

## CAPÍTULO IV

### SANCCIONES REPERSONALIZADORAS EN EL DERECHO PENAL DE MAÑANA

#### 42. Hacia las alternativas sustitutivas del castigo.

Seamos conscientes de nuestra obligación de transmitir al mundo de hoy y de mañana esta herencia tan rica en peculiaridades que iluminan las dimensiones fundamentales del Derecho penal y de la Criminología. El talante monopolístico de ciertos países (que se suelen llamar desarrollados) ha conseguido, por desgracia, hacernos olvidar a muchos que las ciencias del Derecho penal y la Criminología son también *artes*, y, por lo tanto, algo atemporal, algo pre y post racional. Este talante monopolístico pretende que despreciemos lo sagrado, lo mágico, quiere que durmamos sin soñar; quiere que vivamos sin mitos, sin símbolos, sin misterios. Afortunadamente nuestros pueblos, y especialmente las capas menos favorecidas, nos han transmitido y nos siguen transmitiendo una variedad inestimable en este campo. Algunos abusos de esa riqueza y malentendidos pueden motivar aquí o allí recomendaciones de cierta desmitificación. Pero, este deseo corresponde a una excepción que confirma la regla<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni: *Política criminal latinoamericana. Perspectivas - Disyuntivas*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1982, especialmente págs. 16 y sigs., 69 y sigs., 101 y sigs., 115 y sigs. Antonio Sánchez Galindo: "La

En la inauguración del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, de Brisgovia, en octubre de 1978, en la conferencia sobre "La Criminología comparada y su aportación a la Política Criminal. Una reflexión tercermundista", insistí en la necesidad de que la Criminología en general ausculte los latidos y la inspiración del Tercer Mundo, pues ha llegado ya el momento de que el Primer Mundo y el Segundo Mundo adopten una postura no sólo crítica<sup>2</sup>, sino también discente para escuchar el magisterio — el saber y el saborear, los mitos y los símbolos — de estos pueblos y, en concreto, del pueblo latinoamericano.

Deseo dar un paso más para, entre los múltiples valores de los pueblos latinoamericanos, seleccionar uno frontal: su religión. La destacamos más en cuanto cristianismo que en cuanto catolicismo, pero éste importa también, pues, el *multiversalismo* ha superado afortunadamente ciertos *universalismos*. Hoy necesitamos apoyar y cultivar lo multiforme y lo multidimensional más que lo uniforme y lo unidimensional que abocan a la esterilidad. Por algo dicen también los biólogos que "el futuro de la especie pasa por la conservación celosa de la diversidad biológica"<sup>3</sup>.

En el campo general de la cultura prevalece también el aprecio de lo autóctono, como se ha constatado en el Congreso Internacional sobre las Culturas celebrado en Méjico, en verano de 1982.

---

investigación en materia de Defensa Social en América Latina", ponencia en las *Terceras Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social*, México, 3 al 7 de diciembre de 1979, especialmente págs. 11 y sigs. L. da Costa Pellegrino, "Philosophie et Criminologie", publicación del Instituto dos Advogados Brasileiros, Río de Janeiro, 1982, págs. 17 a 24.

<sup>2</sup> En el Tercer Mundo se encuentran también actos y actitudes que merecen una crítica y una corrección seria.

<sup>3</sup> Cfr. Jean Dausset, Premio Nobel de Psicología y de Medicina el año 1980, en *El Correo de la Unesco* (agosto-setiembre de 1982), pág. 69.

Nuestros pueblos y nuestras culturas deben conservar y desarrollar sus diferencias, para que esa “*unidad*” internacional ofrezca más frutos en favor de cada una de las partes<sup>4</sup>.

Si acudimos al *hecho cristiano* lo hacemos desde el punto de vista universitario, jurídico, penal y criminológico. No desde la perspectiva exegética de la revelación “indiscutible”. Conocemos los abusos dogmáticos de las religiones, así como sus perjuicios en la historia y en la actualidad, pero somos conscientes de que sus aportaciones positivas superan las facetas negativas. También conocemos la necesidad de actualizar las coordenadas fundamentales del cristianismo y de confrontarlo en su dimensión filosófica con el marxismo. Confrontación que se refiere sólo a la dimensión filosófica; no a la dimensión religiosa.

En la actual crisis cultural axiológica de la sociedad industrial y posindustrial, Latinoamérica (a pesar de sus errores y culpas) tiene algo que decir en Política criminal y en Criminología, por ejemplo, desde y por su peculiar vivencia religiosa tan marcada hacia la comprensión, la solidaridad, la misericordia y el perdón, tan opuesta a la venganza y al castigo.

Por aquí, por el diálogo, por la composición y la compensación debemos avanzar los penalistas y criminólogos hacia la desaparición total de lo punitivo y represivo.

#### 43. Deben desaparecer los castigos (y actualizarse las sanciones).

Tanto en Derecho penal como en Criminología subyace desde siempre —pero especialmente desde el cris-

<sup>4</sup> *El Correo de la Unesco* (julio de 1982), pág. 36.

tianismo— un fermento religioso que, a pesar de muchos altibajos, dibuja una línea recta de urgencia para demostrar lo injusto e innecesario y contraproducente del castigo. Para demostrar que el Derecho penal y más aún el Derecho penitenciario debe *ir haciéndose* algo totalmente distinto de lo que hoy perdura.

