

EPILOGO

NOTAS PARA UN LIBRO BLANCO
DE LA JUSTICIA PENAL

1. Crisis de la justicia

La justicia penal contemporánea se encuentra en situación crítica, pues se basa en teorías muy discutidas, aplica normas anacrónicas y produce resultados poco halagüeños y poco justos. Uno de sus principios más fundamentales y encomiados —el más fundamental y el más encomiado según algunos especialistas—, el principio de la legalidad¹, adolece hoy de extrema debilidad, tanto que en más de un caso se considera injusta esa supuesta base de la justicia. Como prueba de esta crisis del principio de legalidad, baste citar la opinión de Rodríguez Devesa y Marc Ancel. Afirma el primero que, hoy más que nunca, frente a un Estado todopoderoso capaz de aniquilar el destino de los individuos que lo componen, se hace preciso afirmar eficazmente la inviolabilidad de determinadas esferas vitales de los sujetos que integran la comunidad estatal, y calificar de injusto un ordenamiento jurídico que ignora la existencia de esos derechos —mejor, libertades— necesarios para que los hombres puedan cumplir sus propios fines que, en definitiva, constituyen la razón de ser del Estado². El pionero de la nueva defensa social, en su

¹ Rodríguez Mourullo, G., *Sub voce*, Legalidad (principio de), en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, 1971, pp. 891 ss.

² Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, 6.^a ed., 1975, pp. 634 ss.

estudio sobre los derechos del hombre y el Derecho penal³, critica la crueldad de los regímenes autoritarios que se arrogan el derecho de legislar contra la voluntad general, y de formar las leyes opresivas, cada día más numerosas y más severas, cuya única finalidad —con frecuencia abiertamente confesada— es reducir por la fuerza la oposición de minorías (o mayorías) subyugadas.

Ante el fracaso de la justicia y el Derecho penal actual, merece pensarse en la oportunidad de abandonar ese sistema tradicional e implantar en su lugar otro carente de sus rasgos esenciales, apoyado en controles naturales o informales, apoyado en coordenadas nuevas creadas con potente y sensata imaginación que tenga en cuenta las sólidas investigaciones criminológicas contemporáneas. Este es uno de los motivos por los que en las páginas anteriores hemos ofrecido al lector una recopilación de opiniones, experiencias, consejos, etc., que instituciones y personas, de reconocido prestigio en los más diversos ámbitos, han formulado públicamente en los últimos años acerca de los principales problemas que en el mundo presentan la criminalidad, la desviación, los controles sociales, la administración de justicia, los sistemas penitenciarios, etc.

Todos los autorizados testimonios transcritos en las páginas anteriores apuntan coincidentes a una dirección: la justicia penal, tal como se ha entendido y practicado en las últimas generaciones, está en crisis tanto en su aspecto teórico como en la praxis. Urge renovar la justicia penal de raíz. Urge estructurar un Derecho penal nuevo.

Las opiniones expuestas en los capítulos que preceden son piedras sillares que pueden servir para edificar un nuevo palacio de la justicia o, al menos, para levantar

³ Ancel, M., «Les droits de l'homme et le droit penal», en *René Cassin amicorum discipulorumque, liber IV*, París, Pedone, 1972, pp. 222 ss.

una atalaya desde la que, con más perspectivas, se vislumbren las líneas de fuerza del Derecho criminal para el mañana inmediato.

En este epílogo intentamos recapitular (no repetir, ni resumir) lo anteriormente expuesto para, mirando al futuro, indicar los problemas que la ciencia y la práctica de la justicia penal han de resolver o, mejor dicho, replantear.

No pretendemos escribir un tratado de Derecho penal. Únicamente deseamos pergeñar un programa. Sin intentar compararnos con Carrara, o, con palabras de Virgilio, *si parva licet componere magnis*, quisiéramos imitar, en pequeño, al maestro de Pisa: formular un programa, pero en dimensiones homeopáticas. Bastantes colegas contemporáneos avanzan también por este camino, pues, como veremos después al indicar alguna información bibliográfica, sobre este tema se ha escrito mucho, pero todo o casi todo en plan fragmentario, esquemático. Por eso, la bibliografía se reduce casi a artículos sueltos, recopilaciones (*reading*) y aportaciones a congresos.

Dicho con otras palabras, después de releer los capítulos anteriores, nos parece oportuno hacer algo así como un resumen, algo así como el prólogo de un *libro blanco* de la justicia en 1977, pues, para crear un Derecho penal nuevo, hay que reestructurar de raíz el concepto, la denominación, las fuentes, el objeto material, el objeto formal, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el fin, el método, las técnicas, las respuestas, el proceso y la docencia del Derecho penal (y de la criminología). Diga-mos algo de cada una de estas cuestiones, para terminar con unas consideraciones mirando al futuro inmediato.

