

## CAPÍTULO I

### DELINCUENCIA Y ESTADO DE DERECHO

#### 1. Actitudes ante el delincuente.

En realidad —prescindiendo de teorías— la sociedad no trata al delincuente como a un ciudadano. Y, lo que importa más, en teoría tampoco.

Según opinión bastante extendida, el criminal no tiene casi nada de común con los ciudadanos normales, pertenece a gente de otra clase, de segunda categoría, a gente ajena y alejable de nosotros. Muchos piensan en el transgresor de la Ley únicamente para poner distancia entre medio, para estigmatizarlo, para castigarlo, para recluirlo..., olvidando con frecuencia sus derechos elementales. El establecimiento penitenciario continúa siendo todavía hoy, prácticamente, un lugar fuera de la Ley, donde permanece en oscuridad el verdadero estado de derecho de las personas allí internadas.

Aun penalistas de primera magnitud opinan y escriben que una parte de los delincuentes son “seres humanos como todos nosotros” (“los delincuentes ocasionales, los que han tenido un tropiezo en la vida, los autores culposos y los inconscientes contraventores de la Ley”), por otra parte (“los delincuentes habituales, los delincuentes profesionales..., los elementos asociados”), no son como nosotros<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Maurach, en *Jornadas de Derecho penal* (Buenos Aires, 1962), pág. 122.

Recordando a Braudel y su estudio sobre las civilizaciones actuales, reconocemos que el espacio, la sociedad, la economía, la mentalidad colectiva, la historia, etc., producen cambios sustanciales en los criterios y en las valoraciones respecto al delincuente.

Ante la gran diversidad de opiniones y actitudes acerca del infractor de la Ley en el Estado social de Derecho, las páginas siguientes pretenden analizar y confrontar al delincuente como persona dentro de su contorno jurídico-sociológico, para deducir algunas exigencias teórico-prácticas —dignas de tenerse en cuenta por los diversos estamentos de la comunidad— acogidas, con más o menos acierto, en la moderna legislación positiva, especialmente en el proyecto de Ley penitenciaria alemana y en la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social española (y en las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos), y sugerentes de fundamentales coordinadas del Derecho penal y penitenciario futuro, fundado en la persona.

Una postura inteligente y digna ante el criminal, en los momentos actuales de las ciencias del hombre, implica una nueva mentalización, exige abandonar caminos muy frecuentados y cómodos, exige reflexionar, sin prejuicios, sobre la esencia y la finalidad del hombre y de la sociedad. Esta meditación actualizará lo tantas veces demostrado y olvidado: cómo muchos abocan al crimen víctimas de las circunstancias y de los circunstancias, cómo todos debemos responder de las consecuencias del delito más que buscar tanta (excesiva) distancia y seguridad frente al delincuente y frente al ex delincuente, cómo todos debemos correr cierto riesgo para lograr su resocialización (más que para castigarlo) y para prevenir el crimen antes de que resulte inevitable.

El grado de madurez de una sociedad, más que por la ausencia de delitos, se mide por la cualidad de sus actitudes e instituciones resocializadoras, pues la justicia humana progresa a través de la injusticia, como reconoció ya la filosofía griega al afirmar que lo justo nace de lo injusto.

## 2. El delincuente como persona.

Desde Platón y Aristóteles la filosofía tradicional, tan profundamente actualizada por Zubiri, reconoce siempre como fundamento la esencia. Pues bien, *esencialmente* nadie puede negar al reo de cualquier delito la cualidad de persona y de miembro de la sociedad, con su implicación sustancial de sociabilidad y solidaridad, y con sus correspondientes derechos inalienables (más amplios de lo que muchos piensan). Atinadamente, el artículo 1º del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias españolas establece como principio fundamental el respeto de «la personalidad humana de los reclusos», así como de sus «derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena».

El delincuente coincide con todos los ciudadanos en lo fundamental. Difiere sólo en lo accidental y relativo. La mayoría de los delincuentes son, en cierto sentido, delincuentes “ocasionales”. Cualquiera de los que andamos por la calle, si se tercia la ocasión (incluyendo en esta palabra también las circunstancias familiares, ambientales, educacionales, etcétera) podríamos cometer un delito. Y de hecho, muchas veces lo cometemos, pero queda sin constatar, sin diagnosticar, como consecuencia de un proceso de selección por el cual sólo van a los Tribunales y a la cárcel algunos delincuentes, los más alejados del poder, de las finanzas, etc., los —en cierto sen-

tido— menos delincuentes, los menos perjudiciales para la sociedad (piénsese, por el contrario, en ciertos criminales de “cuello duro”). Así, la estigmatización de la pena sólo marca a un sector pequeño —la parte visible, flotante, de un gran iceberg— de los infractores de la Ley, quedando oculta, impune, una voluminosa cifra negra que hoy preocupa seriamente a los criminólogos.

Años atrás, la visita a una cárcel permitía quizás pensar que los allí detenidos —enfermos más que delincuentes en porcentaje superior al actual —diferían en rasgos fundamentales de los ciudadanos honrados. Por algo escribió Lombroso su teoría —a veces fatalmente mal entendida— del delincuente nato. Hoy, la visita a una institución penitenciaria o, mejor aún, la lectura de las sentencias y de las noticias criminales, nos hace caer en la cuenta de que (exceptuando casos aislados y prescindiendo de facetas accidentales) estamos ante personas tan personas como nosotros, a las que nadie debe privar de sus derechos básicos.

El moderno tráfico de vehículos de motor ha aniquilado los principales argumentos aparentemente válidos para que las generaciones de otros tiempos sospecharan que el sujeto con antecedentes penales difiere sustancialmente del *bonus paterfamilias*. Las estadísticas muestran que los delincuentes de tráfico pertenecen a todos los estratos sociales.

Los crímenes de tráfico, objetiva y subjetivamente, difieren sólo en ciertos aspectos de los delitos comunes. Los 19.000 cadáveres sobre las carreteras alemanas, durante el año 1970, proceden en gran parte de conductas culposas o dolosas (con dolo de lesión o dolo de peligro) y, por tanto, normalmente inculminables.

Una de las diferencias principales de los crímenes de tráfico radica en su menor relatividad. En otros cam-

pos, sobre todo en el político, en el religioso y en el sexual, la delincuencia ficticia cubre un ámbito a veces muy amplio; el Código penal de hoy y de aquí coloca el sambenito de delincuente a quien el Código penal de mañana y de allí le considera un ciudadano honrado<sup>2</sup>. Pocas realidades tan variables, según los criterios sociales (a veces caprichosos, siempre relativos), como ciertas tipificaciones penales y ciertas conclusiones judiciales.

Muchos criterios sociales varían, y también —aunque en grado notablemente menor— las metas principales de la sociedad.

### 3. El delincuente y su contorno jurídico-sociológico.

Entre el individuo y el grupo (o la sociedad, o el Estado) se cruzan relaciones de tensión aparentemente opuestas y aun contradictorias. Por una parte, ni el Estado, ni tan siquiera la comunidad, pueden exigir a la persona que les sacrifique ciertos derechos elementales. El Estado dista mucho de ser el fin del hombre, pues es su servidor<sup>3</sup>, para ayudarle al logro del bien común, para posibilitarle el desarrollo de las facultades personales<sup>4</sup>. El ciudadano no es para el Estado, sino que el Estado es para el hombre.

Por otra parte, sabemos que el individuo para lograr su desarrollo debe abrirse en servicio total al compañero y al grupo, pues un yo sin tú no puede ser un yo,

<sup>2</sup> P. A. Sorokin: *Sociedad, cultura y personalidad*, trad. de A. del Campo (Madrid, 1960, Aguilar), págs. 952 y sigs.; ídem: *Dinámica social y cultural*, I (Madrid, 1962), págs. 655 y sigs.

<sup>3</sup> El paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho subraya más aún esta faceta de servicio. En general, cfr. P. Lucas Verdú: *Principios de ciencia política*, tomo II, *Estructura y dinámica políticas* (Madrid, 1969, Tecnos), págs. 45 y sigs. y 273 y sigs.

<sup>4</sup> Juan XXIII: *Mater et Magistra*, en "Acta Apostolicae Sedis", tomo LIII (1961), pág. 19.

pues toda persona necesita su sociedad (Robinson no pervivirá solo en la isla). También el objetor de conciencia admite obligaciones muy radicales en pro de la sociedad. O, como dice Santo Tomás, apoyándose en Aristóteles, "la más preclara de las virtudes morales es la justicia legal, pues el bien común supera al bien particular" (*bonum commune praeeminet bono singulari unius personae*)<sup>5</sup>.

En la actualidad, y cada día más, el Estado (no sólo en el mundo socialista, donde la Ley penal pretende, ante todo, el servicio incondicional al poder) posee y ejercita facultades y poderes ante los que la persona queda prácticamente anulada, como el cero ante el infinito<sup>6</sup>. Pero también es cierto que en muchas ocasiones (en el mundo occidental) el Derecho en general, y el Derecho penal en particular, levantan gran parte de su construcción sobre bases escandalosamente individualistas.

Estas y otras circunstancias, tan distintas en cada situación, exigen soluciones diversas y aun planteamientos diversos. Con validez universal sólo pueden enunciarse algunos criterios generales, abstractos, como el de la autonomía de la persona y el de la estricta prohibición ética de su cosificación bajo capa del bien común.

Dejando aparte los pensadores de tendencia dictatorial (sobre todo recientemente en la Alemania de Hitler) y los comunistas (más o menos inspirados en Hegel), la mayoría de los políticos, filósofos, sociólogos y teólogos respetan las líneas fundamentales aquí insi-

<sup>5</sup> Santo Tomás: *Summa Theologica*, II, II, q. 58, art. 12. Santo Tomás subraya a veces excesivamente esta dimensión comunitaria del hombre, por ejemplo, al tratar de los argumentos en pro de la pena de muerte.

<sup>6</sup> Rodríguez Devesa: *Derecho penal español*, Parte especial, 4ª edición (1971), pág. 246.

nuadas en cuanto a las relaciones entre la persona, la comunidad y el Estado.

Como prueba pueden aducirse multitud de testimonios. En el campo jurídico-penal baste recordar a dos autores de ambientes tan distintos como Carpzovio y Kant. Ambos, desde diversos puntos de vista, coinciden en colocar al hombre por encima de lo estatal, que sólo se justifica en cuanto le "sirva" respetuosamente. El ilustre jurista sajón afirma taxativamente que "toda sanción debe pretender la corrección del condenado". Kant escribe enérgicas páginas para censurar la pena, si se aplica al delincuente como medio para prevenir o escarmentar a la sociedad, y no por razón del hombre como fin en sí. El filósofo de Königsberg comenta a este propósito la sentencia de Jesucristo, basada en que "conviene matar a un hombre para que no perezca un pueblo". Este pasaje bíblico mantiene siempre actualidad, también en la Revolución francesa para "justificar" la muerte de Luis XVI, también hoy.

