

Alegato contra el carácter aflictivo de las medidas de seguridad

VIVIANA CARUSO FONTÁN

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

RESUMEN

La asociación comúnmente realizada entre las medidas de seguridad y las sanciones ha traído consecuencias nefastas en el tratamiento de los sujetos inimputables que, aquejados por una alteración o trastorno mental grave, llevan a cabo hechos tipificados por la norma penal como delito. En este trabajo se recurre al concepto de norma penal para negar esta vinculación y se sugiere la conveniencia de relegar a otros ámbitos más idóneos esta clase de situaciones, de modo que a través del traspaso de competencias a las Comunidades autónomas el foco de atención de estos sujetos pueda situarse en el aspecto asistencial.

Palabras clave: medidas de seguridad, sanciones, consecuencias jurídicas, inimputabilidad, enfermedad mental.

ABSTRACT

The association commonly made between security measures and sanctions has brought disastrous consequences in the treatment of subjects who, suffering from a serious mental alteration or disorder, carry out acts classified by criminal law as a crime. In this work, the concept of criminal law is used to deny this connection and the convenience of relegating this type of situation to other more suitable areas is suggested, so that through the transfer of powers to the Autonomous Communities the focus of attention of these subjects could be placed in the healthcare aspect.

Keywords: security measures, sanctions, legal consequences, non-imputability, mental illness.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La sanción como elemento de la norma jurídica. 1. El enfoque estructural. 2. El enfoque funcional.–III. Repercusión de las posturas analizadas en la estructura y función de la norma penal.–IV. El rechazo al carácter afflictivo de las medidas de seguridad.–V. Consideraciones finales.–VI. Bibliografía consultada

I. INTRODUCCIÓN(1)

Existen aspectos de la realidad que son demasiado duros y que el ser humano instintivamente aparta de su consciencia para hacer más llevadera su vida. El problema de la enfermedad mental es buen ejemplo de esas situaciones que pretendemos inconscientemente ignorar en nuestra búsqueda incansable de la felicidad. Las consecuencias que se derivan de esta actitud indolente son devastadoras tanto para las personas que sufren estos trastornos como para su entorno más cercano. Lo cierto es que mientras empleamos acalorados esfuerzos en luchar por causas frívolas pero populares, el colectivo de los enfermos mentales, cuya vulnerabilidad sí resulta innegable, se encuentra en situación de desamparo. En este contexto, resulta especialmente alarmante la coyuntura en la que se encuentran en España los enfermos que han llegado a cometer hechos tipificados por la ley como delito. Los informes de organismos de defensa de los Derechos Humanos ponen claramente de manifiesto que los Centros Psiquiátricos Penitenciarios de nuestro país no tienen capacidad suficiente para albergar a todos los enfermos a los que se les ha aplicado una medida de seguridad, razón por la que, buena parte de ellos, se encuentran abandonados a su suerte en las enfermerías de los Centros de Internamiento Ordinario(2). A esta situación se suma el hecho de que aquellos indi-

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, «La condena de los excluidos, fronteras institucionales de los Derechos Humanos» PID 2021-122498 NB-I00.

(2) Se recurre a un eufemismo judicial y administrativo para equiparar a las enfermerías de los centros penitenciarios con unidades psiquiátricas, situación que ha sido denunciada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2018, de 16 de julio. Al respecto, ver, LACAL CUENCA, P. y SOLAR CALVO, P., «Enfermos Mentales y Justicia. Por un cambio de modelo», en *Diario LA LEY*, núm. 9474, de 10 de septiembre de 2019, pp. 6 ss. ARROYO COBO, J. M., «Los problemas de salud mental en las prisiones, vistos desde la atención primaria», en *Norte de Salud Mental*, vol. 6, núm. 25, 2006, p. 41. LEGANÉS GÓMEZ, S., «Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)», en *La*

viduos que sí han conseguido una plaza en los centros especializados tampoco reciben la asistencia médica necesaria, ya que la estructura de estos hospitales otorga absoluta prioridad al aspecto «securitario» frente al «tratamental»(3).

No resulta difícil llegar a la conclusión de que la primera causa de esta situación es la falta de interés que la materia suscita desde el punto de vista electoral, lo que ha llevado a destinar escasos medios económicos para su gestión. Pero, a nuestro criterio, esta no es la única razón que ha contribuido a desembocar en la actual tesitura. A la historia del Derecho penal, en general, y a la deriva de la política criminal contemporánea, en particular, puede imputarse buena parte de la estigmatización que sufren a diario estas personas, a quienes atribuímos, sin mayor problema, la condición de delinquentes.

Se ha puesto de manifiesto que la política criminal actual está dejando atrás el modelo del Derecho penal mínimo para acercarse a un peligroso Derecho penal de la seguridad. Así, una de las características más destacadas de este nuevo paradigma sería el incremento de la preocupación general sobre la delincuencia y el miedo a ser víctima de un delito. Se encuentra extendida entre la población la sensación de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema(4). Este

Ley Penal, núm. 76, noviembre 2010, p. 5. Existen diversos estudios sobre la situación de los enfermos mentales en prisión. Entre ellos, «Las personas con discapacidad intelectual en prisión», Separata del volumen II del Informe anual 2018 del Defensor del Pueblo. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/09/Separata_discapacidad_en_prision.pdf (visto 20 de julio de 2023); «Situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces», Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, de 1998. Disponible en: <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/situacion-de-los-enfermos-mentales-internados-en-centros-penitenciarios-andaluces> (Visto 20 de julio de 2023); el Informe Prevalencia de trastornos mentales en Centros Penitenciarios españoles (Estudio PRECA), del grupo de trabajo de Salud Mental en Prisiones de la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria y de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 2011. Disponible en: <https://consaludmental.org/publicaciones/EstudioPRECA.pdf> (visto 20 de julio de 2023). El Estudio sobre salud mental en el medio Penitenciario, de la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria, diciembre 2006. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/eu/organizacion/sns/planCalidadSNS/boletinAgencia/boletin10/estudio_saludMental_medio_penitenciario.pdf (visto 20 de julio de 2023).

(3) BARRIOS FLORES, L. F., «El internamiento psiquiátrico penal en España, situación actual y propuestas de futuro», en *Norte de salud mental*, 2021, vol. XVII, núm. 64, pp. 25-38. Del mismo también ver, «Origen, evolución y crisis de la institución psiquiátrica penitenciaria», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2007, vol. XXVII, núm. 100, pp. 473-500.

(4) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, p. 8.

escenario no resulta ser un ambiente propicio para la aplicación de medidas que sustituyan la «prisonización» por el aspecto asistencial, situación que concuerda, además, con el criterio restrictivo que mantienen los jueces en relación con la aplicación de eximentes y atenuantes. En este contexto no parece sorprendente que los tribunales se sientan temerosos de dictar medidas que puedan contribuir, siquiera sea de forma excepcional, a la repetición de hechos delictivos.

Otra de las consecuencias de la asunción de este nuevo modelo es la desaparición de la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional. En efecto, este tipo de delincuencia solía interpretarse como una desafortunada consecuencia de las circunstancias de pobreza y marginalidad en la que se encontraban algunos sectores de la sociedad frente a la cual había que reaccionar con penas adecuadas a los fines resocializadores. En sentido opuesto, esta visión ha sido reemplazada por un absoluto protagonismo de los intereses y sentimientos de las víctimas que deben ser a toda costa retribuidas. En este contexto, cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios, supone una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena(5). La aplicación de medidas de seguridad no resulta ser una excepción a esta norma, de forma que la absolución del acusado por la existencia de alteraciones mentales suele ser vista como un recurso para esquivar las merecidas consecuencias de la aplicación de las normas penales. En suma, la marcada tendencia social a utilizar el Derecho penal para reducir a su mínima expresión todo posible peligro, anula cualquier intento de humanizar la encarcelación de sujetos considerados como un foco de riesgo, independientemente de la causa que lo origine.

A la dogmática penal también podemos responsabilizarla, en buena parte, del imaginario colectivo que gira en torno a la enfermedad mental. En el año 1964, el jurista argentino Sebastián Soler publicaba en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* un trabajo titulado «Las medidas de seguridad no son sanciones»(6), en el que hacía gala de una claridad expositiva propia de los grandes penalistas de su época. En este estudio, el autor ponía de manifiesto la contribu-

(5) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal...», *op. cit.*, p. 9.

(6) SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 17, fasc/mes 2, 1964, pp. 215-228. En palabras de Soler, «Es, en efecto, casi un lugar común de apariencia inofensiva el empleo de la expresión –sanciones– para designar a penas y medidas de seguridad al mismo tiempo» [...] «Después de haberse frustrado el empeño por construir un Derecho penal basado en la sistemática de unir penas y medidas, el asunto no resulta nada trivial».

ción del positivismo a la confusión conceptual que asocia a la institución de las medidas de seguridad con las sanciones, confusión que, a pesar de ser aparentemente inofensiva, ha traído consigo nefastas consecuencias(7).

Como es sabido, las medidas de seguridad surgen como solución de compromiso para intentar solventar la llamada «lucha de escuelas» que se planteó entre dos posiciones fuertemente encontradas, la escuela clásica(8) y el positivismo italiano(9), al que siguieron posturas más moderadas, entre ellas, la escuela sociológica alemana liderada por Franz Von Liszt(10). En este contexto, la propuesta de Stoss intentaba contentar a ambas facciones, ofreciéndole a cada una de ellas una consecuencia jurídica configurada de acuerdo con sus postulados(11). Así, de acuerdo con el criterio retributivo defendido por la

(7) Incluso, la definición del término «medida de seguridad» que se encuentra en el *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, reza de la siguiente forma: «Sanción penal que se aplica a un sujeto que es declarado criminalmente peligroso tras la comisión de un delito». Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/medida-de-seguridad> (Visto 19 de febrero de 2024)

(8) KANT, I., *La metafísica de las costumbres* (Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho), Madrid, 1989, p. 168. Al respecto, también ver, ANTÓN ONECA, J., *Obras*, T. I, Buenos Aires, 2000, p. 155. DURÁN MIGLIARDI, M., «Teorías absolutas de la pena, origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual», en *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2011, p. 123.

(9) LOMBROSO, C., «Über der Ursprung, das Wesen und die Bestrebungen der neuen anthropologisch-kriminalistischen Schule in Italien», en *ZStW*, núm. 1, 1881, p. 108. Sobre la vida y obra de Cesare Lombroso, ampliamente, KRÄPELIN, F., «Lombrosos Uomo delinquente», en *ZStW*, 1885, núm. 5, p. 669. FERRI, E., «Das Verbrechen in seiner Abhängigkeit von dem jährlichen Temperaturwechsel», en *ZStW*, 1882, núm. 2, p. 11. Del mismo, *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, 1.ª edición, (Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz), Madrid, 1933, p. 310. También ver, PESET, J. L. y PESET, M., *Lombroso y la escuela positivista italiana*, Madrid, 1975, p. 66. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, 1990, p. 56. CANO LÓPEZ, F., «La influencia del positivismo en la Criminología y penología españolas. Orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición», en Rivera Beiras, I. (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Barcelona, 2004, p. 70. URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, 2009, pp. 7 ss.

(10) VON LISZT, F., *La idea del fin en Derecho penal*, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882, (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, Traducción de Carlos Pérez del Valle), Granada, 1995, p. 87. Del mismo, también ver, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2007, p. 245.

(11) Sobre la concepción de este autor, ver, STOSS, C., «Strafe und sichernde Massnahme», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, año 8, Bern, 1905, p. 1.

Escuela clásica, la pena sería proporcional a la gravedad del delito cometido y se aplicaría a los individuos culpables, mientras que la medida de seguridad sería de duración indeterminada y estaría destinada a los sujetos considerados peligrosos(12). Como es posible observar, el objeto y conformación de estas originarias medidas de seguridad sería muy diferente a la formulación que reciben en la actualidad, ya que, por entonces, la visión positivista de la naturaleza humana lideraba un entendimiento muy particular de esta materia.

En aquellos tiempos, la confrontación terminológica no se planteaba en términos de distinción entre los sujetos imputables e inimputables, tal como sucede en la actualidad, sino en la diferenciación entre los sujetos peligrosos y aquellos que no revisten peligrosidad. Si el hombre no es libre, sino que está determinado a la comisión de hechos ilícitos, todos los sujetos que delinquen se encuentran bajo la constelación de una especie de «cuasi-inimputabilidad». En la lógica del positivismo italiano, el delincuente debía ser visto como un sujeto enfermo, de modo que el delito era interpretado como un síntoma de esa enfermedad que conducía a la peligrosidad. Así, partiendo de la base de la enfermedad del delincuente, su internamiento debía ser de carácter indefinido y debía durar el tiempo necesario para alcanzar la curación(13). Esta imposibilidad de diferenciar al delincuente imputable y potencialmente reincidente, y al enfermo inimputable, trajo nefastas consecuencias para ambos colectivos. La idea de la unidad de las sanciones que perseguía la escuela positivista pretendía quitar la razón a la existencia de penas, de modo que las medidas en este sistema eran incoloras no sólo ética sino también jurídicamente, en cuanto no tenía sentido alguno reprochar algo a un sujeto que ha obrado sin libertad(14).

En el ámbito de los delincuentes considerados como «imputables y peligrosos», la asociación planteada con la enfermedad permitió la aplicación de medidas sobrepasando el ámbito de la culpabilidad, las cuales se incorporaron a la legislación alemana con la Ley de Delincuentes Peligrosos de 1933, aprobada durante la vigencia del régimen

(12) Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los mitos de la Ciencia penal del siglo xx, la culpabilidad y la peligrosidad», en Díez Ripollés y otros (ed.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 6. FRISCH, W., «Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung», en *ZStW*, núm. 94, 1982, p. 571. También ver. CUELLO CONTRERAS, J., *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, 1990, p. 48. JAN-SING, J. D., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster, 2004, p. 18.

(13) FERRI, E., *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la Ciencia...*, *op. cit.*, p. 310.

(14) SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», *op. cit.*, p. 217.

nacionalsocialista(15). Pero estas medidas no se limitaron al país germano, sino que se extendieron a numerosos Estados, entre ellos a España a través de la conocida Ley de Vagos y Maleantes y de su sucesora la Ley de Peligrosidad Social(16). Incluso, a día de hoy, sigue vigente en Alemania la medida de seguridad de Custodia de Seguridad, la cual supone la continuación de la privación de libertad más allá de la pena de prisión(17), medida que nuestro Código penal logró esquivar sólo gracias al Informe del Consejo General del poder Judicial en relación con el Anteproyecto de Reforma del Código penal del año 2012(18). Como podemos observar, la renovada preocupación por el delincuente reincidente que se vivió a partir de los últimos años del siglo xx sirvió para desempolvar a las medidas de seguridad apli-

(15) La Ley contra los delincuentes habituales fue la plasmación en la legislación alemana de las ideas que venían abriéndose paso en el pensamiento jurídico desde varias décadas atrás. Esta norma asumió la solución de compromiso que habían aceptado como válida los representantes de la escuela clásica y de la escuela sociológica alemana. Sobre el derecho penal en este contexto, VOGEL, J., «Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht», en *ZStW*, 2003, núm. 115, p. 651. HOYER, A., «Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo», en *Revista Penal*, núm. 23, enero 2009, p. 42. GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho Penal de Autor*, Valencia, 2007, p. 143. CANO PAÑOS, M., «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho Penal alemán», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, Madrid, 2007, p. 208.