2. Nueva definición y nueva denominación

Algunos opinan que se debe formular otra definición y otra denominación que sustituya a las actuales del De-

recho penal. Propugnan designar esta ciencia y este arte con un nuevo nombre que podría ser algo así como política criminal, o victimología, o patología social, o control social, o defensa social..., pues se pretende —dicen— algo más real y asequible que la Justicia, con mayúscula. Se pretende hacer algo para el hombre; no girar alrededor del Estado ni de los valores eternos.

Se pretende asistir a las víctimas; hacer compatible la vida dentro de las divergencias; solucionar los conflictos, o convivir aceptándolos como mal menor. Nuestra ciencia y praxis futura —añaden— estará más cerca de la sociología, de la antropología y de la economía que de la filosofía y de la teología. Por algo, en tantas denominaciones o ramas se añade el adjetivo «social» (defensa social, patología social, política social...). En cambio, el Derecho penal actual, por varias razones (entre otras, su origen histórico), está demasiado próximo a la filosofía y a la teología.

Nosotros no llegamos tan adelante. Opinamos que no conviene seguir hablando de Derecho penal. Pero ha de mantenerse el sustantivo. La denominación preferida puede ser Derecho criminal, o Derecho de la criminalidad, o Derechos de la criminalidad.

Nuestra disciplina debe permanecer jurídica, normativa, valorativa, buscadora de la justicia, de la libertad, de la seguridad y de la paz, como valores. Aun quienes critican la denominación actual porque el Derecho penal con frecuencia no busca esos valores, sin embargo, reconocen que los debe buscar. La praxis histórica, en la administración de la justicia, ha desvirtuado o prostituido las palabras derecho y justicia, pues ha buscado principalmente servir al Estado y/o a los individuos y grupos fuertes. Pero convertir el Derecho criminal en mera política o sociología, sería matar algo necesario en la sociedad. Algo que en parte ya existe; y, en cuanto falta, se debe procurar que nazca. La noción funcionalista, o de antijusticia, no se opone a (sino que propug-

na) la realización de la justicia real, la de todos, sin privilegios de clases.

Contra el adjetivo *penal* se aduce, entre otras razones, que la pena carece de aceptación científica y de aceptación popular. En cambio, la criminalidad es una realidad social innegable, rica en contenido y en prospectiva; merecedora de que la prestamos atención. Hemos de conocer, reconocer y desarrollar los derechos de la criminalidad en sí, los de sus autores, los de sus respuestas, los de sus víctimas, etc. Hablemos, pues, de Derecho criminal, pero entendiéndolo en el sentido indicado, muy distinto del tradicional, pues será algo así como el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder (*ius puniendi* nacional e internacional) y determinantes de las acciones que constituyen delitos, así como de sus sanciones (controles sociales) correspondientes: penas, medidas y reparaciones. El Derecho criminal pretende la reconstrucción más justa de las estructuras sociales, políticas y económicas, el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad mediante la remodelación de aquellas instituciones (sociales, políticas y económicas), la resocialización de los delincuentes y la debida asistencia a las víctimas⁴. El Derecho penal de regímenes políticos dictatoriales exigirá (por razones de justicia y para equilibrio —político— de los delitos de opresión llevados a cabo por sus autoridades) posteriores indultos y amnistías en favor de los condenados políticos.

Nuestra ciencia y nuestra praxis, llámese como se llame, será una parte de las ciencias sociales, en plano de igualdad con la criminología. Esta no seguirá siendo, como hasta ahora (según muchos), su ciencia auxiliar y dependiente.

⁴ Beristain, *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Madrid, Reus, 1974, página 82.

3. Nuevas fuentes

El principio de legalidad ha de conservarse en el futuro Derecho criminal. Mejor dicho, no mantenerse, sino desarrollarse. Se apoyará no en el legalismo, sino en la legalidad, según el viejo adagio de Paulo, *non ex regula ius summatur sed ex iure quod est regula fiat* (no se deriva el derecho de la ley, sino de la realidad). Reconocerá que el legalismo, las leyes tal y como suelen elaborarse e interpretarse, abocan con frecuencia a la injusticia, sobre todo actualmente, cuando muchos Estados formulan leyes injustas, porque les conviene para su política y porque, en cierto sentido, no pueden hacerlo mejor. Hoy no se puede legislar como en el siglo pasado, el siglo de las codificaciones. Hoy, los cambios sociales se suceden con tal velocidad, que el legislador estatal no tiene tiempo material para estudiar los problemas y regularlos con seriedad científica⁵.

Por otra parte, hoy es más fácil legislar que antaño, pues existen unas declaraciones y convenciones de derechos humanos que pueden y deben servir de orientación, de fuente básica para todas las normas concretas. En este sentido, se expusieron atinadas consideraciones concretas en el Congreso celebrado en Bruselas (en noviembre de 1968) sobre el Derecho penal europeo.