Para lograr claridad en este campo, se ha de empezar dilucidando qué se entiende por castigo y los motivos de la repulsa. Como punto de partida conviene recordar el dualismo que hace ya siglos constató Lesio (1554-1623) cuando dijo “una cosa es sancionar y otra cosa es castigar”, *aliud est punire, aliud vindicare*. La vindicta, la venganza difiere en múltiples aspectos de la respuesta justa, racional y humana a la infracción. Respuesta exigida por y para la convivencia social de cada tiempo y lugar.

La vindicta, el castigo, es el mal que la (supuesta) víctima o un tercero, buscando ante todo su propia satisfacción apasionada y ciega, inflige a otra persona —el delincuente— para que éste sufra un daño ilimitado (venganza) o un daño proporcional al crimen (castigo talional).

En cambio, la sanción, como desarrollaremos enseguida, difiere del castigo en su motivación, en su calidad, en su cantidad y en sus metas.

Ya la mitología griega ilustró estas disparidades con bastante claridad.

Esquilo en su Orestíada —la célebre trilogía cuya solemnidad y melancolía recuerda la música de Beethoven— al narrar el destino de Orestes nos describe míticamente la sustitución del castigo por la sanción como ente jurídico, Esquilo no llega a ver la sanción como institución repersonalizadora.

Orestes, impulsado por el dios Apolo, mata a su madre Clitemnestra que por y para vivir con Egisto había asesinado a su marido (y padre de Orestes) Agamenón. Las Erinias, diosas vengadoras de los crímenes familiares, quieren matar a Orestes, pero se interpone Apolo que logra evitar el castigo de las Erinias consiguiendo que Orestes se refugie en Atenas bajo la protección de la diosa Atenea. Ésta somete el asunto de Esquilo a un tribunal que, después de discutir los motivos y las circunstancias de la muerte de Clitemnestra y de Egisto, emite una votación que acaba empatada. Apolo decide sobre el empate a favor del perdón, pero el perdón se concede bajo determinadas condiciones, pues las Erinias no desaparecen sino que son acogidas en la ciudad de Atenas y reciben desde entonces el nombre de Euménides, las bienhechoras, porque, como dice el mismo Esquilo, es necesario que haya en la ciudad unos dioses a los cuales se les venere y se les tema puesto que los hombres necesitan el temor para no dejarse llevar ilimitadamente de sus excesos malignos.

En este momento se puede decir que nace la sanción justa en sustitución del castigo.

Mueren las Erinias para que nazcan y porque nacen las Euménides.

A quienes propugnan el aborto de las Euménides, a quienes propugnan la desaparición (no la superación) del Derecho penal y/o de la sanción penal cabe responderles desde múltiples puntos de vista que no podemos exponer ahora. Nos limitamos a sólo un argumento que está especialmente próximo y lacerante. Opinamos que el Derecho penal actual no debe desaparecer. Sí debe renovarse. Más aún, creemos que debe desarrollarse y ampliarse en cierto sentido, aunque en otros deba reducirse. Por ejemplo que el Derecho penal internacional

debe crecer en varias direcciones *nuevas*, y así podrán evitarse en el futuro que conflictos como el de las islas Malvinas, Oriente Medio, Palestina, Líbano, Centro América... se "solucionen" por las vías de hechos tan sangrientos, tan belicosos, tan erinianos.

Atinadamente el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 mirando al pasado considera el hecho histórico, por desgracia innegable, de que se han desconocido y menospreciado los derechos humanos y se han llevado a cabo actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y mirando al futuro considera posible la tiranía y la opresión en tal grado que el hombre se vea compelido al supremo recurso de la rebelión.

Ambas consideraciones, la del pasado y la del futuro, pretenden alejarnos del peligro de caer en un angelismo que olvide la faceta triste de la realidad humana de hoy y olvide la necesidad de un orden básico, de un Derecho penal.

Se admite pues la sanción penal en la actualidad pero se rechaza el castigo por unos motivos y en un sentido que tiene cierta semejanza con las doctrinas que exponen nuestros grandes juristas y teólogos del Renacimiento, que consideran inhumano e innecesario el vengarse del delincuente, inhumano e innecesario el contestar al pisotón con el pisotón. La fórmula boeciana de la pena como *malum passionis propter malum actionis* ha de interpretarse en sentido no vindicativo. Con el transcurso de los años abundan cada vez más los testimonios elocuentes a este respecto en el mundo jurídico, social, cultural y religioso.

Actualmente el rechazo se concretiza y se amplía más todavía por urgencias sociológicas y religiosas.

La realidad de la cárcel tal y como la practican actualmente muchos países en la mayor parte de los casos exige su abolición, porque esa cárcel viola los derechos elementales de la persona, se apoya en una concepción ilustrada, a lo siglo XVIII, del Derecho penal como ciencia del castigo, porque brinda unos resultados insatisfactorios (las estadísticas de la reincidencia hablan suficientemente claras), porque a lo largo de la Historia va evolucionando negativamente en línea de favorecimiento hacia el privilegiado y en contra del desposeído.

Con su ética intramundana y paradójicamente trascendente, el cristianismo ya desde sus comienzos viene proclamando con su teoría y con su praxis que no se puede responder al mal con el mal: "no te dejes vencer por el mal, vence el mal a fuerza del bien". "Todo el que trata con ira a su hermano será condenado".