(16) Al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «El Derecho Penal español» en *El Criminalista*, 2.ª serie, T. II, Buenos Aires, 1958, p. 41. ANTÓN ONECA, J., – «La generación española de la Política Criminal», en *Problemas Actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. En Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, p. 347. CASTEJÓN, F., «El Proyecto Píniez de Profilaxis social (maleantes) de 1922 y la Ley relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 163, núm. 1, julio 1933, p. 248. TERRADILLOS, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, p. 53. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 69.

(17) Al respecto, ver, JANSING, J. D., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung Entwicklungslinien...*, *op. cit.*, p. 77. KINZIG, J., «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», en *ZStW*, núm. 109, 1997, p. 127. SCHÜLER-SPRINGORUM, H., «SV ohne Hang?», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 79, p. 154. WEBER, M y REINDL, R., «Sicherungsverwahrung. Argumente zur Abschaffung eines umstrittenen Rechtsinstituts», en *Neue Kriminalpolitik*, núm. 1, 2001, p. 19.

(18) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad», en *Diario la Ley*, núm. 7999, 11 de enero de 2013. AAVV, «Medidas de seguridad», en Álvarez García, F. J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de Penal de 2012*, Valencia, 2012, p. 399. NISTAL BURÓN, J., «La nueva medida de “custodia de seguridad”. Una respuesta complementaria frente a los delincuentes más peligrosos (A propósito de la nueva medida de seguridad privativa de libertad que prevé el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)», en *Diario La Ley*, núm. 8035, 4 de marzo de 2013.

cables a delincuentes imputables y propició la ruptura del sistema dualista puro mediante la incorporación de la medida de libertad vigilada al Código penal español.

Esta asociación con el delincuente habitual peligroso también produjo consecuencias devastadoras a los individuos inimputables, desembocando en la creación de lo que podemos calificar como «hospitales-cárceles», donde se interna a los sujetos enfermos con el único propósito de evitar su reincidencia. En efecto, con la aprobación del Código penal de 1995, la implementación del sistema dualista supuso una nueva conformación de las medidas de seguridad según la cual éstas resultan aplicables a los sujetos inimputables y semi-imputables. De esta forma, es posible afirmar que, de acuerdo con la normativa penal, las consecuencias jurídicas del delito son tanto las penas como las medidas de seguridad. No obstante, a día de hoy y casi 60 años después de la publicación del artículo de Soler, la confusión terminológica sigue extendida y continúa asociándose a las medidas de seguridad con sanciones. Esta vinculación no sólo permite que los Centros Psiquiátricos sean gestionados por Instituciones Penitenciarias y que tengan estructura carcelaria, sino que, además, supone la existencia de una suerte de autorización para internar en una cárcel a los enfermos a los que se les ha aplicado una medida, en caso de no haber plazas disponibles en los centros especializados.

En efecto, la Ley General Penitenciaria de 1979 regula el internamiento en Centros psiquiátricos, considerándolo como una modalidad más a tener en cuenta dentro de sus competencias. Así, la LOGP dispone en su artículo séptimo que los centros penitenciarios se clasifican en establecimientos de preventivos, establecimientos de cumplimiento de penas y en establecimientos especiales, de modo que los establecimientos especiales son aquellos en los que, de acuerdo con el tenor literal de la norma, debe prevalecer el carácter asistencial y que pueden subdividirse, a su vez, en centros hospitalarios, centros psiquiátricos o de rehabilitación social (art. 11 LOGP).

Pero las medidas de seguridad no suponen ni deben suponer un castigo y para respaldar esta afirmación resulta oportuno analizar el concepto de sanción como elemento de la estructura de la norma.

II. LA SANCIÓN COMO ELEMENTO DE LA NORMA JURÍDICA

Afrontar el análisis de la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad requiere que nos remontemos a la teoría de las normas jurídicas, la cual podrá ofrecernos respuestas que guíen su aplicación

práctica por el camino más fructífero. Desde la Teoría General del Derecho se han propuesto distintos tipos de análisis que pueden efectuarse sobre la norma. En primer término, el análisis estructural permitirá entender cómo está compuesta y a quién va dirigida. A partir de esta información podremos llegar a una conclusión sobre el concepto de sanción y si la misma es un componente interno o externo a la norma, esto es, si todas las normas jurídicas deben contar con una sanción o, por el contrario, es factible que existan normas sin sanción. A su vez, la discusión sobre la estructura formal de la norma será el punto de partida teórico para fundamentar, en un segundo momento, los fines a los que está dirigida. De esta manera, el análisis realizado desde un punto de vista funcional estudiará para qué son utilizadas las normas jurídicas, y, por ende, las sanciones. Esta información será muy valiosa a la hora de tomar posición acerca del carácter valorativo o imperativo de la norma jurídica, el cual resulta trascendente para el Derecho penal.

Con el objeto de llegar a una conclusión satisfactoria sobre la posible inclusión de las medidas de seguridad en el ámbito de las sanciones, recurriremos a la visión sobre la norma jurídica que nos han ofrecido algunos de los autores más destacados de la historia, como son Jeremy Bentham, John Austin, Karl Binding, Hans Kelsen Y Norberto Bobbio(19). Estos autores han sentado las bases para el desarrollo teórico de esta materia, por lo que comprender sus posturas nos brindará los elementos necesarios para abordar las distintas problemáticas que giran en torno a la norma jurídica. Si bien todos estos autores abordan al concepto de sanción desde un análisis estructural, no todos concuerdan en la oportunidad de llevar a cabo un análisis funcional. Así, para Kelsen, aunque la cuestión de la motivación resulta ser relevante, ésta no debe ser abordada en un estudio jurídico, sino que corresponderá al ámbito de las ciencias sociológicas o psicológicas. En contra de este criterio y entendiendo que ambos enfoques son necesarios y complementarios para el Derecho, comenzaremos por abordar la perspectiva estructural de la norma jurídica.

1. El enfoque estructural

Se ha sostenido que la sanción es un elemento clave en la construcción teórica planteada por Bentham, tanto a nivel del análisis

(19) Para la elección de los autores seguimos la propuesta que presenta Lara Chagoyán en su monografía sobre el concepto de sanción, LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción. En la teoría contemporánea del Derecho*, México DF, 2004.

estructural de la norma jurídica, como en el nivel del análisis funcional(20). En referencia al primer aspecto, el filósofo inglés fue uno de los primeros en hacer importantes esfuerzos por aportar criterios claros que permitan individualizar a la norma jurídica, recurriendo para ello, especialmente, al concepto de «sanción». Individualizar una norma jurídica consiste en determinar qué porción de materia legislativa debe ser tenida en cuenta para no contener ni menos ni más que una norma completa, tarea que resultará fundamental tanto para la interpretación como para la aplicación del Derecho. Así, de acuerdo con la tesis defendida por Bentham, una norma es una entidad ficticia que necesita ser parafraseada en una entidad real, esto es, en un enunciado o disposición(21). A su vez, será necesario tener en cuenta que existen cuatro tipos fundamentales de leyes(22),

– Mandatos y prohibiciones, que expresan un aspecto directivo, es decir, pretenden influir en la conducta de las personas a las que se dirigen. Estas son formas de Ley que originan una obligación.

– Permisos y no-mandatos, que son aquellas a las que llama «neutrales», por su falta de capacidad para influir decisivamente la conducta.

Según el planteamiento de Bentham, las disposiciones podrán estar formadas por una o varias prescripciones y dependiendo del carácter y contenido de esas prescripciones, contarán o no con una sanción. Ahora bien, no todas las disposiciones dispondrán del elemento de la sanción, pero necesariamente deberán contenerlo en caso de que se trate de una norma que incorpore deberes (de acuerdo con la clasificación planteada por Bentham, siempre que se trate de mandatos o prohibiciones) y siempre deberán contener una sanción para que pueda hablarse de normas completas. Por tanto, conforme a la tesis *benthamiana*, una disposición jurídica no necesariamente contiene una sanción, a no ser que se trate de una norma imperativa que impone deberes, de modo que la expresión de voluntad del legislador que se

(20) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción...*, op. cit., p. 35.

(21) Jeremy Bentham inventó un método conocido como «paráfrasis», así según sus propios términos, «una palabra es definida mediante paráfrasis no sólo cuando se traduce en otras palabras sino también cuando la frase se traduce en otra frase; las palabras de la última expresan ideas más simples o son susceptibles de traducirse inmediatamente en ideas más simples que aquellas de la primera». BENTHAM, J., *Fragmento sobre el Gobierno*, traducción de Julián Larios Ramos, Madrid, 1973, pp. 126 y 127.

(22) Al respecto, CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L. M., «La Ciencia del Derecho de Jeremy Bentham», en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Núm. 37, 1997, pp. 153-182.

plasma en la ley sólo equivale a la imposición de un deber si está respaldada por una sanción(23).

La tesis propuesta por Bentham sirvió de punto de partida para el trabajo desarrollado por John Austin, quien ofreció una importante contribución al positivismo jurídico inglés del siglo XIX(24), al realizar uno de los primeros intentos serios de construir una teoría analítica del Derecho(25). Sobre su obra se ha sostenido que se trata de una postura reduccionista que describe al Derecho como un conjunto de normas imperativo-coercitivas a través de la cual pretende crear una teoría general aislada de las condiciones sociales y políticas de su tiempo(26). No obstante, la trascendencia de sus estudios analíticos supone que no deba emprenderse el desarrollo del concepto de sanción sin recurrir a los trabajos de este autor(27).

Desde un enfoque estructural, Austin estudió la sanción como elemento constitutivo del mandato. En la visión de este autor y en relación con el ámbito de la norma (o ley), existen tres elementos que se encuentran inseparablemente conectados, el mandato, el deber y la sanción. Antes de comenzar su explicación sobre la interrelación estrecha que se verifica entre estos términos, Austin pone en conocimiento del lector la dificultad que existe a la hora de explicar los términos fundamentales del Derecho, para los cuales no es

(23) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción...*, op. cit., p. 68.

(24) A pesar del riesgo de caer en una obviedad, creemos conveniente aclarar los distintos significados que adquiere el término «positivismo» en el desarrollo de este trabajo. Así, cuando en el ámbito de la historia del Derecho penal y la Criminología se hace referencia al «positivismo criminológico» o «positivismo italiano», se está haciendo alusión a la Escuela fundada por Cesare Lombroso, cuyos planteamientos llevan a considerar al delincuente como un sujeto enfermo y determinado al delito y que, por tanto, se propone a los postulados de la Escuela Clásica. Por otro lado, y en el marco de la Filosofía del Derecho, en este trabajo también se alude al «positivismo jurídico». Esta postura filosófica se caracteriza por la distinción entre el derecho que es y el que debe ser, es decir, por la separación conceptual entre el Derecho y la moral. En consecuencia, dicha postura se enfrenta al iusnaturalismo, que entiende que existen normas propias de la naturaleza del ser humano que son anteriores al Derecho. Al respecto, RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio, las paradojas de un pensamiento en tensión», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, p. 66 ss.

(25) DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «Estudio preliminar, para Austin un jurista desolado», Introducción a la obra de Austin, *El objeto de la Jurisprudencia*, Madrid 2002, p. XXI ss.

(26) TURÉGANO MANSILLA, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, 2001, p. 503 ss.

(27) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción...*, op. cit., pp. 73 ss.

posible encontrar sinónimos(28). De forma consecuente, el autor desarrolla la situación en la que el concepto de mandato se manifiesta de la siguiente manera, si una persona formulara o declarara un deseo de que una tercera haga o se abstenga de hacer una conducta y si, a su vez, la persona que formula el deseo infligiera un daño a quien no cumpliera con el deseo, esa expresión o manifestación de un deseo sería un mandato. En consecuencia, en la construcción de Austin, un mandato se distingue de otras expresiones de deseo, no por la forma en la que se manifiesta el deseo, sino por la intención y el poder de quien emite el mandato de infligir un mal o daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho(29). Así, el sujeto que no se conforme al deseo estará obligado por el mandato y se encontrará sujeto al deber de obedecer. De esta manera, mandato y deber serán dos términos correlativos, la existencia de un deber implica la expresión de un mandato(30).

En este contexto, la sanción puede ser definida como el daño que será probablemente aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido. Por tanto, un sujeto está «obligado» en el sentido *austiniano* cuando, al no obedecer al mandato, incurre en el riesgo de ser sancionado. A su vez, del daño que puede ser consecuencia de ese incumplimiento deriva, en este esquema, la idea de compulsión. Austin utiliza este término para aclarar el alcance del concepto de sanción y plantea una clasificación, según la cual la compulsión podrá ser meramente física o, bien, tratarse de la compulsión propia de las sanciones(31). Para este autor, la diferencia que se verifica entre ambas es clara, de manera que, mientras que en la compulsión física estamos hablando de una imposibilidad material, en el ámbito jurídico al sujeto se le plantean dos opciones, o bien, cumplir con el mandato y evitar el daño, o llevar a cabo la conducta contraria y sufrirlo.

Así, en la compulsión física estamos ante un estado de coerción, donde el individuo ya no puede elegir entre cumplir o no un deber, mientras que en la segunda se trata de un estado condicional de posi-

(28) «Los elementos esenciales de una ciencia son propiamente las partes más difíciles de explicar. Los términos más generales, y por lo tanto, los más simples de un conjunto no tienen expresiones equivalentes para enunciarlos de un modo conciso. Cuando nos ponemos a traducirlos a términos que suponemos que pueden ser mejor comprendidos, nos vemos forzados a recorrer difíciles y tediosos circunloquios». AUSTIN, J., *El objeto de la Jurisprudencia*, (traducción de Juan Ramón de Páramo Argüelles), Madrid, 2002, p. 36.

(29) AUSTIN, J., *El objeto de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 36.

(30) AUSTIN, J., *El objeto de la Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 37.

(31) AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence. The Philosophy of Positive Law*, New York, 1875, pp. 221 ss.

ble sufrimiento, que se verificaría si no cumpliera con dicho deber. Austin recurre a un ejemplo muy claro para ilustrar esta situación, si una persona se encuentra presa y sabe que hay una norma que castiga con dos años de prisión a quien escape de su encierro, está sujeto a la obligación de no fugarse y tiene la posibilidad de decidir si se escapa y se expone a la sanción; pero si se encontrara encadenado, por ejemplo, y no tuviera ninguna posibilidad de escaparse, entonces realmente no estaría sujeto a ninguna obligación(32). De ahí que las obligaciones –y por ende, las sanciones–, sólo son viables cuando hay posibilidad de elección(33). De esta distinción planteada por Austin, se deriva con claridad la necesidad de que el destinatario del mandato cuente de forma efectiva con la posibilidad de elegir, para lo cual debe tener la posibilidad de optar por el cumplimiento normativo y evitar el daño propio de la sanción.