Cuando el poder, añade Kant, trata a un hombre no como fin en sí, sino como medio para algo distinto que él, entonces desaparece la justicia y se corrompe la autoridad. Ésta "no debe poner su meta última en la utilidad o felicidad de los súbditos (que puede quizás lograrse mejor con un régimen despótico), sino en la realización armónica de los principios justos", en el respeto a todo ciudadano como persona, como ser autónomo.

La justicia —el *suum cuique*— social exige que la comunidad ayude al delincuente a recobrar lo que él perdió —más o menos libremente— al delinquir: *su* libertad, *su* integración en la sociedad. Por razones semejantes la comunidad ayuda a los enfermos en los hospitales a re-

cobrar su salud aunque hayan contraído la enfermedad voluntariamente, por ejemplo, intentando suicidarse.

Tal obligación de la sociedad brota no sólo del "ser" del delincuente y del "ser" de la sociedad, sino también del "actuar" de ésta, que casi siempre colabora al delito haciéndose, por tanto, corresponsable de él (Unas veces con muy pequeña, otras con muy grande corresponsabilidad).

Nadie delinque solo. Todo autor de un delito ha recibido la colaboración más o menos mediata de ocultos cómplices individuales y estructurales. La sociedad con sus injusticias legales, su desigualdad económica exagerada, sus discriminaciones raciales, sus áreas delincuenciales, su morbosidad infectante en los medios de comunicación (tanto más rentables cuanto más infectantes), sus condicionamientos de emigración e inmigración, su escasez de centros docentes, sus gastos excesivos en armamentos, su fomento de la agresividad individual y colectiva, su explotación del mercado humano en la prostitución, etc., ofrece fecundo caldo de cultivo para el crimen. Lo peculiar del delincuente, su *accidens*, proviene en gran parte de la sociedad <sup>7</sup>.

Hoy más que en otros tiempos, la comunidad (y el Estado) por su ser y por su actuar debe tender a metas sociales: solucionar los problemas de los ciudadanos, sa-

<sup>7</sup> E. Hubert Johnson: *Crime, Correction and Society*, en "Rev. Edition" (Homewood, Illinois, 1968, Dorsey Press), págs. 187 y sigs.; Beristain: *Delincuencia juvenil y sociedad*, en "Revista del Instituto de la Juventud" (junio 1968), págs. 31-68; Gimbernat: *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal* (Salamanca, 1971), págs. 96 y sigs., versión alemana (1970), págs. 379 y sigs.; Codon y López Saiz: *Psiquiatría jurídica penal y civil*, 3ª edición, I (Burgos, 1968), págs. 68 y sigs.; Seelig: *Tratado de criminología*, trad. de Rodríguez Devesa (Madrid, 1958, Inst. de Estudios Políticos), págs. 7 y sigs. Sería equivocado concluir negando la libertad, aunque se reconozca lo problemático de su concepción y comprobación.

atisfacer las necesidades de los débiles, atender a los delincuentes, etc.

En este sentido, la resolución 1086 B (XXXIX) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, reconociendo la estrecha relación que media entre el desarrollo económico-social de los pueblos y la lucha contra la criminalidad, estableció que la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes debe programarse, no como una acción aislada del contexto económico-social, sino como parte integrante de los planes nacionales de desarrollo económico y social.

Ante la constatación de un delito, la sociedad debe hacer todo lo posible:

a) En primer lugar, para —de alguna manera— devolver al delincuente la parte de inserción social que le quitó, incitándole al crimen; y también para ayudarle a que recupere lo que él —por propia decisión— malvendió (su libertad).

b) En segundo lugar, para restablecer el orden jurídico-social violado, pero sólo en cuanto lo permita la dignidad del delincuente y lo exiga el bien común.

Estas dos tareas se entremezclan y equilibran como dos facetas de una única realidad. Coinciden siempre que se busquen con autenticidad. En el supuesto de oposición conflictiva, la segunda debería ceder ante la primera. La justicia abstracta debe posponerse, si fuese necesario, a la reinserción social del ciudadano. En realidad, repetimos, la verdadera reinserción exige normalmente cierta retribución severa, y viceversa: la retribución sólo es justa en cuanto busca la resocialización del descarriado<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En los planos jurídico, filosófico y teológico, cfr. J. del Rosal: *Algunas reflexiones sobre el discurso de S. S. Pío XII al congreso nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, en especial sobre "reparación" y "expiación"* de

Desgraciadamente, la retribución implicada en la pena para muchos significa única o principalmente castigo, pago del mal hecho. Considerando desapasionadamente la realidad personal y social, esa retribución debe significar y pretender, ante todo, la resocialización, la devolución a cada uno de lo suyo (lo perdido en el delito): al delincuente su libertad, a la sociedad su ciudadano.

El Derecho penal persigue siempre, en realidad, una finalidad positiva: proteger a los autores (y a las víctimas) del delito. Algo de esto entrevió Dorado Montero en su cosmovisión un tanto utópica del Derecho penal. No parece criticable, ni ilusorio, afirmar que la sociedad procure resocializar al delincuente más que castigarlo (en el sentido tradicional de la palabra).

#### 4. La resocialización del delincuente.

La finalidad resocializadora de la pena ha suscitado, desde hace muchos siglos, numerosos defensores (con accidentales diferencias) en eminentes juristas, filósofos y teólogos.

También ha suscitado numerosos adversarios. Las objeciones mayores contra la resocialización nacen de quienes opinan que pretende convertir al criminal en una persona intachable (olvidando que, como afirma Antón Oneca<sup>9</sup>, "al Estado le basta con que sus súbditos discurren por el cauce de la Ley y cooperen, más o menos de su grado, a los fines colectivos"), de quienes si-

---

la culpa, en *Homenaje a Legaz y Lacambra* (Santiago de Compostela, 1960), II, págs. 1043-1070.

<sup>9</sup> Cfr. J. Antón Oneca: *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena* (Salamanca, 1944), especialmente págs. 9 y sigs., 71 y sigs. y 117; Beristain: *Fines de la pena*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (noviembre 1961), págs. 595-622.

guen viendo en el delincuente al *otro*, al malo fatalmente irremediable, y de quienes equiparan la pena con el castigo vengador.

Para disipar estas nubes conviene delimitar el concepto de resocialización, distinguiendo —como ya lo hizo Concepción Arenal<sup>10</sup>— la resocialización moral de la legal; y conviene caer en la cuenta de que la resocialización legal como todo lo humano, adquiere a lo largo de la historia rasgos esencialmente diversos, cada vez más exigentes y fecundos. Ciertos métodos que en tiempos pasados se consideraban resocializadores, hoy merecen otro adjetivo menos positivo. Porque aquellos métodos concretos aparezcan hoy quizás como doma o escarmiento, no puede negarse que entonces pretendían cierta resocialización<sup>11</sup>.

La resocialización es, con terminología de Paul Ricoeur, una inyección de vida contra la disminución del valor del yo<sup>12</sup>. La resocialización consiste en reinsertar al delincuente en el estado normal del hombre de la calle, que respeta la Ley, que tiene valores positivos y valores negativos, virtudes y vicios, tendencias a delinquir y frenos sociales; consiste en tratar al delincuente con el espíritu y el ideal propios de muchas instituciones preteritas y presentes, aplaudidas por todos<sup>13</sup>. En los siglos

<sup>10</sup> Antón Oneca: *La teoría de la pena en los correccionistas españoles*, en *Homenaje a Legaz y Lacambra* (Santiago de Compostela, 1960), II, págs. 1015-1025, especialmente pág. 1019 y sigs.; A. Fernández Albor: *Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias*, en "Rev. Est. Pen." (1968), págs. 11 y sigs., especialmente 28.

<sup>11</sup> Atinadamente indica Cobo que se puede corregir castigando. Cobo: *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código penal español*, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje a Jiménez de Asúa* (Buenos Aires, 1970), pág. 453.

<sup>12</sup> Paul Ricoeur: *Finitud y culpabilidad*, trad. Sánchez Gil (Madrid, 1969, Taurus), págs. 368-406.

<sup>13</sup> Merlin: *Criminologie et science pénitentiaire*, 2ª ed. (París, 1970, Dalloz), págs. 243 y sigs., 303 y sigs. y 412 y sigs.; Beristain: *La reeducación*

XVI y XVII resocializaban los *Bridewell* (1552) de Londres, y los *Rasphuis* (1596) y *Spinhuis* (1597) de Amsterdam. En el siglo XVIII resocializaba el Reformatorio de San Miguel, de Roma, fundado en 1703 por el Papa Clemente XI, y la Casa de Corrección de San Fernando de Jarama (Madrid), tan elogiada por Howard<sup>14</sup>. Hoy resocializan los *Herstedverter*, *Van-der-Hooven*, etc. Esta brevísima cita de establecimientos universalmente reconocidos como resocializadores, complementada con las varias legislaciones que —cada día en mayor número<sup>15</sup>— formulan la resocialización como fin

---

*del condenado*, en *Sul Problema della rieducazione* (Padova, 1964, Cedam), págs. 331 y sigs.; R. dell'Andro: *Aspectos jurídicos de la pena de prisión*, traducción de Bueno Arús, en "R. E. P." (1969), págs. 557 y sigs.

En la entrada del Spinhuis podía leerse: "No temas. No vengo el delito, sólo te obligo a que seas bueno. Dura es mi mano, pero piadoso mi espíritu". Cfr. H. von Hentig: *La pena*, tomo II, *Las formas modernas de aparición*, trad. de Rodríguez Devesa (Madrid, 1968, Espasa-Calpe), págs. 214 y sigs. Ofrece amplias y atinadas consideraciones acerca de la finalidad pretendida en las iniciales Casas de trabajo.

<sup>14</sup> M. de Rivacoba y Rivacoba: *La fundación de la Casa de Corrección de San Fernando*, en *Homenaje a Jiménez de Asúa* (Buenos Aires, 1964, Abeledo-Perrot), págs. 204-218.

<sup>15</sup> La última reforma del Código Penal y del Código Procesal Penal del Estado de la Ciudad del Vaticano —*Legge che modifica la legislazione penale e la legislazione processuale penale* (del 21 de junio de 1969), en "Supplemento del Acta Apostolicae Sedis", XL, núm. 4— insiste repetidamente en la reeducación y resocialización del condenado. Así, el nuevo artículo 16 le permite la libertad condicional en cualquier momento de la ejecución de la pena privativa de libertad cuando esa libertad puede ser útil para la corrección y reeducación del condenado. Y el nuevo artículo 26 faculta al Juez para otorgar el perdón, si considera que las medidas administrativas o disciplinarias aplicadas ya al culpable son suficientes para la *punizione* del culpable y para apartarlo de cometer otros delitos de la misma clase.