Se repite machaconamente la necesidad del perdón a nivel individual e institucional. Se fundan y desarrollan Órdenes y Congregaciones religiosas que subrayan entre sus fines la asistencia y ayuda a los delincuentes y a los presos.

Por motivaciones, también axiológicas cada día mayores en cantidad y calidad, urge adoptar otras posturas ante la criminalidad; proyectar otras respuestas —no superficial sino— radicalmente distintas. Lo más opuestas posible al castigo —sadista y/o masoquista— como autosatisfacción a costa del daño ajeno.

#### 44. Las sanciones repersonalizadoras sustituirán al castigo.

Es fácil y frecuente rechazar el castigo de nuestras instituciones jurídico-penales y penitenciarias. Pero, no resulta fácil proponer (con una fundamentación teórica y con una aplicabilidad práctica) la respuesta que supla

las lagunas producidas por ese rechazo. Sin embargo, apoyados en la tradición de la teoría y de la praxis de nuestros pueblos latinoamericanos, se puede formular (o mejor dicho, empezar a formular) hoy con relativa facilidad una respuesta alternativa al castigo: la *sanción repersonalizadora*. Estas dos palabras incluyen una realidad muy compleja en su concepto, su fundamento y sus fines.

Intentaremos ahora explicar algo acerca de cada punto.

#### 45. Concepto de las sanciones repersonalizadoras.

Por sanción repersonalizadora se entiende la pena justa y recreadora *el conjunto de obligaciones y privaciones que la autoridad impone y aplica a tenor de la ley, por medio de los órganos jurisdiccionales, al culpable de un delito para lograr la prevención general y la prevención especial*, y sobre todo para facilitar que el delincuente pueda repersonalizarse.

Repersonalizarse significa lo contrario de despersonalizarse o desocializarse; significa el proceso, el itinerario de configurar, recobrar (más) su identidad, recuperar su (mayor) libertad, encontrar o reencontrar su misión en la construcción de la sociedad. Presupone un *iter criminis*, unas circunstancias delictivas despersonalizadoras que, por desgracia, son frecuentes en nuestra sociedad, con o sin culpa del individuo en cuestión (Raskolnikof, en *Crimen y castigo*).

Es un derecho de la persona; "derecho a que se le presten, por parte del Estado, los medios precisos para el desarrollo adecuado de su personalidad".

Para el cristianismo, repersonalizarse es el alfa y omega; es la conversión (la *metanoia*) que se exige como

primer paso inicial (Mateo, 4, 17: “Convertíos, que el reino de Dios está cerca”) (Marcos, 1, 15: “Convertíos y creed la Buena Nueva”), y es la resurrección que se realiza “ya-pero-todavía-no”, cada día; es “la regeneración interior por la que Dios nos justifica... que nada tiene de transformación mágica”, es algo que “se efectúa realmente en nosotros”, algo que se recrea, es el participar desde ahora en el misterio de la vida nueva de manera que el que cree, “aunque haya muerto, vive”. Algo parecido se expresa bíblicamente bajo el concepto de redención. En última instancia, en el fondo, es la actitud procesal de amor: lo verdaderamente constitutivo —en perpetua creación y corresponsabilidad— de la persona, inocente, delincuente y víctima.

El concepto aquí expuesto de pena repersonalizadora implica también un concepto especial de Derecho penal, como *ars creandi*, como arte de la reacción y la creación, como *sistema abierto (ciencia y arte) de normas jurídicas reguladoras —y regeneradoras— del poder (“ius puniendi” nacional e internacional) y determinantes de las acciones que constituyen delitos así como de sus sanciones correspondientes, penas, medidas y reparaciones.*

Esta definición (más o menos provisional pues la espiral de lo histórico incluye y supera también todas nuestras “fórmulas”) de Derecho penal insiste en una dimensión que hoy suele olvidarse y que, sin embargo, nuestros mayores han supuesto siempre: el Derecho penal es un *arte*, es decir tiene unas características que son prerracionales y post racionales. No es sólo una ciencia. Por lo tanto, su método debe tener en cuenta la dimensión artística, una dimensión atemporal que la ciencia, en cuanto realidad histórica, no posee. La importante misión del Derecho penal como garante de los derechos

humanos correría peligro si se exagerase la dimensión artística con merma de la científica —racional— y retributiva (en cuanto esta última limita el máximo de la sanción).

Tal cosmovisión global del Derecho criminal presupone o conlleva un método con fuerte dimensión artística, simbólica, de tal manera que podemos definir el método jurídico penal como algo distinto y anterior a la técnica jurídico-penal, como la dialéctica configuración existencial de la justicia criminal propia de cada momento y lugar, como el *arte* de convertir los hechos vitales en figuras típicas de delitos y en instituciones penales, por una parte, y por otra, como el arte hermenéutico interpretativo-aplicativo de la letra y del espíritu de la ley criminal en vocablos y acciones vivientes. Dicho con otras palabras, nuestro método es un símbolo que significa, un mito que inicia a los penalistas para traer la justicia —recreada— a los hombres, a la sociedad, y para llevar los hombres —recreados—, a la sociedad, a la justicia.