La obra de Bentham, cuyas líneas fundamentales se han expuesto con anterioridad, resulta, también, ser un claro antecedente de los trabajos desarrollados por Karl Binding, el cual, sin duda alguna, realiza aportes determinantes a la teoría de la norma jurídica. En la visión de este autor, es posible distinguir dos partes en la norma jurídica, la llamada «norma primaria», que proviene del soberano y está dirigida al súbdito y la «norma secundaria», que describe un comportamiento de forma hipotética y le anuda una pena para el caso de que el sujeto la infrinja y realice una conducta coincidente con la descrita en la ley. Esta norma secundaria no se dirige a los súbditos sino a los poderes públicos que deben aplicarla(34). Este autor parte de la constatación de que el delincuente, en realidad, no infringe la ley, sino que, por el contrario, realiza el supuesto de hecho. Sobre esta base, tuvo el mérito de señalar la necesidad de admitir la existencia de normas no formuladas por la redacción literal de los preceptos penales. Binding se dio cuenta de que, de no admitirse tales normas, habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia de que el delincuente no infringe norma alguna y, pese a ello, se le castiga. Ello da lugar a pensar que lo que se infringe es una norma que prescribe un determinado comportamiento (norma primaria) y que dicha norma no se formula directamente en la ley penal, que únicamente contempla un

(32) Austin aclara, además, que una compulsión propia de una sanción podrá convertirse en una compulsión física en el último momento de la cadena, en el momento en que se verifica el incumplimiento y se impone el castigo. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 221 ss.

(33) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, *op. cit.*, pp. 89 ss.

(34) BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, (reedición de la 4.ª edición publicada en Leipzig en 1922), Utrecht, 1965.

mandato dirigido a los órganos encargados de aplicarla (norma secundaria). Dicha deducción está en el origen tanto de la teoría de las normas de Binding como de la teoría de las normas de cultura de Mayer(35). Para ambas teorías ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano, sino que se dirige a los órganos encargados de aplicarla. La norma primaria, según estos autores, es previa a la ley penal, pero mientras que para Binding tiene naturaleza jurídico-pública, para Mayer posee naturaleza social(36).

La doctrina ha resaltado la importancia de la existencia de normas primarias dirigidas al ciudadano, las cuales le informan sobre la materia de prohibición, ya que ésta puede cumplir importantes funciones de prevención y de seguridad jurídica. No obstante, este autor también ha recibido críticas notables, particularmente referidas al autoritarismo de su visión del Derecho. También se ha puesto en duda cuál es el contenido del conocimiento que debe llegar a los súbditos, en la medida en que, en su visión, la descripción de la conducta no estaría integrada directamente en la norma primaria, sino en la norma secundaria que no va dirigida directamente al ciudadano. Binding salva estas objeciones a través de una ficción jurídica que aún a día de hoy encuentra aplicación en la práctica jurídica, la «valoración paralela a la esfera del profano», que es la que debería efectuar el sujeto, que no debe conocer necesariamente la ley, sino valorar conforme a la información que pueda tener un no-jurista, si la conducta que se propone realizar viola o no un imperativo legal(37).

Kelsen fue uno de los autores que dirigió importantes críticas a la postura de Binding. Como es sabido, anclado en el positivismo jurídico, Kelsen pretendió crear una estructura lógica cerrada que pudiera explicar el funcionamiento del Derecho. Tal como señala el autor, su *Teoría pura del derecho* constituye una teoría del derecho positivo en general y no una teoría sobre un orden jurídico específico. En tal sentido, la «pureza» de la doctrina responde al objetivo de obtener un conocimiento orientado, solamente, hacia el derecho, donde se excluya todo lo que no pertenece al objeto determinado como jurídico, es decir, pretende «liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños»(38).

(35) MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Darmstadt, 1965 (reproducción de la edición de Breslau de 1903). Del mismo, también ver, *Derecho Penal. Parte General*, (traducción de Sergio Poljoff Lipschitz) Buenos Aires, 2007, pp. 55 ss.

(36) Véase, a este respecto, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal, la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, pp. 31 ss..

(37) BINDING, K., *Die Normen und Ihre Ubertretung*, vol. 1, (reedición de la cuarta edición de 1922), Utrecht, 1965, pp. 36 ss.

(38) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, 1998, p. 15

De acuerdo con las premisas de ese enfoque estructural, Kelsen analiza a la sanción como un elemento interno de la norma jurídica. No es posible encontrar en las obras de Kelsen una completa definición de sanción jurídica(39), pero la doctrina concuerda en que los elementos necesarios y suficientes son los siguientes(40),

- a) Es un acto coercitivo, es decir, un acto de fuerza efectiva o latente.
- b) Tiene por objeto la privación de un bien.
- c) Quien la ejerce debe estar autorizado por una vía válida
- d) Debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo.

Como es posible observar, en esta enumeración se señala la necesidad de que la sanción sea una reacción a la conducta de algún individuo, pero no se dice nada acerca de las condiciones psicológicas en las que deberá desarrollarse dicha conducta. Para completar la visión de Kelsen sobre este aspecto, podemos acudir a la relación entre los conceptos de sanción y de responsabilidad que el autor propone y de la cual podrá inferirse esta circunstancia. Para Kelsen, la relación entre los conceptos de sanción y responsabilidad jurídica es muy estrecha, de modo que ser responsable es sinónimo de ser sancionable(41). Así, la responsabilidad se traduce en la susceptibilidad de ser sancionado por una conducta propia o ajena. Aunque el autor plantea esta cuestión en términos generales, y en el ámbito civil puede generarse responsabilidad por actos ajenos, en el ámbito penal, esta atribución sólo puede constatarse en la medida en que se trate de actos propios y mientras concorra el requisito de la culpabilidad.

Una de las cuestiones que se repiten en la obra del autor austríaco es la distinción entre las sanciones y otros actos coactivos del Estado(42). En efecto, Kelsen llama la atención sobre el hecho de que existe el peligro de que el concepto de sanción sea utilizado de un modo amplio y pueda abarcar otras figuras afines, pero insiste en la necesidad de evitar esta confusión. Como ejemplos, destaca la privación de libertad de los individuos sospechosos de haber cometido un

(39) KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, 1998, pp. 47 ss. El autor menciona las propiedades fundamentales en su Teoría pura del Derecho, «En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad, o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. Es la reacción específica del derecho contra actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es pues la consecuencia de tales actos».

(40) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, op. cit., pp. 139 ss.

(41) KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, 1998, pp. 133 ss.

(42) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, 1998, pp. 53 ss.

delito para asegurar que se siga contra ellos un proceso judicial o la expropiación de bienes de utilidad pública(43). Incluso, Kelsen llega a plantear el ejemplo del internamiento coactivo de enfermos mentales socialmente peligrosos en hospicios y la de enfermos contagiosos en hospitales, casos en los que los órganos policiales pueden estar facultados por el orden jurídico a poner a los individuos bajo una guardia protectora y a privarlos de su libertad. Estos actos coactivos no podrían ser considerados sanciones en cuanto no tienen como condición de su imposición un acto ilícito o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado(44). Señalada, por tanto, una situación sumamente cercana a la que se examina en este trabajo, como es el internamiento involuntario de enfermos mentales llevada a cabo de forma preventiva, el autor no se plantea abiertamente la situación en la que, además de basarse el internamiento en el peligro creado por la dolencia, haya efectivamente un antecedente de comisión de hechos antijurídicos por parte de ese sujeto. No obstante, del tenor literal del texto, en el que el autor se refiere a un «hecho ilícito o delito» como condición determinante de la privación de libertad, se infiere la necesidad de que en el ámbito penal se verifiquen todos los elementos que dan lugar a la existencia de un delito, mientras que el término «ilicitud» (que podría corresponderse con la anti-juricidad penal) está reservado solamente para los incumplimientos del ámbito civil.

2. El enfoque funcional

En las posturas utilitaristas puede verse una férrea defensa de la motivación como función de la sanción, postura de la que son excelentes exponentes tanto Jeremy Bentham como John Austin. Como veremos posteriormente, la motivación será un componente esencial para poner tomar una postura en referencia a nuestra materia de estudio.

En esta línea, Bentham desarrolla su concepto de sanción en torno al de utilidad. En efecto, para este autor, el fin primordial de toda sociedad está constituido por el principio de utilidad, lo cual supone el objetivo de alcanzar la mayor felicidad posible para el mayor número de personas. Lograr este fin hará, a su vez, imprescindible la existencia de un orden social, el cual se consigue a través de la seguridad. Bajo esta perspectiva, será tarea del Derecho lograr la existencia de seguridad y posibilitar, en consecuencia, el orden social. Este plantea-

(43) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción, op. cit.*, pp. 143 ss.

(44) KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, 1998, p. 54.

miento lleva al autor a sostener que la finalidad del Derecho no es primariamente regulativa sino constitutiva, en la medida en que permite asegurar una realidad social que hace posible el logro de la felicidad de los individuos(45).

En la obra del autor inglés se aprecia una notable preocupación por la necesidad de influir sobre la conducta individual y, en consecuencia, concibe al Derecho como una técnica social que permite el control de la conducta humana por medio de la motivación normativa. Así, al plantearse el problema de la eficacia de las normas, llega a la conclusión de que la sanción es el más fuerte de los motivos que pueden influir en los seres humanos al cumplimiento de los deberes. El concepto de «motivos» será, por tanto, central en la obra de Bentham y los definirá como cualquier cosa que pueda contribuir al nacimiento o a prevenir cualquier género de acción(46). Así, la sanción se presenta como una motivación de la conducta que se lleva a cabo mediante el anuncio de dolores y placeres. Precisamente, la eficacia del Derecho se fundamenta en el hecho de que la sanción funciona como el más fuerte de los motivos. El legislador debe inducir al ciudadano para actúe de una determinada manera y esa inducción se realiza a través de los motivos. De acuerdo con este planteamiento, los motivos podrán ser vistos como expectativas de placer, que se concretan en los llamados premios o motivos seductores o, bien, como expectativas de dolor, que son coerciones o castigos(47). De su postura utilitarista se deriva también una consecuencia necesaria en relación con el fin de las sanciones, que se concreta en la idea de la prevención general negativa, en cuanto la aplicación de castigos sólo puede estar justificada en la medida en que esa coerción pueda suponer consecuencias positivas para la comunidad.

La tesis de Bentham ha sido considerada mayoritariamente como una teoría imperativista, al entender que en su construcción la esencia

(45) Al respecto, CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L. M., «La Ciencia del Derecho de Jeremy Bentham...», *op. cit.*, pp. 176 y 177.

(46) SOLANES CORELLA, A., «El camino de la ética a la política, la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006, pp. 131-156. En la teoría planteada por Bentham, los motivos podrán ser clasificados en motivos prácticos y especulativos. Los primeros son aquellos que al influir sobre la voluntad de un ser sensible son un medio para determinarle a actuar o a dejar voluntariamente de actuar, en una ocasión concreta, mientras que los segundos, sólo ejercen influencia sobre los actos de la facultad intelectual de la mente cuando se refieren al entendimiento, sin afectar a la producción de los actos de la voluntad. En la visión de Bentham, los motivos prácticos son los que tienen incidencia en relación con el cumplimiento de las normas, ya que los primeros no tienen influencia alguna sobre los actos externos.

(47) SOLANES CORELLA, A., «El camino de la ética a la política...», pp. 131-156.

de la obligación radica en la voluntad del soberano, que se expresa en una norma de mandato, mientras que la parte sancionadora de la norma estaría reducida a ser una parte secundaria o subsidiaria, de forma que la sanción no sería aplicada arbitrariamente como consecuencia del no cumplimiento del deber, sino que sería aplicada sobre la base de otro mandato de voluntad del soberano(48).

Para Austin la sanción, como parte del Derecho, tiene la función fundamental de forzar directa o indirectamente a la obediencia. De esta forma, las sanciones son un motivo para la obediencia de los mandatos. Esta influencia se podrá verificar provocando dos tipos de efectos sobre los sujetos, uno próximo y directo, de carácter motivacional o psicológico, que se concreta en una compulsión hacia lo correcto, y un efecto remoto o indirecto, que supone inspirar un amor desinteresado a la justicia.

A su vez, para explicar el funcionamiento psicológico de la motivación, Austin plantea la diferencia entre el deseo y la voluntad(49). En este esquema, los deseos se ubican en un momento antecedente y se corresponderían con el proceso de deliberación del sujeto, mientras que la voluntad se encontraría en un segundo momento en el que se manifiesta el acto. De esta manera, la amenaza del daño que se manifiesta con la sanción no estaría dirigida hacia la voluntad, sino al momento anterior, propio de los deseos. En el ámbito de los deseos es donde se produce el proceso psicológico que se verá afectado por la amenaza de daño y que permite distinguir la compulsión jurídica de la meramente física. Así, cuando un sujeto auxilia a un accidentado, de acuerdo con el mandato establecido por la norma, en virtud del cual debe socorrer a la persona que se encuentre en un riesgo grave y manifiesto, lo hace voluntariamente, pero esta voluntad final puede no coincidir con los deseos originarios del sujeto, que podría haber preferido pasar de largo y seguir su camino, evitando la pérdida de tiempo que suponía el auxilio. De esta forma, la amenaza de la sanción establecida en la norma puede haber operado como un motivo para determinar su actuación en un sentido diferente.

A pesar de que Kelsen insiste en la necesidad de reservar a la sociología y la psicología la cuestión referida a la función de las sanciones, también se refiere de forma velada a estas cuestiones cuando plantea la clasificación de las técnicas de motivación en directas e indirectas. De acuerdo con la clasificación planteada por este autor, mientras que, en la forma directa, la conducta deseada se expresa de forma clara, «no debes matar», en la técnica de motivación indirecta

(48) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, op. cit., pp. 57 ss.

(49) AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence...*, op. cit., pp. 217 ss.

no se expresa la conducta deseada, sino que se establece la consecuencia para el supuesto de que esa conducta deseada no se produzca. Esta es la técnica utilizada por las normas jurídicas, de modo que a través de la amenaza de una sanción se intenta motivar al ciudadano para que actúe de determinada manera. De este modo, el autor señala claramente que el Derecho es una técnica social mediante la cual se induce a los hombres a conducirse de una determinada manera(50).