Omitimos la indicación de las regulaciones legales frecuentemente citadas, como el artículo 27 de la Constitución italiana de 1948, etcétera. Cfr. M. Ancel: *La noción de tratamiento en las legislaciones penales vigentes*, en "Rev. Est. Pen." (1968), págs. 483 y sigs.; Pinatel: *Investigación científica y tratamiento*, en "R. E. P." (1968), págs. 523-541. Especialmente atinadas las consideraciones acerca de las cinco etapas que Pinatel establece en el proceso del tratamiento (págs. 536 y sigs.).

de la pena, responde con bastantes (aunque no evidentes) razones a la objeción de la utopía.

No existe una clase de delincuentes imposibilitada, de antemano, para la resocialización. El hombre, por su esencia, se encuentra sometido, a lo largo de su vida, a múltiples procesos de socialización, más o menos acentuados, y en todo momento se desarrolla junto con otros y se amolda a las formas de la comunidad. El proceso socializador perdura en todas las edades, no limitándose a la juventud, pues este íntimo recrearse a sí mismos al contacto con los demás, pertenece a las categorías antropológicas fundamentales de la dimensión comunitaria del hombre, de notable importancia en cualquier fase de su existir<sup>16</sup>.

La inmensa mayoría de los delincuentes merecen y necesitan —más o menos— un tratamiento resocializador profundo. La moderna ciencia psicológica (desde S. Freud) y sociológica demuestra que la persona está abierta al mundo en libertad (Max Scheler), y “que la imagen del hombre está formada por la responsabilidad y la libertad”<sup>17</sup>, pero demuestra también que al mismo tiempo está vinculada a sus circunstancias y a sus circunstancias, que avanza sin poder salir fácilmente de sus rieles, y que las acciones libres no brotan de una decisión intelectual-volitiva, sino tanto o más de fuerzas y contrafuerzas apetitivo-sensitivas.

Muchas personas —conviene recordarlo— conocen y practican “las buenas formas”, pero carecen de la verdadera profunda educación, están necesitadas de una interna reeducación en el sentido hondo aquí empleado,

<sup>16</sup> Hilde Kaufmann: *Kriminologie*, I (Stuttgart, 1971, Kohlhammer), págs. 146 y sigs.; Beristain: *La problemática de la juventud*, en “Rev. del Instituto de la juventud”, número 4 (abril 1966), págs. 65 y sigs.

<sup>17</sup> Maurach: *Jornadas de Derecho penal* (Buenos Aires, 1962), pág. 121.

están necesitadas de una modificación en su íntima escala de valores.

Un ejemplo de este estrato profundo de libertad o falta de ella, de socialización o asocialización, en desacuerdo con las apariencias externas y superficiales, aparece en los delincuentes de tráfico y en los delincuentes de "cuello duro", cuya infracción muestra su interna desarmonía social, aunque posean y ejerciten en sumo grado las normas superficiales de urbanidad y buena educación.

Esta nueva imagen del hombre y de su libertad muestra y confirma (contra la opinión de eminentes penalistas) que todos, o casi todos, los delincuentes (prescindiendo quizás de ciertos delincuentes por convicción) necesitan un tratamiento resocializador; también "los ocasionales", los que han tenido un tropiezo en la vida, los autores culposos y los "inconscientes contraventores de la ley"<sup>18</sup>.

En el terreno de la resocialización pueden lograrse cada día mejores resultados a la luz de las modernas ciencias y técnicas criminológicas, pedagógicas y sociológicas, y con la colaboración de todos los ciudadanos.

##### 5. La cooperación resocializadora de algunos estamentos.

Los directamente encargados de resocializar a los delincuentes necesitan la ayuda de todos. Cualquier ciudadano, como hombre privado y como profesional, pue-

<sup>18</sup> Bastantes penalistas partidarios del dualismo opinan que buen número de delincuentes ("los semejantes a todos nosotros") no necesitan resocialización. Cfr. Maurach, en *Jornadas de Derecho penal* (Buenos Aires, 1962), pág. 122. La clasificación de los delincuentes en dos grandes grupos —profesionales y no profesionales— responde a la realidad. Pero sería equivocado concluir que uno de los grupos difiere accidentalmente de nosotros, mientras el otro difiere sustancialmente. En realidad, también muchos delincuentes profesionales difieren del hombre de la calle sólo accidentalmente.

de y debe brindar una aportación más eficaz de lo que suele creerse. Aquí, a modo de ejemplo, se indicarán sólo unos puntos concretos respecto a las posibilidades de: jueces de ejecución de penas, sacerdotes, periodistas, criminólogos, personal penitenciario y asistentes sociales.

Por razones de síntesis prescindimos de explicar la colaboración de los médicos, aunque reconocemos su importancia primordial, como aparece, por ejemplo, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas.

#### 6. Los jueces de ejecución de penas y medidas.

Los jueces y los magistrados, al cumplir la Ley de Enjuiciamiento criminal española (especialmente los artículos 526, 985 y 990), contribuyen notablemente (aunque indirectamente) a la labor resocializadora. El artículo 526 ordena que "el juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso, ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio Fiscal que podrá ser el fiscal municipal, delegado al efecto por el fiscal de la respectiva Audiencia; y donde existe este Tribunal, harán la visita el presidente del mismo o el de la Sala de lo criminal y un magistrado, con un individuo del Ministerio Fiscal y con asistencia del juez instructor".

"En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren".

Según la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 8 de enero de 1923, los que sufren quincena u otra detención por virtud de acuerdo gubernativo se entenderán equiparados, para los efectos de este artículo, a los demás presos o detenidos.

Este precepto legal faculta a los Jueces y a los Magistrados para llevar a cabo una labor parcialmente semejante a la señalada en la teoría y legislación comparada moderna para los llamados Jueces de ejecución de penas. La legislación española —pionera, ya en los tiempos de los Reyes Católicos, de esta nueva categoría de Jueces— necesita una modernización importante en este campo.

El juez de ejecución de penas, tan conocido y reconocido en Alemania, Brasil, Francia, Italia, Portugal, etc., debe tener entrada urgentemente en el sistema penitenciario español. Ahora nos limitamos a indicar algo respecto a la denominación, las razones y la competencia de esta institución.

La legislación comparada y la teoría —tan universalmente expuesta y debatida en el X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Roma, setiembre-octubre 1969)— designa esta figura con varios nombres de significado más o menos amplio, que pueden traducirse como Juez de ejecución de penas. Dada la importancia que van alcanzando actualmente las medidas de tratamiento y seguridad, parece oportuno cambiar esta denominación por la de “Juez de ejecución de penas y medidas”. Esta modificación terminológica puede repercutir al estudiar el contenido y la misión del Derecho penal y penitenciario.

La palabra juez debe entenderse en sentido general, pues aquí no entramos a discutir si debe significar un órgano colegiado o unipersonal. Probablemente sería preferible encargar la ejecución al mismo Tribunal o Juez que dictó la sentencia —con intervención del Fiscal—, pero este tema queda ahora marginado, pues únicamente estudiamos la necesidad de una efectiva inter-

vención judicial (y reconocemos los notables beneficios que aporta el órgano especializado).

Prescindiendo de consideraciones históricas y comparatistas, cuatro razones principales exigen la creación del Juez de ejecución de penas y medidas: la defensa de los derechos elementales del condenado, la inspección de los establecimientos y servicios penitenciarios, la independencia de la función judicial, y el principio de legalidad de las penas y medidas (y de su ejecución).

El condenado a una pena o a una medida privativa de libertad se encuentra, como dice la doctrina administrativa, en relación especial de sujeción, más aún que el escolar interno en un centro docente, o el soldado en un cuartel, etc. El preso queda limitado en el ejercicio de varios de sus derechos y, a la vez, el Estado se convierte en titular de una serie de derechos subjetivos, facultades, poderes, que justifican las limitaciones del preso. Quien cumple una sanción penal privativa de libertad queda entregado y sometido al poder ejecutivo en condiciones muy delicadas y frágiles que algunas veces cubren campos más amplios e importantes de lo permitido en un Estado social de Derecho.

Con sólo las garantías de los recursos administrativos, los derechos elementales del preso no quedan suficientemente salvaguardados frente a los eventuales abusos del poder ejecutivo que actualmente va invadiendo terrenos que en tiempos pasados le estaban absolutamente prohibidos. Piénsese, por ejemplo, en el derecho del preso al trabajo, a la correspondencia epistolar con la familia, en el sencillísimo derecho (llamésmolo así) a fumar o a leer, o en otros verdaderos derechos elementales de la persona.

En los últimos años muchos especialistas (individualmente y reunidos en varios Congresos nacionales e

internacionales) piden insistentemente que esta facultad judicial de vigilancia cubra los servicios y los establecimientos destinados al cumplimiento de penas (o medidas) privativas de libertad. Esta vigilancia no debe ser excesiva, pues originaría numerosos conflictos con las autoridades penitenciarias en terreno, como el de reeducación, que necesita facultades discrecionales, pero debe ser eficaz. Ya en 1958, Cuello Calón afirmaba que "las funciones de inspección y vigilancia del Juez deben existir para ciertos casos particulares, como la protección de los derechos de los penados, y para asegurar la puntual observancia de lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos penitenciarios...". "El tratamiento debe ser controlado por la autoridad judicial o por comisiones en las que ésta tenga voz preponderante. Hasta ahora su control había sido función exclusiva de la Administración penitenciaria, pero la observancia de la garantía ejecutiva, que protege la legalidad de la ejecución penal, exige, para seguridad de los derechos del recluso, la intervención de la autoridad judicial. Inspirada en estas ideas la doctrina moderna postula actualmente con vigor la intervención del Juez o de un organismo judicial"<sup>19</sup>.

La independencia de la función judicial y el principio de legalidad de las penas y medidas (y de su ejecución) exigen que el Juez no se despreocupe de la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, sino que intervenga activamente en ella. Si la autoridad judicial cediese a la autoridad penitenciaria sus derechos y obligaciones respecto a la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad desaparecería la independencia judicial y la legalidad de las sanciones penales en el momento más importante para el delincuente y

<sup>19</sup> Cuello Calón: *La moderna penología*, tomo I (Barcelona, 1958, Bosch), págs. 48 y 276.

para el peligroso, cuando se realizaba la individualización última y más eficiente de la sanción. Si controla la ejecución alguien distinto de quien juzgó y condenó hay peligro de que se olvide o adultere el espíritu y la finalidad que subyacen dentro de cada sentencia condenatoria, como afirma Ruiz Vadillo.

En este campo la realidad ofrece muchos aspectos criticables. Las autoridades administrativo--penitenciarias, en muchos casos se comprometen e influyen decisiva y notablemente en la prolongación o en la abreviación de la pena impuesta por la autoridad judicial, con merma de fundamentales principios del Derecho penal y de la independencia judicial. Así, por ejemplo, según los arts. 53 y ss. y 110 y ss. del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, la concesión o la denegación de los beneficios de libertad condicional y redención de penas por el trabajo (y, por lo tanto, la abreviación o la prolongación de la privación de libertad) depende realmente de las Juntas de Régimen y Administración por varios capítulos, entre otros porque ellas deciden el paso del interno de un período —o grado— a otro (y, por tanto, sin su consentimiento ningún interno puede llegar al último período de condena, requisito indispensable a tenor del artículo 98 del Código penal), y ellas deciden si el interno merece el beneficio de la libertad condicional por su intachable conducta y por ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad, etc. Algo semejante ocurre respecto a la aplicación o no aplicación de los frecuentes (excesivamente frecuentes) indultos que no pueden alcanzar a los internos, a los que la Junta de Régimen y Administración haya calificado como autores de ciertas faltas disciplinarias. En estas y otras circunstancias similares, el Ministerio Fiscal ha de cumplir y ejecutar las órdenes de la autoridad penitenciaria,

aunque teóricamente —*de lege ferenda*— debía ser todo lo contrario.

