciertos presupuestos de la concepción, tales como, especialmente, los “hechos que se esperan del autor”, decididamente deben ser concebidos de tal forma que ellos puedan constituir una base para sostener injerencias a la libertad, conforme al Estado de Derecho. En este punto reside una de las falencias decisivas de la teoría y dogmática actuales de las medidas, y quizá una de las razones más importantes para la limitada aceptación del concepto de medidas preventivas: su legitimación ético-jurídica y desde el punto de vista del Estado de Derecho tiene el carácter de un preámbulo cuyos lineamientos se terminan de repente. En las opiniones particulares sobre los presupuestos para su ordenamiento y su duración se siguen encontrando los mismos contenidos que formuló EXNER en 1914, para una teoría de las medidas elaborada desde una perspectiva utilitarista<sup>125</sup>.

2. Un ejemplo de esto es la conformación del núcleo general de toda concepción de prevención especial: el presupuesto de que son de esperar delitos de aquel a quien se le restringe la libertad<sup>126</sup>. Generalmente, esto es interpretado en el sentido de la probabilidad de delitos futuros<sup>127</sup>. En la fundamentación se hace referencia a los límites del conocimiento humano: nadie

<sup>123</sup> Acerca de la coincidencia con principios ético-valorativos generales, cfr., p. ej., N. HARTMANN, *Ethik*, 2<sup>a</sup>. ed., 1935, pp. 267 ss., 349 ss., 353, 512 ss., 524; SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4<sup>a</sup>. ed., 1954, pp. 107 ss., 125 y ss; H. REINER, *Der Grund der sittlichen Bindung und das sittlich Gute*, 1932, *pássim*; acerca de la garantía y control constitucionales, véase BVerfGE, t. 16, pp. 194, 202; t. 17, pp. 108, 117; t. 70, pp. 297, 311 ss.; t. 76, pp. 1, 51; como ejemplo más claro del reconocimiento legal simple, § 34, StGB.

<sup>124</sup> Véase al respecto especialmente puntos 4 y 5.

<sup>125</sup> ¡Compárese los conceptos angulares de EXNER, elaborados en la línea de un análisis de costo-beneficio, con los sistemas actuales de medidas, a los que se les antepone decididamente un intento de justificación! Por cierto, una razón para ciertas similitudes también reside en que un concepto de utilidad elaborado sobre la base de ciertos datos valorativos se aproxima mucho en algunas cuestiones particulares, en las consecuencias prácticas, a lo que resulta de una concreción del punto de partida de justificación decisivo (p. ej., por la proximidad entre el “mayor beneficio” y el “mayor valor”, etc.). De todos modos, sigue habiendo diferencias; así, en la cuestión ya tratada del presupuesto personal para la injerencia.

<sup>126</sup> Las formulaciones oscilan; en el sentido del texto, p. ej., § 63, StGB. En parte se habla también del “peligro” de que el autor –como consecuencia de una determinada tendencia– cometa delitos o hechos antijurídicos graves (§§ 64, 66, StGB; art. 43, 44, schwStGB); en Derecho penal austríaco depende de si “es de temer que (el autor)... cometa... una acción conminada con pena” (§§ 21, 22, öStGB).

<sup>127</sup> Cfr. ya EXNER (nota 46), pp. 59 ss.; más modernamente, p. ej., BRUNS, *JZ*, 1958, pp. 647, 652; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 44<sup>a</sup>. ed., 1988, § 63, n.º m. 7, § 64, n.º m. 6, § 66, n.º m.15; HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 45; LACKNER, *StGB*, 18<sup>a</sup>. ed., 1989, § 61, nota 4<sup>a</sup>, § 63, nota 2 c aa; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 23<sup>a</sup>. ed., 1988, observación preliminar al § 61, n.º m. 9, § 63, n.º m.14, § 66, n.º m. 35 s.;

puede hacer afirmaciones seguras sobre la conducta humana futura; por lo tanto, si es que las inferencias de prevención especial no deben ser totalmente imposibles, debería ser suficiente –se dice– una cierta probabilidad<sup>128</sup>. Cuál es la probabilidad que se exige, a pesar de que permanentemente se habla de grados de probabilidad, no queda expresado más que con conceptos como “cierta”, “determinada” o, dado el caso, una probabilidad “alta”<sup>129</sup>; en lugar de ello, se aclara que el grado de probabilidad exigido es diferente según la clase de medida o la calidad de los hechos amenazantes<sup>130</sup>. Como instrumento para determinar el sustrato así descrito se recomienda la intuición judicial, así como también los resultados de la investigación sobre pronósticos, sobre todo, los resultados de las tablas estadísticas de pronóstico<sup>131</sup>.

No es de sorprender que un instituto respecto del cual los presupuestos centrales para su ordenación están definidos de este modo no cuente con el aprecio del aplicador del derecho consciente de su responsabilidad. Las afirmaciones mencionadas, por su excesiva vaguedad, resultan insoportables ya desde el aspecto formal de la determinación y el aseguramiento de una aplicación uniforme del derecho<sup>132</sup>. Ellas resultan aun más objetables desde el punto de vista material. Con relación a esto, es irrelevante si se entienden las probabilidades y el grado de probabilidad en el sentido de una definición estadística<sup>133</sup> o si, para afirmar la probabilidad sin

---

en la jurisprudencia, p. ej., BGHSt, t. 34, pp. 28 s.; BGH, en el comentario de HOLTZ, *MDR*, 1981, p. 265; BGH, *NStZ*, 1986, p. 572.

<sup>128</sup> En este sentido ya EXNER (nota 46), pp. 59 s.; asimismo, STREE, *In dubio pro reo*, 1962, pp. 94 s.; a pesar del decidido esfuerzo de justificación, sustancialmente no es diferente, en este punto, NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*, pp. 113 s.; desde una perspectiva criminológica, p. ej., GÖPPINGER, *Kriminologie*, 4ª. ed., 1980, pp. 333 ss. Por cierto, también existe el punto de vista contrario, el cual, a partir de la imposibilidad de un pronóstico seguro sobre la delincuencia futura, deriva la inadmisibilidad de las medidas apoyadas únicamente en la idea de la prevención del delito; cfr., p. ej., H. MAYER, *Allg. Teil*, 1953, pp. 24, 380 s.; LANGE, *Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung*, 1952, pp. 353 s.; GEERDS, *MschKrim.*, 1960, pp. 111, 115.

<sup>129</sup> La exigencia de una “determinada” probabilidad es mencionada, p. ej., en RGSt, t. 73, p. 304; BGH, *NJW*, 1952, p. 836, y BGHSt, t. 34, pp. 28 s., así como por LACKNER, *StGB*, § 63, nota 2 c aa; en el comentario de SCHÖNKE/SCHRÖDER se hablaba, hasta la 19ª. ed. (1978), de “cierto grado” de probabilidad (observación preliminar al § 61) o bien de “cierta probabilidad” (§ 64, n.º m. 9), como así también ahora en BGH, *NStZ*, 1986, p. 572; de una “alta” probabilidad habla el BGH, *GA*, 1965, p. 28 (véase al respecto más detalladamente, con un panorama sobre otras posiciones, HANACK, *LK*, § 66, n.º m. 145 s.); HANACK, *LK*, *observación preliminar al § 61*, n.º m. 44, se apoya en una “posibilidad preponderante” (en el § 66, *StGB* dice “probabilidad preponderante”) (véase al respecto críticamente, FRISCH [nota 112], pp. 8 s.).

<sup>130</sup> En este sentido, p. ej., BLEI, *JA*, 1971, pp. 235, 237; LANG-HINRICHSSEN, *LK*, 9ª. ed., 1972, § 42e, n.º m. 78; STRATENWERTH, *SchwZStR*, t. 82 (1966), pp. 348 s.; correspondientemente en el contexto de la problemática paralela de la liberación de la medida, HORSTKOTTE, *LK*, 10ª. ed., § 67d, n.º m. 72 con muchas otras referencias.

<sup>131</sup> Cfr. p. ej., DREHER/TRÖNDLE, *LK*, *observación preliminar al § 61*, n.º m. 3; HANACK, *LK*, *observación preliminar al § 61*, n.º m. 102 ss., 112 ss. (con clara crítica al legislador); HORSTKOTTE, *LK*, § 67c, n.º m. 48 ss.; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 56, n.º m. 15a, § 66, n.º m. 22 ss.

<sup>132</sup> Teniendo en cuenta la amplia gama de grados de probabilidad concebibles y la falta de alguna precomprensión concreta, es difícil pensar en un concepto más indefinido que el de “cierta probabilidad”. Véase también FRISCH (nota 112), pp. 14 ss.

<sup>133</sup> Tales determinaciones están ausentes en general en el ámbito normativo (y, por cierto, incluso en los sostenedores de puntos de vista estadísticos; véase HAAG, *Rationale Strafzumessung*, 1970, pp. 159 ss.), debido a la aprehensión a determinarlas, y a las dificultades de la fundamentación de tal determinación, así como a partir de la comprensión (correcta) de que determinaciones vinculantes con respecto a si está dada una determinada

ese carácter definitorio, son considerados suficientes datos de los que deriva una cierta probabilidad estadística, pero nada más<sup>134</sup>. Pues en uno u otro caso ello no significa otra cosa que: se considera suficiente como presupuesto para medidas fuertemente injerentes algo que, considerado en la mayor cantidad de casos correspondientes, conduce en forma programada a una privación de libertad no necesaria; pues, p. ej., si se considera suficiente una probabilidad del 70% (o datos, que no dicen nada diferente ni más que esto), ello significa, al mismo tiempo, que de 100 autores con esos o correspondientes datos, también se priva de la libertad a 30 que ya no delinquen. No veo cómo se puede legitimar este procedimiento justamente frente al individuo<sup>135</sup>. Concretamente, y llevado a la situación del aplicador del derecho: ¿qué argumento realmente convincente se habrá de esgrimir frente al delincuente, cuando pregunte por qué a él se lo incluye en el grupo de futuros autores y no, como también sería igualmente posible, en el de los no autores? La referencia a los límites de la visión humana hacia el futuro no constituye una fundamentación suficiente. Esto rige con mayor razón, en la medida en que, en caso de dudas respecto de la comisión de un hecho en el pasado, resolvemos los límites insuperables del conocimiento por medio del principio "in dubio pro reo"<sup>136</sup>.

En este punto, si se quiere avanzar, es necesario abandonar la construcción del grado de probabilidad. En este nivel de pensamiento, desde la "Theorie der Sicherungsmittel" de Exner, no se ha avanzado nada, y ello porque los problemas no son solucionables en este plano<sup>137</sup>. Con esto no se quiere discutir que las afirmaciones sobre el futuro siempre son inseguras<sup>138</sup>. Ello sólo quiere decir que se debe mencionar otro dato, suficientemente preciso y que pueda llevarse a la práctica; un dato que sea suficiente para legitimar la aplicación de las medidas, porque con él, a

---

probabilidad, en concreto, prácticamente no resultan posibles en el estado actual de nuestros conocimientos empíricos. Véase, con más detalle, FRISCH (nota 112), pp. 37 ss., 66 ss., y (si bien sólo parcialmente coincidente), KÜHL/SCHUMANN, *Recht und Psychiatrie*, 1989, pp. 140 ss.

<sup>134</sup> Esto es lo que sucede con el procedimiento aplicado en la práctica, cuando se considera satisfecho el requisito de "cierta" probabilidad con la presencia de determinadas circunstancias de los antecedentes vitales cronológicos y actuales, que a la luz del conocimiento empírico de la criminología (tales como el parámetro de tablas de pronóstico o reglas de la experiencia de quienes realizan peritajes con pronósticos clínicos) brindan alguna probabilidad de delincuencia futura, si bien también mayor.

<sup>135</sup> En detalle, al respecto, ya FRISCH (nota 112), pp. 69 ss., con otras referencias.

<sup>136</sup> El argumento señalado más arriba, en las consecuencias, tampoco pierde peso si se es de la opinión de que ciertas dudas acerca del pasado desde siempre se han solucionado en perjuicio del autor, cuando existe un fundamento normativo adecuado para ello (así, FREUND, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, 1987, pp. 56 ss.). Lo decisivo sería, en ese caso, que la mera inseguridad no es suficiente, antes bien, siempre deben existir especiales fundamentos normativos sólidos para la elaboración de esta inseguridad en perjuicio del autor y que, para el caso concreto, ellos no derivan ya de datos estadísticos. Acerca de la cuestión –también desde esa perspectiva– de los datos normativamente necesarios, cfr. el texto siguiente.