Las sanciones repersonalizadoras cobran más claridad con la distinción que formularon nuestros teólogos juristas, Alfonso de Castro en especial<sup>5</sup>, y que cuatro siglos después actualizan, entre otros, Karl Rahner<sup>6</sup>: la distinción de la pena *contracta* frente a la pena *inflicta*.

El delincuente, al realizar el delito, él mismo contrae ya una pena, algo negativo. Y, además, merece que la

<sup>5</sup> Alfonso de Castro: *De potestate legis poenalis* (1550). Hay traducción castellana de Laureano Sánchez Gallego: *La fuerza de la ley penal*, Universidad de Murcia, 1931-1933, tres tomos. Francisco Suárez, S. J.: *Tractatus de legibus, et legislatore Deo*. Hay traducción al castellano de José Ramón Eguiñor Muniozgueren: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, en diez libros, seis volúmenes, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967.

<sup>6</sup> Karl Rahner: "Schuld-Verantwortung-Strafe in der Sicht der Kath. Theologie", en *Schuld-Verantwortung-Strafe*, hgb. von Frey (Zürich, 1964, Schulthess), págs. 151 y sigs. Hay traducción al castellano.

autoridad le añade otra negatividad por necesidad política, por necesidad de convivencia, por justicia social: para contrarrestar su mala acción, su despersonalización "pública".

El pecador, en cambio, al cometer el pecado sólo "adquiere" la pena primera, la pena contracta. Se merma a sí mismo en cuanto persona libre. Pero, ni él ni Dios añaden nada a esa despersonalización gradual.

En el ámbito de la justicia divina sólo existe esta pena *contracta*, pues Dios nunca añade algo posterior en contra del pecador, ya que no tiene necesidad de la dimensión política o social.

Sin embargo, en la justicia humana, la convivencia histórica exige que se adicione un algo (la pena *inflicta*) que tiene aparentemente aspectos sólo negativos aunque realmente también tiene, al mismo tiempo y en la misma cantidad, aspectos positivos. Es una represión y una represión al delincuente para que él y los (más o menos) inocentes, los conciudadanos, abran los ojos, escarmienten en cabeza propia y en cabeza ajena y aprendan a no delinquir<sup>7</sup>.

Esta pena *inflicta*, estas obligaciones y privaciones impuestas y añadidas por la autoridad, para ser justas, deben necesariamente cumplir dos requisitos: por una parte corresponder a (fundarse en) la pena *contracta* (se puede añadir la pena *inflicta* pero no se puede crear sin motivo) y, por otra parte, al mismo tiempo, debe pretender la repersonalización del delincuente y de los conciudadanos. Si no buscarse su regeneración, si sólo pretendiese el escarmiento de los demás, esa pena sería

<sup>7</sup> Hilde Kaufmann: *Criminología. Ejecución penal y terapia social*, traducción Juan Bustos Ramírez, Buenos Aires, Depalma, 1979; Eugenio Raúl Zaffaroni: *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1979, págs. 39 y sigs.; Giuseppe Bettiol: *Sul Diritto penale cristiano*, en "L'Indice Penale", nº 3 (septiembre-diciembre de 1980), págs. 465 y sigs.

injusta pues cosificaría al delincuente, le utilizaría como mero objeto en favor de los demás, sería fundadora de un Derecho penal del terror y, por lo tanto, anticonstitucional (art. 25, 2 de la Constitución española).

Dentro del género “sanción repersonalizadora” caben múltiples especies: multas, privaciones de derechos, privación de libertad, trabajos sociales, probación, caución, privación del carnet de conducir...

Las penas pecuniarias deben regularse lo antes posible de manera radicalmente distinta a la de nuestra normativa contemporánea para evitar que en muchos supuestos siga siendo ventajoso económicamente el crimen, como puede suceder en bastantes supuestos de delitos ecológicos cuyo beneficio económico rebasa ampliamente la cuantía de la multa impuesta<sup>8</sup>.

Toda respuesta jurídica al delito debe tener algo de “reparación” en prospectiva de futuro que va más allá de la vuelta al pasado. Toda sanción penal debe añadir algo a la merma de la pena contracta porque estamos en un proceso de creación. No estamos todavía en el punto final.

En el fondo, la vida social exige ciertos sufrimientos para la convivencia personal<sup>9</sup>. Recordamos al poeta:

“Porque, después de todo, he comprendido  
que no se goza bien de lo gozado

<sup>8</sup> José Francisco Martínez Rincones: *Delito ecológico*, Mérida (Venezuela), Universidad de los Andes, 1978, págs. 37 y sigs.

<sup>9</sup> El sufrimiento, como el vacío, puede entenderse de una manera superficial, negativa, nihilista. Pero puede entenderse también como lo hace Jorge de Oteiza y/o Emile M. Cioran de manera positiva. Este último —el escéptico y místico— se pregunta: “¿Pero un vacío que brinda la plenitud no contiene más realidad que la propia historia en su totalidad?”, cfr. Emile M. Cioran: *Unsere Träume überleben unser Erwachen*, en “Orientierung”, nos. 12/13 (1982), págs. 137 y sigs. Cfr., también, Viktor E. Frankl: *El hombre en busca de sentido*, traducción de Diorki, Barcelona, Ed. Herder, 1980, págs. 80, 110 y sigs.

sino después de haberlo padecido.

