

Consideraciones sobre la pena

BERNARDO FRANCISCO CASTRO PEREZ

Magistrado. Subdirector y Profesor de Criminología en el Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Justificación.—2. El fundamento y la raíz de la pena.—3. Retribución y defensa social.—4. Retribución y reeducación o resocialización.—5. Los modos de resocialización.—6. Resocialización o individualización.—7. El mito de la reeducación.

1. Hace ya algunos días, cuando recibí la invitación del Consejo de Redacción de esta Revista para colaborar en el número homenaje al Profesor Quintano Ripollés, acababa precisamente de releer el trabajo que, bajo el título de “Rieducazione e Retribuzione”, había presentado el fallecido Catedrático al Segundo Convenio de Derecho Penal de Bressanone (1963) y que, en separado, de las Actas de dicho Convenio, me había regalado meses antes de su enfermedad, en una soleada mañana de la pasada primavera en la que, deambulando despaciosamente por los boulevares del Paseo de Calvo Sotelo, hablamos largamente sobre la pena.

La coincidencia temporal de lectura e invitación decidieron mi elección del tema y sobre lo que entonces hablamos y lo que en dicho trabajo puede leerse, he esbozado ahora, empujado por la premura del plazo señalado, estas breves y quizás intrascendentes consideraciones con las que quiero contribuir, como humilde ofrenda, al merecido homenaje que se rinde a su prestigiosa figura.

2. No entra en mi ánimo de hoy, en manera alguna, impugnar el pensamiento del Profesor Quintano sobre la pena, cosa que, por otra parte, sé que su gran comprensión y amplitud de espíritu me hubieran permitido en vida, sino solamente tratar de precisar, para mí mismo y para los que gusten de perder su tiempo siguiendo mis divagaciones, algunos puntos muy discutidos y no lo suficientemente perfilados en el profundo y complejo problema de la pena.

Ante todo, vaya por delante mi profesión de fe retribucionista, como ferviente partidario y servidor del Derecho y de la Justicia, pero no retribucionista absoluto a la manera de Mamiani, Sthal, Kant y Hegel, sino de un modo más moderado, que tenga en cuenta, además de la justicia del castigo, la utilidad que del mismo pueda obtenerse para que el dolor por aquél producido en el condenado no

caiga en el vacío. Creo firmemente que la pena debe decretarse contra el culpable, *siempre y por la sola razón* de que ha delinquido (punitur quia peccatum est) como justo sufrimiento, en reacción del orden jurídico violado, necesario para una pacífica y ordenada convivencia social y en retribución del mal cometido. (Poena est malum passionis quod inflingitur y propter malum actionis), como quería GROCIO (1). La Ley penal es un imperativo categórico, un deber ser, y resultaría inmoral o injusto valerse de un hombre como medio para conseguir una utilidad o un beneficio en provecho de la sociedad, o aún del mismo culpable. El Derecho tiene sus exigencias absolutas y la pena debe ser una de ellas; nadie debe ser penado sin haber delinquido y nadie que haya delinquido debería dejar de ser castigado, aunque el castigo fuera inútil y no reportase ningún beneficio a la sociedad, porque la pena es la expresión de la Justicia y, como dice KANT —y nosotros subrayamos—, cuando se menosprecia a la Justicia, la vida de la humanidad no tiene ya ningún valor sobre la tierra; por eso estamos también de acuerdo con él en que, en efecto, un pueblo, antes de emigrar, debería castigar a sus delincuentes. Dios mismo castigó a Adán y a Eva en retribución de su desobediencia, sólo y únicamente porque habían pecado y nos retribuirá a todos en el día del Gran Juicio según nuestras obras, y ciertamente no vamos a negar a Dios Su Justicia.

Pero una cosa es que la pena deba imponerse siempre y solamente en retribución a la infracción o delito cometido, y otra diferente, aunque en íntima relación con aquélla, es la de si hemos de despreciar la utilidad que podemos obtener de su aplicación para educar o socializar a los demás y al propio delincuente. La primera cuestión constituye el fundamento del derecho de castigar, es decir, de su razón de ser y del por qué del mismo; la segunda investiga los fines que debe llenar la pena, el provecho que puede obtenerse de ella y los métodos para lograrlo y es la contestación a la interrogación de *para qué se castiga*.