<sup>137</sup> Las razones de esto las he tratado ampliamente en FRISCH «Prognoseentscheidungen im Strafrecht» (nota 112), pp. 66 ss. (allí también otras referencias).

<sup>138</sup> La corrección de esto ha quedado comprobada claramente por nuevas investigaciones justamente para el ámbito de las medidas, en el cual, en cierta medida, más se tendería a tener por seguras las predicciones, como es el caso de las medidas aplicadas a autores enfermos. Cfr. al respecto sólo RASCH, *Festschrift für Blau*, 1985, p. 309; ÍDEM, *Forensische Psychiatrie*, 1986, pp. 72-85; HINZ, *Recht und Psychiatrie*, 1985, pp. 122 ss.; PROBST, «Geistig abnorme Rechtsbrecher – Probleme der Rechtsprechung», en Österreichisches Bundesministerium der Justiz (comp.), *Bezauer Tage, 1986 – Chancen und Grenzen der vorbeugenden Maßnahmen*, 1987, pp. 149, 185 ss.

diferencia de lo que sucede con los datos estadísticos, es posible argumentar frente al delincuente particular<sup>139</sup>, y al mismo tiempo, reducir el peligro de injerencias innecesarias a un riesgo residual igualmente sostenible argumentalmente. El camino para ello sólo puede ser señalado aquí en forma esquemática<sup>140</sup>.

En el caso de los plenamente responsables, corresponde representarse hacia dónde apunta la injerencia preventiva: se comunica frente a aquel sobre el que se produce la injerencia que ya no es posible hacer valer como garantía suficiente de conducta conforme a derecho, en el futuro, aquello que resulta suficiente en general entre personas responsables, esto es, la capacidad para actuar correctamente que se vincula a la responsabilidad. En correspondencia con esto, para justificar la injerencia es necesario poder presentar un dato que nos coloque en situación de poder decirle convincentemente a la persona por qué, en su caso, ya no nos parece suficiente aquello que nos lo parece en los demás. Para una argumentación de esas características, precisamente respecto de una persona determinada, no sirven ni los datos estadísticos ni ya la comisión de un hecho, pues en relación con otros igualmente delincuentes a los que no sometemos a ninguna medida preventiva también podríamos explicar este tratamiento diferente sólo a partir de material estadístico. Esto tampoco es esencialmente diferente en el caso de dos o tres hechos<sup>141</sup>. En lo fundamental, es posible rechazar la referencia a la capacidad, que le sigue siendo atribuida, de conducirse conforme a la norma, como garantía normativa suficiente, de tal forma que también la persona afectada deba aceptarlo, allí donde la conducción de vida hasta el momento pone de manifiesto que, en determinadas situaciones, ella no hace uso de esa capacidad, sino que actúa en forma contraria al ordenamiento jurídico. Para ello no bastan uno, dos o tres hechos. Antes bien, resulta necesaria una serie de delitos comparables, que, en lo fundamental, sólo puede ser explicada por una actitud de decisión desde cierta perspectiva existente o por una dificultad manifiesta y creciente para la conducta conforme a la norma en determinadas situaciones<sup>142</sup>. En mi opinión, el derecho suizo, que –desde STOOSS– exige para la custodia de

<sup>139</sup> Y ello en el sentido de que el delincuente, al reunir en sí los presupuestos a ser examinados, debería reconocer la legitimación del procedimiento en el marco de un diálogo justo, en el que también se tomen igualmente en consideración los intereses contrapuestos de las víctimas potenciales (un presupuesto que un dato puramente estadístico, según lo que ya se dijo, claramente no satisface).

<sup>140</sup> Con más detalle en FRISCH (nota 112), pp. 72 ss., 75 ss., 146 ss.; en breve, ÍDEM, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Segunda Parte.

<sup>141</sup> Pues, en esa medida, la aplicación de medidas frente a plenamente responsables en relación con autores que también han cometido dos o tres hechos, pero que no son sometidos a ninguna medida, tampoco puede fundamentarse de otro modo que con un índice estadístico de reincidencia más alto. El dato personal más importante para la injerencia, a ser mencionado en lo que sigue, en todo caso, (aún) no estaría disponible.

<sup>142</sup> Véase al respecto ya FRISCH (nota 112), pp. 72 s., 79 s., 118 ss. Allí hablé de una estructura de personalidad, derivada de determinada conducta previa. Para el esclarecimiento de posibles objeciones (cfr., p. ej., HORSTKOTTE, *MschKrim.*, 1986, pp. 339 s.), cabe aclarar que esto no debe ser entendido sólo en el sentido de una determinada característica biológica o psicológica de la persona, sino que también incluye aquellos casos en los cuales la persona –como lo demuestran las formas de conducta previas– tiene dificultades para superar ciertas situaciones y conducirse conforme a la norma. Aquí resulta totalmente indiferente si estas dificultades son congénitas o si han surgido por influencia del medio. Pues aun en este último caso: si otras personas no tienen estas dificultades, entonces, se trata de dificultades específicas de la persona; entonces, a lo sumo, es posible discutir acerca de si resulta adecuado desde el punto de vista terminológico utilizar el concepto “estructura de personalidad” para designar este dato. La posible superación de tales dificultades (p. ej., durante la ejecución) tampoco me parece

delinquentes habituales numerosos hechos<sup>143</sup>, ha descrito esto, al menos desde el aspecto cuantitativo, en forma totalmente correcta. Si se pretende claridad formal, y al mismo tiempo, una base de argumentación formalizadamente mejorada, entonces, resulta recomendable, más allá de ello, luego de una cierta cantidad de hechos, realizar un anuncio formalizado de la medida a ser aplicada en el caso de la comisión de otros hechos correspondientes<sup>144</sup>. Me queda claro que medidas preventivas que exijan numerosos hechos que expresen una cierta posición o actitud de decisión puede resultar tardía. Desde una perspectiva utilitarista, resultaría deseable una intervención temprana. Pero no veo cómo se pretende legitimarla frente a aquellos que son plenamente responsables. La legitimación tiene su precio, ella es algo más que la hoja de parra de una concepción utilitarista.

Naturalmente, el dato personal para la injerencia delineado precedentemente no resulta suficiente para legitimar la injerencia; también debe ser relevante a futuro. Pues tampoco esta relevancia a futuro está descrita en forma adecuada y practicable por medio del grado de probabilidad. Se trata, antes bien, de cuestiones que pueden ser concretamente desglosadas: la de si la repetición de situaciones en las que el autor hasta el momento ha actuado incorrectamente representa una posibilidad realista<sup>145</sup>, la de si –a falta de puntos de apoyo comprobados para afirmar la continuación– se puede partir de la subsistencia de la respectiva actitud de decisión u otra disposición a la conducta contraria a la norma, así como la de si el autor conserva la capacidad para ejecutar el hecho o si la ha perdido<sup>146</sup>.

La legitimación de medidas preventivas frente a personas no responsables ofrece dificultades sensiblemente menores que frente a las plenamente responsables. Por cierto, tampoco a su respecto bastan los meros datos sobre la enfermedad y las afirmaciones estadísticas acerca de la delincuencia de tales enfermos, en tanto no se haya llegado a hechos antijurídicos<sup>147</sup>. Pero a

---

una objeción de peso en contra de la utilización del concepto; también las estructuras se pueden modificar. Una cuestión completamente diferente, que debe ser distinguida de esto, es la de cómo deben tratarse en forma normativamente adecuada, p. ej., los casos de duda con relación a la repetición de tales situaciones problemáticas para las personas.

<sup>143</sup> Cfr. el art. 42, párr. 1, SchwStGB; en el Anteproyecto de 1893 se exigían “por lo menos 10 penas privativas de libertad” (por distintos delitos).

<sup>144</sup> En la práctica de los tribunales de primera instancia suelen aparecer no pocas veces tales anuncios, p. ej., con base en que se quiere dar al autor “una última oportunidad”. El hecho de que esta práctica sea objetada por la jurisprudencia de los tribunales superiores, sobre la base de que ella desconoce que la imposición de la custodia de seguridad es obligatoria frente a la presencia de ciertos presupuestos (BGH, JR, 1962, p. 25; BGH, NJW, 1968, p. 997 con comentario de HELLMER, JZ, 1969, p. 197), sólo es convincente en parte, en el sentido del rechazo de la discrecionalidad sobre la consecuencia jurídica. Pero resulta limitado en tanto se trate de lograr claridad –con la ayuda de la última prueba– acerca del fundamento personal para la injerencia y mejorar de este modo la base de legitimación para la injerencia. Por cierto, un anuncio de esta clase también debería ser formalizado procesal y registralmente.

<sup>145</sup> Cfr. al respecto, con más detalle, FRISCH (nota 112), pp. 75 ss.; 120 s.

<sup>146</sup> Cfr. al respecto FRISCH (nota 112), pp. 74 s., 119 s.

<sup>147</sup> En contra de una consideración puramente estadística hablarían las mismas objeciones realizadas más arriba, y ello con prescindencia, además, de que la tendencia de enfermos psíquicos a hechos antijurídicos, especialmente a hechos violentos, es ampliamente sobreestimada: no aparecen representados en las diferentes formas de criminalidad en mayor medida que la población promedio (cfr. BÖKER/HÄFNER, *Gewalttaten*

diferencia de lo que sucede respecto de las personas responsables aquí, en principio, debe resultar suficiente que se haya cometido un hecho que constituya la expresión de ciertos rasgos y disposiciones condicionados por la enfermedad, y que se deba contar nuevamente en forma realista con la producción de la situación que condujo a su desencadenamiento. Pues aquí falta de antemano aquella garantía normativa que nos dificulta tanto la intervención preventiva sobre personas responsables: la responsabilidad y la capacidad de actuar conforme a la norma<sup>148</sup>.

3. A partir de la determinación, en el sentido de su legitimación, del así llamado peligro de delitos, se deriva, al mismo tiempo, la necesidad de otro presupuesto para la imposición, al que aquí sólo puedo referirme brevemente: un hecho cometido. Se lo encuentra, con razón, en casi todos los derechos de medidas. Por cierto, la razón de su irrenunciabilidad no reside en que sin él difícilmente se podría fundamentar la competencia del juez penal, como se supuso muchas veces en la antigua discusión, fuertemente orientada en torno a argumentos relativos a la división de poderes<sup>149</sup>. El hecho cometido no es sólo un requisito relativo a la competencia, sino material central de la concepción de la prevención especial: sin él –más precisamente, sin un hecho con un valor significativo particular– la intervención de prevención especial sobre una persona de antemano no es legitimable<sup>150</sup>. Esto rige tanto con respecto a la persona no responsable como con respecto a la responsable<sup>151</sup>. De allí que deban ser enfáticamente rechazadas, por resultar insostenibles en un Estado de Derecho, las así llamadas medidas predelictuales conocidas aún en

---

*Geistesgestörter*, 1973, pp. 20, 234 ss.; otras referencias en HORSTKOTTE, en *LK*, § 67d, n.º m. 39 s.). Por ello, desde la perspectiva actual ya no resulta sostenible la afirmación de EXNER (nota 46), p. 120, que autoriza medidas respecto de perturbados mentales “peligrosos” ya antes de la comisión de un hecho antijurídico. Pues ¿cómo ha de ser establecida realmente esa peligrosidad?