Porque, después de todo, he comprendido que lo que el árbol tiene de florido, vive de lo que tiene sepultado”.

Al criminal le pertenece su persona más que su delito, por lo tanto cuando delinca y (más o menos) se despersonalice hay que responderle principalmente con y por su repersonalización, *suum cuique*.

Como todo ciudadano tiene obligación de trabajar para cooperar a la creación continua del bien común para provecho de él y de los demás, de modo semejante todo delincuente tiene obligación de cooperar a la prevención tanto para prevenir a los demás como para prevenirse y repersonalizarse él.

Ilustrará algo nuestro concepto de sanción repersonalizadora el gráfico A contrapuesto con el gráfico B.

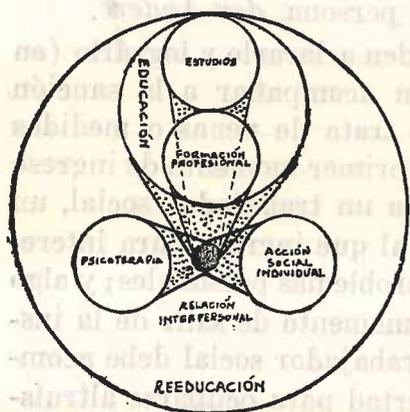


GRÁFICO A

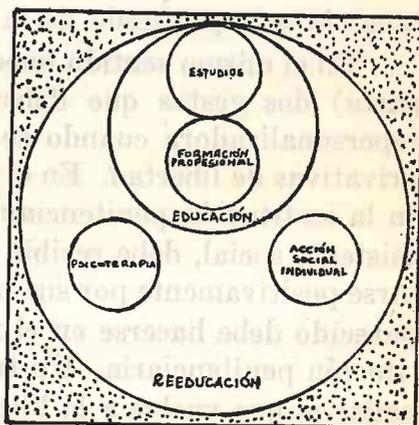


GRÁFICO B

Las Naciones Unidas, en el Ciclo de estudios europeos sobre la reeducación en internado de menores delincuentes (Viena, 27 set.-9 oct. 1954) resumía su programa de reeducación en el gráfico B. Según nuestra opinión, creemos preferible otro programa, con un centro vital insustituible: la relación interpersonal, el *nosotros*. En la medida en que se logre esta sintonía del *nosotros*, tendrán eficacia todas las demás instituciones. De la relación interpersonal ha de brotar la nueva vida del reeducado. Gráficamente podemos expresarlo con el gráfico A.

Según el concepto defendido en el Congreso de las Naciones Unidas, la sanción está compuesta de varias partes o de varios elementos constitutivos. En cambio, en nuestro gráfico representativo de la sanción repersonalizadora hay un punto nuclear, un punto central alrededor del cual giran y en el cual se integran los demás elementos: el encuentro interpersonal, la otra cara de la luna; lo más profundo de la persona, *der Andere*.

En el mismo sentido pueden aclararlo y lograrlo (en parte) dos gestos que deben acompañar a la sanción repersonalizadora cuando se trata de penas o medidas privativas de libertad. En el primer momento de ingreso en la institución penitenciaria un trabajador social, un asistente social, debe recibir al que ingresa para interesarse positivamente por sus problemas personales; y algo parecido debe hacerse en el momento de salir de la institución penitenciaria. Un trabajador social debe acompañar al que vuelve a la libertad para ocuparse altruísticamente de él, con facultades amplias que le ayuden eficazmente en ese momento difícil de su vuelta a la sociedad.

Las sanciones repersonalizadoras exigen, naturalmente, que sólo en casos muy excepcionales y por muy

breve tiempo se prive de libertad al condenado <sup>10</sup>.

#### 46. Necesidad dual como fundamento de las sanciones repersonalizadoras.

El castigo carece de fundamento ya que, en lugar de ser necesario para la convivencia, es su destructor pues siempre envilece al castigador, y con frecuencia suscita en el castigado odio, desprecio propio y ajeno, y más violencia.

En cambio, las sanciones repersonalizadoras se justifican en el fundamento último de la necesidad.

Esta necesidad —aunque a veces se olvida— es dual, bidimensional, correspondiente a la pena contracta y a la pena inflicta. La pena contracta sigue como sombra al cuerpo, por eso nadie discute ni su necesidad ni su fundamento. La pena inflicta sigue también el crimen en la sociedad, pues, sin esa adición, la comunidad acabaría desmoronándose. Ya dijo Esquilo que en la sociedad para evitar males excesivos insoportables es necesario haya dioses a los cuales se tema por lo que añaden a las consecuencias naturales de nuestros delitos.

Si los grupos sociales están constituidos por personas que al delinquir se despersonalizan por su insolidaridad, la respuesta al delito, la sanción, debe evitar positivamente la despersonalización, es decir, debe repersonalizar. Sin olvidar el respeto debido al derecho al no-tratamiento.

<sup>10</sup> Elías Neuman: *Prisión abierta, una nueva experiencia penológica*, Buenos Aires, Depalma, 2ª edición, 1984; Carlos García Valdés: *Estudios de Derecho Penitenciario*, Madrid, Ed. Tecnos 1982, págs. 83 y sigs.; Sergio Jacomella, Berganzona: *Riflessioni attorno alla polemica sul trattamento penitenziario*, en "Revue Pénale Suisse", nº 4 (1982), págs. 385 y sigs.