A las razones hasta aquí indicadas en pro del Juez de ejecución de penas y medidas conviene añadir, al menos, otras dos:

1ª) Nadie mejor capacitado que él para ir acomodando la sanción (que con frecuencia se debe revisar y modificar con el transcurso de su ejecución y cumplimiento) según —y porque— va conociendo más al interno. Recordemos que, como afirma Pinatel<sup>20</sup>, “no se puede conocer al delincuente nada más que cuando se le trata, y el tratamiento es, por lo demás, tanto causa como efecto”.

2ª) Las experiencias adquiridas en la ejecución de las penas y medidas enriquecerán grandemente al Juez para mejor determinar las futuras sanciones en el momento de la sentencia.

Las principales *misiones* propias del Juez de ejecución de penas y medidas —tan diversas en los distintos países— pueden resumirse en las dos siguientes: individualización en la aplicación de las sanciones, y vigilancia de la ejecución de las penas y de las medidas privativas de libertad principalmente (pero no exclusivamente, pues también entran en su campo las sanciones no privativas de libertad, como la multa, etc.).

La individualización en la aplicación de las sanciones abarca un campo amplísimo de decisiones (más que la mera ejecución). Las conclusiones de X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Roma, setiembre-octubre 1969) respecto al tema tercero, “El papel del Juez en la determinación y aplicación de las penas”, formulan atinadamente que “La ejecución de

<sup>20</sup> Pinatel: *Investigación científica y tratamiento*, en “R. E. P.” (1968), pág. 534. También Ruiz Valdillo: *El Derecho penal y su realización práctica*, en “Rev. Derecho Circ.” (1970), pág. 322.

las penas y medidas de seguridad caen dentro de las atribuciones del Juez, oído el acusador público y el defensor” (Conc. 4), y “Las modificaciones en las modalidades de la ejecución de la pena y de las medidas de seguridad que afecten la decisión del Juez deben ser pronunciadas o revisadas por él o por otra autoridad judicial encargada de velar por la ejecución de la sanción” (Conc. 5).

Aquí sólo insinuamos algunos puntos relativos a las sanciones privativas de libertad, como eran la concesión o la denegación (tras consulta de los equipos encargados de la observación, clasificación y tratamiento, y de las Juntas de Régimen) de la libertad condicional, de los indultos, del traslado a otra institución penitenciaria, de la posibilidad de redimir penas por el trabajo, la progresión o regresión de grado (art. 48 del Reglamento, modificado por Decreto de 25 de enero de 1968), etc.

La vigilancia de los establecimientos y servicios penitenciarios debe ser, aunque moderada, positiva (no limitándose a corregir defectos) y sin rutina, como declaran los especialistas. Ya hace años, Cuello Calón, con su reconocida prudencia, afirmaba que además de la “función de garantía jurídica, se atribuye también al Juez el cometido técnico de adoptar, sin interferir las atribuciones de la Administración penitenciaria, medidas orientadoras del tratamiento penal”<sup>21</sup>.

Entre los cometidos propios del Juez de ejecución de penas y medidas debe figurar la decisión, con competencia exclusiva, en el juicio de los internos acusados

<sup>21</sup> Cuello Calón: *La moderna penología*, tomo I (Barcelona, 1958, Bosch), pág. 272. Más categóricamente, Cano Mata: *El Juez de ejecución de penas*, en “R. E. P.” (1967), págs. 61 y sigs. y 97 y sigs. En sentido diverso, Mata Tierz: *Competencia en el cumplimiento de las penas de privación de libertad*, en “Rev. Est. Peniten.” (1967), págs. 393-416.

de faltas graves y muy graves contra la disciplina penitenciaria <sup>22</sup>.

### 7. Los sacerdotes.

Los sacerdotes (incluyendo en este grupo a todos los ministros de una fe religiosa) tienen amplio campo en la cárcel y fuera de la cárcel, en la doctrina y en la acción, para colaborar al mejor logro de los fines que aquí comentamos del Derecho penal y penitenciario.

En las instituciones penitenciarias (cerradas y abiertas) el capellán debe dar a Dios lo que es de Dios y al César y lo que es del César; pero consciente de que él representa a Dios, no al César. Mejor cumplirá esta representación si desempeña exclusivamente un oficio o servicio eclesiástico, no un cargo de funcionario del Estado. También aquí conviene reconocer y practicar la independencia de lo religioso. El capellán de Instituciones Penitenciarias debe evitar, en lo posible, los cargos —en el Cuerpo Penitenciario— del Estado, algo así como el capellán castrense debe evitar las graduaciones militares.

El I Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delincuente y tratamiento del delincuente (Ginebra, 1955) reconoce, en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Regla 66), que para lograr el fin del tratamiento “se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa...”.

La historia brinda abundantes ejemplos de capellanes de prisiones que han cumplido carismáticamente su misión, que han suplido en caso de necesidad las vacantes

<sup>22</sup> Por desgracia, estas faltas abundan. Según la Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, durante el año 1970, en las Instituciones Penitenciarias de España, se impusieron 2157 faltas graves y 1320 faltas muy graves (de éstas, 49 por proferir blasfemias).

de los puestos de *servicio*, sobre todo de maestros, enfermeros, etc.<sup>23</sup>, que han ayudado y alentado a los presos con el espíritu del Ungido de Dios-Padre que no apaga la vela humeante, que libera los cautivos, que consuela a los atribulados.

Hoy, en algunas naciones (por ejemplo, en Bélgica), los capellanes piden y reciben la colaboración de los seglares (hombres y mujeres) para instruir a los detenidos en los problemas teológicos, culturales, morales y éticos. La puesta al día de la formación religiosa encuentra más acogida cuando proviene de un seglar que cuando proviene de un sacerdote. El "cura" —dicen— tiene que hablar así; en cambio, el seglar y la seglar podrían hablar de otra manera. Por eso convence más la opinión de éstos. Y también porque conocen mejor las dificultades y los problemas que rodean al laico. Piénsese, por ejemplo, en los problemas tan importantes actualmente de la educación y comprensión de los hijos. Privar a los presos de la orientación de los seglares en éstos, y en otros puntos similares, resultaría antipedagógico y antipastoral.

El consejo y la acción del sacerdote debe llegar también a los familiares de los detenidos, durante su prisión y después de ella. Mientras el delincuente permanece entre las rejas, el sacerdote debe atender a los familiares que —con frecuencia— luchan agónicamente en situaciones de extrema necesidad económica y moral.

El día de la liberación llega el ex preso a casa, y con él nuevas dificultades no menores que las anteriores. Prescindamos de los obstáculos de acomodación mutua

<sup>23</sup> Hoy la evolución y la especialización exigen, afortunadamente, que el sacerdote se limite a su misión religiosa. Esta misión religiosa incluye, como ha reconocido la Comisión encargada de preparar el proyecto de Ley penitenciaria federal alemana, en su última reunión de estudio, la ayuda caritativa al preso y a sus familiares, aunque sin estorbar la función de los y las asistentes sociales.

dentro del hogar, sobre todo en casos de ausencia prolongada (diez años, por ejemplo). Fijémonos únicamente en las dificultades que brotan del "rechazo" que el liberado y sus familiares encuentran en la comunidad al buscar trabajo, al procurar restablecer sus relaciones de convivencia, al iniciar sus nuevas amistades, al intentar divertirse, etc.

También contribuirá a disminuir estas dificultades el ministerio de la palabra, la predicación, que ilumine las mentes de todos respecto a la misión y el contenido de la justicia humana. Desgraciadamente, entre muchos teólogos cristianos —católicos y protestantes (especialmente luteranos)— perdura la teoría de quienes consideran la justicia humana, y su sanción, como reflejo y delegación de la justicia divina, en un sentido unilateral y peyorativo, olvidando su dimensión principal: la bondad paternal<sup>24</sup>. Se apoyan principalmente en una frase de San Pablo cuando afirma que el magistrado no en vano lleva la espada, pues es un servidor de Dios, para hacer justicia y castigar al que obre el mal; por tanto, es preciso someterse, no sólo por temor al castigo, sino también en conciencia<sup>25</sup>. Una partidista (y poco científica) exégesis de este versículo ha perturbado la unidad del mensaje bíblico (neotestamentario especialmente) que, al predicar con insistencia la necesidad de obedecer a Dios más que a los hombres —Hechos de los Apóstoles, cap. 5

<sup>24</sup> La bondad paternal de la justicia y de la pena divina aparecen claramente descritas en las cartas de San Pablo, especialmente en: Epístola a los Hebreos, XII, vers. 5-13, 1ª; Corintios, V, vers. 5, XI, versículo 32, 1ª; Tesalonicenses, III, vers. 15. También en el Antiguo Testamento, libro segundo de Samuel, cap. XIV, vers. 4 y sigs.

<sup>25</sup> Carta de San Pablo a los romanos, cap. XIII, vers. 4 y sigs. Quien reconoce la autonomía de la justicia humana difícilmente encuentra sentido al Crucifijo presidiendo las Salas de los tribunales. Como afirma el Romano Pontífice Pablo VI, con motivo del X Congreso Internacional de Derecho Penal (cfr. "Rev. Gen. Leg. y Jur.", 1971, página 275), el juez actúa "en nombre de la comunidad". No en nombre de Dios.

vers. 29— muestra evidentemente la relatividad y la autonomía de la justicia humana.

Si los jueces humanos reflejasen siempre el criterio y la voluntad de Dios resultaría incomprensible la prisión y la muerte de Jesús, las condenas como delincuentes de tantos Apóstoles, de Juan Bautista, de Pedro, de Pablo, de Juan de la Cruz, de Ignacio de Loyola, de Dietrich Bonhöffer, etc.

La teología política y la teología a la revolución pacífica (no tan modernas como algunos quieren), conscientes del núcleo evangélico predicador de constante conversión (metanoia) y *aggiornamento*, logran descifrar la paradoja histórica de tantos hombres eminentes de las Iglesias estigmatizados por los Tribunales. El poder constituido choca fácilmente contra el estilo de vida del cristiano, contra sus deseos y sus compromisos para transformar y mejorar la sociedad terrena, cooperando con la acción creadora y libertadora de Dios. Teilhard de Chardin, Bonhöffer, Metz, A. Kox, Helder Cámara y otros muchos interpretan en este sentido el fermento evangélico, deslindando profundamente la justicia de los hombres y la justicia de Dios.