<sup>148</sup> Correspondientemente, lo dicho en el texto rige, en principio, sólo para los no responsables, o bien, los responsables en forma muy disminuida, por motivos habituales (permanentes) (en la medida en que su hecho se explique justamente a partir de estos déficit de responsabilidad). Esto sólo es excepcionalmente trasladable a personas en sí totalmente responsables que en el momento del hecho fueran inimputables (p. ej., por ebriedad), si la responsabilidad no puede ser vista como garantía normativa suficiente frente a la producción del estado respectivo. Este es el caso cuando se llega al estado como consecuencia de sucesos condicionados por la enfermedad, y que no son totalmente manejables por el autor. Esto es importante sobre todo para autores respecto de los cuales, como consecuencia de una adicción manifiesta, existe el peligro de producción de un estado de inimputabilidad: aquí basta –como en los casos mencionados en el texto– la comisión de *un* hecho. En cambio, es completamente diferente el caso, p. ej., cuando falta esa adicción y la producción del estado sólo es la consecuencia de una falencia corporal cuyos efectos el autor puede manejar omitiendo ciertas acciones (ej., intolerancia al alcohol de un enfermo hepático que no es adicto); en esa medida rigen los principios de los plenamente responsables. Véase, acerca de estos casos, especialmente también respecto de la cuestión de su inclusión en el § 63, StGB, más detalladamente, HANACK, en *LK*, § 63, n.º m. 63 ss., 67 ss., con un detallado panorama jurisprudencial.

<sup>149</sup> Véase, p. ej., STOOSS, *SchwZStR*, t. 18 (1905), p. 4; *SchwZStR*, t. 44 (1930), p. 263; similar ya la fundamentación del Anteproyecto suizo de 1893, p. 35, y del Proyecto de 1927 (nota 49), p. 43. También en EXNER (nota 46), p. 120, aún se encuentra este punto de vista bajo la expresión “importancia organizativa” del requisito del hecho; desde una perspectiva actual, p. ej., SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil, Lehrbuch*, 10/13.

<sup>150</sup> Llamativamente en este contexto, eran de otra opinión algunos clásicos; cfr., p. ej., BELING (nota 49), pp. 98 ss.; VON BURI, *ZStW*, t. 4 (1884), p. 171; BIRKMEYER, *GA*, 1901, p. 74; MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke*, 1892, p. 36.

<sup>151</sup> Con relación a la intervención sobre personas no responsables, de otra opinión, EXNER (nota 46), p. 120: en esa medida el hecho sólo es exigido por razones organizativas.

algunos países<sup>152</sup>.

Si el hecho cometido ha de cumplir la función material que se le atribuye, entonces, necesariamente ha de ser algo más que un mero hecho motivante. La denominación de hecho motivante<sup>153</sup>, que aún hoy sigue siendo usual, es el resabio de una fundamentación del requisito meramente competencial, actualmente superada; ella resulta inadecuada, porque oculta la verdadera función material del hecho cometido, y al mismo tiempo, no está exenta de peligros, porque abre las puertas al abuso de una concepción preventivista<sup>154</sup>. Su significación material se corresponde con la del hecho cometido justamente cuando resulta una constatación de los hechos futuros cuya evitación autoriza, en principio, la intervención sobre el autor. De ello se derivan requisitos –que por razones de tiempo no pueden ser tratados aquí más ampliamente– tanto con relación a la clase de hecho, como con relación a la gravedad<sup>155</sup>.

4. Como presupuesto ulterior de la adecuación al Estado de Derecho de las medidas preventivas ya se mencionó su necesidad<sup>156</sup>. Ella tiene importancia para la cuestión de la imposición en general, así como para la de la duración de medidas motivadas en prevención especial. Desde el punto de vista del contenido, ella no sólo exige la adecuación del instrumento utilizado –pues la utilización de instrumentos inadecuados nunca es necesaria<sup>157</sup>–, sino, sobre todo, también que el

<sup>152</sup> Tal como las medidas según la Ley de peligrosidad y rehabilitación social española; cfr. al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, «Das spanische Strafrecht», en MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK (comp.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, t. VI, 1982, pp. 414 ss.; MAURER, «Landesbericht Spanien», en JESCHECK (nota 30), pp. 947, 949 s., 962 s. Ellas son consideradas objetables desde la perspectiva del Estado de Derecho por la mayoría de los profesores de Derecho penal españoles, cfr., p. ej., JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, 1976, pp. 91 s., 148, 149.

<sup>153</sup> Cfr., p. ej., EDER-RIEDER (nota 15), pp. 28, 112, 153; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil*, vol. II, § 68, n.º m. 4, 16; PALLIN, en *Wiener Kommentar*, § 21, n.º m. 7, § 22, n.º m. 3, § 23, n.º m. 16; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, *Allg. Teil II*, § 10, n.º m. 17 ss.

<sup>154</sup> Así, cuando, a la letra, existe un hecho antijurídico, pero no refleja la peligrosidad normativamente exigida por su clase o gravedad, por no ser sintomático, y la peligrosidad simplemente es deducida a partir de otros datos. La jurisprudencia, que renuncia a un hecho sintomático de estas características, especialmente respecto de la internación de enfermos mentales (cfr. BGHSt, t. 5, p. 143; BGH, con comentario de DALLINGER, *MDR*, 1972, p. 196; BGH, *NJW*, 1977, p. 2127; BGHSt, t. 27, p. 246, con nota de VON HIPPEL, *JR*, 1978, p. 387), no está exenta de objeciones, y se basaría en una sobreestimación de las posibilidades de pronosticar delitos de cierta clase o gravedad a partir de una enfermedad, y que han sido fuertemente puestas en cuestión por investigaciones científicas más modernas.

<sup>155</sup> Al respecto, en detalle, en breve, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Segunda Parte.

<sup>156</sup> Véase *supra*, 1.b. En detalle con relación al examen de la necesidad en relación con la utilización de instrumentos estatales en general, FRISCH (nota 112), pp. 104 ss., en el contexto del Derecho de medidas, pp. 149 ss., así como HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 58 ss.; § 69, n.º m. 82 ss. (allí y en B. MÜLLER, *Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung*, 1981, especialmente pp. 87 ss., también con relación a la cuestión de la compatibilidad entre las regulaciones para la imposición y libertad, del Derecho vigente, con este principio); HORSTKOTTE, en *LK*, § 67d, n.º m. 57, respectivamente con otras referencias, también, en especial, de la jurisprudencia y doctrina de Derecho público.

<sup>157</sup> Con más detalle acerca del postulado de la adecuación como presupuesto de legitimación de las sanciones penales, especialmente también en el ámbito de las medidas, FRISCH (nota 112), pp. 97 ss.; HORSTKOTTE, *LK*, § 67d, n.º m. 53 (quien al mismo tiempo destaca el trasfondo de orientación a la finalidad del principio), con otras referencias.

fin perseguido con medios de prevención especial no sea logrado ya por efecto de otros instrumentos estatales que entran en consideración; además de ello, sólo puede ser utilizado para alcanzar la finalidad el medio adecuado menos lesivo<sup>158</sup>.

En el marco de esta exposición no es posible presentar y tratar ni siquiera en forma indicativa las numerosas cuestiones que se presentan en la concreción de esta exigencia de justificación<sup>159</sup>. Debo limitarme a presentar la fuerza configurativa de este requisito de justificación a partir de dos grupos de importantes cuestiones: a partir del ejemplo de la relación con la pena adecuada a la culpabilidad que corresponde de todos modos y de la cuestión de la adecuada configuración interna de la concepción preventivo-especial.

En primer lugar, en lo que concierne a la relación entre la pena legitimada por razones de compensación de la culpabilidad o de prevención general, cuyo cumplimiento corresponde de todos modos<sup>160</sup>, y las medidas motivadas en la pura prevención especial, algo debería ser realmente obvio: que no hay lugar para una privación de libertad fundamentada en la prevención especial allí donde los fines perseguidos por ella ya son alcanzables al aprovechar la ejecución de la pena adecuada a la culpabilidad para fines de prevención especial. Esto se sigue necesariamente del hecho de que el Estado, para el logro de fines, sólo puede utilizar el medio adecuado menos lesivo. En concreto: dado que la finalidad de la pena –y también del carácter de mal, que reside únicamente en la privación de libertad<sup>161</sup>– no se perjudica por la ejecución orientada específicamente a la superación de determinados déficit y perturbaciones<sup>162</sup>, ya este tiempo debe ser utilizado óptimamente también para el logro del objetivo de prevención especial. En lugar de ello, organizar la ejecución de la pena en forma improductiva desde el punto de vista de la prevención especial y hacerse cargo de las necesidades de prevención especial en forma separada resulta un abuso formal insostenible en un estado de derecho<sup>163</sup>. Esta objeción relativa a la lesión del principio de necesidad afecta especialmente a la concepción de la acumulación de la pena y la medida, en tanto obliga a ejecutar la medida de corrección o curación adecuada a la prevención especial luego del cumplimiento de la pena<sup>164</sup>. Pero, desde este punto de vista,

<sup>158</sup> FRISCH (nota 112), pp. 135 s., 159 s.; B. MÜLLER (nota 156), pp. 98 ss., con otras referencias.

<sup>159</sup> El trabajo de B. MÜLLER (nota 156) ofrece un panorama de una parte de los problemas que resultan de este requisito del Derecho de medidas; véase además HANACK, en *LK, observación preliminar al § 61*, n.º m. 58 ss., § 63, n.º m. 82 ss., así como, en breve, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Segunda Parte.

<sup>160</sup> Más detalladamente al respecto FRISCH, *ZStW*, t. 99 (1987), pp. 367 ss., 386 ss.

<sup>161</sup> Correctamente, H. MAYER, *Allg. Teil*, 1967, p. 184; también las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Detenidos prevén en el n.º 58 la limitación del mal de la pena a la privación de libertad; cfr. al respecto PETERS, *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, pp. 202 s.; véase además SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang*, 1969, pp. 137 ss.

<sup>162</sup> En esto se apoya –en el sentido de una premisa tácita– la totalidad de la ejecución de la pena orientada terapéuticamente; véase sólo § 9, StVollzG.

<sup>163</sup> Con prescindencia de que el Estado, al organizar la ejecución de ese modo, tampoco estaría cumpliendo con la finalidad de la Ley de ejecución penal (§ 2, StVollzG) y con sus deberes de estado social (con relación al fundamento constitucional de la “pretensión de resocialización”, véase BVerfGE, t. 35, pp. 202, 235 s.; t. 40, pp. 276, 284; t. 45, pp. 187, 238 s.; CALLIES/MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetz*, 4.ª ed., 1986, § 2, n.º m. 5).

<sup>164</sup> En contra de esta concepción –considerada insuperable sobre todo por los clásicos “puros” (cfr., p. ej., R. SCHMIDT [nota 8], p. 294; BELING [nota 49], pp. 114 ss.; NAGLER [nota 49], pp. 202 ss.) y establecida también

también la concepción del principio vicarial está expuesta a objeciones, en la medida en que – como, p. ej., en el caso de la internación en un establecimiento de desintoxicación– exige imponer la medida también en los casos en que el tiempo de pena se corresponde con la única duración posible de la medida, con lo cual, con una correspondiente ejecución especial de la pena pueden ser tomadas en cuenta las necesidades de prevención especial<sup>165</sup>. En contra de esto, el sistema de ejecución previa de las medidas, previsto en una serie de estados –también la República Federal de Alemania– que son computadas a los fines de la pena, resulta, en estos casos, una salida constructivista, que produce problemas innecesariamente<sup>166</sup> y que en Alemania, en el ínterin, se revela, cada vez más, bajo la forma de cómputos limitados<sup>167</sup>, o incluso, bajo determinados presupuestos, de rechazo del cómputo<sup>168</sup>, como la puerta de ingreso para “estrategias de prolongación” problemáticas desde el punto de vista del Estado de Derecho. En los resultados, esto significa que la imposición de medidas correspondientes sólo parece adecuada cuando el autor no puede ser penado, o la pena, por su duración, queda claramente por debajo de la duración prevista legalmente para la medida; únicamente en esta situación es posible solucionar el problema de la coexistencia entre pena y medida en el sentido de un adelantamiento de la ejecución de la medida y del cómputo<sup>169</sup>.

Pero, del principio de necesidad, también se derivan consecuencias significativas para la configuración interna de la concepción preventivo-especial. Sobre todo, se deriva de él que toda la concepción de prevención especial debe prever medidas que estén orientadas a la superación de aquellos defectos que configuran la razón de los hechos que amenazan, y que: estas medidas

---

legalmente en Alemania (cfr. el derogado § 456b, StPO)– ya, convincentemente, EXNER (nota 46), pp. 220 ss. (cuyo alegato en favor del principio vicarial, por cierto, tampoco resulta vinculante; cfr. el texto siguiente), y PETERS (nota 161), pp. 94 ss.