Para estudiar el aspecto funcional de la norma también resulta de suma relevancia acudir a la visión de Norberto Bobbio sobre esta materia, quien, en su *Teoría del Derecho*, se inspira en la obra de Kelsen, para matizarla y apartarse finalmente de sus planteamientos(51),(52). Así, mientras Kelsen pretendió independizar al Derecho tanto de la moral como de otras disciplinas como la sociología, la psicología o la historia, entre otras, Bobbio incorpora algunos elementos de estas ciencias, particularmente en sus trabajos sobre filosofía política y derechos humanos(53). Bajo la concepción filosófica del autor austríaco, el Derecho es una estructura normativa que puede ser rellena con cualquier contenido, por lo que es común utilizar la expresión «formalismo kelseniano». Por tanto, el Derecho sería una especie de mundo independiente, un universo no fáctico, regido por sus propias leyes. En contra de este criterio, Bobbio destina una importante parte de su trabajo a analizar la relación existente entre el Derecho y la Política, llegando a la conclusión de que existe entre ambos una conexión muy estrecha, hasta el punto de que puede sostenerse que se trata de las dos caras de una misma moneda(54). En consecuencia, reconociendo que el Derecho es una creación de la Política, Bobbio mantiene abierta la posibilidad

(50) KELSEN, H., «El derecho como técnica social específica», en *¿Qué es justicia?* (Edición española a cargo de Albert Calsamiglia), Barcelona, 1998, pp. 152 ss. También ver, COSSIO, J. R., «El Derecho como técnica social y la política jurídica», en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3, octubre 1995, pp. 191-203.

(51) La valoración que Bobbio realiza sobre la obra de Kelsen puede verse en, *Il positivismo giuridico*, Turín, 1996, pp. 156 ss.

(52) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, pp. 29 ss.

(53) RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio, las paradojas de un pensamiento en tensión», *op. cit.*, p. 66.

(54) Sobre la relación entre el Derecho y la política, ampliamente, PRIETO SANCHIS, L., «La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la Teoría del Derecho de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, pp. 99 ss.

dad de la desobediencia a la norma cuando la misma sea injusta(55). De acuerdo con esta concepción, el Derecho es discurso y las normas son comunicaciones lingüísticas prescriptivas, esto es, enunciados dirigidos a modificar la conducta humana. Con esta definición del Derecho, Bobbio logra conciliar dos posturas encontradas, el normativismo y el realismo, de forma que el Derecho es al mismo tiempo hecho y norma. «Hecho», porque un discurso no es más que un hecho empírico y «norma», ya que el discurso del legislador es un discurso prescriptivo, es decir, creador de normas(56).

Estas ideas se van desarrollando a lo largo de la extensa carrera del autor. Así, En su *Teoría del Derecho* de 1958, Bobbio realiza un análisis estructural del Derecho, influido no sólo por Kelsen sino también por Carnelutti. Posteriormente, a partir de los años 60 dirige su interés al estudio funcional del Derecho. En este sentido, el autor apunta que no es posible definir a la sanción utilizando una visión netamente formal, sino que resulta imprescindible entrar en otros campos de investigación(57). Consecuentemente, el autor plantea que para dar contenido al concepto de sanción resulta necesario responder a la pregunta acerca de la función de la misma. La clave de dicha función se condensaría en la idea de «conservación del sistema»; de tal manera, la sanción sería un elemento que permite el reforzamiento de la observancia de la norma a través del mecanismo de la respuesta o de la reacción que el mismo sistema normativo instituye, a favor del observante y en perjuicio del inobservante. Así definidas las sanciones son medidas a través de las cuales se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias(58).

Como hemos podido comprobar, a pesar de las diferencias determinadas por los distintos enfoques de los que parten, todas estas posturas destacan con claridad la necesidad de que la sanción sirva a una

(55) RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio, las paradojas de un pensamiento en tensión», *op. cit.*, p. 67.

(56) GUASTINI, R., «Introducción a la teoría del derecho de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, pp. 85 ss.

(57) BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1991, p. 139. Al respecto, ampliamente, LARA CHAGOYÁN, R., El concepto de sanción..., *op. cit.*, p. 230 ss.

(58) En su visión, existen diferentes tipos de sanciones, las morales, las sociales y las jurídicas. De entre todas ellas, las sanciones jurídicas se destacan porque son externas e institucionalizadas. Así, las sanciones jurídicas se distinguirán de las morales porque al ser externas, son la respuesta de un grupo y se diferenciarán de las sociales porque, al estar institucionalizadas, están reguladas con las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1991, p. 123.

finalidad de motivación del individuo. Como expresa Lara Chagoyán, lo que quiere el Derecho no es que los jueces se pasen todo el día castigando, sino que los ciudadanos no se porten mal y elige para esto la técnica de motivación indirecta que es llevada a cabo a través de la creación de normas jurídicas(59).

III. REPERCUSIÓN DE LAS POSTURAS ANALIZADAS EN LA ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA NORMA PENAL

En el ámbito penal, la decisión sobre la naturaleza jurídica de la norma tendrá importantes repercusiones, ya que la asunción de una u otra teoría podrá suponer diferencias sustanciales en la configuración de los elementos del delito. Se trata de una cuestión que en este estudio nos compete de forma trascendental, ya que esta influencia se extenderá también a la forma de entender las reacciones estatales frente a los sujetos inimputables que comenten hechos antijurídicos.

Como se desprende del análisis realizado hasta el momento, a la hora de fijar la naturaleza de las normas jurídicas, la distinción gravita esencialmente entre la concepción valorativa o imperativa de la norma. A día de hoy, son escasos los autores que apuestan por una concepción pura, siendo una abrumadora mayoría aquellos que apuestan por una naturaleza mixta(60). A pesar de ello, creemos que nuestro análisis debe partir de las concepciones originarias para comprender las consecuencias que se derivan de cada una de ellas y ver hasta qué punto resulta conveniente y apropiado pronunciarse a favor de una postura ecléctica.

A partir del análisis del imperativismo es posible observar que esta visión de la norma toma como presupuesto la existencia de dos voluntades que quedan entrelazadas en función de un mandato. Así, la voluntad del soberano, que pretende salvaguardar la paz, se articula a través de una norma que está dirigida al ciudadano y que supone la amenaza de sufrir una sanción en caso de que su conducta no se atenga al contenido del mandato. En esta concepción, el concepto de justicia queda relegado a un segundo plano, ya que la conducta no se exige por su valor intrínseco, sino solamente por su coincidencia con la

(59) LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción*, op. cit., p. 149.

(60) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 272.

voluntad del soberano, en el entendimiento de que el respeto a las normas jurídicas posibilitará el mantenimiento del orden social.

La concepción de la norma como un imperativo supone considerar a la sanción como parte de la estructura de la norma, esto es, aceptar que se trata de un elemento interno de la misma y entender que toda norma jurídica contiene una sanción. Debemos recordar que la naturaleza jurídica de la norma no es una cuestión que limite sus efectos al ámbito penal, sino que se trata de una discusión que se plantea en la Teoría General del Derecho y, por tanto, conlleva una valoración global que incluye a las disposiciones de Derecho privado. Así, aquellos autores que pretenden defender una postura imperativista pura, se ven abocados a forzar sus argumentaciones, extendiendo el concepto de sanción a institutos jurídicos tales como la nulidad de los actos jurídicos, en el entendimiento de que toda norma jurídica, incluso las que prescriben derechos, deben contener una sanción(61). Esta postura también encontrará escollos en el ámbito penal, ya que, incluso en esta materia, no es posible sostener que todas las normas jurídicas contengan una sanción, aunque en este caso, las dificultades pueden ser más fáciles de salvar recurriendo a la argumentación de la existencia de normas incompletas.

A pesar del indudable avance que supuso el trabajo de Kelsen en la Teoría General del Derecho, muchos de sus postulados han sido muy controvertidos y su concepción de la estructura de la norma ha sido uno de ellos. En sus primeros trabajos, Kelsen considera que toda norma jurídica implica una sanción, esto es, toda norma sería una prohibición respaldada por una sanción(62). Así, la norma se aplicaría lógicamente a partir de dos mandatos regidos por el principio de imputación, en primer lugar, que no se lleve a cabo la conducta prevista en la norma y, en segundo, que quien trasgreda el primer imperativo debe ser sancionado. Este planteamiento fue criticado por Hart, quien alega que la lógica prevista por Kelsen resulta ser reduccionista, ya que no da cuenta de las normas propias de

(61) En este sentido se ha señalado que la teoría de los imperativos tropieza con numerosos inconvenientes, como el de no poder explicar la naturaleza de las normas de Derecho Internacional Público, ni la costumbre, ni los principios generales del Derecho reconocidos como fuente del Ordenamiento Jurídico. Tampoco lograr explicar por qué se continúa obediendo a las normas luego del cambio de gobernante, ya que la supuesta explicación de la renovación tácita de los mandatos de épocas anteriores no resulta asumible. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 1, 1976-1977, p. 16.

(62) KELSEN, H., «The Law as a Specific Social Technique», en *The University of Chicago Law Review*, 9 (1), 1941, pp. 75-97.

sistemas jurídicos basados en el principio de colaboración, que pueden tener el objetivo de recompensar, permitir o informar a los ciudadanos cómo pueden obtener un determinado resultado en el ámbito del Derecho(63). En opinión de Hart, sólo las que él mismo denomina como «reglas primarias» guardan la estructura kelseniana, que son precisamente aquellas que tienen como objetivo –directo o indirecto– regular la conducta humana a través de la imposición de obligaciones. Pero junto a estas reglas primarias, existirían otras que cumplirían objetivos completamente diferentes, se trataría de normas jurídicas con una función social, creadas para que los individuos puedan cumplir, de acuerdo a las pautas formuladas en el Derecho, con sus propios deseos. Para ejemplificar esta situación, Hart recurre a la regulación de los contratos o las disposiciones sobre la herencia. Éstas serían normas secundarias, que no encontrarían acomodo en el estricto esquema kelseniano, reducido al sistema norma-sanción. Entre esas «reglas secundarias» a las que alude Hart, se encontrarían las «normas de adjudicación», que son aquellas que «facultan a determinar en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha trasgredido una norma primaria»(64).

Estas críticas calaron en el discurso de Kelsen, quien introduce algunas matizaciones a su teoría. Entre otras cuestiones, el autor austríaco acepta la existencia de normas sin sanciones, a las que llamará «normas incompletas», las cuales se convertirían en «normas completas» cuando puedan articularse con una sanción negativa. Se trataría de normas no independientes que van en conexión con una norma que sí estatuye un acto coactivo(65). A pesar de los esfuerzos por adaptar su teoría, estos cambios no convencieron totalmente a sus detractores que los consideraron insuficientes. En referencia a la comparación entre los trabajos de Hart y Kelsen se ha sostenido que, en buena parte, la diferente visión de ambos autores proviene de las particularidades de los sistemas jurídicos en los que se desenvuelven, en la medida en que el *Common Law*, en el que se maneja

(63) Ampliamente, sobre la diferencia de criterio entre Hart y Kelsen, ver, BOTERO BERNAL, A., «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa. Una mirada más allá del –Último mohicano–», en *Revista Filosofía UIS*, vol. 16, No. 2, julio-diciembre de 2017, pp. 303-324.

(64) BOTERO BERNAL, A., «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa...», *op. cit.*, p. 309. Sobre las críticas de Hart al imperativismo, ampliamente, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, pp. 18 ss.

(65) KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, 1998, pp. 67 ss.

Hart(66), es un ordenamiento jurídico promocional donde se intenta incentivar la conducta deseada, haciéndola fácil y ventajosa, y donde el derecho coercitivo es visto como la *ultima ratio*, mientras que el sistema normativo alemán responde con mayor facilidad al componente cultural imperativista de Kelsen. No obstante, a pesar de los ríos de tinta que han corrido en torno a esta cuestión y a las numerosas críticas que se han realizado al imperativismo en razón de esta materia, desde la postura imperativista pura se siguen negando estas matizaciones, alegando que resulta inaceptable que se prive a las normas jurídicas de la coacción, ya que ello llevaría a identificarlas con las reglas morales(67).

Desde la Teoría General del Derecho, Olivecrona desarrolla su teoría para contestar a las críticas dirigidas al imperativismo y propone la distinción entre lo que él llama «imperativo impersonal o independiente» y los «imperativos directrices». De esta manera, las normas ejercitarían una función directiva prescindiendo de la relación personal o de trasmisión de voluntades de un sujeto a otro y se caracterizarían por la falta de una relación interpersonal propia(68). Así, la norma no podría ser vista como un mandato dirigido al ciudadano, en la medida en que un mandato conlleva una relación interpersonal que no es posible encontrar en las normas(69). Además, la

(66) En la visión de Hart, reducir las normas a imperativos prohibitivos y sanciones-castigos produce una distorsión en lo que el partícipe común entiende por Derecho, distorsión que permite lograr la uniformidad de una teoría pero que la aleja de la realidad. De todas formas, la postura de Hart también puede incardinarse en el ámbito del positivismo (se lo ha clasificado como un positivismo suave), ya que reconociendo el valor del trabajo de Kelsen, lo que pretendía era su matización. P. 318. BOTERO BERNAL, A., «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa...», *op. cit.*, p. 318.

(67) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, p. 115. A partir de su argumentación contraria a la propuesta de Hart, Álvarez García concluye afirmando que «lo que es o no sanción dependerá no del presupuesto normativo sino de la idoneidad de la consecuencia jurídica para encauzar conductas, siendo la sanción la consecuencia desagradable que el legislador enlaza a la realización de un determinado comportamiento contra el cual quiere motivar a los ciudadanos».

(68) OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, Barcelona, 1980, pp. 127 ss. Sobre la concepción de la norma de este autor, ver, MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo, derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 12, 1, 1972, pp. 65-106. Del mismo, «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico (notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross)», en *Anales de Derecho*, núm. 4, 1983, pp. 19-98.

(69) DIEZ PICAZO, M., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, p. 46.

concepción imperativista de Olivecrona se matizaría a través de la categoría de los «imperativos directrices», los cuales son imperativos de los que no surgen obligaciones. En opinión de este autor, existen reglas de conducta, como las normas relativas al nacimiento, extensión, transmisión y pérdida de derechos que no tienen como objetivo crear obligaciones sino, simplemente, explicar que algo va a ocurrir, como puede ser la creación o transmisión de un derecho; serían, por tanto, imperativos de un tipo peculiar, por lo que sería conveniente abandonar el término «imperativos» y recurrir al de «directrices»(70).

En referencia a las múltiples objeciones que se han formulado contra las posturas imperativistas, se ha sostenido que la «crítica preferida» coincide con la materia que es objeto de este trabajo, esto es, la respuesta al interrogante sobre los destinatarios del mandato(71). La pregunta a resolver es la siguiente, ¿si el mandato imperativo está dirigido a todos los ciudadanos, esto incluye también a los sujetos inimputables? Nuevamente podremos comprobar que la necesidad de mantener esta premisa para sostener la lógica del sistema lleva a los autores imperativistas a forzar enormemente la argumentación. En este sentido, se sostiene que todos los individuos, incluidos los inimputables, pueden ser motivados por la norma. En opinión de Álvarez García, «si lo que se persigue mediante el Derecho penal no es la aplicación de medidas represivas, sino la salvaguarda de bienes jurídicos a través de la amenaza de la pena, resulta evidente que esa función motivadora sólo puede ser realizada por medio de un mandato dirigido a los sujetos implicados», lo cual, según su criterio, incluye a los inimputables que pueden ser normativamente motivados(72). Incluso, ha llegado a extenderse el argumento indicando que hasta un animal puede ser motivado mediante la amenaza de un castigo.