Con juristas y teólogos de nuestro Renacimiento y con autores muy acreditados contemporáneos, dentro de nuestros países y fuera de nuestros países, parece científico considerar necesaria la pena, la sanción repersonalizadora mientras existan gravísimos delitos no-conventionales a los cuales hay que responder jurídicopenalmente porque, de no hacerlo, se llegaría a una situación caótica.

De modo semejante a los intelectuales, también los ciudadanos en general (tanto en cuanto individuos como en cuanto grupos) exigen la incriminación y la sanción penal frente a algunas (más o menos) conductas que ellos consideran incontestables. Quizás haya personas, individuales y grupos, que pidan la no intervención penal frente a conductas tipificadas como delito por las autoridades correspondientes. Pero esas mismas personas exigirán, en cambio, enérgicamente penas y penas severas contra los autores de otras ciertas acciones que ellos personalmente consideran injustas y necesitadas (necesitantes) de sanción penal.

Piénsese en determinadas acciones terroristas y —correspondientemente— en similares acciones parapoliciales y antiterroristas. Por las calles del País Vasco, ante dos acciones igualmente asesinas y mortales pero llevadas a cabo por personas opuestas y con opuesta motivación, los mismos manifestantes se expresan con gritos totalmente opuestos: pro “amnistía” para los terroristas, y “al paredón” para los policías.

Si acudimos a las religiones encontramos en ellas, por ejemplo en el cristianismo, sólidos fundamentos para pedir las sanciones repersonalizadoras, pues lo contrario, a la postre, implica dejar que el poderoso explote a la viuda y al huérfano y al extranjero. Contra este abuso de la fuerza y de la autocracia se levanta la petición de

Dios que hace justicia y quiere que los hombres hagan justicia. Textualmente se lee: “Yahvé, vuestro Dios, es el Dios de los dioses, el Señor de los señores, el Dios grande, fuerte y terrible, que no hace acepción de personas ni recibe regalos, *hace justicia* al huérfano y a la viuda, ama al extranjero y le alimenta y le viste”.

Esta cosmovisión de Dios como autor y promotor de justicia está muy enraizada en mi País Vasco como lo expresa, por ejemplo, Jorge Oteiza, en su *Quousque Tandem...!*<sup>11</sup>, cuando escribe: “Para el vasco el primordial privilegio de Dios es la *justicia*, no la *miserericordia*”.

Sin la virtud fundamental de la justicia, como respuesta (creadora) al daño, se tambalean las bases indispensables para la ciudad en paz.

Quizás haya discrepancias en cuanto a cuáles son las bases indispensables y exigibles penalmente. Pero —salvo rarísimos supuestos casos de anarquismo— hay coincidencia en la exigencia de la necesidad como base de la sanción penal que busca la meta repersonalizadora.

#### 47. Problemática sobre los fines de las sanciones repersonalizadoras.

Y, se llega ya a los fines de la pena. Se suponen conocidas las teorías absolutas, las teorías kantianas y hegelianas: *fiat justitia et pereat mundus* (hay que hacer la justicia aunque perezca el mundo). Se dan también por conocidas las teorías relativas de la utilidad para la prevención general y la prevención especial y la resocialización del delincuente. Se suponen explicadas —y ex-

<sup>11</sup> Jorge de Oteiza: *Quousque Tandem...!* Ensayo de interpretación estética del alma vasca, 3ª ed., San Sebastián, Ed. Txertoa, 1975, número marginal 15.

plicables— las teorías unidimensionales y las eclécticas o sintéticas.

La tradición hispana<sup>12</sup> —y en cierto sentido la latinoamericana— subraya, o mejor dicho, añade un rasgo propio. Generalmente en España (y algo similar se puede decir de los países latinos al otro lado del océano), desde Séneca pasando por Suárez, Vitoria y nuestros clásicos, los ecos krausistas, Montesinos, Dorado Montero, Concepción Arenal, Fernando Cadalso, Jerónimo Montes, Jiménez de Asúa, Quintano Ripollés, Julián Pareda, Juan del Rosal, Antón Oneca, etc., ha predominado el convencimiento de que la autoridad, no puede tratar al delincuente guiada por una utilidad ajena a él. Este no es un mero *objeto* sino que es un *sujeto* y un sujeto sagrado, o al menos misterioso.

Por lo tanto, necesariamente el fin o uno de los fines de la pena será ofrecerle al delincuente la posibilidad subjetiva de su repersonalización, de su liberación. Los canonistas escriben en este sentido desde la teología y la teleología de las sanciones penales, y los capellanes de prisiones influyen en su realización práctica.

La sanción debe darle facilidades al condenado para hacerse más persona en su doble vertiente (individuo-persona) correspondiente; en cierto sentido, a la dualidad de la culpa contracta e inflicta. Es decir, como individuo con su ego, su algo intangible, incomunicable, y como ciudadano con su *personare*, con su careta, su máscara griega que le da la posibilidad —necesidad— de diálogo constituyente. Algo de lo que Martín Buber formula con su teoría del diálogo yo-tú.