<sup>165</sup> La esencia de la pena, esto es, su calificación como mal producido intencionadamente, no se opone a ello, ya por el hecho de que el mal se agota en la privación de libertad (véase *supra*, nota 161) –la existencia y fundamentabilidad de este mal consistente en la privación de libertad con vista al hecho cometido, sin embargo, no se modifica por el cumplimiento de la privación de libertad indicada terapéuticamente; similar, PETERS (nota 161), pp. 94 ss. Al respecto, detalladamente, en breve, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Tercera Parte.

<sup>166</sup> Como, p. ej., la cuestión de qué es lo que debe suceder en casos de penas largas luego de un éxito de resocialización alcanzado relativamente pronto; acerca de la muy discutida cuestión de un supuesto beneficio respecto de autores peligrosos, véase, p. ej., MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, 1972, pp. 43 ss., 57 ss., 129 ss., 135 ss., 153 s.

<sup>167</sup> Según el § 67, párr. 4, StGB, la ejecución de la medida es computada sólo hasta dos tercios respecto de la pena, con lo cual, por ejemplo, a pesar de la ejecución de una medida que se corresponde temporalmente en forma completa con la pena, bajo ciertas circunstancias puede suceder que aún reste por ejecutar un tercio del tiempo de pena, una acumulación parcial recortada; diferente, en este punto, Suiza y Austria.

<sup>168</sup> Acerca del rechazo del cómputo conforme al § 67, párr. 4, 2ª. oración, StGB, en caso de interrupción de la medida “por razones derivadas de la persona del internado”, y con relación a la problemática constitucional de esta regulación, correctamente, VOLCKART, *Maßregelvollzug*, 2ª. ed., 1986, pp. 238 s.; concordantemente, UNGEWITTER, *MDR*, 1989, pp. 685 ss. Más detalladamente acerca de todo esto, en breve, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Tercera Parte.

<sup>169</sup> A esto se agrega que, por cierto, incluso frente a esta situación, la solución correcta sería, en primer lugar, apoyar la privación de libertad bien configurada (unitariamente) desde la perspectiva de la prevención especial sobre el fundamento jurídico de la pena (con lo cual ésta se “consumiría”) y fundamentar las restantes necesidades a partir del fundamento jurídico (por cierto, a ser demostrado) de la medida; véase, en breve, con más detalle, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Tercera Parte.

tienen prioridad. Pues aun con prescindencia del deber de socialización que también se orienta en este sentido<sup>170</sup>, de ese modo se puede evitar una privación de libertad superflua en los casos de un tratamiento con perspectivas de éxito. Esta es la idea que constituye el fundamento de la división que se encuentra en muchos estados en internación en un hospital psiquiátrico, internación en un establecimiento de desintoxicación y, en última instancia, la custodia de seguridad<sup>171</sup> de los reincidentes múltiples. En todo caso, se puede preguntar si en este esquema no falta una internación orientada a las necesidades de personas no realmente enfermas, pero socialmente perturbadas, p. ej., como consecuencia de ciertos impulsos o neurosis<sup>172</sup>. El Código penal alemán, como se sabe, preveía para cerrar esta laguna la internación en un establecimiento socioterapéutico, que en el ínterin ha sido nuevamente derogada<sup>173</sup>. Sin que esto pueda ser profundizado demasiado aquí, creo que el legislador, en definitiva, ha tomado la dirección correcta con la derogación<sup>174</sup>. Pues una medida preventiva frente a autores responsables sólo podría ser legitimada luego de una serie de delitos –relevantes–<sup>175</sup>. De este modo, sin embargo, a la injerencia preventiva legítima le preceden tiempos de pena ya considerables. Lo que se debe exigir enfáticamente es *su* aprovechamiento socioterapéutico; la medida comienza demasiado tarde<sup>176</sup>.

5. Llego ahora al último postulado del punto de vista justificante: el aseguramiento del interés preponderante. La concreción de este requisito deja especialmente que desear, aun más que el principio de necesidad. Esto puede sonar sorprendente en un primer momento, especialmente para el derecho penal alemán, en el cual la ley no sólo exige expresamente delitos amenazantes de relevancia en las medidas en particular, sino que, además, prohíbe en un precepto general

<sup>170</sup> Véase al respecto BVerfGE, t. 35, pp. 202, 235 s.; t. 40, pp. 276, 284; t. 45, pp. 187, 238 s.

<sup>171</sup> Claro en el sentido de ubicación en última instancia, el § 70, AE.

<sup>172</sup> Acerca de este grupo de personas, más detalladamente, CALLIES/MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetz*, § 9, n.º m. 3 ss. y HANACK, en *LK*, § 65, n.º m. 3 ss., 14 ss., respectivamente con otras referencias.

<sup>173</sup> § 65, StGB (que fue derogado en 1984 antes de su entrada en vigencia prevista para el 1/1/1985) en relación con el § 69, AE. Austria no adoptó esta medida (si bien el ámbito de aplicación del § 21, párr. 2, öStGB – establecimiento para delincuentes psíquicamente anormales– se superpone parcialmente con el establecimiento socioterapéutico, cfr. PALLIN, en *Wiener Kommentar*, § 21, n.º m. 1 y 16). En Suiza, se reclama desde hace mucho el intento de un modelo de terapia social (cfr. Noll, *SchwZStR*, t. 86 [1970], pp. 31 ss.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 1, n.º m. 52); con esto se corresponde el art. 65 del Anteproyecto de 1985 (cfr. SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1987, pp. 180 ss.; véase al respecto, KAISER, *ZStW*, t. 100 [1988], pp. 242 ss.).

<sup>174</sup> Con respecto a los motivos del legislador, cfr. BT-Drucks. 10/309 y 10/2213; acerca de la ley misma y el cambio de las corrientes en el tiempo, BÖHM, *NJW*, 1985, 1813; SCHÜLER-SPRINGORUM, *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, 1986, pp. 167 ss. Acerca de la discusión en torno a la “solución de la ejecución” o “solución de la medida”, por todos –en favor de la primera– KAISER/DÜNKEL/ORTMANN, *ZRP*, 1982, pp. 198 ss., y –en favor de la segunda– SCHÖCH y los “profesores alternativos”, *ZSP*, 1982, pp. 207 ss.; una síntesis, en KAISER (nota 3), § 115, n.º m. 13, 28 ss., § 116, n.º m. 56 s.; § 119, n.º m. 15.

<sup>175</sup> Véase *supra*, 2.

<sup>176</sup> Coincidentemente, KAISER/DÜNKEL/ORTMANN, *ZRP*, 1982, pp. 198 ss., quienes, al mismo tiempo, abogan – con razón– por un mejor aseguramiento institucional y en cuanto a extensión del tratamiento socio-terapéutico en la Ley de ejecución penal. No resulta convincente, en cambio, exigir la medida por el hecho de que con ella (a través de las correspondientes órdenes judiciales) se puede ejercer presión en dirección a una configuración socioterapéutica de la privación de libertad (así, *MschrKrim.*, 1979, p. 320; SCHÖCH i.a., *ZRP*, 1982, 209 s.); cfr. también en breve, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Segunda Parte.

precedente medidas que no estén en relación con los hechos amenazantes y cometidos<sup>177</sup>. Y sin embargo, esta tesis sigue siendo correcta; y tampoco el hecho de que en el ínterin los retoños más fuertes del pensamiento preventivista utilitario han sido eliminados<sup>178</sup> es adecuado para refutarla. Más allá de ello, a pesar de la falta de fundamentación y de lineamientos aptos de tales casos evidentes, un pantallazo de la jurisprudencia y la doctrina muestra que en ellas actualmente no se trata la divergencia entre el interés preponderante y la ausencia de proporcionalidad<sup>179</sup>, ni existe unidad acerca de la extensión y valor de posición de los factores a ser ponderados<sup>180</sup>.

No puedo tratar aquí en detalle la multiplicidad de estas cuestiones, sino que debo limitarme a algunas consideraciones acerca de un punto especialmente importante: la cuestión de por dónde corren los límites trazados por el postulado de la proporcionalidad. En tanto no se llegue aquí a afirmaciones claras, en definitiva no será posible llegar a un esclarecimiento productivo de las cuestiones precedentes<sup>181</sup>. Por el momento, se carece de tales afirmaciones. En general, para la delimitación del problema se utiliza la orientación a partir de conceptos como criminalidad de bagatela, criminalidad leve, media y grave: la criminalidad de bagatela queda totalmente excluida<sup>182</sup>; por lo demás, en general, se alega en favor de una perspectiva diferenciadora. En esto, p. ej., la llamada criminalidad media, por lo regular, ya no puede justificar la internación de

<sup>177</sup> § 62, StGB; los códigos penales austríaco y suizo no contienen un precepto equivalente, pero también allí el principio de proporcionalidad es considerado límite para la admisibilidad de la aplicación de las medidas; cfr. respecto de Austria, EDER-RIEDER (nota 15), pp. 18 ss.; NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, p. 203; PALLIN, en *Wiener Kommentar*, § 21, n.º m. 15; § 23, n.º m. 33; respecto de Suiza, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil*, § 9, n.º m. 20, § 10, n.º m. 28 ss., sin embargo, también § 11, n.º m. 23 ss.

<sup>178</sup> Así, la casa de trabajo, reconocida tanto como ineficiente como por ser constitucionalmente problemática (cfr. al respecto sólo la toma de posición del AE, 2ª. ed., 1969, p. 129, así como GRÜNWARD, *ZStW*, t. 76 [1964], pp. 648 ss.), la ampliación completamente inadecuada de la custodia de seguridad (por medio de la introducción de presupuestos formales correspondientemente agravados), la imposición de medidas respecto de los meramente molestos (por medio de la supresión de la criminalidad de bagatela del Derecho de medidas), etc.

<sup>179</sup> Con frecuencia ambos conceptos son equiparados expresamente, cfr., p.ej., EDER-RIEDER (nota 15), p. 19; NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*, pp. 104 s.; ÍDEM, *Festschrift für Broda*, pp. 202 s.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 9, n.º m. 20; también la fundamentación del § 2, párr. 2, AE (cfr. p. 31) y también BVerfGE, t. 70, pp. 297, 316. En cambio, percibe correctamente la diferencia GRÜNWARD, *ZStW*, t. 82 (1970), p. 274, con nota 113; con relación a los conceptos, básicamente, HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, pp. 83 ss.

<sup>180</sup> Así, p. ej., acerca de la importancia del éxito de la corrección pretendida y acaso alcanzada o de la curación (cfr. al respecto el panorama sobre el estado de las opiniones en HANACK, en *LK*, § 62, n.º m. 17 ss.; HORSTKOTTE, en *LK*, § 67d, n.º m. 53 s., 58; FRISCH [nota 112], pp. 148 s.); acerca del significado exacto de los hechos cometidos (cfr. HANACK, en *LK*, § 62, n.º m. 15); acerca de si, en caso de varios hechos, es adecuada una consideración total o una individual (cfr. HANACK, en *LK*, § 66, n.º m. 110 ss.).

<sup>181</sup> Las cuestiones no son diferentes a lo que sucede en el ámbito de la determinación de la pena, en el que también muchas delimitaciones conceptuales (tales como las relativas a las circunstancias relevantes para la determinación de la pena, al sentido de la valoración, etc.) pierden gran parte de su valor en tanto se carece en gran medida de parámetros controlables, aptos para la orientación en la fase final de la determinación de la pena (la ponderación y la expresión en un monto concreto); véase FRISCH, *ZStW*, t. 99 (1987), pp. 788 ss. Puntos de partida para una solución orientada de esta fase, ahora, en MONTENBRUCK, *Abwägung und Umwertung*, 1989.

<sup>182</sup> Cfr. sólo BGHSt., t. 20, p. 232; HANACK, en *LK*, § 62, n.º m. 11; DREHER/TRÖNDLE, § 63, n.º m. 8; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 63, n.º m. 15, § 64, n.º m. 9, con otras referencias.

custodia de seguridad<sup>183</sup>, pero sí –al menos, en principio– la internación en un hospital psiquiátrico<sup>184</sup>; respecto de la internación en un establecimiento de desintoxicación ya resultan suficientes hechos más leves, en atención a la finalidad de curación y a la menor duración, que respecto en la internación en un hospital psiquiátrico<sup>185</sup>, si bien, sin que se sepa exactamente dónde se hallan los límites.