Por lo que respecta a la primera de tales cuestiones, o sea, a la que atañe al fundamento de la pena, tengo para mí que, en manera alguna, la utilidad pueda ser considerada como el motor de la pena porque como estudioso de la Antropología y de la Criminología, sé bien que en la raíz de la pena yace agazapada y enmascarada, por diversas racionalizaciones, la idea de la venganza como instinto arraigado en la propia urdimbre de la naturaleza humana. Es necesario reconocer —decía a este respecto el insigne Maestro de Pisa— como una verdad autenticada por las más remotas tradiciones de la raza Adamítica, que la idea de la pena nació en los hombres primitivos

(1) GROCIO, *De iure belli ac pacis*. Lic. II, cap. XX, 1. Sin embargo, tengamos en cuenta, para el posterior desarrollo de nuestra argumentación, que, a fuer de retribucionista absoluto, Grocio no asigna al "malum passionis" una determinada finalidad, no investiga el para qué del sufrimiento que la pena representa.

del sentimiento de la venganza, y, a continuación, añade que no puede provocar repugnancia el que los hombres hayan sido conducidos por una culpable y feroz pasión a un acto reconocido hoy como ejercicio de la Justicia (2). Y GRISPIGNI, más claramente, al hablar del fundamento de la pena, expresa que en cuanto a su origen psico-social, esto es, a las causas que determinan la existencia de la misma, esa proviene ante todo de la necesidad instintiva de vengarse de las ofensas, que no es más que una forma de defensa. Necesidad común tanto a todo individuo (venganza privada) cuanto a aquellos que están unidos por vínculos de sangre (venganza familiar), como a todos los componentes del grupo social (venganza social). Además, surge del poder de corrección que el jefe de familia y el grupo gentilicio ejercita sobre sus consanguíneos y, en fin, deriva del poder que el jefe militar y religioso ostenta sobre todos los coasociados. Todas estas causas concurren conjuntamente y es unilateral toda explicación que se refiera a una sola de ellas" (3).

En la misma opinión, o sea, en reconocer como origen de la pena la venganza, se hallan los más preclaros maestros actuales del Derecho Penal, como, por ejemplo, PETROCELLI (4), MAGGIORE (5), DEL ROSAL (6), MEZGER (7) y el mismo MAURACH (8); y si pudiéramos remontarnos todavía a la época romana oíríamos a ULPIANO definirla como "noxae vindicta" (9).

En efecto, la venganza no es otra cosa que una reacción diferida frente a la agresión o al daño sufrido. Es ley del mundo físico que a toda acción siga una reacción en sentido contrario. Si se cree que el protoplasma irritado reacciona —como dijo Alimena (10)—, si se cree que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar; si se cree que el hombre ofendido tiende, también instintivamente, a reaccionar, no puede menos de pensarse que la primera forma y la primera justificación de aquella función que hoy llamamos justicia penal debe haber sido, necesariamente, la venganza. El salvaje maltrata a la flecha que le hirió o al río que vuelca su canoa, y el niño pega al árbol con que tropezó o a la piedra que fue causa de su caída. Es Jerjes mandando azotar al Helesponto por el naufragio de sus naves, o Pascual Duarte apuñalando a la yegua que tiró a su esposa provocándole el aborto.

(2) *Programa del Corso di Diritto Criminale*. Trad. esp. de la II edic. trad. de Soler y Núñez. Buenos Aires, 1944.

(3) *Diritto Penale Italiano*. Vol. I. Milano, 1950.

(4) *La Funzione della Pena*, in *Saggi di Diritto Penale*. Padova, 1952.

(5) *Diritto Penale*. Vol. I. Tomo 2.º Bologna, 1949.

(6) *Derecho Penal Español*. Vol. II. Madrid, 1960.

(7) *Strafrech Ein Studienbuch*. Trad. esp. de Conrado A. Finzi. Buenos Aires, 1958.

(8) *Deutsches Strafrecht*. Parág. 7. Traduc. esp. de Córdoba Roda. Barcelona, s. f.

(9) L. 131 D de Verb. sign.

(10) *Principii di Diritto Penale*. Trad. esp. de Cuello Calón. Vol. I. Madrid, 1915.