<sup>12</sup> Desde la perspectiva del fundamento de la reincidencia los especialistas hispanos del siglo XIX exponen sus puntos de vista respecto al tema que aquí se estudia. Cfr. Adela Asúa Batarrita: *La Reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982, págs. 104 y sigs., 210 y sigs., y 418 y sigs.

No pretende, pues, la repersonalización readaptar los delincuentes a la sociedad que los hizo tales, como suele decirse a veces olvidando la responsabilidad individual de los delincuentes y suponiendo que tal paternidad queda probada tan simplemente. Sí pretende, en cambio, ayudarles a que se hagan personas más libres<sup>13</sup>. Con una libertad nueva pues “el hombre actual se encuentra en proceso de cambio de conciencia” y de cosmovisión individual y colectiva<sup>14</sup>. Se pretende integrar, no se pretende “asimilar.

Oportuno aparece recordar aquí la opinión del guipuzcoano nacido en Méjico, Manuel de Lardizábal y Uribe, en su célebre *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, al referirse a los fines de la pena, después de indicar como fin primero y general la salud de la república, insiste sobre todo en “la corrección del delincuente para hacerle mejor si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad”<sup>15</sup>, y en la página siguiente vuelve sobre el mismo tema diciendo que “la enmienda del delincuente es un objeto tan importante, que jamás debe perderla de vista el legislador en el establecimiento de las penas”. Pocas líneas más abajo subraya “la indispensable necesidad que hay de establecer casas de corrección”.

<sup>13</sup> El que los hombres sean más libres “de hecho supone exigir una profunda transformación de las condiciones reales económico-sociales y también políticas y culturales que obstaculizan o impiden la consecución de tal objetivo emancipador”. Elías Díaz: *El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978*, en “Sistema, 41” (marzo de 1981), pág. 48.

<sup>14</sup> Hugo-M. Enomiya-Lasalle: *¿A dónde va el hombre?*, Santander, Ed. Sal Terrae, 1982, págs. 42, 50 y sigs., y 117 y sigs.; ídem, *Zen, un camino hacia la propia identidad*, Bilbao, Ed. Mensajero, 1980, págs. 123 y sigs.

<sup>15</sup> Manuel de Lardizábal y Uribe: *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de Repullés, 1828, pág. 84.

Retorna sobre lo mismo después. En estas instituciones, opina Manuel de Lardizábal, "se conseguirá sin duda la corrección de muchos, que hoy se pierden por defecto de las penas".

Ya que estamos hablando en América, conviene continuar leyendo a Lardizábal cuando dice "En América se destinan muchos reos a los obrages de paños y á las panaderías, aunque en esto hay ciertos abusos originados de la dureza y codicia de algunos dueños de obrages y panaderías; pero estos fácilmente se pueden remediar por un Gobierno vigilante, si se tuviese por conveniente hacer semejantes aplicaciones...".

El Fuero General de Navarra insiste también en esta necesidad de la sanción para la repersonalización por ejemplo cuando dice textualmente: "Todo ombre bueno inbia su fijo á otro ombre bono por tal que aprenda de las buenas costumbres del bueno, por tal que sea ombre bueno amándolo mucho et queriéndolo aver con si. Et si por aventura conteciére en esta creazon que apriessse malas en logar de las buenas, aqueil á quien seria enviado pecaria mortalment si por no castigar eyll contenziesse esto.

Los ombres de su pan sil viesen faziendo mal et nol castigassen ó nol dixiessen esto al seynor, pecarian mortalment. Esto es por que al fijo del buen ombre mal li valdria ser muerto que ser mal acostumbrado, porque á las malas costunbres se sieguen muchos males et non ningunos bienes".

La trayectoria cristiana en este problema no deja lugar a dudas. Ya el Antiguo Testamento declara que Yahvé "no quiere la muerte del pecador sino que se convierta y viva", y aconseja al educador que corrija al niño para retraerlo del mal y para que se acerque al bien,

no para satisfacción del pedagogo. En la misma línea predica el profeta Oseas.

El Nuevo Testamento avanza todavía más con las parábolas del Buen Pastor (que con tanto desvelo cuida y trata a las ovejas perdidas) y del hijo pródigo cuya repersonalización se celebra con un festín.

Respecto al sufrimiento implícito en la pena, el mensaje de Jesús adopta una postura clara. Detesta el sufrimiento en cuanto sufrimiento, pero acepta (cuando resulta inevitable) lo que tiene de fuente abierta, de potencia para llegar a la resurrección, como aparece en la primera carta de Pedro (3, 18) y en la de Pablo a los Filipenses (3, 10).

La Biblia, especialmente el Nuevo Testamento, insiste en que el cristiano ha entrado en un eón nuevo, el eón de la libertad y el amor. Este talante debe colorear todos sus actos y todas sus actitudes. También la de sancionar. Por eso recuerda Pablo: "no estamos ya bajo la ley sino bajo la gracia" (Romanos 6, 15), y "donde está el Espíritu del Señor, allí está la libertad" (II Corintios 3, 17). La tradición eclesiástica insiste repetidamente en la necesidad de aplicar la sanción con amor.

Respecto a los fines de la sanción se ha dicho mucho, quizás demasiado. Pero, se ha hecho poco. La realidad en la mayoría de las instituciones penitenciarias viola constantemente los derechos humanos elementales y practica lo contrario de lo que piden los especialistas del tratamiento que tienen en cuenta las exigencias del bien común, en cuanto faculta el desarrollo de la personalidad. Digamos, pues, algo sobre cómo debemos pasar a la acción.