### 8. Los periodistas.

Desde hace algunos años, varios penalistas y otras personalidades de Alemania y fuera de Alemania, vienen recordando una verdad frecuentemente conocida y olvidada: la necesidad de que el pueblo y los especialistas tomen conciencia del lamentable estado de algunas instituciones penitenciarias. Su voz va encontrando eco fecundo.

La inteligente divulgación de los grandes escándalos en algunas cárceles de Alemania ha servido para una

positiva realización en el campo de la práctica y de la legislación. La actual reforma del Código penal y del sistema penitenciario tiene mucho que agradecer a los periodistas.

En España, algún sector de la prensa cumple su misión de informar, con sentido humano y social, acerca de los delitos, de los delincuentes, de la acción policial, de los procesos, del régimen carcelario, de la modificación de las Leyes penales y penitenciarias. Concretamente, por ejemplo, en el otoño de 1966, varios periodistas acogieron con entusiasmo la campaña iniciada por un grupo de jóvenes universitarios para celebrar todos los años un domingo "el día del preso". Por razones externas quedó entonces infecunda esta noble semilla. Quizá reflorezca algún día, al menos en celebraciones eclesiales, como lo han propuesto atinadamente las dos principales agrupaciones (protestante y católica) alemanas de titulados universitarios, y como ya se practica en algunas naciones.

Otro sector de la prensa, como hace tiempo observó Concepción Arenal, deja mucho que desear en este terreno. Quizá encuentre dificultades que nosotros ignoramos. Pero no creemos pueda disculparse por falta de espacio: un tizeretazo a la sección de deportes dejaría sitio de sobra... y evitaría muchos cerebros vacíos de los lectores. Pan y circo fue el alimento del pueblo romano camino de la descomposición.

Los medios de comunicación deben informar con amplitud y detalle, pero respetando —conviene recordarlo— el derecho del preso a la intimidad.

El IV Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Japón, agosto 1970), recuerda que al tratar de informar al público los medios seleccionados deben adaptarse al grado

de cultura y a las realidades de la vida de la masa de la población y que debería procurarse interesar a redactores de editoriales en los periódicos y a comentaristas de televisión y radio en los problemas de la defensa social, no sólo en tiempos de crisis y dificultades, sino en oportunidades en que puedan prepararse breves seminarios y visitas y foros organizados para ofrecerles ese amplio acervo de información en que se espera se basarán sus futuros comentarios <sup>26</sup>.

Los periodistas pueden y deben encontrar materiales y modelos de divulgación en los especialistas, concretamente en algunos criminólogos y penitenciaristas.

#### 9. Criminólogos y penitenciaristas.

Eberhard Schmidt lamenta que los juristas alemanes conocen poco el modo concreto como las sanciones penales se ejecutan en su nación. Si lo conociesen mejor, criticarían su escaso humanismo en varios puntos importantes <sup>27</sup>. Reconvenções parecidas expresan G. Blau y R. Lange. Este último desea que se anteponga, por su urgencia y por su importancia, la reforma y modernización penitenciaria a la reforma del Código penal. Veihweg y Claus Roxin formulan una censura más universal y más amarga cuando exponen y critican el descuido de muchos penalistas modernos hacia las ciencias crimino-

<sup>26</sup> Naciones Unidas: Documento KY-70-116, núm. 44. Cfr. "Revista E. P." (julio-septiembre 1970), pág. 869.

<sup>27</sup> En algunas prisiones europeas existen todavía celdas para tres o cuatro reclusos, en condiciones indignas para personas, por varias razones, entre otras, por la escasez de espacio o por obligar a los internos a satisfacer sus necesidades naturales en presencia de los demás reclusos en la celda. Las penas privativas de libertad no deben llevar consigo tales vejámenes proscritos, con razón, en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas en el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del crimen y tratamiento del delincuente (Regla doce).

lógicas manteniendo el Derecho penal y el penitenciario sobre presupuestos teóricos aceptados o conservados apriorísticamente, sin suficiente empalme vivo con la realidad cotidiana.

Estas y otras quejas semejantes tienen aplicación también en España. Actualmente, el Derecho penal español estudia muy profundamente los problemas de la teoría del delito y los problemas dogmáticos de cada una de las figuras incriminadas en el libro II del Código penal. Pero (salvo excepciones) no tiene tiempo ni medios suficientes para tratar con la misma altura científica los interrogantes de la pena, de las medidas de tratamiento y seguridad, y del sistema penitenciario. Basta leer los índices de las revistas especializadas para comprender este desequilibrio y esta limitación. El nuevo plan de estudios proyectado en algunas Facultades de Derecho subsana en parte este defecto, pero sólo en parte.

La doctrina de las medidas de tratamiento y seguridad y de las penas necesita actualmente una reestructuración radical teniendo en cuenta la impar historia patria y los modernos progresos alcanzados en la teoría y en la práctica extranjeras. Este replanteamiento doctrinal exige, lógicamente, más medios de investigación y de docencia.

Resulta lamentablemente extraño que nuestra Universidad no haya dotado todavía ni una cátedra de Criminología. Los tres Institutos de Criminología, en Barcelona, Madrid y Valencia —modelos de iniciativa particular— no pueden llenar la laguna académica, con lamentables repercusiones en el campo procesal, teórico-docente y penitenciario. En otras naciones las cátedras de Criminología alcanzan un número similar o casi similar al de cátedras de Derecho penal. Alemania, por ejemplo, cuenta actualmente, con doce Institutos Criminoló-

gicos de Investigación y con diez cátedras de sólo Criminología; además, en las once restantes Facultades de Derecho, uno de los catedráticos de Derecho penal enseña Criminología.

Un suficiente número de centros de investigación y docencia criminológica y penitenciaria debe y puede cumplir urgentes misiones de política criminal. Ante todo la de formar un personal penitenciario convenientemente preparado, con conocimiento y dominio de las modernas teorías y técnicas.

#### 10. Personal penitenciario.

Conviene señalar —como subrayan las Recomendaciones sobre selección y formación del personal penitenciario, aprobadas en el I Congreso de Naciones Unidas (Ginebra, 1955)— la transformación que entraña para el personal penitenciario el nuevo concepto de su misión que les ha convertido de simples guardianes, en miembros de un importante servicio social que exige competencia, una formación apropiada y una armoniosa cooperación entre todos sus miembros.

El personal penitenciario, en general, cumple bien la tarea que le propone el Derecho positivo. Y, a veces, impulsado por el contacto con la necesidad, se adelanta a las normas legales e introduce puntos de vista y prácticas que llegan a costumbre y terminan en Ley. Así, la nueva legislación penal de los jóvenes (o semiadultos) —distinguiéndolos de los menores y de los adultos— nace inspirada parcialmente en los pioneros penitenciarios.

La opinión pública española —como la de otras naciones— debe apreciar más la generosa e inteligente vocación y dedicación de la mayoría de su personal penitenciario. Gracias en gran parte a ellos, la ejecución de

las penas y de las medidas de tratamiento y seguridad progresan continuamente. Sin embargo, en España y fuera de España, algunos sectores del mundo penitenciario conservan todavía vestigios de una mentalidad tradicional que ya resulta anacrónica. Por ejemplo, las instituciones penitenciarias francesas conservan todavía algunas prácticas y orientaciones creadas por Napoleón al confiar su dirección y control al personal militar. Aunque grandes figuras del ejército, como el coronel Montesinos, el capitán de la Marina inglesa Maconochie (1787-1860), Georg M. von Obermayer (1789-1885), etc., han llevado a cabo en este campo actividades dignas de elogio, sin embargo, el personal penitenciario en todos los estratos debe cuidar, cada día más, su profesionalismo y su autonomía para poder cumplir las obligaciones tan peculiares que le incumben. Su especialización resulta hoy indispensable.

En tiempos pretéritos, las cárceles pretendían, ante todo, la paz y la seguridad. Por eso, los militares podían dirigir las y atenderlas. Actualmente, al cambiar radicalmente la naturaleza, el contenido y la finalidad de la ejecución de la pena y de la medida<sup>28</sup>, su personal debe nutrirse de otras canteras (pedagogos, asistentes sociales, criminólogos, sociólogos, psiquiatras, etc.). Las antes citadas Recomendaciones sobre selección y formación del personal penitenciario, insisten en este sentido al rogar que "se deberá seleccionar especialmente al personal, el cual no se deberá formar con miembros procedentes de

<sup>28</sup> Las medidas de comienzos de siglo difieren esencialmente de las medidas actuales. También difiere su denominación en los modernos textos legales y en los modernos tratados teóricos. Aquéllas eran medidas de seguridad; éstas son medidas principalmente de tratamiento o de corrección, o de defensa social, y sólo secundariamente de seguridad. Cfr., también, Rodríguez Devesa: *Derecho penal español*. Parte general, 2ª ed. (Madrid, 1971), págs. 10 y 776.

las fuerzas armadas, de la policía o de otros servicios públicos”<sup>29</sup>.

El personal penitenciario, para alcanzar sus metas de readaptación social, debe lograr, ante todo, la confianza de los internados, aunque sufra cierto menoscabo la seguridad y la disciplina. Entre algunos funcionarios de prisiones y los internos media, a veces, una barrera psicológica de separación y de desconfianza que seca de raíz los frutos deseados. Para iniciar y culminar el proceso de reintegración social resulta indispensable la categoría antropológica de la confianza. Ella debe alcanzar tal amplitud que incluso pueda dar pie a abusos y fugas, que representan un mal menor, a veces inevitable. Algunas prisiones suecas han comprobado que el autogobierno de los internados conseguía a la larga mejores resultados que la antigua vigilancia severa de los guardianes (y además disminuía notablemente los presupuestos económicos).

El IV Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente ha afirmado (Documento KY-70-116, núm. 73) con razón, que: “Otro grupo de la comunidad que habría que hacer participar en la planificación de los programas de defensa social y colaborar en su aplicación era el grupo de los ex delincuentes, y se observó que si la selección de los candidatos se hacía con cuidado, habría mucho entusiasmo en recurrir más a los servicios de ex delincuentes para trabajos de prevención del delito y tratamiento del delincuente”.

En la proyectada nueva legislación penitenciaria alemana desaparecen, según afirma Sieverts, los guardianes, los *Aufsichtsdienste*, sustituidos por lo que lla-

<sup>29</sup> Capítulo VII, número 3, de las Recomendaciones sobre selección y formación del personal penitenciario, aprobadas en el primer Congreso de las Naciones Unidas (Ginebra, 1955).

maríamos algo así como formadores, educadores, asistentes sociales, etc.

### 11. La mujer como asistente social.

La rúbrica de asistentes sociales incluye, en nuestra opinión, tanto a los hombres como a las mujeres que desempeñan este cargo con los presos y con sus familiares, dentro y fuera de la cárcel<sup>30</sup>. Pero, ahora tratamos especialmente de las asistentes sociales, pues éstas, convenientemente formadas e informadas, pueden representar un importante e insustituible papel —maternal y femenino— para la resocialización de los delincuentes de ambos sexos.