No puede negarse la realidad de estas afirmaciones; a pesar de ello, creemos que este razonamiento lleva la discusión a un plano valorativo equivocado y conduce a conclusiones que no pueden ser asumidas por el Derecho. No puede negarse que, si mostramos un palo con gesto amenazante a un perro, muy probablemente el animal

(70) OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, Barcelona, 1980, p. 131.

(71) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3.ª edición, Navarra, 2009, p. 264.

(72) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, op. cit., p. 65. En similar sentido, MORALES PRATS, F., «Función y contenido esencial de la norma penal, bases para una teoría dualista o bidimensional», en *El nuevo Derecho Penal. Estudios Penales en Memoria del Profesor Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pp. 541 ss.

cesará en su actitud y huirá para evitar el golpe, pero esta respuesta es un gesto instintivo de los seres vivos que, en todo caso, sentirán el impulso de actuar cuando se vean amenazados por un daño inminente. Esto no significa que los animales puedan ser vistos como seres racionales, con los cuales sea posible mantener un diálogo sobre las consecuencias de su conducta. De la misma forma, una persona aquejada de una enfermedad mental podrá reaccionar instintivamente para alejarse del castigo que se le anuncie.

Dejando de lado la inconveniencia de recurrir a argumentaciones que ponen a personas enfermas en situaciones semejantes a las de los animales, la comprobación de una reacción semejante no supone que ni el animal ni el enfermo hayan sido efectivamente motivados por la norma, ni siquiera que sean motivables por ella(73). El mandato contenido en una norma jurídica no puede ser visto como una orden infundada que deberá ser respetada más allá de las posibilidades reales, sino que debe suponer la existencia de un «diálogo» con un sujeto racional. Esta cuestión pone de manifiesto la inconveniencia de mantener un planteamiento imperativista puro. No puede entenderse que la norma jurídica exija la realización de una conducta o la abstención de un comportamiento por un capricho del soberano, sino que se solicita su acatamiento en la medida en que suponga una necesidad para el mantenimiento del orden social y porque esa conducta ha recibido una valoración negativa, independientemente de que ese estadio de valoración sea considerado intra o extra normativo. A su vez, esas razones que se fundamentan en la desvalorización de la conducta serán trasladadas al sujeto para convencerlo sobre su actuación. Como vemos, ese momento de valoración o mejor dicho de «desvalorización» de la conducta prohibida resulta preciso para dar legitimidad a la norma jurídica y para «convencer» al ciudadano de la necesidad de su acatamiento.

En un sentido similar a los ejemplos mencionados, Gimbernat ha recurrido a la figura de un niño pequeño para fundamentar la motivabilidad de los inimputables. Este autor ha desarrollado la teoría de la motivación que ha sido seguida, con matizaciones, por autores de la

(73) Octavio de Toledo y Ubieto lleva la discusión a otro nivel indicando el grado de conocimiento nada tiene que ver con el hecho de que la norma de dirija a los ciudadanos imperativamente, en cuanto el grado de conocimiento depende de la eficacia, pero no del carácter imperativo. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 103 ss. De acuerdo con este planteamiento, el mandato tendría como destinatarios a los inimputables, aunque la norma en estos supuestos no resultaría eficaz. Entendemos que ello es tanto como reconocer que los inimputables no pueden ser destinatarios válidos del mensaje contenido en la norma.

talla de Mir Puig(74) o Muñoz Conde(75). La teoría de la motivación supone que la norma opera para conseguir la protección de los bienes jurídicos y los efectos preventivos motivando en el individuo un determinado comportamiento mediante la amenaza de una pena, inhibiendo así las tendencias antisociales y promocionando comportamientos valiosos(76). Aunque el autor no lo dice expresamente, se ha indicado que su postura supone la asunción del modelo imperativista(77), en la medida en que parte del entendimiento de que el mandato que emana del Estado pretende convencer al individuo para que su conducta se adecúe a la norma, de modo que la función motivadora cumpliría su papel a través de un imperativo(78). Como se ha señalado anteriormente, ha sido Austin quien ha profundizado en el funcionamiento psicológico de la motivación, indicando que la amenaza del daño que se manifiesta con la sanción está dirigida al momento de los deseos, estadio que para este autor se corresponde con la compulsión jurídica. Como vemos se trata de una concepción de la norma donde el mandato sirve para conectar dos voluntades, concepción que tropieza con numerosas dificultades(79).

Para intentar solucionar la problemática en torno a la motivación de los inimputables, Gimbernat mantiene que, incluso un niño pequeño, cuando su padre le anuncia un castigo, puede ser determi-

(74) Una síntesis muy clara de la postura del autor en esta materia puede encontrarse en, «Discurso de investidura. Contestación a la *Laudatio*», en Luzón Peña, D. M. (dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 49-55. Del mismo, también ver, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en García Valdés, C. y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. II, Madrid, 2008, pp. 1307-1328.

(75) MUÑOZ CONDE, F., «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1974, pp. 209-334.

(76) Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 12.

(77) En este sentido, Bajo Fernández indica que ni Gimbernat ni Muñoz Conde se han pronunciado en este sentido, a diferencia de Mir Puig, quien sí ha señalado expresamente que esta teoría lleva necesariamente a mantener una postura imperativista. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 13.

(78) En la concepción de Gimbernat, aun no siendo posible demostrar la existencia de libre albedrío el Estado procede a castigar en la necesidad de lograr que se cumplan las normas gracias a la amenaza de un castigo. Por tanto, en su opinión, en un Derecho penal así concebido la pena resulta ser razonable, es un recurso elemental al que tiene que recurrir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres. GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 148 ss.

(79) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 14.

nado a actuar en un cierto sentido, ya que su entendimiento es suficiente como para comprender que la desobediencia le acarreará un sufrimiento. Esta argumentación lleva a Gimbernat a sostener que la pena es un mal necesario, un mal que resulta imprescindible para mantener el orden social. Incluso, el autor alaba las reflexiones del Proyecto Alternativo alemán por su reconocimiento de que la pena es «una amarga necesidad»(80). De acuerdo con lo sostenido por este autor, estas supuestas capacidades de los inimputables que, en su visión, podrían ser motivados por la norma(81), no suponen la exigencia de que el Derecho reaccione frente a ellos con la aplicación de un castigo. En su opinión, la pena no resulta necesaria en estos casos por una razón fundamental, los supuestos de inimputabilidad están adecuadamente reflejados en la Ley penal, esto es, todos los ciudadanos normales son conscientes de que se trata de situaciones diferentes en las que no se encuentran incluidos, de forma que, al delinquir, dichas exenciones no les resultarán aplicables. En consecuencia, la existencia de supuestos de inimputabilidad frente a los cuales no resultan aplicables las penas, no supone una disminución de los efectos de prevención general de dichas consecuencias jurídicas(82).

Por su parte, y aun partiendo de una teoría ecléctica de la norma, el acento imperativista que ponen en esta materia ha llevado a Jescheck y Weigend a similares conclusiones. En este sentido, sostienen los autores mencionados que «los imperativos de las normas se destinan a «todas» las personas a las que resultan aplicables por su contenido. Por este motivo, no se lleva a cabo una distinción basada en la edad, salud psíquica y extensión de conocimientos de los destinatarios de las normas. También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales están sometidos a las normas jurídicas que respectivamente les afectan, y la experiencia demuestra que, por regla general, también se determinan materialmente por las normas jurídicas. Sólo por este motivo pueden formar parte de la vida en comunidad dentro de los

(80) GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, *op. cit.*, p. 149.

(81) Aunque Gimbernat sostiene que, en el ámbito de la culpabilidad, el Derecho no puede castigar las conductas del inimputable, porque la pena es, principalmente por razones de motivabilidad, ineficaz para hacerlo, por otra parte, se refiere al «efecto inhibitor de la pena» al describir su conocido ejemplo del niño pequeño, con lo cual su argumentación parece apoyar la posibilidad de que el inimputable sea motivado por la norma. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad, un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, p. 224.

(82) GIMBERNAT ORDEIG, E., ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, *op. cit.*, p. 157. Del mismo, también ver, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 162-181.

límites naturales marcados por su edad o situación psíquico-espiritual. Esto comporta la importante consecuencia «práctica» de que las medidas educativas y de seguridad del juez frente a enfermos mentales, jóvenes, niños, no son simples disposiciones de policía destinadas a luchar contra una perturbación del orden público que tiene su origen en una situación peligrosa, sino que son «verdaderas sanciones que se conectan a un hecho antijurídico»(83). Los autores continúan explicando que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico únicamente interesa al Derecho penal en la medida en que sea el producto de una cierta modalidad subjetiva de comportamiento. Por consiguiente, ya en el marco mismo de la tipicidad, y no en el de la culpabilidad, habrán de tomarse en cuenta las intenciones, ya que inciden en la fundamentación positiva de la antijuridicidad.

Como vemos y, en definitiva, lo cierto es que el imperativismo supone que la norma jurídica tiene como destinatario válido al sujeto inimputable y que esta discutible afirmación ha servido para apoyar la consideración de las medidas de seguridad como verdaderas sanciones. Este argumento, que no podemos compartir, también pretende ser utilizado para responder a otra de las importantes críticas que se realizan al imperativismo y que se refiere a la enorme dificultad que supone, bajo estos planteamientos, diferenciar la antijuridicidad de la culpabilidad. Como resulta evidente, el entendimiento de la norma jurídica como un mandato que aúna dos voluntades supone como contrapartida la asunción de una visión subjetiva de la antijuridicidad, donde la misma es entendida como mera desobediencia a los desig-nios del soberano(84).

En este sentido, sostienen Jescheck y Weigend que «la consecuencia teórica de la tesis de los imperativos es que la voluntad de la acción debe ser entendida como el núcleo principal de la antijuridicidad de un hecho, al ser la voluntad humana contraria al precepto jurídico la que infringe el mandato o prohibición impuesta por la norma(85). Se trata, por tanto, de un contenido que quedará reflejado de forma preponderante en el desvalor de acción de la conducta. Así, al interpretar la

(83) JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, 2002, p. 254.

(84) En este sentido señala Bockelmann que si el autor no pudo comprender el orden jurídico por falta de capacidad o no pudo inhibirse por encontrarse en una situación excepcional no puede hablarse de desobediencia. Ahora bien, si la insubordinación constituye la esencia del desvalor, tal como sucede en el imperativismo, entonces en estos casos no sólo falta culpabilidad sino también el injusto típico. BOCKELMANN, P., *Grundrisse des Rechts*, 3.ª ed. Munich, 1979, p. 35.

(85) JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 254.

antijuricidad como un componente subjetivo, sus exigencias coincidirán plenamente con los elementos requeridos en sede de culpabilidad(86). La consecuencia evidente es una enorme dificultad para explicar por qué el comportamiento del inimputable resulta ser antijurídico, cuestión que se pretende resolver alegando que el mandato también está dirigido al inimputable y que éste puede actuar subjetivamente de forma contraria al Derecho, esto es, que un inimputable puede desobedecer la norma(87).

Como se ha señalado, tanto Bentham como Austin realizaron aportes fundamentales para el desarrollo del imperativismo(88) y, a pesar de que esta postura en su manifestación pura no puede ser asumida a día de hoy, las bondades de todo desarrollo teórico tienen que ser interpretadas en su contexto. Estos autores llevaron a cabo su trabajo en un momento de crisis del poder del monarca, en donde era necesario aportar ideas para respaldar su poder absoluto(89). En esta situación, resultaba muy oportuno un planteamiento que situara la voluntad del soberano en la cúspide del sistema, donde su validez no podía ser puesta en duda por consideraciones valorativas. Se trataba, en todo caso, de apoyar con argumentos teóricos el mantenimiento del sistema, partiendo de una concepción netamente utilitarista. Difícilmente podría haberse evitado que este entendimiento de la norma fuera criticado por servir de respaldo a posiciones autoritarias y por su propensión a la arbitrariedad, tanto por no dar ninguna justificación válida al contenido de los mandatos, como por la falta de instancias mediadoras entre el legislador y los destinatarios de las normas(90).

(86) Al respecto, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 262 ss. También al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 20.

(87) En opinión de Bajo, esta posición resulta insostenible, de modo que para ser consecuentes el imperativismo tendría que reconocer que quien es inaccesible a la incisión psicológica no puede obrar de forma contraria a la norma. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 34.

(88) Se ha sostenido que ni siquiera en estos casos estaríamos frente a posiciones imperativistas puras; al respecto, VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal*, 2.^a ed., *Acción significativa y Derechos Constitucionales*, Valencia, 2011, pp. 393 ss. De la misma manera este autor considera que tampoco la postura de Binding responde a un imperativismo puro, ya que no concibe a la norma exclusivamente como un imperativo. En opinión de este autor, el papel que juega la idea de mandato en las teorías de Bentham, Austin y Binding les obliga a extraer a la hora de la configuración del ilícito, consecuencias semejantes al imperativismo moderado.

(89) Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, pp. 30 ss.

(90) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, p. 25. En este sentido sostiene Quintero Olivares que, si se prescinde de la concepción del delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, prefiriéndose entenderlo

No obstante, tal como ha señalado con acierto la doctrina, ni una concepción imperativa ni valorativa de la norma están reñidas con la existencia de un Estado de Derecho, cuestión que sí podría verse afectada si los mecanismos de su creación no fueran los adecuados(91).

Frente al imperativismo puro se encuentra la concepción valorativa de la norma. De acuerdo con esta teoría, la esencia de la norma se sitúa en el momento del análisis de las conductas y la determinación de cuáles pueden suponer un peligro para los bienes jurídicos considerados fundamentales para la convivencia en sociedad. Según esta concepción, el ordenamiento jurídico estaría caracterizado como una suma de juicios de valor que permiten distinguir el comportamiento antijurídico de aquel que es conforme a Derecho(92), y la obligatoriedad de las normas sería aceptable por su carácter valioso y, por lo tanto, jurídicamente justo(93). En cuanto a la sanción, la misma resulta aplicable por el ataque al valor que ha supuesto la realización de la conducta y no por la mera infracción de un deber(94). La asunción de la concepción valorativa de la norma supone múltiples variaciones en cuanto a la configuración de los elementos del delito. Como es sabido, la primera y más notable consecuencia es la conformación netamente objetiva de la antijuricidad, lo cual relega al ámbito de la culpabilidad el análisis de todos los componentes subjetivos(95). De esta forma, el dolo y la culpa se deben analizar de forma íntegra en el ámbito de la culpabilidad y la antijuricidad de la conducta se restringe a la comprobación del desvalor de resultado, como mera contradicción entre la conducta y el Derecho.