Simultáneamente con estas declaraciones supranacionales, aunque parezca paradójico, también deben servir de fuente los usos y costumbres de las diversas regiones. La inter y supranacionalización, cada día más necesaria, del Derecho penal no se opone, sino que beneficia, a la descolonización, a la descentralización del actual estatismo exagerado en materia de legislación penal. Uno de los capitales defectos de las normas actuales en la administración de la justicia es su excesiva centra-

⁵ Parece oportuno preguntarse si el legislador estatal debe dejar (total o parcialmente) su sitio a otras instituciones, por ejemplo, regionales.

lización, con lo que ésta conlleva de atender tan prioritariamente a los problemas criminales de las grandes urbes, y de olvidar los problemas (distintos) de las ciudades a medida del hombre, y de ignorar la historia de las regiones, de los municipios y de sus costumbres mantenidas a lo largo de siglos por su validez y eficacia.

El Derecho criminal futuro escuchará más a los hombres en sus asociaciones naturales y encomiables, como son las urbes medianas, las regiones agrícolas, los sindicatos de obreros⁶, etc. No se apoyará (como lo hace excesivamente ahora) en la letra muerta de la ley, sino en la justicia, en los usos y costumbres regionales, en los derechos humanos, entendidos e interpretados *progresivamente*.

4. Nuevo objeto material y nuevo objeto formal

El objeto *material* del Derecho criminal va cambiando con los tiempos. Ya no es principalmente el daño material causado por personas o animales (como en las sociedades primitivas), ni el delito culpable (como en la escuela clásica), ni el delincuente (como en la escuela positiva). Actualmente, su principal objeto material es la criminalidad, algo distinto de la suma de los delitos, como el mar difiere de la suma de las gotas de agua (según la metáfora de Sighele), como la Universidad «ayuntamiento de maestros y escolares» difiere de la suma de individuos docentes y discentes.

Entendemos por *criminalidad* algo diverso —en muchos sentidos— de todos los delitos culpables; una realidad social normal, con la cual cuenta y debe contar la comunidad. Tiene facetas negativas, pero también facetas positivas que contribuyen al desarrollo de la socie-

⁶ Bricola, F., y otros, «Per una politica criminale del movimento operaio», en *La Questione Criminale*, núm. 3, 1975, pp. 485-514.

dad, y merecen (lógicamente) valoraciones nuevas, distintas y aun opuestas a la unidimensional reprobación tradicional. Entre las estimaciones comunitarias y las figuras tipificadas en el Código median actualmente discrepancias mayores en número y en importancia que en tiempos pretéritos.

En la valoración pública, los delitos convencionales (que representan la mayor parte en las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias) no suscitan o no deben suscitar serias censuras.

En cambio, los delitos *no-convencionales* (que en realidad son los que dañan gravemente a la comunidad, aunque no encuentran tipificación ni, menos aún, sanción por parte del legislador y de la autoridad judicial y policial) despiertan o deben despertar graves críticas. Los delitos de quienes detentan el poder, los delitos económicos de las empresas multinacionales, la tortura policial, la evasión de capitales, la contaminación ambiental, los delitos represivos⁷, etc., deben entrar con fórmulas nuevas en los Códigos penales, ocupando los huecos que dejan los delitos convencionales (objeto éstos de una amplia descriminalización).

La criminalidad adopta actualmente formas nuevas desconocidas en otros tiempos. La delincuencia nacional y transnacional, con sus violencias, sus fraudes y sus estafas, inunda y corrompe instituciones y personas hasta hoy intocables. El tráfico de drogas, el terror político, la prisión preventiva arbitraria, el trato inhumano a los detenidos, la corrupción política, presentan un volumen y una gravedad insospechadas antes⁸.

El objeto *formal* —la faceta propia que se considera especialmente en el objeto material— también cambia. Ahora no se mira la criminalidad tanto desde la pers-

⁷ H. Hess, «Repressives Verbrechen», en *Kriminologisches Journal*, 1976, cuaderno 1, pp. 1-22.

⁸ W. Clifford, «New and special problems of crime: national and transnational», en *International Review of Criminal Policy*, número 32, 1976. 3-7.

pectiva de la justicia, *sub luce justitiae*, cuando desde el punto de vista de la sociología, de la política y de la economía⁹. Los jueces y magistrados, más que hacer justicia, pretenden hacer posible la convivencia, facilitar la comprensión y la «digestión» de los conflictos. Más que servir al Estado (supuesto detentador de la justicia, en perspectiva hegeliana) o a la religión, servir al hombre, a todo hombre, también al delincuente, sin segregarlo ni estigmatizarlo.

El dogma de la seguridad (en el sentido de que el Derecho criminal pretende, ante todo y casi únicamente, mantener la seguridad, el orden público para la sociedad, como equivalente ésta del grupo o clase que detenta el poder) ha cedido la primacía al principio de la evolución, del desarrollo¹⁰. Entre las misiones del Derecho criminal destaca, cada día más, la cooperación a la convivencia política. El Derecho criminal está muy cercano al hombre y a lo social; más que otras disciplinas jurídicas. El subraya todos los valores comunitarios, especialmente los valores más apreciados actualmente, como son el espíritu de civismo y la solidaridad. Los jueces pueden y deben colaborar, tanto o más que los economistas y otros trabajadores sociales, al desarrollo político de las regiones y de los pueblos.