Conviene considerar las razones y las experiencias que avalan el trabajo de la mujer en pro de la resocialización de los delincuentes varones, pues cuando se habla en este sentido surge con frecuencia una reacción de extrañeza, como si el consejo lindase en lo irrealizable.

Elocuentes hechos prueban el realismo y la conveniencia de la propuesta. Ya desde antiguo han convivido mujeres —religiosas— en nuestras cárceles de hombres, especialmente en la cocina y en la enfermería (sobre todo, en las enfermerías grandes). En los últimos años van desapareciendo estas religiosas, pero no por su calidad de mujeres, sino, a pesar de ello, por otras razones.

En España, desde el 1 de enero de 1971, fecha de entrada en vigor de la ley 39/1970, del 22 de diciembre, sobre reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios, las asistentes sociales pueden ingresar mediante oposición en el Cuerpo Especial Femenino de Instituciones Peni-

<sup>30</sup> Beristain: *Prevenzione e trattamento del delinquente*, en *La Scuola Positiva* (1966), págs. 206 y sigs., especialmente págs. 217 y sigs.; J. Dupreel: *L'avenir de la pénologie*, en "Rev. Sc. Crim. D. P. Comp." (1971), págs. 321 y sigs.

tenciarias, para —después del correspondiente curso de capacitación y formación en la Escuela de Estudios Penitenciarios<sup>31</sup>— atender a los problemas de asistencia social en la reeducación y readaptación social de los delincuentes, según indica el proemio y el artículo 3 de la citada ley<sup>32</sup>.

La mujer tiene también un puesto importante en la lucha contra las toxicomanías. La ley 17/1967, de 8 de abril, sobre estupefacientes, entre los medios de combatir el abuso de las drogas proponía (en su apartado 10) “el lograr un mayor contacto con los toxicómanos y sus familiares al objeto de orientarlos a efectos de su desintoxicación, rehabilitación y reinserción social mediante el trabajo del Grupo Femenino con que cuenta la Brigada”.

En diversos países, como en Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia, etc., numerosas asistentes sociales trabajan con resultados aleccionadores, tanto en las prisiones de varones como en las de mujeres. En Alemania,

<sup>31</sup> Las Órdenes de 8 y 10 de mayo de 1971, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, convocaban oposiciones para cubrir, entre otras, seis plazas de Asistentes sociales para el Cuerpo Especial Femenino de Instituciones Penitenciarias. En las bases de la convocatoria se detallan las disciplinas que se estudiarán en el curso de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Cfr. Ministerio de Justicia, “Boletín de Información”, núm. 880 (5 junio 1970), págs. 16 y 20.

<sup>32</sup> El artículo 3 de la ley de 22 de diciembre de 1970, sobre reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios al establecer las actividades propias del Cuerpo Especial Masculino de Instituciones Penitenciarias y del Cuerpo Especial Femenino de Instituciones Penitenciarias, dice: “Corresponde a los funcionarios de los mismos realizar los cometidos de colaboración no asignados al Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias, aplicando las normas que para observación, clasificación, tratamiento y régimen se fijan en cada caso; velarán por el régimen, disciplina y buen funcionamiento general del establecimiento, ateniéndose a las órdenes que reciban de sus inmediatos superiores y estarán encargados de la administración del establecimiento, realizando las funciones administrativas generales del mismo; también podrán realizar funciones de dirección e inspección en la forma que reglamentariamente se determine”.

desde hace varios años, una pastora protestante atiende religiosamente a los presos de la cárcel de Hannover.

## 12. El delincuente en la ley penitenciaria federal alemana.

En octubre de 1967, el ministro federal de Justicia constituyó una Comisión, integrada por dieciocho miembros y treinta y un expertos (de diversas profesiones, tendencias políticas y capas sociales), para preparar la reforma del sistema penitenciario alemán<sup>33</sup>. El 3 de febrero de 1971, después de trece reuniones (de una semana de duración cada una), cuyas comunicaciones y conclusiones han sido publicadas, el presidente de la Comisión, profesor Sieverts, entregó al ministro federal de Justicia el "Proyecto de la Ley sobre la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de corrección (mejora) y seguridad privativas de libertad", en consonancia con el nuevo Código penal —segunda Ley de Reforma del Derecho penal—, que entrará en vigor el 1 de octubre de 1973.

Los criterios fundamentales del Proyecto pueden resumirse en cuatro puntos que, como los cuatro principios básicos de las Leyes suecas de 1945 y 1964, reguladoras de las instituciones penales (1º, número pequeño

<sup>33</sup> Han aparecido ya trece tomos, y está en preparación el décimo cuarto, conteniendo multicopiadas las ponencias y las discusiones de los miembros de la Comisión.

La visión panorámica de la abundante bibliografía alemana en el último decenio acerca del Derecho penitenciario muestra la gran preocupación y la radical transformación lograda en este campo. Cfr. H. Müller-Dietz: *Literaturbericht. Strafvollzug*, en "ZgStW" (1970), páginas 693-739 y 997-1046. Cfr., también, H. Müller-Dietz: *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform* (Köln, Berlín, 1970, Heymanns), págs. 40 y sigs.

Las recientes modificaciones introducidas en la legislación penitenciaria de España merece sinceros elogios. Cfr. Antón Oneca: *El Derecho penal de la posguerra*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal* (Salamanca, 1971, Universidad), pág. 172; Bueno Arús: *El sistema penitenciario español* (Madrid, 1971), con selecta bibliografía al final, pág. 39.

de reclusos en cada institución; 2º, amplitud espacial para trabajo, recreo, deporte, etc.; 3º, conocimiento y utilización de los progresos técnicos 4º, el trabajo como principal medio resocializador) <sup>34</sup>, corroboran con su autoridad las orientaciones que exponemos en estas páginas. Las coordenadas del Proyecto alemán son las siguientes:

a) *La ejecución de las penas privativas de libertad pretende un fin único —la reintegración del delincuente en la sociedad—, no varios fines: retribución, prevención general y prevención especial.*

El parágrafo 3 del Proyecto lo formula con claridad: "Fin del tratamiento.

"En la ejecución de la pena privativa de libertad el preso debe llegar a ser capaz de llevar en adelante, con conciencia social, una vida sin delitos".

Para lograr este fin, el parágrafo siguiente, 3 a, exige que "la ejecución ha de configurarse de tal manera que ayude al preso a reinsertarse de nuevo en la vida en libertad".

El presidente de la Comisión elaboradora del Proyecto de la Ley Penitenciaria federal declaró solemne y públicamente, el 3 de febrero de 1971, que la retribución y la prevención general no deben tenerse en cuenta para el régimen de la ejecución de las penas. Estos fines se logran —dijo— no mediante la ejecución, sino mediante la sentencia condenatoria y mediante la privación de libertad. En el mismo sentido se manifiestan muchos especialistas alemanes.

b) *La seguridad y el orden figuran en el Proyecto como medios para conseguir la resocialización, no como fines en sí.*

<sup>34</sup> Beristain: *Las Naciones Unidas y la delincuencia*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (noviembre 1965), págs. 465 y sigs.

El personal penitenciario debe desempeñar una misión reeducadora, no de mera vigilancia.

La coacción ha de reducirse hasta el límite mínimo, absolutamente imprescindible para la convivencia.

c) *El preso es sujeto de derechos y obligaciones*; no mero objeto, como en tantas legislaciones pasadas y en algunas contemporáneas.

El preso tomará parte en la planificación de su tratamiento, y tiene obligación de colaborar para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 4, párrafo primero).

El Proyecto le reconoce todos los derechos elementales de la persona, mientras no lo impida el fin pretendido con la ejecución de la pena (parágrafo 4).

Especialmente le reconoce el derecho al trabajo y al salario justo (como precio, *Arbeitsentgelt*; no como mero premio, *Arbeitsbelohnung*) y el derecho a la instrucción. Si el preso no ha concluido la enseñanza elemental, la debe recibir en la cárcel durante las horas de trabajo, abonándosele por la tarea escolar el jornal normal del trabajador (parágrafo 61). El derecho del condenado a completar su formación intelectual le permite matricularse en cursos normales de fuera de la cárcel. En cada establecimiento habrá un servicio de formación de adultos que facilitará los estudios, atenderá la biblioteca y cuidará las relaciones con los centros docentes de fuera del establecimiento (parágrafo 151).

Estas normas adquieren luz especial comparadas con ciertas disposiciones legales vigentes aun en Estados que se presentan como sociales de Derecho, y muestran la necesidad de defender con más atención los derechos elementales reconocidos en las leyes fundamentales.

La dignidad personal del preso exige, como reconocen varios especialistas, e implícitamente este Proyecto, que su *status* quede definido solemnemente en una ley,

sin que sea suficiente ni digno otro documento legal de rango menor, decreto, orden, reglamento, etc. Semejante opinión ha logrado recientemente, en Austria, la elaboración y aprobación —el 26 de marzo de 1970— de la *Strafvollzugsgesetz*, que entró en vigor el 1 de enero de 1971 (aunque algunos preceptos aislados entrarán en vigor posteriormente). Ya existen, con anterioridad, leyes semejantes en otras naciones, por ejemplo, en Brasil (ley número 3274 de Normas generales de Régimen Penitenciario, de 1957), en Venezuela (Ley de régimen penitenciario, de 1961), en Méjico (Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad, de 1966), etc.

d) *Las instituciones en régimen abierto deben servir de paradigma para todo el sistema penitenciario.* Por eso el Proyecto, en las cláusulas fundamentales, afirma que el plan de vida de las instituciones penitenciarias “ha de asemejarse lo más posible a las condiciones normales de la vida” en el exterior. Las instituciones cerradas sólo se admiten para casos excepcionales de necesidad.

El Proyecto reconoce los peligros de la privación de libertad, y proclama la necesidad de luchar para superarlos (parágrafo 3, párrafo tercero), así como la conveniencia de fomentar e intensificar la relación del preso con el mundo exterior: visitas de los familiares y amigos al preso, visitas del preso a los familiares y amigos, etcétera <sup>35</sup>.

Por debajo del articulado de esta ley alemana cruza una subcorriente que estima la prevención más que la represión.

<sup>35</sup> La nueva Ley penitenciaria austríaca de 1970 (párrafos 86 y sigs., párrafo 99) autoriza al preso para mantener y cultivar amplias relaciones con familiares y amigos: visitas con ocasión de enfermedad o muerte, etc.

### 13. La prevención del delito.

El Estado social de Derecho para cumplir sus obligaciones con los ciudadanos delincuentes debe ocuparse de ellos no sólo después de cometido el delito, sino también (y más aún) antes. La experiencia muestra que la intervención de la autoridad después de consumado el crimen resulta con frecuencia ineficaz y, muchas veces, pernicioso. Basta observar las estadísticas de la reincidencia.