Así, de la norma objetiva de valoración, que establece un deber ser ideal, deriva la norma subjetiva de determinación, que ya establece el deber de ajustar la conducta a aquél deber-ser ideal. La norma de determinación, por lo tanto, dimana de la calificación jurídica de la

como simple infracción de un deber, quedaríamos abocados a los peligros de un sistema puramente autoritario. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 260.

(91) En este sentido, sostiene Álvarez García que «no resulta definitorio de ningún régimen que la estructura de la norma sea valorativa o imperativa, ya que ningún régimen político puede prescindir del Derecho para ejercer el poder. Todos necesitan revestir sus actos de un ropaje jurídico», ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, op. cit., p. 91.

(92) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, op. cit., p. 272.

(93) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal, la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, p. 21.

(94) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, p. 24.

(95) MEZGER, E. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Traducción Rodríguez Muñoz, 1955, p. 328.

situación o estado y obliga personalmente al ciudadano concreto(96). El hecho de no tener en cuenta las cuestiones relativas al sujeto hasta el plano de la culpabilidad, da lugar a una configuración sustancialmente objetiva y externa de la antijuridicidad, que se concibe como lesión objetiva de las normas de valoración, y de ahí que lo fundamental a la hora de decidir si un comportamiento es o no ajustado a Derecho sea la constatación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, el desvalor del resultado.

Esta construcción favorece una mayor polarización entre los elementos objetivos, pertenecientes a la antijuridicidad (sin perjuicio del reconocimiento excepcional de los elementos subjetivos del tipo) y las cuestiones subjetivas, que se ubican en el ámbito de la culpabilidad. Ello determina que la valoración de si el comportamiento es o no contrario a la norma subjetiva de determinación, se reserve para el juicio de culpabilidad. Dicha comprobación requiere que el sujeto no sea inimputable, es decir, que pueda ajustar sus decisiones a las normas. Si la conducta se lleva a cabo con conciencia y voluntad, la imputación se realizará a título de dolo, mientras que si lo que se lleva a cabo es una conducta voluntaria peligrosa y la infracción del correspondiente cuidado, produciendo un resultado típico que podía y debía haber sido previsto y evitado, lo será a título de culpa o imprudencia. En esta construcción, por lo tanto, el dolo y la imprudencia se consideran como formas de culpabilidad.

En este contexto, no se encuentran tantas dificultades para distinguir a la antijuridicidad de la culpabilidad, tal como sí sucedía en el caso anterior(97). En referencia a los supuestos de inimputabilidad, al estar integrada la norma por un juicio objetivo de valoración, puede proyectarse a los comportamientos de estos sujetos en virtud de que el juicio que encierra la norma no contempla dimensiones subjetivas de la conducta de cada sujeto(98). De este modo, el daño causado por un inimputable será injusto, al margen de que entienda o no el sentido de lo que hace(99).

Lo cierto es que, en nuestra opinión, no resulta asumible ninguna de estas dos posturas en sus versiones extremas, porque cada una de ellas supondría negar estadios esenciales en la conformación de la

(96) CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999, pp. 49 ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.^a edición, Valencia, 1999, pp. 270 ss.

(97) Al respecto, NOWAKOWSKI, F., «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1951, vol 63, pp. 29 ss.

(98) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, p. 260.

(99) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, p. 260.

norma. Así, resulta evidente la inconveniencia de caracterizar al mandato como un elemento caprichoso que sólo emana de la voluntad del soberano y que no sea el resultado de un razonamiento lógico, encaminado a la salvaguarda de bienes jurídicos. El imperativismo necesariamente debe aceptar la existencia de un momento valorativo en la conformación de la norma, independientemente de que pueda entenderse que el mismo resulta ser anterior a su existencia o que forma parte de su esencia(100). Por otro lado, tampoco es posible negar que se trata de la interpretación de la norma que resulta más acorde con la función motivadora que está llamada a desempeñar, en la medida en que la amenaza de pena cumpliría su función motivadora a través de un imperativo(101). Pero, de la misma manera, la concepción valorativa debe asumir que la norma también pretende determinar la conducta del individuo y que la mera desvaloración de la conducta con base en su afectación a los bienes jurídicos no puede satisfacer las funciones que la norma está llamada a cumplir(102).

De forma consecuente, a día de hoy, pocos son los autores que se pronuncian a favor de posturas puras, con honrosas excepciones, como es el caso de Álvarez García(103), quien realiza un esfuerzo notable por contestar a todas las críticas que se han dirigido al imperativismo, llegando, sin embargo, a una conclusión que, como se ha señalado, no encontramos defendible y que se concreta en la idea de que el mandato normativo está dirigido al inimputable en virtud de su motivabilidad normativa(104).

En nuestra opinión, no estamos frente a un problema que deba resolverse en el plano de las «naturalezas puras», sino que se trata de una cuestión de equilibrios, de determinar qué componente deberá jugar un papel prioritario con vistas a un doble objetivo, reflejar la realidad de los mecanismos que subyacen a la norma y lograr el adecuado funcionamiento del sistema. En este sentido, Bajo Fernández utiliza la expresión

(100) Aun defendiendo una postura imperativista, Álvarez García sostiene que la referencia al valor resulta fundamental, aunque la sitúa en un estadio prelegislativo, cuando todavía no existe ley penal. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, p. 95.

(101) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 282.

(102) Así, la norma de valoración también contaría con un componente de determinación que se situaría en el ámbito de la culpabilidad. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, *op. cit.*, p. 275.

(103) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, pp. 132 ss.

(104) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, *op. cit.*, pp. 132 ss.

«juicio de valor imperativo» para referirse a la conexión que debe verificarse entre ambos aspectos de la norma. En opinión de este autor, aceptar que la norma es un juicio de valor resulta imprescindible para dotar de contenido al juicio de antijuricidad, que, de esta forma, podrá ser entendido como juicio de valor de la conducta, y también resulta fundamental para admitir el desvalor de resultado, como componente de la antijuricidad(105). A estas consideraciones hay que añadir que también el componente de determinación resulta necesario, no sólo para dotar de fuerza jurídica al juicio de valor, sino también para atender al componente subjetivo de la antijuricidad que se concreta en el desvalor de la acción(106). Podría hablarse, por tanto, de una interdependencia recíproca de la norma de valoración y de determinación(107).

En todo caso, en la doctrina española hay un cierto consenso a la hora de aceptar que la función de la norma como norma de determinación es la que se considera la preferente(108). En este sentido se ha pronunciado Quintero Olivares, quien entiende que corresponderá al análisis de la Parte Especial del Derecho penal determinar frente a qué figuras delictivas cobrará un mayor protagonismo el desvalor de acción o, bien, el desvalor de resultado, partiendo de la base de que ambos ámbitos son precisos a la hora de examinar la contradicción de la conducta con la norma y determinar, en consecuencia, su posible antijuricidad. Tampoco se puede dejar de lado el hecho de que la síntesis «finalista-causalista» que se ha impuesto en la doctrina penal, desde hace ya varias décadas en referencia a la construcción de la teoría del delito, impide la asunción de una pos-

(105) Este reconocimiento de la norma como juicio de valor ya excluye, necesariamente, la perspectiva de la norma como un mandato que emana de la voluntad del soberano, ya que sólo se justificaría por ser un mandato respaldado por la fuerza y no tendría sentido alguno el momento de la valoración. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, pp. 21 ss.

(106) En este punto, Bajo Fernández plantea la diferencia entre el imperativismo y el componente de determinación de la norma, identificando al imperativismo con la idea del mandato que proviene del soberano y que aúna dos voluntades y, por otro lado, al componente de determinación con la pretensión de validez de la norma. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones...», *op. cit.*, p. 23. En similar sentido, NOWAKOWSKI, F., «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, vol. 63, 1951, pp. 287 ss.

(107) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 285.

(108) Así, LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1989, pp. 39 ss., MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a edición, Buenos Aires, 2002, pp. 45 ss., OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 97 ss. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 11.^a ed., 2022, pp. 55 ss.

tura valorativista pura, esto es, la inclusión del dolo en el injusto obliga a reconocer el componente de determinación de la norma y a darle un cierto protagonismo.

En cuanto a la cuestión central de nuestro estudio, la interpretación que lleva a considerar que las proposiciones normativas tienen como destinatarios a los sujetos considerados inimputables no nos parece aceptable, ya que favorece injustamente la confusión entre sanción y medida de seguridad. En nuestra opinión, el afán de ser consecuentes con sus presupuestos lleva a los imperativistas a defender como voluntarias lo que no son más que reacciones meramente instintivas y a negar, en consecuencia, realidades empíricamente contrastables, ya que defender la capacidad y motivabilidad del inimputable es la única vía que encuentran para sostener distinción entre la antijuricidad y la culpabilidad(109). Así, estos autores suelen utilizar el argumento que puede ser denominado como «de los estados grises», para indicar que los supuestos de inimputabilidad no suelen presentarse como situaciones de una carencia absoluta de facultades, sino que los enfermos mentales suelen tener un cierto entendimiento de la realidad en la que viven(110). Esto puede considerarse cierto a un doble nivel, por un lado, en un número importante de casos, los trastornos psíquicos producen una disminución de las facultades que no llegan a anular las posibilidades de entender el alcance de las normas. Múltiples serían los ejemplos que se podrían poner en relación con esta situación, pudiendo mencionarse las neurosis o trastornos paranoicos de la personalidad, que pueden presentarse en distintos niveles de gravedad. Por otro lado, también es cierto que muchos de los enfermos aquejados de alteraciones graves son víctimas de crisis que empeoran momentáneamente su estado, no manteniéndose en el tiempo con la misma intensidad. Pero esta situación está convenientemente reflejada en la teoría del delito, en la medida en que se establece una graduación de la responsabilidad penal en función de la anulación completa o de la disminución de las capacidades del sujeto, correspondiendo, en consecuencia, la determinación de un supuesto de inimputabilidad o de semi-imputabilidad y debiendo aplicarse, consiguientemente,

(109) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, p. 132 ss.

(110) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal...*, p. 132.

Este autor recurre, además, al argumento de que la sociedad en los últimos tiempos está desarrollando importantes esfuerzos por integrar a las personas con enfermedades mentales en la sociedad. Nuevamente se trata de razones que pueden ser aplicables a una multiplicidad de casos, pero que niegan la lamentable realidad que nos obliga a reconocer que también existen supuestos extremos en los que las capacidades se encuentran anuladas y frente a las cuales los intentos integradores nunca podrán ser exitosos.

una completa exención de la responsabilidad o solamente una eximente incompleta.

Sin embargo, la existencia de una multiplicidad de casos que se sitúan en esa zona gris no elimina la subsistencia de otros supuestos en los que las capacidades del sujeto se encuentran completamente anuladas, ya sea de forma permanente o momentánea, durante el intervalo en el que se verifica un brote. Y a estas situaciones extremas se dirige la pregunta sobre el destinatario de las normas, ¿realmente resulta correcto sostener que el Estado pretende a través de la norma mantener un diálogo sobre las consecuencias de su conducta con una persona que no disfruta de la capacidad mínima de captar su contenido?(111).

Entendemos que la respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente negativa. Puede resultar adecuado entender que, a través del dictado de normas, el Estado emite un mandato genérico dirigido al conjunto de los ciudadanos para que se abstengan de realizar una serie de conductas, pero de ese mandato genérico no puede desprenderse la existencia de una disposición individual dirigida a los individuos que no se encuentren en situación de abarcar su contenido, y no puede nacer, en consecuencia, una obligación jurídica que el enfermo viole con su conducta(112). Esta visión no impide que la conducta del inimputable sea considerada antijurídica, ya que supone una contradicción con el Derecho y, al menos, la constatación de un desvalor de resultado, pero no puede suponer la constatación de un incumplimiento a una obligación individual(113). En este sentido se pronuncia García-Pablos de Molina, al sostener que «legalmente no ofrece dudas la posibilidad de que los inimputables actúen contra Derecho, antijurídicamente; pero es claro, también, que no son destinatarios idóneos de una orden dirigida personalmente a los mismos. No tiene

(111) En este sentido se pronuncia Gimbernat, «No obstante, estos comportamientos que quedan excluidos en el sector de la culpabilidad siguen estando prohibidos (de manera general), a la pena sólo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se percibe fácilmente que no tendría mucho sentido proceder con ese medio de reacción». GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad, un problema de anti-juricidad», *op. cit.*, p. 227.

(112) Por su parte, Silva Sánchez parece dar un paso más allá señalando que la motivación de la norma se dirige a evitar hechos típicos salvo en los casos en que la realización de esos hechos tiene lugar en una situación de justificación. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 328 ss.

(113) En este sentido, Bockelmann sostiene que la norma es un imperativo generalizado cuyo destinatario es la comunidad jurídica, de forma que de ese mandato general se deducen las directrices a las que debe ajustarse el comportamiento de cada súbdito singular concreto. BOCKELMANN, P., *Grundrisse des Rechts*, *ob. cit.*, pp. 36 ss.

sentido tratar de determinarlos a través de normas jurídicas; ni cabe hablar de “desobediencia” respecto al inimputable que no se atiene a lo dispuesto en la norma, por ello, aún en el caso de que se les pudiera motivar psicológicamente con preceptos obligatorios (imperativos) –lo que es factible, como lo es respecto de los animales– el problema no se resolvería, y las ficciones o las pretensiones poco razonables carecen de sentido»(114).

Por su parte, Quintero Olivares subraya la necesidad de diferenciar la posibilidad de que «una voluntad actúe contra la norma» de la «capacidad para apreciar el valor ético y jurídico de las disposiciones normativas», señalando que no debe confundirse la «capacidad de voluntad» de la «capacidad jurídica de actuar libremente». En consecuencia, entiende que, en principio, no existirían inconvenientes para aceptar que el inimputable cuenta con la primera, de forma que puede matar, violar o hurtar(115). Así, manifestándose a favor de una postura ecléctica, Quintero Olivares explica que el hecho de que el objeto de protección sustancial de la norma sea la protección de bienes jurídicos comporta un juicio de valoración, pero que eso no obsta a que también haya circunstancias subjetivas que deban atenderse para la calificación del injusto, de modo que la voluntad del agente tiene que jugar, necesariamente, un papel en la determinación del injusto. Dicho rol del aspecto subjetivo se manifiesta a través de los elementos subjetivos del injusto y del componente subjetivo de las causas de justificación(116).

En efecto, es posible sostener que el inimputable cuenta con capacidad de voluntad y, por lo tanto, puede violar o matar, pero esa voluntad, necesaria a nivel de tipicidad o antijuricidad, no incluye, en ningún caso, la capacidad de conocer el contenido de la norma, ni mucho menos, la posibilidad de ser motivado por ella. Más allá de la existencia de un mandato genérico, no es posible asumir que el Estado pretenda mantener una comunicación racional con un sujeto que carece de esta capacidad. La teoría imperativa de la norma e, incluso, las posturas moderadas que ponen el acento en el componente de determinación, llegan a conclusiones que no son satisfactorias, ya que no reconocen que el deber subjetivo que surge de la norma se concreta en el ámbito de la culpabilidad. En nuestra opinión, aceptar esta circunstancia no resulta incompatible con el reconocimiento de elementos subjetivos que deban verificarse en el ámbito de la antijuricidad, ya que, como se ha indicado, la voluntad que se examina en este esta-

(114) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, op. cit., p. 283.