Esta reacción es loca, inmediata y sin medida, porque es casi siempre un acto reflejo. La reacción sigue inmediatamente a la acción, sin espera ni reflexión, y el autor del daño sufre instantáneamente las consecuencias de haberlo producido. En el ser humano, sin embargo, cabe la posibilidad de que la reacción colérica, manifestación de lo que Pende denomina instinto de la ofensa-defensa, pueda ser diferida; entre la ofensa y la reacción, el hombre puede introducir el hiato de la reflexión y reaccionar tardíamente o inhibir la respuesta, cuando no la estime conveniente, o cuando la considere perjudicial; y es esa reflexión la que crea la reacción diferida en que consiste la venganza. Pero, al mismo tiempo, esta demora permite al hombre dejar "enfriar" su cólera y actuar más serenamente escogiendo y modulando la respuesta. Posiblemente, tal manera de reaccionar es, muchas veces y en gran parte, caracterológica, como han puesto de relieve las investigaciones del psiquiatra austriaco O. Gross (11), quien, en 1902, descubrió una llamada "función secundaria" de las células cerebrales, a la que se debería la intensidad y durabilidad o persistencia de las afecciones o emociones, facilitando, en aquellas personas en que fuera predominante, la perseveración del psiquismo en la dirección del tema afectivo planteado y, por tanto, la facilidad de engendrar el odio y los deseos de venganza; descubrimiento que fue utilizado posteriormente por los psicólogos holandeses Heymans y Wiersma para estructurar una tipología de los temperamentos (12).

Otros psicólogos han hablado, a este respecto, de una incapacidad de derivación de los problemas afectivos que padecerían algunas personas; o también de un factor de perseveración específico, poseído en mayor grado por los temperamentos vengativos. Esta manera de ser supondría una exaltación del elemento instintivo, que buscaría, como ha dicho muy bien Nagler (13), su satisfacción y descarga o detumescencia en la venganza y, sustitutivamente, en la aplicación de la pena, con lo que ambas vendrían a tener un mismo origen. Por ello estimamos que si la venganza es devolución o intercambio de un mal por otro, un daño infligido en retorsión a otros daños sufridos, es evidente que la pena que obra en sustitución de la venganza tendrá que ser asimismo un mal para satisfacer los instintos del ofendido y de sociedad que la solicitan. Como escribió Pessina, la pena debe ser productora de un sufrimiento, de un dolor; debe consistir en un "pati

(11) *Die Secundarie Funktion*. Conv. Internacional de Psicología de Genève, 1909.

(12) Relación al 2.º Congreso Internacional de Psicología Experimental de Londres. Véase el rapport de este Congreso editado por Williams & Morgate. Londres, 1892. Según Gross, esta función secundaria dependería de la lentitud de la célula nerviosa en recuperar su energía, después de una descarga afectiva. Heymans limitó su estudio al aspecto psicológico de lo que llamó las representaciones, tratando de precisar en los diversos tipos de estados afectivos el tiempo que los mismos se mantenían presentes en la consciencia central del individuo explorado.

(13) *Die Strafe*. Leipzig, 1917.

quidam" para que la Justicia quede satisfecha (14); porque la retribución real o simbólica, material o psíquica, moral o jurídica, la devolución del mal por el mal, es, en definitiva, expresión de la justicia que ordena retribuir a cada uno según sus obras. No debe olvidarse, a este respecto, que Némesis, la Diosa de la Venganza, lo fue también y durante largo tiempo de la Justicia represiva, y Santo Tomás distingue entre la venganza personal, odiosa y la represión justa, que es beneficiosa. Por tanto, no es cierto, como se afirma por algunos autores (15), que la concepción escolástica y el pensamiento cristiano condenen, del modo más absoluto, el espíritu de venganza, negación de la justicia y de la caridad, sino que, por el contrario, muchos Padres de la Iglesia, entre los que destaca San Agustín, y algunos escritores católicos —entre los que hay que citar a Dante— mencionan en sus obras la venganza Divina, y la Iglesia, al establecer sus penas, ha hecho una categoría con las denominadas vindicativas (16).