⁹ Baroja, Pío, *Obras completas*, vol. II, Madrid, 1974, pp. 492 ss., intuyó este moderno concepto de la justicia útil, dinámica y realizable, cuando en su *Arbol de la ciencia*, escribió: «Respecto de la justicia, yo creo que lo justo en el fondo es lo que nos conviene. Supón, en el ejemplo de antes, que la hiena, en vez de ser muerta por el hombre, mata al hombre; que el árbol cae sobre él y le aplasta; que la araña le hace una picadura venenosa; pues nada de eso nos parece justo, porque no nos conviene. A pesar de que en el fondo no haya más que esto, un interés utilitario, ¿quién duda que la idea de justicia y de equidad es una tendencia que existe en nosotros? ¿Pero cómo la vamos a realizar?»

¹⁰ Díaz, E., *Sociología y filosofía del Derecho*, 2.^a reimpresión de la 1.^a ed., 1971, Madrid, Taurus, 1976, p. 187.

Beristain, A., *Derecho penal, teología y desarrollo social*, Comunicación a la IV Jornadas de Catedráticos y Agregados de Derecho penal (en prensa).

La funcionalidad o disfuncionalidad de un Derecho criminal ha de medirse no tanto por la disminución del número de delitos cuanto por el crecimiento de la libertad, por el desarrollo de la comprensión simpatética entre los ciudadanos, por la disminución de las desigualdades económicas y sociales.

5. Nuevo sujeto activo y nuevo sujeto pasivo

Los especialistas del Derecho criminal consideran como sujetos *activos* del delito o, mejor dicho, de la criminalidad (más que a los individuos concretos) a las estructuras socio-político-económicas en cuanto factores etiológicos de primera magnitud, que facilitan o dificultan en sumo grado la decisión personal de los individuos, y que modifican profundamente las realidades y los valores en la comunidad. Además, a los delincuentes no les adjetivan como malos, ni como anormales, ni como patológicos.

El hombre-delincuente de Lombroso (en el sentido unidimensional patológico que solía entenderse) interesa ahora mucho menos que hace un siglo. Puede decirse que ha muerto. Hoy —según la doctrina más autorizada—, el delincuente es (salvo excepciones) una persona normal, igual que el no-delincuente. A ambos les separa principal y (según muchos) casi únicamente la estigmatización de los controles sociales, con sus procesos de selección. Todos los ciudadanos somos sujeto activo de la criminalidad, algo así como todos somos sujetos activos del resurgimiento, o del receso, económico de nuestro pueblo. Lógicamente, muchos delincuentes, y sobre todo algunos de ellos (no sólo los juveniles y los políticos), deben ser escuchados en cuanto portadores de un mensaje útil a la comunidad.

La descriminalización de la delincuencia convencional y la criminalización de la delincuencia no-convencional se reflejará en un descenso del número de condenados

comprendidos entre los diecisiete y treinta y cinco años, así como en un aumento del número de condenados comprendidos entre los treinta y cinco y los sesenta años.

El sujeto *pasivo* adquiere, en nuestros días, una valoración nueva y un rol nuevo. La teoría de la estigmatización ha dado vuelta de campana también al concepto de sujeto pasivo del delito. Quien antes era el autor, el culpable y el merecedor de castigo, ahora se torna en pobre víctima de los controles sociales, del poder, de la clase dominante.

Los encargados de la política criminal, al programar las técnicas de prevención y las sanciones, han de tener presente la doctrina moderna acerca de la victimación como factor etiológico de crímenes futuros.

La víctima, en el sentido más estricto de la palabra —quien sufre los perjuicios materiales de la acción delictiva (el hurtado, el lesionado, el estafado, el torturado)—, ocupará un puesto central en el libro I y en el libro II del Código Penal futuro. Sobre todo, habrá de tenerse en cuenta a la víctima cuando se establezca la sanción y, después, cuando se ejecute ésta. La indemnización a los perjudicados inmediatos y concretos importa y debe importar más que el restablecimiento del orden jurídico en general y que la retribución jurídica a la justicia (o al Estado). La *composición* germánica responde a la naturaleza de las cosas en mayor medida de lo que ciertos historiadores opinan. En algunas clases de delitos (contra el orden sexual, terrorismo, etc.) las innovaciones científicas sobre la victimología pueden aportar luces al momento de determinar la autoría o la culpabilidad.

La víctima de los delitos —en cuanto sujeto pasivo principalmente, pero también en cuanto sujeto activo— merece cada día mayor atención en las autoridades policiales, judiciales y penitenciarias. La indemnización *ex delicto* (incluso la llamada indemnización civil) debe

pasar a un primer plano en la investigación y en las normas positivas del Derecho criminal.

6. Nueva metodología y nuevas técnicas

No coinciden la metodología y la técnica, pero ambas tienen puntos de contacto y ambas adquirirán nuevas dimensiones en el Derecho criminal que muchos deseamos.