(115) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 264.

(116) QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 262.

dio no tiene en cuenta la asequibilidad normativa(117). La norma no puede generar una obligación personal de actuar frente a quien no tiene capacidad de ser motivado por ella.

Armin Kaufmann ha profundizado sobre la cuestión relativa al nacimiento de las obligaciones que surgen de las normas jurídicas, con un planteamiento que consideramos sumamente acertado, a pesar de no poder coincidir con el autor en todos los extremos que plantea. De acuerdo con la visión de este autor, la mera existencia de una norma no permite, por sí misma, concretar el nacimiento de un deber respecto a un determinado individuo, siendo fundamental determinar en qué momento surgen los deberes, ya que se trata del estadio teleológico de la norma(118). En la visión de Kaufmann, la norma general solo está compuesta por los elementos de la acción, es decir, no contiene requisitos especiales con respecto al sujeto del acto exigido o prohibido. De este modo, el presupuesto del deber se concreta en la capacidad de acción y la realización del acto prohibido en un momento puntual. Así, el autor llama la atención sobre el hecho de que la prohibición no se concreta en referencia a una situación concreta, sino con respecto a un individuo determinado, que entra en consideración para un acto concreto que es objeto de la norma.

Como es posible observar, a partir de esta argumentación resulta determinante atender al alcance que este autor otorga a la expresión «capacidad de acción», ya que será el requisito fundamental a la hora de fijar el nacimiento de los deberes jurídicos(119). Al respecto, Kaufmann resalta que su comprensión del término se aleja de la defendida por Binding, y así, en opinión de Kaufmann, «capaz de acción» será, simplemente, aquel que es capaz de realizar la acción mandada. Por tanto, mientras la norma desenvuelve su validez permanentemente con respecto a todos, sólo obra obligando en concreto a quienes resultan capaces de acción(120). Frente a esta postura, Binding otorga un contenido diferente a la expresión «capa-

(117) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5.ª ed., Munich, 2020, pp. 980 ss. También ver, ROXIN, C., «La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, 2017, pp. 9-26. HOYER, A., «Asequibilidad normativa como elemento de la culpabilidad», en Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, reimpresión 2022, pp. 327-339

(118) KAUFMANN, A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, (traducida por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, 1977, pp. 171 ss.

(119) KAUFMANN, A., *Teoría de las normas...*, *op. cit.*, pp. 208 ss.

(120) KAUFMANN, A., *Teoría de las normas...*, *op. cit.*, pp. 208 ss.

cidad de acción» ya que este autor la vincula a la «cognoscibilidad de la norma»(121). Esta interpretación nos parece más adecuada, en cuanto permite vincular el nacimiento de los deberes particulares a la motivabilidad normativa.

En consecuencia, entendemos que una adecuada coordinación entre la norma de valoración y de determinación nos permitirá reconocer que las normas genéricas que están destinadas al conjunto de los ciudadanos, concretan en el ámbito de la culpabilidad la existencia de deberes individuales que se verifican en los casos en los que los sujetos presentan asequibilidad normativa.

IV. EL RECHAZO AL CARÁCTER AFLICTIVO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En opinión de Soler, la confusión conceptual entre las medidas de seguridad y las sanciones proviene tanto del positivismo italiano como de la concepción imperativa de la norma. En referencia al positivismo italiano, el autor afincado en Argentina pone en la diana a la teoría de la unidad de las sanciones elaborada por Filippo Grispieni(122), quien sirviéndose de una particular interpretación del trabajo de Hans Kelsen, afirma que la norma penal estaría dirigida sólo al Estado, y se limitaría a prescribir una forma de coacción que debería ser cumplida en determinadas hipótesis. De esta forma, la norma jurídica supondría únicamente la obligación del Estado de aplicar la sanción en caso de que se llevara a cabo la conducta descrita en el precepto. En opinión de Soler, esta era una interpretación que derivaba de una visión autoritaria del ordenamiento jurídico y que respondía al objetivo de servir a los fines de la escuela positivista, a la que Grispieni pertenecía, y que implicaba ampliar el concepto de sanción para que comprenda tanto a las privaciones de libertad de los enfermos por tiempo indeterminado, como a las penas determinadas. Se trataba, por tanto, de una visión que observaba al ordenamiento jurídico como un puro sistema de organización de la coacción, de forma que penas y medidas debían ser vistas como una unidad, en cuanto ambas eran formas de gestión social de carácter coactivo(123).

(121) BINDING, K., *Die Normen und Ihre Ubertretung...*, op. cit., pp. 36 ss.

(122) Sobre la postura doctrinal de este autor, ver, DEL ROSAL, J., «Grispieni, F. Derecho Penal italiano», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1948, pp. 594-595.

(123) Soler incluso llegaba a sostener que esta interpretación llevaba a entender al orden jurídico no como un sistema de normas, sino como un «manual de instruccio-

Por otro lado, también la concepción imperativista de la norma ha colaborado a identificar medida con sanción, hasta el punto de que algunos autores, como es el caso de Jescheck y Weigend, han mantenido expresamente que las medidas son sanciones. Así, la necesidad de adelantar el componente subjetivo al ámbito de la anti-juricidad, ha llevado a estos autores a entender que la norma jurídica tiene como destinatarios a los sujetos inimputables. Otros autores desde planteamientos más moderados han celebrado el reconocimiento del carácter aflictivo de estas medidas, en el convencimiento de que esta condición supondría un respaldo desde los principios y las garantías del Derecho Penal(124), que finalmente nunca se ha concretado. En este sentido, Muñoz Conde y García Arán han sostenido que el reconocimiento del carácter aflictivo de las medidas de seguridad ha jugado un papel fundamental en la adecuación de estos institutos penales al sistema garantista. Estos autores entienden que las medidas de seguridad no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas benefactoras dirigidas a curar al peligroso, porque ese es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites con el que se llega al fraude de etiquetas, esto es, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en su aplicación.

Sin embargo, estas posturas bienintencionadas chocan en la actualidad con la evidencia del abandono institucional que ha supuesto la asociación de las medidas con sanciones y la asunción de competencias por parte de Instituciones Penitenciarias.

El planteamiento de Soler resulta ser diametralmente opuesto. Así, en la concepción de este autor, el destinatario de la norma primaria es el ciudadano, de modo que el precepto penal describe una conducta que debe ser evitada por el individuo y, si este la realiza, se hace merecedor de una sanción(125). El Derecho quiere que las obligaciones se cumplan, por lo que la sanción sólo tiene sentido en cuanto se conecta con la prescripción de un deber, en cuyo incumplimiento encuentra su fundamento y su razón de ser. En consecuencia, no es sanción cualquier medida de fuerza, sino solamente la que se basa en el previo incumplimiento de un deber. De esta forma, para

nes para funcionarios». SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», *op. cit.*, pp. 218 ss.

(124) MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 556.

(125) El legislador penal suele describir en activo conductas que no deben ser realizadas por el sujeto, con excepción de aquellos casos en los que se establece una obligación de actuar, donde la sanción queda asociada a una omisión de la conducta debida.

hablar de sanción será preciso que exista un precepto que haya sido transgredido y también será necesario que la norma cambie de destinatario(126). De una norma primaria dirigida al ciudadano, se pasará a una norma secundaria dirigida a los órganos del Estado, que consistirá en la aplicación de la consecuencia previamente determinada en la segunda parte de la norma. Este cambio de destinatario no se llevará a cabo en las normas penales que determinan la aplicación de las medidas de seguridad. En estos casos, la norma tendrá un único destinatario, los órganos del estado que deberán aplicarla porque se ha realizado la conducta descrita en la norma(127). Este razonamiento lleva a sostener que existen medidas que pueden ser aplicadas por el Estado y que no son sanciones, ni deben tener un contenido aflictivo, lo cual no supone una ruptura de la Teoría General del Derecho ni supone la necesidad de construir doctrinas especiales para este tipo de disposiciones(128).

Resulta cierto que la argumentación de Soler está influida por una postura valorativista, que supone una nítida delimitación entre el plano objetivo y subjetivo, pero entendemos que desde la visión ecléctica que se ha impuesto en la doctrina es posible llegar a conclusiones similares. La visión objetivo-subjetiva de la antijuricidad que nos lleva a considerar importantes elementos subjetivos a la hora de analizar el injusto, no puede suponer una radical reducción del ámbito de la culpabilidad que niegue su papel como elemento determinante de la concreción subjetiva de la responsabilidad individual.

El empeño en ser consecuentes hasta el extremo, en cuanto a los planteamientos dogmáticos, encierra el peligro de llegar a conclusiones absurdas y disfuncionales desde un punto de vista consecuen-

(126) SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», *op. cit.*, pp. 223.

(127) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, Madrid, 1978, pp. 75 ss. A esta misma conclusión llega Mir Puig, quien reconoce expresamente que, en el ámbito de las normas que imponen medidas de seguridad, se llega a un «callejón sin salida», ya que estas no representan prohibición ni mandato alguno que opere como imperativo de modo previo a la decisión del sujeto, pero, por otro lado, ello tampoco supone que estas normas puedan ser vistas sólo como normas de valoración, ya que no suponen un juicio de desvalor sobre el sujeto peligroso. De esta forma, el autor llega a la conclusión de que se tratan de normas imperativas pero dirigidas sólo a los órganos del Estado que deberán imponer las medidas de seguridad cuando concurra peligrosidad criminal. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

(128) SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», *op. cit.*, pp. 222.

cial(129). Como ha señalado Roxin, en numerosas ocasiones, no podemos ser esclavos de un sistema cerrado y hermético que no introduzca consideraciones de política criminal(130).

Dentro de las propias posturas imperativistas y desde las nuevas corrientes funcionalistas se ha advertido este fallo del sistema, y esta objeción ha sido utilizada para fundamentar la necesidad de excluir la distinción entre el injusto y la culpabilidad. No obstante, estas alegaciones han recibido una contundente respuesta por parte de Roxin quien ha señalado que «la prohibición o mandato jurídico-penal se dirige a todos los ciudadanos como llamada a comportarse conforme a Derecho y por esa razón debe separarse de la culpabilidad, porque todo hecho típico presupone que se ha informado a los ciudadanos sobre las prohibiciones y les han sido dadas unas pautas de comportamiento», así, en opinión de este autor, la objeción de que nadie debería estar obligado más allá de su capacidad no es concluyente ya que «el Ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado solo por no poder cumplir adecuadamente su deber». De esta forma, continúa aclarando Roxin, el enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar, pero simplemente, no puede ser reprochado por ello(131).

No podemos compartir la conclusión a la que llega este autor, pero tampoco creemos que esta disfuncionalidad del sistema deba ser utilizada como excusa para eliminar categorías jurídicas que han contribuido de forma decisiva a edificar un sistema defensor de las garantías individuales, tal como sucede en las teorías funcionalistas que señalan

(129) La doctrina ha llamado la atención sobre este tipo de disfuncionalidades en numerosas ocasiones. Así, Molina Fernández señala el problema que acarrearán en el actual sistema del delito los supuestos de error de tipo derivados de anomalías o alteraciones psíquicas. Se trata de supuestos en los que la demencia del sujeto puede determinar la ausencia de acción o la falta de tipicidad, de modo que al no concurrir antijuricidad no resultarían aplicables medidas de seguridad. El autor enfatiza sobre la importancia de una contradicción en el sistema científico y aboga por entender que, en estos supuestos, sí existe una actuación lesiva por lo que debería aplicarse la medida de seguridad. MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas. Un difícil desafío para la teoría del delito», en García Valdés, C. y otros (coord.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T II, Madrid, 2008, pp. 1329-1363.

(130) ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*, (Traducción de Francisco Muñoz Conde), Barcelona, 1972, pp. 30 ss. Al respecto, ampliamente, BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, pp. 113-120.

(131) ROXIN, C., «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», en *Indret*, Barcelona, 4/2012, p. 18.

a la estabilización del contenido de la norma como fin del Derecho penal(132),(133). El hecho de abogar por un sistema orientado a las consecuencias no supone necesariamente que se haya emprendido la lucha por conseguir un sistema más eficaz desde el punto de vista de la lucha contra el delito. Por otro lado, en este trabajo se aboga por la búsqueda de soluciones desde un punto de vista práctico y operativo para enfrentarnos a una consecuencia disfuncional que la estructura del delito ha colaborado en generar. En este sentido y aplicando el criterio del propio Roxin quien apuesta por la orientación político criminal de la dogmática, creemos que es necesario corregir las consecuencias nocivas que derivan de la identificación de las medidas con sanciones penales.

Esta necesidad de reconocer expresamente que el inimputable no puede ser destinatario válido de una norma jurídica también ha sido observada en los últimos años por autores que, desde posicionamientos más moderados y respetuosos con los derechos y garantías individuales, han ensayado diversas propuestas de solución. Es el caso de Alpaca Pérez quien ha detectado la importancia de conjugar las dos posiciones encontradas, esto es, la necesidad de mantener la separación entre las categorías del injusto y la culpabilidad, que suele ir unida a la consideración de la norma como un mandato abstracto y general y, por otro, la conveniencia de aceptar que la norma sólo puede estar dirigida a quien pueda ser motivado por ella, es decir, que la norma es un imperativo de carácter individual, concepción que suele desembocar en la negación de las categorías mencionadas. En este sentido, Alpaca Pérez entiende que es posible «trazar un camino justo

(132) En el contexto funcionalista la distinción entre norma de conducta y norma de sanción permite sostener que no existe el injusto penal no culpable alegando que «no puede ser competencia del legislador penal amenazar con pena conductas no culpables», de modo que «solo las conductas ya culpables ingresan en el campo de acción del Derecho penal». ROBLES PLANA, R., «Normas de conducta», en *Indret*, Barcelona, enero de 2019, p. 9. Al respecto, también ver, MAÑALICH, J. P., «Norma e imputación como categorías del hecho punible», en *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 12, Año 2010, pp. 185 ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», en *Indret*, Barcelona, julio de 2014.