Indudablemente, la pena ha sido primero manifestación o expresión del instinto concupiscible del hombre, que solo, posteriormente, pudo ser domado por la razón que lo transforma de desordenado en ordenado, y de extremadamente subjetivo en eminentemente objetivo. Quizá a ello cooperase, de manera definitiva, el fenómeno fisiológico de la teleencefalización, por el que fueron transferidos a la corteza cerebral consciente los controles de los centros instintivos radicados en el diencefalo, sustituyendo el actuar instintivo por reacciones sociales preordenadas —como pone de relieve Petrocelli—, quien hace observar que sólo en este sentido de objetivación y racionalización puede hablarse del desenvolvimiento histórico de la pena como una lucha contra la venganza.

Von Monakow y Morgue (17) afirman que la venganza pertenece a la categoría de esas numerosas tendencias fundamentales, nacidas de un arqueopsiquismo oscuro, contra las cuales vienen progresivamente dirigidas las prohibiciones, las censuras familiares y sociales generadoras de un neopsiquismo en el que predominan las nociones

(14) *Elementi de D. P.* Traduc. española de Glez. del Castillo, con notas de Aramburu y Cuello Calón. Cuarta edic. Madrid, 1936.

(15) Así, por ejemplo, el eminente penalista G. BETTIOL, en *Aspetti ético-politici della pena retributiva*, in *Jus*. Año 1941. Fasc. I; y en *Scritti Giuridici*. Tomo I. Padova, 1966.

(16) Las penas vindicativas para la Iglesia son aquellas que están ordenadas directamente a la expiación del delito, independientemente del resultado que produzcan en el reo: si bien —dice Amor Ruibal— de un modo implícito se incluyen en ellas la corrección y ejemplaridad que el legislador debe desear (*D. P. de la Iglesia Católica*. Tomo II. Madrid, s. f.). Santo Tomás afirma que lo que es necesario para la consecución del bien no puede ser malo, por ser, diciendo: "Yllud quod est necessarium ad conservationem boni, non potest esse secundum se malum. Ad conservationem autem concordiae inter omnes necessarium est quod poenas malis inflingantur. Punire igitur malos non est secundum se malum."

(17) VON MONAKOW Y MORGUE, *Introduction biologique à l'étude de la Neurologie et de la Psychopathologie*. Edit. Alcan. París, 1922.

claras de orientación y de causalidad. Concordantemente con ello, el agudo criminólogo Etienne De Greeff (18) enseñaba que el sentimiento de la justicia está intrínsecamente ligado al instinto y se halla presente en todos los hombres, apareciendo en cada uno de ellos como una cosa natural e innata. A este sentimiento en estado bruto se opone la virtud de la justicia, que supone un trabajo clarificado por la inteligencia a partir de aquel sentimiento no evolucionado por medio de una depuración progresiva y una valoración influida por la simpatía hacia el prójimo en su personalidad conjunta, considerada como una realidad concreta y no como una abstracción.

El sentimiento individual quedaría así perfectamente explicado por la sublimación del instinto de venganza, pero sucede que, como resulta notorio, al lado del sentimiento individual de dolor por la ofensa, existe un sentimiento colectivo o social de reprobación por el hecho que, como dice Petrocelli (19), reclama para el bien el premio y para el mal el castigo.

Es así, dice el ilustre penalista, como el Derecho penal viene llamado a satisfacer la exigencia moral de la justicia, en cuanto esta deviene una necesidad, una exigencia, esto es, un interés social, un interés de cohesión del orden social que, de otra manera, no serían mantenidos: un interés que el Derecho no crea, sino que encuentra ya formado y al cual dirige su disciplina y sus sanciones.

Pero la eclosión de este sentimiento tiene asimismo, y a nuestro juicio, unas raíces más profundas que penetran en el terreno metafísico de la moralidad o santidad de la pena (20). Esta sacralidad de la pena debió de surgir cuando algún jefe de clan o de tribu, consciente o inconscientemente, tuvo la ocurrencia de atribuir las prescripciones morales formadas por las costumbres de los antepasados a la divinidad que podría castigar la desobediencia infligiendo graves males a su infractor. Surgió así una moral cerrada (como la llamaría después Bergson), sancionada sobrenaturalmente, pero, al mismo tiempo, materialmente, en razón a que la solidaridad del grupo, tan agudamente estudiada por Glotz, convierte a éste en una congregación de culto, y como el individuo sólo a través de aquél entra en relación con la divinidad, de ahí se sigue que la tribu o el clan, por el pecado individual, dejan de ser un todo justo y se hacen acredores al castigo colectivo, incluso en sus miembros inocentes, por lo que el grupo, para demostrar a la divinidad que no se solidariza con el infractor y aplacar de esta manera su cólera, se vuelve contra el culpable para matarlo, castigarlo o expulsarlo de su seno declarándole Sacer en una especie de "noxae deductio" a los dioses, que constituye el fundamento de la "sacratio capitis" romana, del "atimos" griego, del "friedlo sigkeit" germánico y de la "excomuni6n" cat6lica. Que ello ha debido de suce-

(18) *Introduction à la Criminologie*. Bruxelles, 1946

(19) *La funzione della Pena. Saggi di Diritti Penale*. 1952.