La protesta universal contra las penas privativas de libertad ve con razón en ellas un foco de corrupción, sobre todo, para los jóvenes. La cárcel, con frecuencia, desocializa, vacía la mente del internado, enerva su voluntad, amputa sus vinculaciones familiares y comunitarias<sup>36</sup>, merma sus facultades espirituales, fomenta las anormalidades sexuales, etc. Estas constataciones reclaman reducir todo lo posible el número de condenados a penas privativas de libertad (sobre todo a título de prisión preventiva, tan frecuente en algunos países latinos de Europa y de América)<sup>37</sup>, y ampliar más y más la prevención indirecta y directa.

<sup>36</sup> "Un hombre que ha constituido grupos, por los cuales se ha desenvuelto como hombre, totalmente alejado de los mismos ya no encuentra fuerzas para poder vivir humanamente; pues, ¿quién de nosotros viviría si no tuviese al lado personas que con amor le ayudan a tener la fuerza de obrar?", R. dell'Andro: *Aspectos jurídicos de la pena de prisión*, en "R. E. P." (1969), pág. 564.

<sup>37</sup> Los teóricos y los técnicos del Derecho penal y penitenciario formulan enérgicas protestas contra el uso abusivo de la prisión preventiva. Basta la cita del Tercer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del crimen y tratamiento del delincuente, celebrado en agosto de 1965, en Estocolmo (tema cuarto del programa).

Pero en la práctica, en varios países latinos, sigue aumentando el número de las personas sometidas a prisión preventiva. Cfr. García Basalo: *La aplicación de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en América latina* (Buenos Aires, 1971, separata de la "Revista Penal y Penitenciaria"), págs. 18 y sigs. Respecto de España, las estadísticas oficiales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y de la Presidencia del Gobierno,

La prevención *indirecta* cubre toda la vida pública y privada. Cualquier ciudadano al cumplir bien sus tareas comunitarias, familiares y amicales, coopera indirecta pero activamente a prevenir la delincuencia, sobre todo si actúa en algunos terrenos más relacionados con el crimen: medios de comunicación, centros de diversión, escuelas, etc.<sup>38</sup>

Si, como indicábamos antes, la comunidad (con sus diferencias sociales, sus diferenciaciones étnicas, sus injusticias legales, su escasez y discriminación de centros docentes, etcétera) contribuye en gran porcentaje a tal desocialización de muchos ciudadanos que los coloca en la vertiente del crimen, parece lógico que la prevención indirecta (en tanto en cuanto destruye los gérmenes de esa peligrosidad criminal) resulte sumamente eficaz. Ya hace años Von Liszt formuló atinadamente que una buena política social es la mejor política criminal. Actualmente eminentes especialistas insisten repetidamente en el mismo sentido.

La prevención *directa* consiste principalmente en aplicar a los probables autores de futuros delitos medidas de tratamiento y de seguridad, por ejemplo: privación de permiso de conducir, internamiento en una clínica de deshabitación alcohólica, sumisión a la vigilancia de un especialista o delegado de la autoridad, caución presentada por una persona de conocida buena conducta que sale fiadora en pro del probable futuro delincuente, etc.

Estas medidas, como ya indicó Ferri<sup>39</sup>, se clasifican

---

muestran que más de una tercera parte de los privados de libertad están en prisión preventiva.

<sup>38</sup> Con razón se ha dicho que quien abre una escuela cierra una prisión.

<sup>39</sup> Ferri: *Principi di Diritto criminale* (Torino, 1928, Utet), págs. 289 y sigs. La moderna literatura sigue tratando el problema: cfr. A. A. Calvi: *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore* (Padova, 1967, Cedam), págs. 354 y sigs.

en policiales o penales, según que pertenezcan al Derecho administrativo y a la autoridad gubernativa, o al Derecho penal (mejor dicho, Derecho criminal, pues trata de los crímenes, pero no trata de sólo las penas) y a la jurisdicción judicial. Aquí prescindimos de las medidas policiales.

Las medidas penales pueden fundamentarse en un delito anterior, en una peligrosidad criminal predelictual, o en la mera peligrosidad social<sup>40</sup>.

En el primer caso, un delito cometido revela en el autor la tendencia a (la probabilidad de) cometer otros delitos. La mayoría de los sistemas penales admiten—directa o indirectamente— esta llamada peligrosidad criminal postdelictual como fundamento de las medidas penales postdelictuales de tratamiento y seguridad.

En cambio, cuando las medidas se fundan en la mera peligrosidad criminal predelictual, o sea, en la probabilidad de que el sujeto cometa un delito futuro (probabilidad deducida de índices biopsicológicos, sociales y legales, y de hechos molestos para la comunidad, pero no incriminados en el Código penal) las medidas se denominan predelictuales.

La prognosis criminal brinda datos cada día más seguros, pero todavía no alcanza—según la mayoría de los especialistas— la certeza indispensable para justificar las medidas penales predelictuales de tratamiento y

<sup>40</sup> Cfr. A. Beristain: *Medidas penales en Derecho contemporáneo* (Madrid, 1974), Reus, págs. 15 y sigs. Por peligrosidad criminal se entiende la probabilidad de cometer un futuro delito. El índice de esta peligrosidad puede ser un delito ya cometido (peligrosidad criminal postdelictual) u otros datos o hechos no incriminados en la Ley penal, que revelen esa tendencia a delinquir (peligrosidad criminal predelictual). Por peligrosidad social se entiende la conducta o el estado de las personas asociales (no antisociales) que molestan a la comunidad, pero no infringen, ni probablemente infringirán, el Código penal: por ejemplo, ciertas personas vagas, vagabundas, prostitutas, etc.

seguridad<sup>41</sup>. Este punto ofrece problemas que superan el marco de nuestro tema.

Aquí prescindimos de si la peligrosidad criminal predelictual justifica la aplicación de medidas penales predelictuales. Sólo afirmamos que la peligrosidad criminal postdelictual sí la justifica.

También afirmamos, contra la opinión de autorizados especialistas, que la mera peligrosidad social, o sea, el estado de asocial (por ejemplo, los vagos, las prostitutas, los vagabundos, etc.) sin indicios de probable futura infracción de la Ley penal, no basta —*de lege ferenda*— para la aplicación de medidas penales predelictuales.

Naturalmente, las medidas predelictuales resultan más eficientes que las postdelictuales (algunas de ellas evitan la estigmatización penal), pero tropiezan con el peligro de violar los derechos elementales de la persona y de prescindir de las normales garantías procesales.

Las teorías de la peligrosidad y de sus medidas de tratamiento y seguridad proyectan planes importantes y tentadores de prevención, pero encuentran graves problemas al plasmar en leyes concretas, como lo muestra lo ocurrido en España, especialmente en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social.

#### 14. La ley sobre peligrosidad y rehabilitación social.

Desde hace muchos años, especialistas españoles han propugnado la transformación (para un futuro más o menos remoto) del Derecho criminal en un Derecho pro-

<sup>41</sup> Middendorff: *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, traducción de Rodríguez Devesa (Madrid, 1970, Espasa-Calpe). Más peligroso e injustificado resulta aplicar sanciones penales bajo capa de sanciones administrativas o gubernativas, como en algunos casos.

tector y preventivo. Esta teoría, de tradicional y laudable raigambre hispana, ha plasmado en dos Leyes poco afortunadas: la Ley de Vagos y Maleantes, de 1933, y la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 1970.

La Ley de 1933 intentó, por primera vez en la historia, estructurar sistemáticamente una legislación penal preventiva. Obtuvo resultados teóricos y prácticos más negativos que positivos. Sin embargo, logró alguna acogida en Congresos internacionales, en especialistas teóricos y en legislaciones hispanoamericanas<sup>42</sup>.

La Ley de 1970, desoyendo las críticas que contra la Ley de Vagos y Maleantes dirigieron (desde el primer momento) eminentes penalistas, y (pasados los años) aun los mismos elaboradores de la Ley de Vagos y Maleantes<sup>43</sup>, sigue líneas parecidas. Mantiene entremezclados, según indica Rodríguez Devesa<sup>44</sup>, "los conceptos

<sup>42</sup> J. del Rosal: *Introduction sociologique au problème de l'état dangereux*, en Deuxième Congrès Intern. Crimin. (del año 1952) (Melun, 1954), págs. 243-254; ídem: *L'état dangereux en Droit pénal espagnol et allemand*, ibídem, págs. 496-513; ídem: *Das spanische Gesetz, Sichernde Massnahmen gegen Landstreicher und verdächtige Personen von 4 August 1933* (Stuttgart, 1935, F. Enke); L. Jiménez de Asúa: *La sentencia indeterminada*, 2ª ed. (Buenos Aires, 1948), págs. 372 y sigs.; ídem: *El Código penal argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho penal*, 2ª ed. (Buenos Aires, 1943), pág. 377; ídem: *El estado peligroso en las legislaciones iberoamericanas*, en "El Criminalista", 2ª serie, tomo 1º (Buenos Aires, 1955), págs. 283-304.

<sup>43</sup> M. Barbero: *Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad con especial referencia al Derecho italiano y alemán*, en "Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca" (1959), págs. 200 y sigs. El 21 de noviembre de 1953 Jiménez de Asúa en la conferencia que pronunciara en Ginebra acerca de *El estado peligroso y el Derecho penal* [cfr. "Rev. de Criminologie et de Police Technique" (1954), págs. 167-171; "El Criminalista", 2ª serie, tomo 2º (Buenos Aires, 1958), págs. 101-117], declara que ahora no está dispuesto a mantener la afirmación que había formulado en sus años juveniles cuando según él, ensayó concebir la peligrosidad como fórmula general y utilizarla como fundamento decisivo de la responsabilidad y de la intervención pública en el tratamiento del crimen y de los hechos antisociales.

<sup>44</sup> Rodríguez Devesa: *Derecho penal español*. Parte general, 2ª edición (Madrid, 1971), pág. 781.

de peligrosidad criminal y casos de antisocialidad no abocados a un futuro criminal", y empeora el criterio "al combinar los estados de peligrosidad predelictual y postdelictuales".

Prescindiendo de su confusionismo, uno de los defectos principales de la Ley sobre Peligrosidad y rehabilitación social (como de la Ley de Vagos y Maleantes) radica en aplicar medidas de seguridad (sanciones penales) contra la mera peligrosidad social sin delito. Es decir, contra las personas asociales, o sea "los desdichados más que delincuentes", marginados, *outsider*, etc., por el mero hecho de ser tales, sin que medie probabilidad de que cometerán algún delito en lo futuro.