La *metodología* perderá su abstracción, su ahistoricidad, su supuesta imparcialidad política, económica y social. Desarrollará una fuerte dimensión temporalista, pecuniaria, circunstancial y cívica¹¹ que permitirá definir al método como la dialéctica configuración existencial de la justicia criminal propia de cada momento histórico, de cada lugar social, de cada interés económico; como el arte de convertir los hechos individuales y sociales en figuras típicas de delitos y en instituciones penales, por una parte, y, por otra, como la hermenéutica interpretativo-aplicativo-transformadora de la letra y del espíritu de la legalidad (reflejo de la varia realidad social) en vocablos y acciones vivientes y comprometidas.

El método adoptará un talante fuertemente crítico e interdisciplinar por haber caído en la cuenta de que (en comparación del pensamiento criminológico contemporáneo más avanzado), el retraso de la ciencia jurídico penal le obliga a pensar que no puede recuperarse por medio de una crítica inmanente, de una autocritica que permanezca dentro de la ciencia jurídica, sino que necesita la contribución ajena de otras disciplinas, sobre todo de las sociológicas¹².

¹¹ Tagliarini, F., «Rapporti tra Difesa Sociale e orientamenti criminologici dagli 30 ad oggi», en *Quaderni di Criminologia Clinica*, año XVIII, núm. 3 (jul.-sept. 1976), pp. 289 ss., especialmente pp. 344 ss.

¹² Baratta, A., «Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale», en *La Questione Criminale*, año I (enero-abril 1975), páginas 9 ss.

Las *técnicas* serán también nuevas. Girarán alrededor, sobre todo, de la prevención del delito, y crearán para ello unas comisiones interdisciplinarias, poco más o menos como las que funcionan en Estados Unidos, en Francia, en Venezuela, etc., o como la Comisión Nacional para la Prevención del Delito, con su Gabinete de Estudios para la Prevención del Delito¹³, que existen (solamente en el papel, si no estamos mal informados) en España.

En estas instituciones trabajarán equipos interdisciplinarios encargados de planificar acciones amplias y científicas respecto a la criminalidad, no para acabar con los delincuentes ni para solucionar definitivamente los conflictos, sino para admitir la necesidad y oportunidad del conflicto y del cambio social (cf. J. Jiménez Blanco, T. Bottomore, Elías Díaz, C. Wright Mills, etc.), para evaluar el coste del delito (y para evaluar el beneficio económico del sistema penal), para atender a los disidentes y marginados, para satisfacer también a los intereses discordantes, para «interpretar» los procesos «contra» delincuentes políticos y aprovechar sus fuerzas positivas, etc., y sobre todo, para reestructurar la sociedad, como diremos en seguida al hablar de las sanciones.

En estas campañas juega ya hoy un papel preponderante la criminología. No debe concebirse una Universidad sin cátedra de criminología. No debe concebirse una Audiencia y una Sala de lo Criminal sin criminólogos.

La *comunidad* en general, y también en particular, en sus diversas instituciones sindicales, municipales, estudiantiles, obreras, profesionales, políticas, etc., debe to-

¹³ En el *Boletín de Información de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia* (por ejemplo, el de 15 de noviembre de 1976, pp. 70 ss.) se han comenzado a publicar breves notas del *Gabinete de Estudios para la Prevención del Delito* de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, bajo el título de «Aportaciones documentales al Estudio sobre Prevención del Delito».

mar parte activa en la planificación teórica y práctica de la política criminal. Sus importantes incidencias en la justicia social penal resultan imprescindibles para la acertada respuesta pública a la criminalidad.

Los especialistas teóricos deben investigar científicamente el costo del delito y confrontarlo con el beneficio económico y social del sistema de los controles sociales ideados y aplicados a la problemática criminal. El presupuesto del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias debe aumentarse..., si ambas instituciones se reorganizan y reestructuran de acuerdo con las coordenadas de la nueva política criminal.

7. Nuevas respuestas

El Derecho criminal del futuro, más que de sanciones o de consecuencias del delito, tratará probablemente de *respuestas* a la criminalidad, o de *soluciones* a los problemas delincuenciales, o de controles sociales, o de *derechos* de los delincuentes y de las víctimas. Las sanciones no desaparecerán, pero el penalista, el magistrado y el criminólogo se preocuparán de las sanciones menos que actualmente. En cambio, se preocuparán más de formular regulaciones de los conflictos; regulaciones poco desvalorizantes, poco estigmatizadoras de las personas, pero que tiendan fundamentalmente a reestructurar la sociedad, a disminuir las exageradas desigualdades económicas, las irritantes injusticias sociales, los abusos políticos (más que a reeducar o reinserter al delincuente).