La situación esquematizada es similar, en lo insatisfactoria, a lo que ya hemos dicho con respecto al peligro de delitos. También aquí las directrices indicadas son en gran medida imprecisas; también aquí ellas son materialmente insatisfactorias<sup>186</sup>. Esto, no sólo en la medida en que, p. ej., no resulta convincente que para la internación en custodia de enfermos mentales en un hospital psiquiátrico se consideran suficientes hechos amenazantes de una dimensión que de antemano no alcanza para la custodia de otras personas<sup>187</sup>. Falta, sobre todo, una fundamentación convincente de por qué, en el ámbito de una medida determinada, los requisitos de la proporcionalidad han de quedar satisfechos, p. ej., con la criminalidad media<sup>188</sup>. Si se quiere avanzar a ese respecto, es necesario transitar nuevos caminos; pues con la ayuda de los conceptos descriptos ello no es posible. Aquí sólo puedo tratar esto esquemáticamente.

En efecto, mucho más que antes, corresponde tener en cuenta que, en el ámbito de la determinación de la pena, contamos desde hace tiempo con un amplio repertorio de consideraciones acerca de la gravedad de la afectación a los bienes y de las injerencias estatales en los derechos del autor proporcionales a aquella<sup>189</sup>. Se debe utilizar este repertorio<sup>190</sup>. La objeción

<sup>183</sup> Cfr. BGHSt., t. 24, p. 262; t. 27, p. 248; según BGHSt., t. 24, p. 154; BGH, GA, 1980, p. 423; GA, 1984, p. 331, todavía deberían ser suficientes hechos con un “alto grado de gravedad” dentro del ámbito de la criminalidad media; otras referencias y un panorama del estado de la discusión en DREHER/TRÖNDLE, § 66, n.º m. 14 ss.; HANACK, en LK, § 66, n.º m. 106 ss.; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 66, n.º m. 39.

<sup>184</sup> BGH, con comentario de DALLINGER, en MDR, 1975, 724; BGH, NJW, 1976, p. 1949, con nota; HANACK, JR, 1977, p. 170; BGHSt, t. 27, p. 248; BGH, con comentario de HOLTZ, MDR, 1989, 857; DREHER/TRÖNDLE, § 63, nota 2 c aa; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 63, n.º m. 15; críticamente, en sentido negativo, HANACK, en LK, § 63, n.º m. 49 ss.; HORSTKOTTE, en LK, § 67d, n.º m. 53, 58; MÜLLER-DIETZ, NStZ, 1983, p. 149.

<sup>185</sup> Así, OLG Karlsruhe Justiz, 1979, p. 301; DREHER/TRÖNDLE, § 64, n.º m. 6; LACKNER, StGB, § 64, nota 2 d; críticamente HANACK, en LK, § 64, n.º m. 73 ss.; HORN, en SK StGB, § 64, n.º m. 13; HORSTKOTTE, en LK, § 67d, n.º m. 53, 58.

<sup>186</sup> Con razón, HANACK, en LK, § 66, n.º m. 106, acentúa que las “diferenciaciones abstractas” de los ámbitos de criminalidad señaladas en el texto no resultan “particularmente productivas”.

<sup>187</sup> Coincidentemente, HORSTKOTTE, en LK, § 67d, n.º m. 53 y 58; MÜLLER-DIETZ, NStZ, 1983, p. 149. La justificación de la diferencia (i.a.) con la fundamentación de que frente a tales personas no se dispone del instrumento de la pena (así BGH, NJW, 1976, p. 1949), constituye una evidente reducción del valor de la función de delimitación del principio de culpabilidad, y además, una lesión del principio de igualdad: hechos que en el caso de personas responsables (luego de finalizado el tiempo de la pena) no podrían justificar una privación de libertad, conducen aquí a la privación de libertad. Críticamente, en contra de la argumentación del BGH, y con otras objeciones, HANACK, JR, 1977, p. 170, y LK, § 63 n.º m. 49 s.

<sup>188</sup> La vinculación a determinados ámbitos de la criminalidad, con prescindencia de los argumentos de diferenciación inconducentes (*supra*, nota 187), tiene el carácter de afirmaciones puramente decisionistas.

<sup>189</sup> Acerca de la importancia del principio de proporcionalidad también respecto de la determinación de la pena y para la calificación de la pena como una reacción proporcional en vista del ilícito y la culpabilidad del autor, cfr., p. ej., BVerfGE, t. 6, p. 439; t. 34, p. 267; BayVerfGHE, t. 3 II, p. 109; BGHSt., t. 13, p. 192; WARDA, *Dogmatische*

que surge a primera vista, según la cual la medida de la pena no se orienta únicamente según la medida del ilícito como lo hace la concepción preventivo especial, sino que también está influida, atenuándola o agravándola, por factores propios de la culpabilidad<sup>191</sup>, queda superada por el hecho de que se prescinde de tales distorsiones. Y la objeción de que la pena está orientada al pasado, mientras que en la medida preventiva de lo que se trata es de la perspectiva hacia el futuro, desaparece en la medida en que la pena adecuada a la culpabilidad, en definitiva, también puede ser justificada sólo a partir de las necesidades de aseguramiento del derecho en el futuro<sup>192</sup>. En esta situación, se puede partir de la medida que le corresponde al hecho, según su ilícito, como pena, esto es, que aparece como proporcionada bajo este aspecto, no resulta desproporcionada al ser utilizada por una medida preventiva. En concreto: si un determinado hecho, normalmente<sup>193</sup>, es sancionado con una pena de dos a tres años, entonces, al evaluar la imposición de la medida difícilmente pueda aparecer como desproporcionado que para evitar tales afectaciones se produzca una injerencia temporalmente comparable. Pena y medida preventiva, en este aspecto, frente a una orientación común a la proporcionalidad, se diferencian en que el autor debe tolerar, respecto de la medida, la injerencia sobre la libertad, en la extensión que hubiera correspondido frente a la comisión de los hechos esperados, teniendo en cuenta su gravedad<sup>194</sup>. La diferencia reside en la injerencia previa –legitimable–<sup>195</sup>. Llevado este punto de partida hasta el final conduce, en definitiva, a una delimitación de privaciones de libertad fundadas sólo en la prevención especial respecto de hechos (a producirse), que en el ámbito de la pena, *debido a su gravedad objetiva*, necesariamente exigirían pena privativa de libertad<sup>196</sup>, pues

---

*Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, pp. 145 s.; véase, además (si bien en el contexto de una crítica a la idea de la culpabilidad), ELLScheid/HASSEMER (nota 82), pp. 41 ss.

<sup>190</sup> En principio, similar, HANACK, en *LK*, § 66, n.º m. 109; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 66, n.º m. 39.

<sup>191</sup> Así, p. ej., LANG/HINRICHSSEN, en *LK*, 9ª. ed., § 42e, n.º m. 67; GREISER, *NJW*, 1971, pp. 789, 790.

<sup>192</sup> Correctamente, BGHSt., t. 24, p. 42; en detalle, FRISCH, *ZStW*, t. 99 (1987), pp. 367 ss., 386 ss.

<sup>193</sup> Esto es, ¡sin que se haya llegado a esta medida de la pena fundamentalmente debido a circunstancias especialmente graves relativas a la culpabilidad!

<sup>194</sup> Por lo tanto, en los hechos respecto de los que interesa su hipotética medida de la pena propia del ilícito, no se trata de los hechos pasados, sino de los que son de esperar, en lo cual, por cierto, teniendo en cuenta los límites de nuestras posibilidades de pronóstico, difícilmente pudiera resultar posible un pronóstico fundado sin hechos ya cometidos, correspondientemente graves.

<sup>195</sup> Véase *supra*, 1 y 2.

<sup>196</sup> Concretamente: hechos que bajo el aspecto del ilícito resultarían castigados con penas menores a seis meses quedan excluidos de antemano, pero también hechos que lo serían hasta un año (coincidentalmente para la custodia de seguridad, HANACK, en *LK*, § 66, n.º m. 109; al respecto, con relación a que esto no es diferente respecto de otras medidas privativas de libertad, *supra*, nota 187). Si su gravedad no es suficiente como para ejecutar una pena de prisión adecuada desde la perspectiva de la culpabilidad por razones generales de prevención general (cfr. § 56, párr. 1 y 3, StGB), entonces, tampoco sirve para fundar una injerencia de prevención especial respecto de la cual la gravedad de los hechos a ser evitados aun deba asumir aquella función de legitimación que en la pena es cumplida por la culpabilidad. Por ello, es correcto avanzar un paso más y exigir hechos que desde la perspectiva del ilícito llevarían a una pena de dos años; pues ese es el umbral a partir del cual la ley considera irrenunciable la ejecución también desde el punto de vista de la prevención general. (La posibilidad de condicionalidad prevista en el § 56, párr. 2, StGB, incluso en aquellos casos de intensa disminución de la culpabilidad –especialmente, en casos de conflicto– no se le opone, pues, por regla general, no cumple ninguna función en los casos de medidas.) En el sentido del límite de los dos años, p. ej., también PALLIN, en *Wiener Kommentar*, § 23, n.º m. 35. En el trasfondo delineado, la sentencia de BVerfGE, t. 70, p. 297 (véase al respecto MÜLLER-DIETZ, *JR*, 1987, p. 45 y TEYSSEN, *Festschrift für Tröndle*, 1989, p. 407), en la que se califica de

sólo en ese caso resulta inobjetable la privación puramente preventiva.

Naturalmente, la directriz delineada es sólo una fórmula auxiliar. A largo plazo, y a fin de no permitir que las inseguridades de la determinación de la pena se trasladen a las medidas, se debe exigir del legislador: que, por fin –mediante la mención en la Parte Especial o por enumeración–, diga qué delitos (o grupos valorativos de tales delitos<sup>197</sup>) resultan lo suficientemente significativos como para justificar la aplicación de precauciones tan graves y extraordinarias como las medidas preventivas. En mi opinión, resulta insoportable que, p. ej., respecto de medidas preventivas esencialmente menores desde el punto de vista temporal, como la prisión preventiva por peligro de reincidencia, los delitos respectivos se mencionen expresamente<sup>198</sup>, y que ello no ocurra, en cambio, con relación a la custodia de seguridad e internaciones de varios años<sup>199</sup>.

#### IV.

El objetivo de lo señalado hasta el momento fue el de delinear los fundamentos materiales de una concepción de prevención especial fundada en el Estado de Derecho. Las afirmaciones realizadas resultan válidas independientemente de si la intervención fundada en la prevención especial se realiza sobre el autor en forma de pena o de una medida diferente de la pena. Queda la cuestión final relativa a la forma adecuada: la realización del programa en la pena o en medidas especiales.

---

desproporcionada la continuación de una internación de un imputable disminuido que se prolongara ya once años, en relación con el hurto de un tapado de piel castigado con prisión de nueve meses, por cierto, constituye un paso en la dirección correcta. No obstante, no se debe perder de vista, que respecto de hechos del mencionado orden de medida, la internación no se tornó desproporcionada recién en el momento posterior en el que debió resolver el Tribunal Constitucional Federal. Aquí, en realidad, lo problemático era, a la luz de los parámetros mencionados más arriba, ya la imposición –por lo menos si para la internación en custodia de imputables disminuidos se exige similares umbrales de valor a los exigidos respecto de la custodia de seguridad–.

<sup>197</sup> La división de los delitos, desarrollada cada vez con más fuerza en la Parte Especial, en grupos valorativos (p. ej. delitos calificados, casos especialmente graves o especialmente leves, etc.) y su adecuada concreción (cfr. al respecto MONTENBRUCK, *Strafrahmen und Strafzumessung*, 1983, especialmente pp. 93 y ss.) ofrecen un punto de conexión excelente para una regulación más determinada del Derecho de medidas, p. ej., en tanto en el ámbito de los delitos contra la propiedad, el hurto simple (pero también la apropiación indebida) es excluida de antemano del ámbito de las medidas privativas de libertad, y se las limita a los casos de hurtos especialmente graves (con lo cual, entonces, dentro de esta clase nuevamente se deberían especificar los puntos de vista concretos delineados más arriba).