Las dos Leyes españolas olvidan que el tratamiento de los peligrosos sociales, sin delito presente ni futuro, incumbe a las instituciones de asistencia social, de beneficencia, etc., pero no a las penales y penitenciarias, como reconocen la inmensa mayoría de los penalistas, y aun (desde hace muchos años) la escuela positiva italiana, sobre todo Ferri, Florian y Grispigni, y (posteriormente) el mismo Jiménez de Asúa.<sup>45</sup>

Las autoridades gubernativas y los ciudadanos, solos o agrupados, deben atender y reeducar (o al menos soportar) a los asociales que molestan, pero no infringen (ni probablemente infringirán) la Ley penal. Quien aplica las sanciones penales (penas o medidas) contra estos asociales (ni delincuentes, ni antisociales) sacrifica

<sup>45</sup> Ferri: *Sociología criminal*, 5ª ed., vol. I (Torino, 1929, Utet), págs. 503 y sigs.; Grispigni: *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, en "Sc. Pos." (1920), págs. 97-141, especialmente páginas 99 y sigs.; Jiménez de Asúa: *La sistematización jurídica del estado peligroso*, en "El Criminalista", 2ª serie, tomo II (Buenos Aires, 1958), pág. 142: "Personas que en modo alguno son delincuentes: mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.". "Todas esas personas deben interesar al Estado, más que como futuros criminales, como seres desdichados que hay que reeducar socialmente". Cfr. *Deuxième Cours Intern. Criminologie* (Melun, 1954), pág. 359.

las garantías y las libertades personales en favor de la prepotencia estatal.

Algunos especialistas opinan que en el futuro la autoridad respetará más al individuo, y por eso podrá promulgar y aplicar leyes semejantes a la Ley de Vagos y Maleantes y a la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. Esta conclusión —manteniendo los conceptos tradicionales— carece de lógica pues ambas Leyes españolas contienen sanciones penales, o dicho en otras palabras, solucionan perturbaciones de mera asocialidad echando mano de la última *ratio*, de las armas más fuertes que contiene la aljaba de la autoridad.

A pesar de sus defectos, la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social merece algún encomio, entre otras razones, por abrir la puerta a los ciudadanos para cooperar, más o menos directamente (arts. 6, 9, 49, 54 y 99 del Reglamento), en la lucha contra el crimen. Conviene destacar la posibilidad que brinda a todos para tomar parte en dos importantes instituciones que no encuentran suficiente comentario científico entre los especialistas, ni suficiente acogida en las páginas de Política criminal: la sumisión a vigilancia de los delegados y la caución.

La sumisión a vigilancia, tal como aparecía en la Ley de 1970 —manteniendo en varios aspectos la tradición patria (cfr. los arts. 28 y 78 del Código penal de 1822, y los artículos 24, 26, 42 y 409 del Código penal de 1848)— puede ofrecer un apoyo importante para una regulación moderna (y española) de la *Probation* que producirá excelentes resultados<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> El IV Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Japón, agosto 1970) subraya atinadamente la conveniencia de retribuir a los cooperadores voluntarios, y la importancia de que participe la juventud en la labor preventiva del delito y de la rehabilitación del delincuente (Documento KY-70-116, números 35 y 36). Cfr. "R. E. P." (julio-septiembre 1970), pág. 867.

La caución, estructurada atinadamente en la Ley de Vagos y Maleantes y en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social como medida de tratamiento y seguridad (no como pena), recoge y actualiza una antigua tradición española, italiana, inglesa, alemana y suiza, que faculta a cualquier persona (de notoria buena conducta) para salir fiadora y para ser colaboradora de la autoridad en la resocialización del sujeto criminalmente peligroso y en la prevención del probable delito futuro. Las actividades, las obligaciones y las eventuales responsabilidades del fiador deben ser objeto de profundo estudio criminológico y dogmático para reformar oportunamente la legislación, procurando evitar que la medida resulte ineficaz o peligrosa (o que se convierta en simple pena pecuniaria).

Esta medida de tratamiento y seguridad muestra, una vez más, que el Derecho criminal de hoy —y sobre todo el de mañana— incumbe no sólo a la autoridad, sino a todas las personas.

#### 15. El Derecho penal del futuro.

El Derecho penal clásico ha girado en torno al delito. Después, los positivistas han intentado colocar su centro de atención en el delincuente. Sería de desear que en el futuro se apoye conscientemente en el hombre, en el ciudadano, sabiendo que lo común de todos, respecto al crimen y a su reacción, supera en importancia y en volumen a lo específico de sólo el delincuente.

Entre las fuertes razones que fundamentan esta nueva concepción del Derecho penal centrado en la persona (no en el delito, ni en el delincuente) conviene subrayar las tres siguientes:

1°) Porque todos —no sólo el otro— podemos devenir delincuentes.

2°) Porque el delincuente es persona, miembro de la comunidad; y

3°) Porque todos —no sólo la autoridad— podemos y debemos colaborar a la misión resocializadora y preventiva del Derecho criminal.

Como indica Rodríguez Devesa <sup>46</sup>, el Derecho penal del futuro debe procurar una mayor comprensión del delincuente y una frontera más sensata entre los modos de corregir los desajustes sociales y la represión injustificada, sin dejarse arrastrar por el imperio de los sentimientos, porque —prescindiendo de otras razones— todos podemos vernos en el trance de compartir las dificultades que siguen a la comisión de un delito.

El delincuente no es *otro*; es persona. Ante esta realidad tan positiva palidecen todas las notas negativas (aunque sean tan negativas como el delito), y destacan las facetas comunes y comunitarias.

En el Derecho penal liberal, el delincuente (a pesar de la presencia física del Abogado defensor) se encuentra sólo frente al poder estatal. En el Estado social de Derecho, el delincuente conserva siempre (también al ser juzgado y sancionado) su dimensión social, como miembro de la comunidad.

Los problemas que plantean los rebeldes a la Ley penal se solucionarán tanto mejor cuanto mayor sea la cooperación interdisciplinaria entre juristas, economistas, sociólogos, politólogos, filósofos, etc., y cuanto mayor sea la colaboración, en general, de todos los ciudadanos.

<sup>46</sup> Rodríguez Devesa: *Derecho penal español*. Parte general, 2ª ed. (Madrid, 1971), prólogo.

La aportación de los ciudadanos con la autoridad en su lucha contra el crimen y en su terapéutica respecto al delincuente consiste, sobre todo, en colaborar en las actividades preventivas y, subsidiariamente (cuando sea necesario), en las medidas de tratamiento y penas resocializadoras.

El reconocimiento de este carácter predominante resocializador de las sanciones penales obliga a propugnar la desaparición de ciertas instituciones como las amnistías o indultos (a lo más admisibles únicamente en los delitos políticos), que son utilizadas la mayor parte de las veces por motivaciones políticas y sin carácter discriminatorio<sup>47</sup>.

Esta concepción del Derecho penal rechaza lógicamente la pena de muerte, y mantiene en primer plano el principio de legalidad —*nullum crimen, nulla pena sine lege*— aun reconociendo que en algunas circunstancias pugna con el Estado social, y que nunca debe considerarse como valor absoluto. Las Repúblicas de más allá del telón de acero exageran la misión pedagógica del Estado y de la sociedad, con lamentable detrimento de la seguridad personal.

A los penalistas y a los políticos compete procurar el hoy difícil equilibrio entre las dos tendencias: la social y la liberal, la estatal y la persona. Como norma orientadora deben escoger *in dubio pro persona*, recordando que el delincuente es un ciudadano, y que su contorno jurídico-sociológico más se autodefine cuanto más le proteja.

<sup>47</sup> A. Cano Mata: *El juez de ejecución de penas*, en "Revista Est. Pen." (1967), pág. 70.

## 16. Algunas conclusiones.

El conocimiento objetivo del delincuente y de sus derechos en el Estado social de Derecho brota de la reflexión acerca de tres realidades: la esencia personal y comunitaria de todo delincuente, por una parte; por otra, la incitación al crimen (indirecta siempre y, a veces, directa) de tantos instigadores ocultos individuales y estructurales, y por fin, la misión del Estado Social de Derecho con sus cada día mayores obligaciones respecto a los ciudadanos más necesitados (entre los cuales se encuentran los delincuentes, escondidos muchas veces tras una "fachada" aparentemente fuerte y poderosa).

De esta confrontación se concluye que:

1º) La doctrina jurídico-penal-penitenciaria moderna ha cambiado esencialmente en el moderno Estado social de Derecho, y urge que la praxis judicial, penal y penitenciaria refleje esa transformación radical.

2º) La ejecución de las penas privativas de libertad debe pretender como fin único (o como fin principal) la resocialización del condenado.

3º) El legislador debe formular en una Ley el *status* del condenado a penas privativas de libertad, sus derechos, sus obligaciones, el régimen de la ejecución de las penas, etc.

4º) Esta Ley tendrá muy en cuenta las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adaptadas en el I Congreso de las Naciones Unidas, así como las Recomendaciones sobre selección y formación del personal penitenciario que se aprobaron en el mismo (véase el apéndice de este libro).

5º) Esta Ley regulará con esmero especial los derechos elementales del condenado a una formación cultural lo más elevada posible, a un trabajo justamente remun-

nerado y a una lo más amplia posible relación con la familia y con la sociedad.

6º) El personal penitenciario merece gran aprecio público por su vocación noble y difícil de tratar respetuosa y humanamente a los condenados —ganándose lo más posible su confianza— en pro de su reinserción social.

7º) Urge crear cuanto antes los Jueces de ejecución de penas y medidas para que, con su participación y control, los equipos de técnicos en las ciencias del hombre lleven a cabo el tratamiento y la resocialización de los delincuentes.

8º) Los ciudadanos que por cualquier circunstancia entran en relación directa con los condenados deben considerarlos como personas, como conciudadanos dignos de ayuda respetuosa, más que como violadores de la Ley y merecedores de castigo (en el sentido unilateral y negativo del término).

9º) La prevención frente al estado peligroso criminal manifestado a través del delito compete al Derecho penal. Pero, la prevención frente al estado peligroso social, o criminal predelictual, pertenece generalmente al Derecho administrativo.

10) Todo ciudadano puede colaborar activamente —y no poco— en la resocialización del condenado y en la prevención del sujeto criminalmente peligroso, buscando no tanto su propia seguridad cuanto el cumplimiento de una obligación —de justicia social— hacia los más débiles.

relación y a una lo más amplia posible relación con la familia y con la sociedad.

6) El personal perteneciente a través de un servicio público por su especialización técnica y disciplinada, respaldada y fundamentada a los conductos —públicos— en los que puede ser utilizada.

7) El que crea cuanto antes los lugares de esparcimiento de paz y meditación para que sea participativa y control, los tipos de técnicas en las ciencias del hombre favoreciendo el tratamiento y la reeducación de los delincuentes.

8) Las estadísticas que por sus propios procedimientos entran en relación directa con los conductos deben ser algunas entre personas, como estadísticas de tipo de ayuda económica, más que una relación de la ley y procedimientos de castigo (en el sentido militar) y reglamento del término).

9) La prevención frente al estado peligroso criminal manifestado a través del delito compete al Derecho penal. Pero la prevención frente al estado peligroso social o criminal preventivo pertenece fundamentalmente al Derecho administrativo.

10) Todo ciudadano puede colaborar activamente —y no pasiva— en la reeducación del delincuente y en la prevención del estado criminalmente peligroso, más cuando no tanto en propia voluntad cuanto en cumplimiento de una obligación —de justicia social— hacia los más débiles.