Las respuestas del Derecho criminal denunciarán cuán impropio es el lenguaje cuando, por ejemplo, denominamos con el sustantivo de *el minusválido* o *el inadaptado*, a tal o cual persona, sin caer en la cuenta de que principalmente debíamos denominarla a esa persona con el sustantivo que le corresponde según la naturaleza de

las cosas (una persona, un sujeto de todos los derechos, una fuente de amor y de acogida...), y sólo adjetivamente con la faceta tal o cual de minusválida, de inadaptada o de marginada. Todavía más, esos adjetivos le corresponden a esa persona menos que a nuestra sociedad. Esta es la que (debiendo) no quiere adaptarse a muchos que llamamos (impropiamente) inadaptados, minusválidos o marginados; la que maneja unos criterios equivocados en puntos importantes, pues en su jerarquía de valores priman con excesiva y radical preferencia la eficacia, la productividad, el éxito, el talento, etcétera, y ocupan los últimos lugares la capacidad de amor, de solidaridad, de crítica, de inventiva, de fraternidad, etc.

Aun los médicos y antropólogos —no sólo los sociólogos— insisten en la necesidad de responder a la criminalidad con la prevención que edifique una sociedad nueva. Así, Canepa¹⁴ detecta «una gran oposición patente entre las propuestas de la moderna ciencia criminológica y las actuales realizaciones a nivel político-legislativo, es decir, un grave incumplimiento de los poderes públicos respecto a la compleja cuestión criminal que ha determinado situaciones de perturbación social difícilmente eliminables». Y añade: «esta oposición tan neta y dramática en nuestra sociedad actual es la fuente de los movimientos de contestación global que prácticamente acusan a los hombres políticos y a los gobiernos de ser incapaces de aceptar y realizar las propuestas renovadores de las ciencias humanas (incluidas la criminología y la antropología criminal) que propugnan la edificación de una sociedad nueva».

Las respuestas a la criminalidad deben ser revisadas por la ciencia, pero deben surgir de la base, de la historia y del pueblo. Sobre todo de pueblos a la altura del hombre. Las macrourbes, las megápolis, necesitan unas respuestas de gigantes que no deben ser trasplantadas

¹⁴ Canepa, G., *Personalità e delinquenza*, Milano, 1974, p. 317.

en sucursalismo cultural a las ciudades medianas o pequeñas cuyos controles informales y naturales resultan más eficaces y más respetuosos de la persona. Los usos, costumbres y fueros, por ejemplo, del pueblo vasco, pueden tener prioritaria aplicación y validez.

Las sanciones futuras conllevarán menor proporción de estigma y de censura, entre otras razones porque al delincuente se le considera un hombre normal.

Las respuestas a la criminalidad mantendrán ininterrumpida la comunicación con los delincuentes estimados siempre como sujetos (no meros objetos) de este diálogo de palabras y de acciones. El derecho a la réplica no se debe negar ni al delincuente e inadaptado, ni a la sociedad en cuanto tal (democratización de la sanción que acabe también con el actual esoterismo judicial). Al concebirse el delito como una expresión de disconformidad a veces positiva y encomiable, lógicamente habrá que seguir escuchando a sus autores también en el proceso y durante el período siguiente (ejecución de la pena o medida), pues tienen derecho a exponer sus mensajes siempre, no sólo con sus conductas anteriores a la detención.

Las respuestas a la criminalidad deben consistir no sólo ni principalmente en privaciones de derechos, sino preferentemente en algo positivo, como, por ejemplo, la colaboración en las instituciones (oficiales o privadas) asistenciales; *v. gr.*, hospitales, centros para subnormales, para ancianos, vigilancia durante los días de fiesta en sitios peligrosos o de mucho tráfico, etc.

Las sanciones pueden y deben reestructurarse como derechos de la criminalidad a que se le conteste con la justa, equitativa y generosa respuesta, de tal manera que la comunidad y la autoridad rompan el círculo vicioso de la violencia y la desviación secundaria. Al delincuente (más o menos irrespetuoso con la comunidad) le asiste el derecho al diálogo respetuoso por parte de ésta, que tiene obligación de correr ciertos riesgos por y para dejar que las personas peligrosas sigan disfru-

tando (y, hasta un punto prudencial, abusando) de la libertad. Donde no se abusa de la libertad, ésta no existe.

8. Nuevo proceso

Antes de poner punto final a esta recapitulación de la doctrina formulada por las instituciones nacionales e internacionales ocupadas de la criminalidad, conscientes de que ellas también han detectado la urgencia de remodelar los cauces procesales y los cauces pedagógicos directamente relacionados con los problemas que nos preocupan, conviene decir algo acerca del procedimiento, la pedagogía y el futuro inmediato.

El proceso penal de mañana probablemente (algunos disienten de la opinión que aquí se expresa) se dividirá en dos fases. La primera tendrá por objeto determinar la antijuricidad de la acción concreta y la culpabilidad de su autor. En terminología inglesa esta frase se denomina *conviction*. En ella tomarán parte las personas que actualmente intervienen en los juicios (con los peritos necesarios para estudiar la personalidad del autor, su responsabilidad, etc.).