#### 48. Métodos para lograr la sustitución.

Las técnicas para conseguir la sustitución alternativa del castigo por la repersonalización y que parcialmente ya se encuentran, o al menos subyacen, en algunos de nuestros textos legales y en algunas (muy pocas) de nuestras praxis judiciales y sancionatorias (no digo penitenciarias porque la sanción no debe ser principalmente la privación de libertad) han de superar importantes y difíciles obstáculos teóricos y prácticos. De los obstáculos teóricos ya hemos hablado algo al indicar el obstáculo de:

- quienes niegan la necesidad de sustituir el castigo;
- quienes desean seguir castigando;
- quienes apoyan el modelo vindicativo;
- quienes niegan que ahora se castigue;
- quienes consideran necesaria e insustituible la pena tal y como hoy se estructura teórica y prácticamente;
- quienes consideran la cárcel de hoy como reeducadora;
- quienes niegan la necesidad de sancionar, la necesidad del poder punitivo del Estado;
- quienes aplauden la no-intervención total y absoluta.

Queda por indicar cómo superar las dificultades prácticas. Esto nos lleva a hablar del futuro del Derecho penal y de la Criminología. Nos lleva a proponer cómo deseamos y creemos aplicables las sanciones repersonalizadoras en el campo judicial y penitenciario (en el sentido amplio de la palabra que abarca sanciones no privativas de libertad). Nuestra respuesta exigiría más detención, pero nos limitamos ahora a las peticiones siguientes:

1º) Conocer a fondo y practicar nuestras normas legales y doctrinales desde otra perspectiva menos positivista, más humanista y religiosa. Afortunadamente ya nuestras legislaciones y nuestra doctrina tienen, aunque no suficientemente claras y, sobre todo, no suficientemente contrapuestas a las doctrinas y a las prácticas contrarias, gérmenes y proposiciones que facilitan o pueden facilitar la sanción repersonalizadora.

Como ejemplo podemos recordar el art. 25, 2 de la Constitución Española, cuando habla de la finalidad de las sanciones: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”. También el art. 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria de España de 26 de septiembre de 1979 (BOE de 5 de octubre) según el cual “Las Instituciones penitenciarias... tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad”...

2º) Superar las normas legales, doctrinales y prácticas actuales —opuestas realmente a la repersonalización— de tal manera que se busque y se facilite mucho más la sanción repersonalizadora. Para lograr esta superación —y ruptura— conviene acudir a las culturas de nuestro pueblo y de nuestros pueblos latinoamericanos, a las teorías de nuestros juristas clásicos, a los símbolos de nuestros muralistas y pintores, a los mitos de nuestros literatos, a los tratados de nuestros teólogos, a los libros de nuestros filósofos. Esta cosmovisión puede fermentar todo el sistema de la justicia penal.

3º) Apreciar más los progresos científicos de nuestras instituciones universitarias y para-universitarias, y caer en la cuenta de la necesidad de intensificar nuestras actividades culturales conjuntamente, por encima

de fronteras de naciones. Permítaseme una aplicación concreta, la conveniencia de lograr un Código Penal Tipo para Latinoamérica que facilite a nuestros especialistas una altura científica compaginable para entrar en diálogo con las culturas científicas foráneas que tienen más medios económicos y que, por lo tanto, pueden alcanzar en el campo científico (no digo en el campo artístico) unas alturas difícilmente alcanzables por nosotros.

4°) Estudiar atentamente nuestras tradiciones culturales peculiares, subrayar la dimensión artística del Derecho penal y de la Criminología, resistir al colonialismo cultural de extrañas potencias económicas apoyándonos en la cosmovisión de nuestros mayores y de nuestros conciudadanos actuales (quizás menos favorecidos económicamente pero) que conservan en un grado alto la riqueza humana capaz de servir de apoyadura para una respuesta al conflicto y a la delincuencia no-convencional y convencional que llegue a un diálogo, que llegue a una comprensión, que llegue a una compensación y que llegue a centrar el yo excéntrico de la persona. En estos temas puede ayudar la ciencia psiquiátrica de hoy (por ejemplo los estudios de Lacan) pero más profundamente ayudarán Ignacio de Loyola, Teresa de Avila y Juan de la Cruz.

Sin mitología comparada y sin filosofía comparada no puede haber Criminología comparada a la altura de nuestros tiempos.

5°) Intensificar la relación del Derecho penal con la ética y la religión debidamente actualizadas de manera que se evite el fanatismo y se consiga el máximo respeto a la persona del otro (Lain Entralgo), de su enigma religioso, religante y liberador (Zubiri), y de su estructura moral temporal, con la integración de una nue-

va cosmovisión "cuatridimensional" a-punitiva pues, aunque el mundo futuro no carecerá de problemas, "la humanidad se pondrá de acuerdo, aunque todavía sigan por algún tiempo las aduanas en las fronteras a fin de garantizar cierto orden, hasta que éstas también terminen por desaparecer".

6º) Fomentar y proteger más los estudios de las diversas ciencias criminológicas así como la profesión del criminólogo en el campo de la teoría y de la praxis (penitenciario, policial, asistencial, etc.).