<sup>198</sup> Cfr. § 112a, StPO (¡aquí falta, por lo demás, el § 242, StGB!). Incluso los delitos que pueden dar motivo al control de conducta –a diferencia de los que entran en consideración para las medidas de seguridad privativas de libertad más grave– están destacados legalmente en particular (cfr. § 129a, párr. 7; § 181b; § 218, párr. 2, 3ª. oración; § 228; § 239c; § 245; § 256; § 262; § 263, párr. 5; § 263a, párr. 2; § 321, StGB).

<sup>199</sup> Naturalmente, esto presupone que uno sea de la opinión de que ciertos delitos quedan fuera del ámbito de las medidas privativas de libertad, o bien, de determinadas medidas privativas de libertad (véase al respecto, también, HANACK, en *LK*, § 63, n.º m. 55). La existencia de tales delitos (y, por cierto, más allá de la medida asumida por HANACK) se deriva del § 113, StPO (¡para determinados delitos no hay prisión preventiva!) y de la falta mención de determinados delitos en el control de conducta, así como del lineamiento mencionado *supra*, nota 196 (p. ej., delitos con pena máxima inferior a dos años).

1. Ya anteriormente se puso de manifiesto que esta cuestión no puede ser respondida simplemente haciendo referencia a los puntos de partida a ser elaborados y ya existentes en la pena o a las similitudes entre pena y medida<sup>200</sup>. Se trata de un problema de adecuación independiente. Su solución depende ante todo de si la pena, según las características esenciales y límites que se le atribuyen, puede asumir en forma irrestricta la concepción de prevención especial. Si aquí surgieran obstáculos quedaría por reflexionar acerca de la posibilidad y conveniencia de una disposición más allá de las características esenciales y restricciones obstaculizantes. Por cierto, la consideración de la conveniencia no se agota en una discusión acerca de características esenciales y restricciones insuperables. También queda por pensar acerca de qué forma de realización ofrece las mejores garantías para un manejo correcto, especialmente adecuado al Estado de Derecho, de la concepción de prevención especial.

Desde el punto de vista de la extensión, esta cuestión, en lo fundamental, sólo alcanza a un determinado segmento de la prevención especial. De antemano, la cuestión no se plantea respecto de personas a las que por razones médicas –en sentido amplio– no les resulta aplicable una pena, es decir, para el grupo de los inimputables (al momento del hecho). Aquí sólo entran en consideración medidas preventivas diferentes de la pena<sup>201</sup>. Lo mismo rige probablemente para los casos en los cuales por razones médicas en sentido amplio la capacidad de culpabilidad está fuertemente reducida<sup>202</sup>. La discusión “¿pena o medida?”, de este modo, se concentra –para el ámbito de las medidas privativas de libertad<sup>203</sup>– en los autores normalmente punibles, frente a los cuales parece necesaria la prevención especial dirigida, es decir, los autores reincidentes (múltiples o reiterantes) peligrosos<sup>204</sup>. Y esto significa: con relación a la justificación de la

---

<sup>200</sup> Cfr. *supra*, II.2, AE.

<sup>201</sup> Únicamente se podrá discutir acerca de si ellas deben ser ordenadas por el juez penal; cfr. ya VON LISZT (nota 7), t. 2, pp. 499 ss. Por cierto, hay buenas razones en este sentido, por lo menos en los casos en los que el juez penal ya se ocupó de los hechos por su posible punibilidad; véase al respecto, en breve, FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*, Tercera Parte.

<sup>202</sup> En relación con éstos, también en la mayoría de los estados se prevén medidas –orientadas a la curación o a la tutela–. Sólo existen diferencias en el sentido de que estas medidas diseñadas específicamente para la prevención especial, en parte, se aplican junto a la pena y son ejecutadas luego de ésta, en parte, sustituyen la ejecución de la pena (principio vicarial), pero en parte también son impuestas solas. Una excepción es Grecia, que en el art. 38, párr. 1, StGB, prevé, para autores de imputabilidad disminuida, la “pena” de encierro (relativamente indeterminado) en un establecimiento psiquiátrico, cuando son “peligrosos para la seguridad pública”. Hablan en contra de la calificación de estas medidas de seguridad recortadas como penas las objeciones señaladas bajo el punto 2.

<sup>203</sup> Para el ámbito de las medidas no privativas de libertad (p. ej. la pérdida del permiso de conducir, la prohibición de ejercer la profesión) la cuestión de una renuncia a la medida preventiva directamente no se plantea. En todo caso, únicamente se podrá discutir acerca de su realización en el Derecho penal, así como si no sería razonable, teniendo en cuenta el peso de esas medidas y sus efectos análogos a una pena (y, en parte, incluso a la producción intencionada de un mal; cfr. GEPPERT, *Die Bemessung der Sperrfrist bei der strafgerichtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis*, 1968, pp. 84 ss.), bajo determinados presupuestos, renunciar a una punición adicional

<sup>204</sup> El conjunto afectado es muy limitado. Pues para los autores (responsables), respecto de los cuales la medida entra más claramente en consideración por la gravedad de los hechos amenazantes, en muchos casos ya será suficiente con la pena prolongada, y, más allá de ello (¡por la extensión de la pena!), no existe la menor posibilidad de que se dé el fundamento personal de la injerencia (*supra*, 2.). Pero en los casos en los que el

existencia de la custodia de seguridad, o bien, del establecimiento para autores reincidentes peligrosos, de lo que se trata es de si la prevención que se ejerce en estas medidas no puede ser mejor lograda únicamente por medio de penas determinadas o indeterminadas, respectivamente mensuradas en más tiempo.

2. Si el problema nuevamente precisado de este modo es abordado con el parámetro de los criterios de adecuación precedentemente mencionados, la primera cuestión decisiva reza de este modo: según sus características esenciales y teniendo en cuenta las restricciones que se le imponen, ¿se halla la pena, normativamente, en condiciones de asumir la totalidad de la concepción de prevención especial?

Es evidente que esta pregunta no puede ser respondida en forma igualmente válida para todos los tiempos y para todos los estados posibles. La comprensión de la esencia de la pena, las ideas acerca de su justicia y acerca de los objetivos que se persiguen con ella oscilan en el espejo de la historia, así como en la comparación de los diversos ámbitos jurídicos<sup>205</sup>. Consecuentemente, aquí sólo es posible dar una respuesta con relación a la situación actual, y en esa medida, además, únicamente para el ámbito de la República Federal de Alemania, Austria y Suiza. Referida al estrecho ámbito de estos estados, en el punto de partida, la respuesta no deja dudas: la vinculación de la pena a la medida de la culpabilidad está establecida legalmente en los tres estados<sup>206</sup>. Además de ello, ella es reconocida como un principio elemental no sólo por aquellos que –como yo– ven la esencia de la pena en un reproche ético-social<sup>207</sup>; la vinculación a la culpabilidad tampoco es puesta en duda por quienes niegan esta caracterización<sup>208</sup>. El Tribunal Constitucional Federal, incluso, atribuye rango constitucional al principio de culpabilidad<sup>209</sup>. Con esto, queda claro: en el ámbito jurídico respecto al que me estoy refiriendo, una prevención

---

fundamento personal de la injerencia más claramente se da, bajo el aspecto de numerosos hechos previos, con frecuencia, el principio de proporcionalidad se opondrá a la imposición de una intervención preventiva. Con esto, condicionado por las circunstancias, queda un conjunto relativamente limitado de hechos, graves desde la perspectiva del ilícito (según lo dicho antes: en la medida en que justifiquen penas a partir de dos años), pero que regularmente no se corresponden con los delitos más graves (totalmente correcto, PALLIN, en *Wiener Kommentar*, § 23, n.º m. 35, e ÍDEM, *Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht*, n.º m. 166). Por lo tanto, no debería sorprender que este cuadro normativamente programado se refleje en la realidad de la custodia de seguridad.

<sup>205</sup> Correcto, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil I*, n.º m. 7 ss.; compárese, como constatación, sólo los amplios estudios de Historia del Derecho de VON BAR (nota 71), pp. 202 ss., y NAGLER, *Die Strafe*, 1918, así como –bajo el aspecto del Derecho comparado– la obra en tres tomos, compilada por JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate* (nota 4), especialmente en los capítulos I y II de los informes de los respectivos países.

<sup>206</sup> Cfr. § 46, párr. 1, StGB; § 32, párr. 1, öStGB; art. 63, schwStGB.

<sup>207</sup> Así, p. ej., BOCKELMANN/VOLK, *Allg. Teil*, pp. 2, 10; JESCHECK, *Allg. Teil*, pp. 18 s., 58, con otras detalladas referencias del caso (véase, p. ej., KARGL, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982) indiscutido reconocimiento del principio; STRATENWERTH, *Allg. Teil I*, n.º m. 190 ss., 11 ss., 29. En la jurisprudencia, p. ej., BGHSt., t. 2, pp. 194, 200; t. 10, pp. 259, 262 s. Respecto de Austria, cfr. las referencias de PALLIN, *Strafzumessung in rechtlicher Sicht*, n.º m. 2 s.; respecto de Suiza, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 7, n.º m. 6 ss.; SCHWANDER, *Das schweizerische Strafrecht*, 2ª. ed., 1964, pp. 20, 89.

<sup>208</sup> Así, p. ej., ROXIN, *ZStW*, t. 81 (1969), p. 637 (véase *supra*, nota 84).

<sup>209</sup> Cfr. BVerfGE, t. 6, pp. 389, 439; t. 9, pp. 167, 169; t. 20, pp. 323, 331; t. 28, pp. 386, 391; t. 45, pp. 187, 228; t. 50, pp. 125, 133. En Austria y Suiza, el contenido constitucional del principio aparece menos acentuado; cfr. p. ej., TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, Allg. Teil*, 1985, p. 248; EDER-RIEDER (nota 15), pp. 10 s.

especial que exige penas que van más allá de la medida de la culpabilidad constituye una solución incompatible con un principio totalmente aceptado. O formulado de otro modo: sólo si la pena adecuada a la culpabilidad fuera siempre tan extensa como durase la peligrosidad del autor, la pena estaría en situación de asumir el programa de prevención especial en forma irrestricta.

Justamente esto ha sido afirmado por algunos una y otra vez<sup>210</sup>, pero sin fuerza de convicción: si se entiende a la culpabilidad en el sentido de culpabilidad por el hecho, esto es, como la capacidad del autor para evitar el hecho en el momento de su acción o (según otro punto de vista) la actitud jurídicamente censurable que se pone de manifiesto en el hecho particular<sup>211</sup>, entonces, resulta evidente que esa culpabilidad puede ser bien pequeña, y perdurar la peligrosidad<sup>212</sup>. Pero aquí tampoco resulta de ayuda apoyarse en la culpabilidad por conducción de vida o por la decisión de vida<sup>213</sup>: si bien ellas modifican la medida de la culpabilidad, porque al autor se le cargan también aspectos de la conducción de vida o se le recorta la posibilidad de invocar la ausencia de capacidades al momento del hecho, a pesar de ello, no es posible afirmar seriamente que la culpabilidad así resumida retrospectivamente deba corresponderse exactamente con el tiempo durante el cual el autor es peligroso<sup>214</sup>.

<sup>210</sup> Así, ya VON LISZT (nota 7), t. I, p. 174 ss.; seguido, p. ej., por EB.SCHMIDT, *ZStW*, t. 45 (1931), p. 227; ÍDEM, *Niederschriften* (nota 56), p. 52: el delincuente habitual peligroso, por la situación de su valor social, se halla en una culpabilidad calificada, que hace aparecer como justificada, también desde la situación de la justicia, una pena de aseguramiento indeterminada. Similar, H. MAYER, *Allg. Teil*, 1953, pp. 40, 380, e ÍDEM, *Allg. Teil*, 1967, p. 185. Otros autores, si bien ven a la peligrosidad del autor como elemento de la culpabilidad (cfr. p. ej. PALLIN, *Strafzumessung in rechtlicher Sicht*, n.º m. 17; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, p. 58), no niegan totalmente, aun sobre esa base, la admisibilidad de las medidas.