La segunda fase —*sentencing*— pretenderá determinar e individualizar la respuesta que debe darse al delito concreto (en cuanto tal delito y en cuanto parte de la criminalidad general), teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales del delincuente. Para alcanzar esas metas, en esta segunda parte deben intervenir más personas que en la primera; además de las autoridades judiciales, deben colaborar peritos en otras disciplinas (psicología, sociología, etc.). Además, los jueces de ejecución de penas y medidas deberán controlar el desarrollo de la ejecución de la sanción correspondiente, para modificarla (como y cuando sea necesario), según los resultados que se vayan consiguiendo.

Especiales dificultades brotan de la cada día más frecuente y más grave delincuencia política. En estos supuestos habrá que procurar con particular atención la mayor imparcialidad posible de los miembros del tribunal. Para lograrlo, se eliminarán drásticamente las jurisdicciones especiales. Y se procurará que el tribunal no sea nacional, sino internacional. Los trabajos iniciados hace ya muchos años en pro de los tribunales internacionales son actualmente una necesidad imperiosa, si se quieren evitar las actuales violaciones de los derechos elementales de muchos delincuentes políticos, y si se quieren mermar los abusos del poder por parte de las personas que detentan cargos gubernamentales. La victimación en este terreno aboca a consecuencias funestas.

Brevemente, el proceso penal se dividirá en dos fases para mejor averiguar la acción, antijuricidad y culpabilidad (en la primera); y para mejor individualizar la respuesta-sanción, con la colaboración de los especialistas correspondientes (en la segunda). La delincuencia política se juzgará en tribunales internacionales, y nunca por tribunales de jurisdicciones especiales.

9. Nueva docencia

Dos palabras, nada más, respecto a la urgencia de renovar radicalmente la docencia e investigación del Derecho criminal en nuestras instituciones universitarias. Conviene recordar la necesidad de que, junto a las cátedras de Derecho penal, se doten cátedras de criminología, como interfacultativas, dentro de la Facultad de Sociología, o autónomas. Parece oportuno no ubicarlas en la Facultad de Derecho, para cortar la tradición europea y sudamericana que considera a la criminología como una ciencia auxiliar y dependiente del Derecho penal, con las tristes consecuencias que este colonialismo acarrea.

La historia del Derecho penal descubre en las autoridades judiciales y no-judiciales conductas más reprochables que en los condenados. El Derecho penal y la criminología (aunque se diga lo contrario) han tomado parte continuamente en la lucha de clases y en la acción política. Nadie que reflexione sobre la historia negará la dimensión política, social y económica del Derecho penal y de la criminología¹⁵. También actualmente, el Derecho penal es (en grado mayor o menor) un instrumento político que se deja manipular. Si, según la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas para la Alimentación (Roma, 1974), hay 460 millones de personas torturadas por el hambre y la pobreza, el Derecho penal y la criminología, al tratar de los delitos contra la propiedad y de los delitos económicos, tienen algo que decir y que cambiar.

Los pedagogos del Derecho criminal y de la criminología constatan la necesidad de emplear el cine, la prensa, la radio y la televisión no menos que la cátedra, y de no apoyarse en la autoridad personal (*magister dixit*), sino en el diálogo (crítico) entre todos, maestros y alumnos, incluyendo entre éstos a la sociedad entera, pues toda ella debe interesarse y participar en los problemas de la criminalidad; también es necesario considerar como exigencia fecunda de nuestro tiempo el amplio y gozoso reconocimiento del pluralismo ideológico (sin él, todo será estéril) y respetar y fomentar las culturas nacionales y regionales, como ha subrayado, por ejemplo, repetidas veces el profesor F. Canestri, refiriéndose a Venezuela, y como intenta hacerlo el Insti-

¹⁵ Beristain, A., en Baselga y otros, *Las drogas*, Bilbao, Ed. Mensajero, 1974, p. 140. «El problema de las drogas es, principalmente, un problema de estructuras económicas y sociales. También es un tema pedagógico: hay que educar a los ciudadanos para el comercio y, sobre todo, para el uso no abusivo.»

tuto Vasco de Criminología (IVAC), con sede en San Sebastián.

Parece ya llegada la hora de terminar con la pedagogía tradicional del opresor y dar entrada activa al oprimido, como lo indican, entre otros muchos, Freire y Faure. La ciencia y la administración de la justicia deben y tienen que ser un medio de liberación, un camino por donde avance, a su paso, el pueblo.

Concretamente, el Derecho criminal y la criminología deben estudiarse y enseñarse en clave de opresión-liberación del débil frente al fuerte, es decir, haciendo que el docente-discente constate cómo el Derecho penal tradicional ha cooperado generalmente a la opresión de los débiles por parte de los poderosos, contra las palabras (meras o hipócritas palabras) del código Hammurabi (el Derecho pretende la defensa del débil frente al fuerte), de Carrara, de Von Liszt y de otros.