(133) Desde el funcionalismo se ha hecho hincapié en la necesidad de identificar al derecho penal como un medio de prevención comunicativa, señalando que en toda decisión delictiva existe un cálculo de costes y beneficios, de modo que la norma penal sirve como apelación a la racionalidad valorativa, permitiendo transmitir el valor social de los bienes que pueden verse afectados, así como el valor de la propia decisión social. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Una primera lección de Derecho penal», en Luzón Peña, D. M., *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, p. 83. Al respecto, críticamente, LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho penal», *op. cit.*, pp. 19 ss.

en medio de las dos posiciones antes señaladas» y dicho camino pasaría, en su opinión, por reconocer que la norma primaria despliega sus efectos a lo largo de todo el concepto de delito, desempeñando una relación funcional con cada una de las categorías integradas en tal concepto(134). De este modo, en el injusto sería la dimensión distributiva de la norma primaria la que actuaría, mientras que en la culpabilidad sería la dimensión prescriptiva la que encontraría la posición correcta. De acuerdo con esta teoría, la contrariedad con la norma se situaría en el ámbito de la culpabilidad, que constituye el momento definitivo de la responsabilidad jurídico-penal. Esa función distributiva de la norma a la que el autor recurre en el ámbito del injusto, le permite interpretar a esta categoría en términos de compatibilidad de las esferas de libertad de los sujetos implicados, gracias a la cual puede explicar supuestos tales como la legítima defensa frente a sujetos inimputables. Se trata de un notable esfuerzo por solucionar las disfuncionalidades a las que conducen los planteamientos teóricos puros(135).

No obstante, y a pesar de todos los esfuerzos argumentativos realizados, Alpaca Pérez no considera que los comportamientos de los inimputables deban quedar fuera del ámbito del Derecho penal. En su opinión, aunque estos sujetos no sean destinatarios idóneos de la norma, la finalidad de protección de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal debe condicionarse necesariamente al principio de igualdad, y la condición de destinatario idóneo de la norma no repercute en la posibilidad de producir materialmente consecuencias lesivas externas jurídico-penalmente relevantes. De esta forma, creemos que el autor desperdicia todo el esfuerzo teórico realizado, en lo que podría haber supuesto las bases de un reconocimiento expreso de la injusticia material en la que se ven sumidas estas personas a día de hoy en el sistema de justicia español(136). En este sentido, estamos convencidos de que el principio de igualdad no nos puede conducir a observar estas situaciones desde el punto de vista de la lesividad del resultado. También en los supuestos de ausencia de acción, o en los casos de legítima defensa, se puede hablar de resultados lesivos y en estos casos el principio de igualdad no nos lleva a imponer consecuencias jurídico-penales.

Las personas que desarrollan comportamientos en estados de inimputabilidad no pueden ser responsabilizadas de las consecuencias

(134) ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», en *Indret*, Barcelona, 1-2022, pp. 283 ss.

(135) ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas...», *op. cit.*, pp. 298 ss.

(136) ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas...», *op. cit.*, p. 288.

de sus actos y no pueden estar dentro del sistema de justicia penal. Una comunidad respetuosa con los Derechos fundamentales debe reconocer que estos sujetos requieren ayuda por nuestra parte y no castigos, que sólo pueden generar un sufrimiento que no son capaces de comprender.

La dogmática penal no puede hacer «oídos sordos» a las consideraciones de política criminal. Y esas consideraciones de política criminal, a día de hoy, nos conducen a reconocer la incapacidad de motivación normativa de los sujetos inimputables, a aceptar la necesidad de que las medidas de seguridad tengan un contenido sustancialmente asistencial y a prestar la ayuda que estas personas requieren como miembros vulnerables de la comunidad.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las medidas de seguridad, junto a la pena, constituyen el elenco de consecuencias jurídicas previstas por el Estado para reaccionar frente a la comisión de hechos típicos y antijurídicos. En su origen estuvieron previstas para dar solución a supuestos en los que el sujeto, independientemente de su capacidad de culpabilidad, resultaba ser peligroso y han ido adquiriendo una diferente configuración a lo largo del tiempo y de las reformas penales. Pero estas medidas, en su esencia, encierran una importante contradicción: el hecho de incluir en el sistema penal a personas que carecen de entendimiento en referencia a sus acciones y sus consecuencias. En la actualidad, esta incongruencia teórica se une al hecho de que el ingreso al sistema penitenciario puede estar dificultando el tratamiento y las posibilidades de recuperación de estos individuos.

En efecto, las evidencias empíricas parecen poner de manifiesto que en los Psiquiátricos penitenciarios españoles se pone el acento en el aspecto securitario y se descuida, en gran medida, el aspecto tratamental. Esta situación se añade al hecho de que la falta de plazas en estos centros conduce a que los enfermos, en muchos casos, sean ingresados en Centros Penitenciarios normales y pasen sus días en la enfermería de las cárceles sin ninguna asistencia especializada. En este sentido, parece oportuno proceder al análisis de las ventajas que podría suponer el tratamiento de los sujetos aquejados por trastornos mentales que han cometido delitos en el ámbito civil. En este ámbito, una de las cuestiones que revisten mayor interés es la incidencia en materia de atención sanitaria. La falta de integración de la sanidad penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud español genera situa-

ciones de desventaja de los presos en relación con los enfermos en libertad. Así, el tratamiento en prisión de las personas que padecen enfermedades mentales se ha limitado fundamentalmente al tratamiento farmacológico, resultando ser un recurso inadecuado que lleva a plantear si hay un derecho susceptible de tutela. Además, la opción de recurrir al modelo de macrocentro, utilizado en España, va en contra de las tendencias europeas actuales y perjudica notablemente la evolución de los pacientes al causar el desarraigo con las familias. Por esta razón es indudable que se requiere de un centro específico en cada Comunidad Autónoma.

En definitiva, en este trabajo se aboga por la necesidad de que, desde la propia dogmática penal se contribuya a solucionar los problemas que esta misma disciplina, gracias a sus propios excesos, ha contribuido a generar. En la actualidad la solución a estos problemas pasa por valorar la viabilidad de un sistema alternativo, que podría suponer el traspaso de la materia para su tratamiento en el ámbito civil y, en consecuencia, el traspaso de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AAVV, «Medidas de seguridad», en Álvarez García, F. J. (Dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma de Penal de 2012*, Valencia, 2012.
- ALPACA PÉREZ, A., «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», en *Indret*, Barcelona, 1-2022, pp. 265-306.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Sobre la estructura de la norma penal, la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001.
- ANTÓN ONECA, J., «La generación española de la Política Criminal», en *Problemas Actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. En Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970.
- *Obras*, T. I, Buenos Aires, 2000.
- ARROYO COBO, J. M., «Los problemas de salud mental en las prisiones, vistos desde la atención primaria», en *Norte de Salud Mental*, vol. 6, núm. 25, 2006. pp. 35-43.
- AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence. The Philosophy of Positive Law*, New York, 1875.
- *El objeto de la Jurisprudencia*, (traducción de Juan Ramón de Páramo Argüelles), Madrid, 2002.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 1, 1976-1977, pp. 11-49.

- BARRIOS FLORES, L. F., «Origen, evolución y crisis de la institución psiquiátrica penitenciaria», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2007, vol. XXVII, núm. 100, pp. 473-500.
- «El internamiento psiquiátrico penal en España, situación actual y propuestas de futuro», en *Norte de salud mental*, 2021, vol. XVII, núm. 64, pp. 25-38.
- BENTHAM, J., *Fragmento sobre el Gobierno*, traducción de Julián Larios Ramos, Madrid, 1973.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, (reedición de la 4.ª edición publicada en Leipzig em 1922), Utrecht, 1965.
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Turín, 1996.
- BOCKELMANN, P., *Grundrisse des Rechts*, 3.ª ed. Munich, 1979.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, pp. 113-120.
- BOTERO BERNAL, A., «El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa. Una mirada más allá del -Último mohicano-», en *Revista Filosofía UIS*, vol. 16, No. 2, julio-diciembre de 2017, pp. 303-324.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los mitos de la Ciencia penal del siglo xx, la culpabilidad y la peligrosidad», en Díez Ripollés y otros (ed.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.
- CANO LÓPEZ, F., «La influencia del positivismo en la Criminología y penología españolas. Orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición», en Rivera Beiras, I. (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Barcelona, 2004, pp. 61-80.
- CANO PAÑOS, M., «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el Derecho Penal alemán», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, Madrid, 2007, pp. 205-250.
- CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal, concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999.
- CASTEJÓN, F., «El Proyecto Pinies de Profilaxis social (maleantes) de 1922 y la Ley relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 163, núm. 1, julio 1933.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª edición, Valencia, 1999.
- COSSIO, J. R., «El Derecho como técnica social y la política jurídica», en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3, octubre 1995, pp. 191-203.
- CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L. M., «La Ciencia del Derecho de Jeremy Bentham», en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Núm. 37, 1997, pp. 153-182.
- CUELLO CONTRERAS, J., *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, 1990.
- DEL ROSAL, J., «Grispigni, F. Derecho Penal italiano», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1948, pp. 594-595.

- DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «Estudio preliminar, para Austin un jurista desolado», Introducción a la obra de Austin, *El objeto de la Jurisprudencia*, Madrid 2002.
- DÍEZ PICAZO, M., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004.
- DURÁN MIGLIARDI, M., «Teorías absolutas de la pena, origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual», en *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2011, pp. 123-144.
- FERRI, E., «Das Verbrechen in seiner Abhängigkeit von dem jährlichen Temperaturwechsel», en *ZStW*, 1882, núm. 2.
— *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, 1.ª edición, (Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz), Madrid, 1933.
- FRISCH, W., «Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung», en *ZStW*, núm. 94, 1982.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El estado de necesidad, un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 218-230.
— ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 140-161.
— «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 162-181.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho Penal de Autor*, Valencia, 2007.
- GUASTINI, R., «Introducción a la teoría del derecho de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
- HOYER, A., «Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo», en *Revista Penal*, núm. 23, enero 2009, pp. 41-51.
— «Asequibilidad normativa como elemento de la culpabilidad», en Demetrio Crespo, E. (Dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, reimpresión 2022, pp. 327-339.
- JANSING, J. D., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster, 2004.
- JESCHECK, H. H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «El Derecho Penal español» en *El Criminalista*, 2.ª serie, T. II, Buenos Aires, 1958.
— *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Buenos Aires, 1990.
- JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid, 1976.

- KANT, I., *La metafísica de las costumbres* (Traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho), Madrid, 1989.
- KAUFMANN, A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, (traducida por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, 1977.
- KELSEN, H., «The Law as a Specific Social Technique», en *The University of Chicago Law Review*, 9 (1), 1941, pp. 75-97.
- *Teoría pura del derecho*, México, 1998.
- «El derecho como técnica social específica», en *¿Qué es justicia?* (Edición española a cargo de Albert Calsamiglia), Barcelona, 1998.
- KINZIG, J., «Die Praxis der Sicherungsverwahrung», en *ZStW*, núm. 109, 1997.
- KRÄPELIN, F., «Lombrosos Uomo delinquente», en *ZStW*, 1885, núm. 5.
- LACAL CUENCA, P., y SOLAR CALVO, P., «Enfermos Mentales y Justicia. Por un cambio de modelo», en *Diario LA LEY*, núm. 9474, de 10 de septiembre de 2019, pp. 1-10.
- LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción. En la teoría contemporánea del Derecho*, México DF, 2004.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., «Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)», en *La Ley Penal*, núm. 76, noviembre 2010, pp. 1-32.
- LOMBROSO, C., «Über der Ursprung, das Wesen und die Bestrebungen der neuen antropologisch-kriminalistischen Schule in Italien», en *ZStW*, núm. 1, 1881.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1989.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de ley Orgánica (III). De las medidas de seguridad», en *Diario la Ley*, núm. 7999, 11 de enero de 2013.
- MAÑALICH, J. P., «Norma e imputación como categorías del hecho punible», en *REJ. Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 12, Año 2010, pp. 169-190.
- MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Darmstadt, 1965 (reproducción de la edición de Breslau de 1903).
- *Derecho Penal. Parte General*, (traducción de Sergio Politoff Lipschitz) Buenos Aires, 2007.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Traducción Rodríguez Muñoz, 1955.
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.^a edición, Buenos Aires, 2002.
- «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en García Valdés, C. y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. II, Madrid, 2008, pp. 1307-1328.
- «Discurso de investidura. Contestación a la *Laudatio*», en Luzón Peña, D. M. (Dir.), *Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 49-55.

- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas. Un difícil desafío para la teoría del delito», en García Valdés, C. y otros (coord.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T II, Madrid, 2008, pp. 1329-1363.
- MONTORO BALLESTEROS, A., «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo, derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 12, 1, 1972, pp. 65-106.
- «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico (notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross)», en *Anales de Derecho*, núm. 4, 1983, pp. 19-98.
- MORALES PRATS, F., «Función y contenido esencial de la norma penal, bases para una teoría dualista o bidimensional», en *El nuevo Derecho Penal. Estudios Penales en Memoria del Profesor Valle Muñiz*, Navarra, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F., «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1974, pp. 209-334.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 11.ª ed., 2022.
- NISTAL BURÓN, J., «La nueva medida de “custodia de seguridad”. Una respuesta complementaria frente a los delincuentes más peligrosos (A propósito de la nueva medida de seguridad privativa de libertad que prevé el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)», en *Diario La Ley*, núm. 8035, 4 de marzo de 2013.
- NOWAKOWSKI, F., «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, vol. 63, 1951.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981.
- OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho*, Barcelona, 1980.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
- PESET, J. L., y PESET, M., *Lombroso y la escuela positivista italiana*, Madrid, 1975.
- PRIETO SANCHIS, L., «La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la Teoría del Derecho de Norberto Bobbio», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3.ª edición, Navarra, 2009.
- ROBLES PLANA, R., «Normas de conducta», en *Indret*, Barcelona, enero de 2019.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, Madrid, 1978.
- ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*, (Traducción de Francisco Muñoz Conde), Barcelona, 1972.
- «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», en *Indret*, Barcelona, 4/2012.
- «La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 70, Fasc/Mes 1, 2017, pp. 9-26.

- ROXIN, C., y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 5.^a ed., Munich, 2020.
- RUIZ MIGUEL, A., «Bobbio, las paradojas de un pensamiento en tensión», en Llamas, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994.
- SCHÜLER-SPRINGORUM, H., «SV ohne Hang?», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 79.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- «Una primera lección de Derecho penal», en Luzón Peña, D. M., *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 61-83.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», en *Indret*, Barcelona, julio de 2014.
- SOLANES CORELLA, A., «El camino de la ética a la política, la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006, pp. 131-156.
- SOLER, S., «Las medidas de seguridad no son sanciones», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 17, fasc./mes 2, 1964, pp. 215-228.
- STOSS, C., «Strafe und sichernde Massnahme», en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, año 8, Bern, 1905.
- TERRADILLOS, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981.
- TURÉGANO MANSILLA, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, 2001.
- URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, 2009.
- VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del Sistema Penal*, 2.^a ed., *Acción significativa y Derechos Constitucionales*, Valencia, 2011.
- VÖGEL, J., «Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht», en *ZStW*, 2003, núm. 115.
- VON LISZT, F., *La idea del fin en Derecho penal*, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882, (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, Traducción de Carlos Pérez del Valle), Granada, 1995.
- *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2007.
- WEBER, M., y REINDL, R., «Sicherungsverwahrung. Argumente zur Abschaffung eines umstrittenen Rechtsinstituts», en *Neue Kriminalpolitik*, núm. 1, 2001.