<sup>211</sup> Tampoco entre los sostenedores de la opinión dominante, que rechazan en forma coincidente la culpabilidad de autor y que se apoyan en la llamada culpabilidad por el hecho, se halla unívocamente determinado qué se entiende exactamente por dicha culpabilidad; en el sentido de la primera descripción, p. ej., STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, especialmente, pp. 28 ss. (con la correcta indicación de que sólo se trata de la presencia o la ausencia de condiciones previas de tal capacidad), similar, HORN, en *SK StGB*, § 46, n.º m. 37 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil*, vol. II, § 63, n.º m. 7 ss.; en el sentido de la segunda descripción, p. ej., JESCHECK, *Allg. Teil*, pp. 380, 794; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil, Lehrbuch*, 6/16 ss., 10/5, 20/59; BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2ª. ed., 1974, pp. 393 ss. Para la propia opinión, cfr. FRISCH, *ZStW*, t. 99 (1987), pp. 381 ss.

<sup>212</sup> Cfr. por todos, BRUNS (nota 211), pp. 215 ss. (en el marco de la discusión sobre las antinomias); MAURACH/ZIPF, *Allg. Teil*, vol. I, § 5, n.º m. 4 ss.; STRATENWERTH (nota 211), pp. 22 ss.

<sup>213</sup> U otras teorías de la culpabilidad de autor (culpabilidad de carácter; culpabilidad de disposición); en detalle con relación a las diferentes clases y su problemática, BRUNS (nota 211), pp. 538 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2ª. ed., 1976, pp. 187 ss., respectivamente con otras referencias; acerca de la discusión en Suiza, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 7, n.º m. 7 ss.; para Austria, p. ej., NOWAKOWSKI, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 69 s., y BURGSTALLER, *ZStW*, t. 94 (1982), pp. 135 s.

<sup>214</sup> Más aun teniendo en cuenta que esta duración de la peligrosidad es totalmente indeterminada, y, p. ej., puede ser modificada por circunstancias externas (un accidente, p. ej.), mientras que una culpabilidad de autor retrospectiva, al igual que la culpabilidad por el hecho, debe estar fija; correctamente, JAKOBS, *Allg. Teil*, 1/54. En verdad, se trata en todo caso de la cuestión del tener que responder por la peligrosidad (en el sentido de un deber de tolerancia frente a las injerencias). Pero este deber, como lo muestra ya el ejemplo de los enfermos mentales, no tiene absolutamente nada que ver con la cuestión de una culpabilidad (correctamente, BRUNS [nota 211], p. 547).

Si la medida de la culpabilidad y las necesidades de prevención especial, según lo dicho, divergen –y, en algunos casos, por cierto, considerablemente–, entonces, quedaría como único camino para realizar la prevención especial en la pena, renunciar a la vinculación de ésta a la culpabilidad. No creo que valga la pena discutir demasiado esta cuestión para el ámbito jurídico alemán. En la medida en que se vea en la vinculación a la culpabilidad un principio de rango constitucional, la alternativa, de todos modos, es bastante irreal. Pero aun con independencia de ello, en mi opinión, el abandono de ese principio resulta totalmente desaconsejable. El precio del abandono de la vinculación a la culpabilidad<sup>215</sup>, en pos de la inclusión de una clase limitada de casos, sería demasiado alto, porque, de este modo, la pena ya no podría cumplir una importante función para la preservación general del derecho, justamente en casos de criminalidad grave, a saber: expresar el valor del hecho según los parámetros del ordenamiento jurídico, cuán significativo es el fracaso personal que él pone de manifiesto según los parámetros del ordenamiento jurídico<sup>216</sup>.

Ya estas reflexiones muestran que la pena no puede ser sobrecargada con la totalidad de la carga de prevención especial. La adecuación de esta conclusión queda subrayada adicionalmente por reflexiones que, a primera vista, podrían parecer pragmáticas, pero que, vistas en profundidad, derivan nuevamente del Estado de Derecho. La presentación de los límites de la concepción de prevención especial legítimas desde la perspectiva del Estado de Derecho ha demostrado que su concreción exhibe una cantidad de difíciles cuestiones dudosas, resueltas, en parte, en forma poco satisfactoria<sup>217</sup>. Convertir la totalidad de las cuestiones dudosas en cuestiones de determinación de la pena, lo cual sería la consecuencia necesaria de la incorporación de la prevención especial en la pena, teniendo en cuenta la situación actual de desolación de la dogmática de la determinación de la pena preventivo-especial<sup>218</sup>, el restringido interés de la ciencia en esta materia y el limitado control que ejercen los tribunales superiores<sup>219</sup>, me parece la

<sup>215</sup> Ello, por cierto, en nada modificaría el hecho de que la pena, en muchos de aquellos casos en los cuales no existen necesidades preventivo-especiales manifiestas, en el sentido de ciertas exigencias expresables temporalmente, seguiría siendo mensurada –ya por la ausencia de otros parámetros– según la culpabilidad. En este sentido, ya VON LISZT (nota 7), t. I, pp. 172 s., y como ejemplo actual, Inglaterra, con su separación entre la pena “tarifada”, pensada para el caso normal, y la “pena de prisión prolongada”, correspondiente en buena medida a las necesidades de prevención especial; cfr. HUBER, *Landesbericht England*, en JESCHECK (nota 30), pp. 192, 202 ss.

<sup>216</sup> Este es el núcleo, válido hasta hoy, de la resistencia de los clásicos a la orientación de la pena únicamente según necesidades de prevención especial (cfr. ya R. SCHMIDT [nota 8], pp. 284 s.): dos funciones diferentes (calificación de la medida del fracaso; satisfacción de las necesidades de aseguramiento) sólo pueden ser satisfechas por dos instrumentos diferentes.

<sup>217</sup> Cfr. especialmente III.2 a 4, si bien las cuestiones delineadas no constituyen más que una selección ejemplificativa.

<sup>218</sup> La dogmática de la determinación de la pena en casación está orientada en la actualidad casi totalmente a la culpabilidad, y existe en este ámbito una falta casi completa de una dogmática de la prevención elaborada que se apoye en las necesidades preventivas. Correctamente ya STRATENWERTH (nota 211), p. 31; al respecto, con más detalle, FRISCH, *ZStW*, t. 99 (1987), pp. 377 ss.

<sup>219</sup> Si bien en los últimos años la revisibilidad de la determinación de la pena ha avanzado (con más detalle, BRUNS [nota 211], pp. 645 ss.; ÍDEM, *Das Recht der Strafzumessung*, 2ª. ed., 1985, pp. 296 ss.; FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, 1971; ZIPF, *Die Strafmaßrevision*, 1969), los tribunales de revisión continúan siendo reticentes a controlar, justamente, la cuestión de la medida, que resulta relevante desde el

peor solución en la que se puede pensar, y esto, tanto desde el punto de vista de la justicia material como desde el de la formal. Si bien agravaciones legales por reincidencia<sup>220</sup> producirían una cierta estabilización, ellas no aseguran –como lo muestra la historia–, sin duda, la medida de garantía para la libertad del ciudadano que puede ofrecer un sistema de medidas regulado con una orientación detallada<sup>221</sup>. Y, además, ellas hacen desaparecer de la concepción de intervención preventiva la presión de legitimación frente a lo excepcional, presión a la cual sí continuaría expuesto para la fundamentación de sus injerencias en el marco del Estado de Derecho, en forma irrenunciable –¡afortunadamente!–, un sistema de medidas que formule sin tapujos la idea de prevención<sup>222</sup>.

---

aspecto de “adicionales” motivados en prevención especial (cfr. BRUNS, *Recht der Strafzumessung*, pp. 304 ss., y FRISCH, *ZStW*, t. 99 [1987], pp. 802 s.).

<sup>220</sup> Con ellas operan algunos estados extranjeros que renuncian a las medidas frente a autores reincidentes (cfr. *supra*, notas 30, 31 y 42 a 45).

<sup>221</sup> Las malas experiencias con estos preceptos, que condujeron a la derogación de las diversas agravaciones por reincidencia (p. ej., del § 244, pero también del § 48, StGB, anterior redacción), deberían servir aquí de advertencia suficiente.

<sup>222</sup> Destacado con razón por KAISER, *Festschrift für Pallin*, p. 204, y STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil II*, § 1, n.º m. 76.

***Bibliografia citada***

ALBRECHT, *Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten*, 1981

ANTTILA, «Neue Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien», *ZStW*, t. 95 (1983)

BACIGALUPO, en «Lüttger» (comp.), *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, 1979

VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts*, 1882

BARREIRO JORGE, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, 1976

BARSCHEL B., *Theoretische Möglichkeiten und Grenzen der Strafrechtspolitik einer politischen Partei*, tesis doctoral, 1970

BAUR, «Anmerkungen zum gegenwärtigen Zustand des Maßregelvollzuges – Größenordnungen, Zuständigkeiten, Organisation, Defizite», en BLAU/KAMMEIER (comp.), *Straftäter in der Psychiatrie*, 1984

BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908

BERNARDS, «Landesbericht Frankreich», en JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, 1983

BINDING, *Grundriß des Gemeinen Deutschen Strafrechts I*, 5ª. ed., 189.

BIRKMEYER, «Gedanken zur bevorstehenden Reform der deutschen Strafgesetzgebung», *GA*, 1901

BIRKMEYER, *Strafe und sichernde Maßnahmen*, 1906

BIRKMEYER, «Schutzstrafe und Vergeltungstrafe», *GS*, 67 (1906)

BINDING, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8ª. ed., 1913

BLAU, *Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Maßregeln im iberamerikanischen Strafrecht*, 1951

BLEI, «Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Maßregeln», *JA*, 1971

BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª. ed., 1987

BÖHM, «Zur Sozialtherapie», *NJW*, 1985

BÖKER/HÄFNER, *Gewalttaten Geistesgestörter*, 1973

- BOSCH, «Landesbericht Italien», en JESCHECK *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate I*, 1983
- BRUGGER, Winfried, Staatszwecke im Verfassungsstaat, *NJW*, 1989
- BRUNS, «Richterliche Überzeugung bei „Prognose-Entscheidungen“ über Sicherungsmaßnahmen», *JZ*, 1958
- BRUNS, *Strafzumessungsrecht: Gesamtdarstellung*, 2<sup>a</sup>. ed., 1974
- BRUNS, *Das Recht der Strafzumessung*, 2<sup>a</sup>. ed., 1985
- BULL, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2<sup>a</sup>. ed., 1977
- BURGSTALLER, «Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich», *ZStW*, 94 (1982)
- BURGSTALLER, «Empirische Daten zum neuen Strafrecht», *ÖJZ*, 1983
- VON BURI, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZStW*, 4 (1884)
- BUSCHLINGER, G., «Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht», *DÖV*, 1965
- CALLIES/MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetz*, 4<sup>a</sup>. ed., 1986
- CORNILS, «Landesbericht Schweden», en JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, 1983
- DALLINGER, W., «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR*, 1972
- DALLINGER, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR*, 1975
- DEARING, «Landesbericht Österreich», en: JESCHECK (comp), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate, t. I*
- DEHLER/ SCHMIDT EB., [comp.], *Gustav Radbruch Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches*, 1952
- DREHER, «Vereinheitlichung von Strafen und Sicherungsmaßnahmen», *ZStW*, 65 (1953)
- DREHER, «Die erste Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission», *ZStW*, 66 (1954)
- DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 44<sup>a</sup>. ed., 1988
- DÜRIG, en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, 1958

DÜRIG, en MANZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, 1987

EDER-RIEDER, *Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen*, 1985

ELLSCHIED/HASSEMER, «Strafe ohne Vorwurf», en CIVITAS, *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, IX, 1970

ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, 1969

EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, 1914

FLANDRAK, *Die persönlichen Sicherungsmittel im Strafrecht und im Strafverfahren*, 1932

FREUND, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, 1987

FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, 1971

FRISCH, «Das Marburger Programm und die Maßregel der Besserung und Sicherung», *ZStW*, 94 (1982)

FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983

FRISCH, «Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik», *ZStW*, 99 (1987)

FRISCH, *Gegenwartsprobleme des Maßregelrechts*

FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, 1987

GEERDS, «Zur Kriminellen Prognose», *MschKrim.*, 1960

GEISLER, *Die Sicherungsverwahrung im englischen und deutschen Strafrecht*, 1967

GEPPERT, *Die Bemessung der Sperrfrist bei der strafgerichtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis*, 1968

GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942

GERMANN, «Maßnahmen des schweiz. StGB», *SchwZStR*, 73 (1958)

GIMBERNAT ORDEIG, «Das spanische Strafrecht», en MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK (comp.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, VI, 1982

GÖPPINGER, *Kriminologie*, 4<sup>a</sup>. ed., 1980

GRAßBERGER, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1956

GRAßBERGER, R., «Die Strafe», *ÖJZ*, 1961

GREISER, P., «Die Serientat und der „schwere wirtschaftlicheschaden“ im neuen Recht der Sicherungsverwahrung», *NJW*, 1971

GRUNAU, «Auf dem Weg von der Strafanstalt zur Sozialklinik», *DRiZ*, 1971

GRÜNWARD, «Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962», *ZStW*, 76 (1964)

GRÜNWARD, «Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik und in der DDR», *ZStW*, 82 (1970)

HAAG, *Rationale Strafzumessung*, 1970

HAFFKE, «Gibt es ein verfassungsrechtliches Besserungsverbot?», *MschKrim.*, 58 (1975)

HAFTER, «Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche», *SchwZStR*, 17 (1904)

HALL, «Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe», *ZStW*, 70 (1958)

HAMANN/LENZ, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3<sup>a</sup>. ed., 1970

HANACK, *JR*, 1977

HANACK, en B. MÜLLER, *Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung*, 1981

HANACK, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10<sup>a</sup>. ed., 1985

HARTMANN N., *Ethik*, 2<sup>a</sup>. ed., 1935

HEINITZ, «Auslands- und Völkerstrafrecht», *ZStW*, 66 (1954)

HEINITZ, *Die Individualisierung von Strafen und Maßnahmen*, 1960

HELLMER, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung*, 1961

HELLMER, J., «Strafrecht. Verfassungsrecht. StGB §§ 20a», *42e JZ*, 1969

HENKE, «Das subjektiv öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei», *DVBl*, 1964

- HENKEL, H., «Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche», *ZStW*, 57 (1937/38)
- HERZOG, S., *Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens*, *JR*, 1969
- HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, 1971
- HINZ, *Recht und Psychiatrie*, 1985
- VON HIPPEL, E., *Allgemeine Staatslehre*, 2<sup>a</sup>. ed., 1967
- VON HIPPEL, R., «Zur Abgrenzung justizrechtlicher Sätze im Strafrecht», *JR*, 1978
- HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981
- HOFMANN, *Die Verwahrung nach Art. 42 StGB, insbesondere in der Praxis der Ostschweizer Konkordats-Kantone*, tesis doctoral Zürich, 1985
- HOLTZ, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR*, 1981
- HOLTZ, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR*, 1989
- HORN, en *Systematischer Kommentar zum StGB*
- HORSTKOTTE, *Strafrechtliche Fragen zur Entlassungspraxis nach § 67 d Abs. 2 StGB*, *MschKrim.*, 1986
- HORSTKOTTE, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10<sup>a</sup>. ed., 1985
- HUBER, «Landesbericht England», en JESCHECK *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate, I*, 1983
- HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, 1971
- HÜHNERFELD, «Neues Strafrecht in Portugal», *JZ*, 1983
- JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, 3<sup>a</sup>. ed., 1921
- JESCHECK, *Festschrift für Heinitz*, 1972
- JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, 1983/84
- JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner. Teil*, 4<sup>a</sup>. ed., 1988
- KAISER, *Kriminologie, Lehrbuch*, 2<sup>a</sup> ed., 1988

- KAISER, «Neue Wege im Maßnahmenvollzug», *ZStW*, 100 (1988)
- KAISER, *Festschrift für Pallin*, 1989
- KAISER, *Kriminologie. Einführung*, 8<sup>a</sup>. ed., 1989
- KAISER/DÜNKEL/ORTMANN, «Die sozialtherapeutische Anstalt – Ende einer Reform?», *ZRP*, 1982
- KARGL, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982
- KAUFMANN ARTH., *Das Schuldprinzip*, 2<sup>a</sup>. ed., 1976
- KAUFMANN H., *Kriminologie III*, 1977
- KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung», *GA*, 1989
- KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1985
- KOHLRAUSCH, «Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand», *ZStW*, 44 (1924)
- KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB*, 43a. ed., 1961
- KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985
- KRÜGER, Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, *NJW*, 1973
- KUDRJAVCEV, i.a., «Das sowjetische Strafrecht», en MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK [comp.], *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, t. 6, 1982
- KÜHL/SCHUMANN, *Recht und Psychiatrie*, 1989
- LACKNER, *StGB*, 18<sup>a</sup>. ed., 1989
- LAMMASCH, *ZStW*, 9 (1989)
- LANG-HINRICHSSEN, *Das Straffensystem im ausländischen Strafrecht*, 1955
- LANG-HINRICHSSEN, *Leipziger Kommentar zum StGB*, 9<sup>a</sup>. ed., 1972
- LANGE, *Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung*, 1952
- LECKNER, «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit», en GÖPPINGER/WITTER (comp.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, I, 1972

VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZStW*, 3 (1883)

VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905

LÜBBE-GOTSCHOL, «Landesbericht Kanada», en JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, 1983

MARQUARDT, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel*, 1972

MAURACH/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I*, 7<sup>a</sup>. ed., 1987

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II*, 7<sup>a</sup>. ed., 1989

MAURER, «Landesbericht Spanien», en JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, 1983

MAYER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1953

MAYER, H., *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962

MAYER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1967

MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke*, 1892

MIR PUIG, «Das Rechtsfolgensystem im spanischen Entwurf eines Strafgesetzbuchs», *ZStW*, 93 (1981)

MONTENBRUCK, *Strafrahmen und Strafzumessung*, 1983

MONTENBRUCK, *Abwägung und Umwertung*, 1989

MOOS, «Die authentische Interpretation der Strafschärfung beim Rückfall nach § 39 StGB und der Schuldbegriff», *ÖJZ*, 1980

MUELLER, «Eine amerikanische Stellungnahme zum Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1960», *ZStW*, 73 (1961)

MÜLLER-DIETZ, *Strafbegriff und Strafrechtspflege*, 1968

MÜLLER-DIETZ, *Strafe und Staat*, 1973

MÜLLER-DIETZ, *Ferstschrift für Dreher*, 1977

MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979

MÜLLER-DIETZ, «Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63 StGB», *NStZ*, 1983

MÜLLER-DIETZ, «Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems», *JR*, 1987

VON MÜNCH, *Grundgesetz-Kommentar*, 3<sup>a</sup>. ed., 1985

MUÑOZ CONDE, «Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht», *GA*, 1984

NAGLER, *Verbrechensprophylaxe und Strafrecht*, 1911

NAGLER, *Die Strafe*, 1918

NAGY, «Das Recht der strafrechtlichen Maßregeln in Ungarn», *ZStW*, 97 (1985)

NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962

NOLL, «Neue Wege und alte Widerstände in der deutschen Strafrechtsreform», *SchwZStR*, 86 (1970)

NOWAKOWSKI, *Festschrift für Rittler*, 1957

NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*, 1962

NOWAKOWSKI, *Festschrift für von Weber*, 1963

NOWAKOWSKI, «Vom Schuld- zum Maßnahmenrecht?», en *Kriminologische Gegenwartsfragen*, cuaderno 10, 1972

NOWAKOWSKI, *Festschrift für Broda*, 1976

PALLIN, *Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht*, 1982

PALLIN, en *Wiener Kommentar*, 1984

PETERS, *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960

PLAGEMANN, «Landesbericht USA», en JESCHECK [comp.], *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, 1983

PREISER, «Die Nichtigkeitserklärung von § 73 Abs. 2 und 3 des Bundessozialhilfegesetzes und ihre Folgen», *ZStW*, 80 (1968)

PROBST, «Geistig abnorme Rechtsbrecher – Probleme der Rechtsprechung», en Österreichisches Bundesministerium der Justiz (comp.), *Bezauer Tage*, 1986 – *Chancen und Grenzen der*

*vorbeugenden Maßnahmen*, 1987

RASCH, *Festschrift für Blau*, 1985

RASCH, *Forensische Psychiatrie*, 1986

REINER, H., *Der Grund der sittlichen Bindung und das sittlich Gute*, 1932

RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, I, 2<sup>a</sup>. ed., 1954

ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS*, 1966

ROXIN, «Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs», *ZStW*, 81 (1969)

SAX, «Grundsätze der Strafrechtspflege», en BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHEUNER (comp.), *Die Grundrechte*, III/2, 2<sup>a</sup>. ed., 1972

SCHACHERT, *Kriminologische Untersuchungen an entlassenen Sicherungsverwahrten*, 1963

SCHACHERT, *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderauschusses für die Strafrechtsreform*, BT-Drucks. V/4094

SCHÄFER/WAGNER/SCHAFHEUTLE, *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung*, 1934

SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4<sup>a</sup>. ed., 1962

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2<sup>a</sup>. ed. 1975

SCHMIDT, EB., «Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils», *ZStW*, 45 (1931)

SCHMIDT, EB., «Eröffnungsansprache auf der Tagung der Arbeitsgemeinschaft zur Reform des Strafvollzuges», *ZStW*, 64 (1952)

SCHMIDT, EB., «Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform», *ZStW*, 69 (1957)

SCHMIDT, EB., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3<sup>a</sup>. ed., 1965

SCHMIDT, R., *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, 1895

SCHMIDT, R., *Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung*, 1912

- SCHMITT, R., *Festschrift für Würtemberger*, 1977
- SCHÖCH, «Rettet die sozialtherapeutische Anstalt als Maßregel», *ZRP*, 1982
- SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang*, 1969
- SCHÜLER-SPRINGORUM, *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, 1986
- SCHULTZ, «Probleme der Strafrechtsreform in der Schweiz», *ZStW*, 67 (1955)
- SCHULTZ, «Das Erbe Franz von Liszts und die gegenwärtige Reformsituation in der Schweiz», *ZStW*, 81 (1969)
- SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 3<sup>a</sup>. ed., 1977
- SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, 1987
- SCHÜSSLER, «Todesstrafe und Grundgesetz im Auslieferungsverhalten», *NJW*, 1965
- SCHWANDER, *Das schweizerische Strafrecht*, 2<sup>a</sup>. ed., 1964
- SESSAR, *Die Entwicklung der Freiheitsstrafe im Strafrecht Frankreichs*, 1973
- SIMSON, *Das schwedische Strafgesetzbuch von 1962*, 1976
- SOLNAF, *en Stato di diritto e misure di sicurezza*, 1962
- SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954
- STOOSS, *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil (ausgearbeitet im Auftrage des Bundesrates)*, 1893
- STOOSS, «Der Geist der modernen Strafgesetzgebung», *SchwZStR*, 9 (1896)
- STOOSS, «Strafe und sichernde Maßnahme», *SchwZStR*, 18 (1905)
- STOOSS, «Zur Natur der sichernden Maßnahmen», *SchwZStR*, 44 (1930)
- STRATENWERTH, «Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen» *SchwZStR*, 82 (1966)
- STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, 1<sup>a</sup>. ed., 1970

STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972

STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3a. ed., 1981

STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1982

STRATENWERTH, G., «Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Massnahmen», *SchwZStR*, 105 (1988)

STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960

STREE, *In dubio pro reo*, 1962

STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 23<sup>a</sup>. ed., 1988

TEYSSEN, *Festschrift für Tröndle*, 1989

TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1985

UNGEWITTER, «Verfassungswidrigkeit der. Anrechnungsversagung nach § 67 IV 2 StGB», *MDR*, 1989

VOLCKART, *Maßregelvollzug*, 2<sup>a</sup>. ed., 1986

WEIGEND EWA, «Landesbericht Polen», en JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, I, 1983

WEINZIERL, *ZStW*, 17 (1897)

WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 3<sup>a</sup>. ed., 1954

WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11<sup>a</sup>. ed., 1969

ZIPF, *Die Strafmaßrevision*, 1969

ZLATARIČ, «Kriminalpolitische Tendenzen der neuen Strafgesetzbücher einiger sozialistischer Länder», *ZStW*, 82 (1970)