La justicia de mañana debe aprenderse y enseñarse con plena conciencia de su fuerza transformadora. Nadie le puede quitar ese dinamismo. Únicamente está en nuestras manos que sus transformaciones sean opresoras o liberadoras (de los individuos y de los pueblos).

Los medios de comunicación deben informar —y en su tanto formar— mejor al público acerca de la injusta estructura judicial-penal-penitenciaria tradicional. Así lograrán, entre otros fines, evitar reacciones emocionales masivas infundadas y contrarias a los derechos del hombre. Especial atención y cultivo merecen los jóvenes y las organizaciones obreras, cuyo protagonismo debe respetarse y fomentarse.

10. Mirando al futuro inmediato

Mirando al futuro inmediato del Estado español —y, *mutatis mutandis*, de muchas naciones— surge una pregunta: si nuestro Código Penal sigue como está, con un par más de retoques superficiales —simples parches—,

¿no hay peligro de que se repita pronto una triste historia, quizás con colores distintos, con víctimas distintas, pero idéntica en su cruel injusticia?

Para lograr en muchos países la urgentemente necesaria reforma radical de la legislación penal, de la práctica judicial, del sistema penitenciario y del policial, deben ser conocidas, discutidas y divulgadas las opiniones y recomendaciones hasta aquí transcritas y otras muchas de quienes —directa o indirectamente— estudian los problemas de la criminalidad.

Conviene recordar que, según indica atinadamente Barbero Santos¹⁶, la reforma de cualquier sistema punitivo necesita unos condicionamientos socio-políticos actualmente ausentes en España y en otros Estados. Y, también, conviene recordar que la reforma socio-política necesita unos condicionamientos penales que actualmente faltan aquí y allí.

Los políticos, para alcanzar sus metas, necesitan prestar más atención a los criminólogos. Esta necesidad debe ser más conocida y exigida por el hombre de la calle.

El Derecho criminal no es una institución esotérica en manos de unos pocos, sino una ciencia, un arte y una praxis que debe cumplir las normas democráticas con fidelidad suma, pues nace del pueblo y para el pueblo. Pocas instituciones pueden y deben contribuir más que el Derecho penal y la criminología a la remodelación de la realidad política, en el amplio sentido de la palabra. Con razón Legros¹⁷, hablando del Derecho europeo, afirma que el Derecho penal está llamado a jugar una tarea muy considerable en el desarrollo de la

¹⁶ M. Barbero, «Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma», en *Sistema*, núm. 10 (julio 1975), pp. 99-113.

¹⁷ Legros, en Institut d'Études européennes, *Droit pénal Européen*, Bruxelles, Presses Universitaires, 1970, «Conclusions», páginas 631 y ss.

integración europea¹⁸, también en el campo político, y más quizás que las otras disciplinas jurídicas, pues está más cercano al hombre, más directamente unido a las ideas de justicia y de defensa de los derechos fundamentales y es, por tanto, más dinámico. El Derecho criminal subraya los valores comunes, nos invita a un lenguaje filosófico común, favorece las relaciones y fomenta las obligaciones y los deberes naturales. Desarrolla necesariamente el respeto de la personalidad humana, el espíritu de solidaridad y el civismo. Se ha dicho que Europa será una el día en que haya una moneda europea. «Yo —afirma Legrós— opino por mi parte que Europa será una y estará hecha el día que los europeos estén unidos por un sentimiento cívico común.»

Un elemental civismo contemporáneo reclama que las ciencias y las instituciones relacionadas con la criminalidad protejan más al disidente, al pobre, al obrero y al *lumpen*-proletariado; procuren la evolución justa, igualitaria, de las fuerzas sociales que, en muchos aspectos, resultan opresoras y criminógenas; y, por fin, tengan presente que la libertad total no es más fácil de conquistar que la «libertad individual», pero ambas se pueden alcanzar y desarrollar, pues el Derecho penal es la libertad. Un sistema judicial y penitenciario y policial apoyado en los derechos humanos de hoy-mañana defiende a la persona y a la sociedad mejor que muchos *bunker*.

Esta protección del hombre exige que todos, no sólo los especialistas, analicemos con mayor seriedad científica los conflictos en los que normalmente brota la criminalidad y la sanción estigmatizadora; critiquemos las más o menos violentas estructuras político-económico-sociales que fomentan esa criminalidad y esos controles sociales; investiguemos con otra metodología los

¹⁸ Lo mismo se puede aplicar a otra integración política cualquiera.

motivos ideológicos, conscientes e inconscientes, que forman, deforman y reforman las conductas desviadas; empleemos los remedios, radicalmente distintos de los tradicionales, que a muchos y diversos niveles pueden aplicarse democráticamente para que la sociedad evolucione y madure con menos represión, menos explotación, y con más desarrollo de las libertades cívicas, cuya esencia brota de y hacia el futuro ilimitado (*El mar y la nada*, de Antonio Machado).

En resumen, la justicia penal, como «el peine del viento» de Eduardo Chillida, no debe encajonar ni amminorar sino embellecer, porque respeta y realza lo inabarcable: el hombre-hermano.