(20) No debe olvidarse que la pena es una sanción, denominación que viene de Sanctio, que es también la raíz etimológica de Santo y Santidad.

der así lo ponen de manifiesto no sólo las investigaciones de los historiadores que han escrutado el pasado de los pueblos europeos, sino también los estudios de los modernos etnólogos que estudian los pueblos salvajes contemporáneos. A tal respecto, Frazer (21) afirma que, en determinados pueblos, el infractor que ha omitido purificarse es una fuente de desgracias para el grupo entero, y de ahí que se le obligue a la expiación o a la penitencia, y Levy-Bruhl (22), uno de los más agudos observadores de la mentalidad y costumbres de los pueblos primitivos, escribe sobre este particular: "El respeto a las interdicciones del tabú es una de las condiciones esenciales de vida. La función del jefe es impedir que tales interdicciones sean violadas y, cuando han tenido lugar, hacerlas expiar por medio de ceremonias apropiadas... cuando la solidaridad del grupo es tal que uno de sus miembros puede poner a los demás en la imposibilidad de vivir, provocando un desorden, ningún crimen será más grave que la violación de tales interdicciones, que rompen las participaciones místicas de las que depende el bienestar común."

De aquí el deber que afecta a cada uno de asegurarse de que su vecino respeta la Ley y delatarlo a las autoridades en caso de infracción, porque, como dicen los naturales del Congo, "con tal conducta un solo hombre puede acarrear la maldición de cien hombres" y de ahí también que ni el sacerdote ni el rey puedan dejar de aplicar la sanción, puesto que su cometido es precisamente el vigilar que los tabús y la Ley sean respetados para que el orden de las cosas y el bienestar del grupo no resulten perjudicados (23).

Ahora bien, la sanción por la violación del tabú, es decir, lo que nosotros llamaríamos la pena, no queda al arbitrio del mago o del jefe, sino que viene determinada, a su vez, por las costumbres tribales, no pudiéndose aplicar otra pena que la ritual y del modo prescrito para aquella específica infracción, en un principio simbólico-talional que modera y racionaliza la retribución y el castigo por la simpatía y compasión inconscientes despertadas por el culpable. Por otra parte, la reprobación social expresada por la pena fortalece las convicciones morales del grupo y fija, solidariamente, lo que está

(21) SIR JAMES FRAZER, *Psyche's Task*. London, 1909.

(22) LUCIEN LEVY BRUHL, *La Mentalité Primitive*. París, 1922.

(23) Según los salvajes, un acto es tabú cuando no puede realizarse sin comprometer ese orden universal que es, a la vez, el de la naturaleza y el de la sociedad. Cada transgresión trastorna ese orden por completo: La tierra corre el peligro de no producir más cosechas, el ganado de quedar estéril, los astros de interrumpir su curso, la muerte y la enfermedad de asolar el país. El culpable no sólo arriesga su propia persona, sino que el trastorno introducido por él en el mundo se extiende como una mancha de aceite y, poco a poco, destruiría el Universo, si no perdiera virulencia a medida que se difunde y, sobre todo, si no se hubieran previsto y puesto en vigor inmediatamente medidas encaminadas a limitarlo o repararlo. Los tabús son introducidos por la fórmula "ou themis", que señala la no conformidad del acto prohibido con las prescripciones sagradas que mantienen el mundo dentro de la norma y de la estabilidad. (ROGER CAILLOIS, *L'homme et l' sacré*. París, 1939)

bien y lo que está mal, generando el sentimiento de lo justo y de lo injusto, que se integra en lo que DURKHEIM (24) denomina conciencia colectiva, constituida por el conjunto de creencias y sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad, formando un sistema de similitudes que tiene su vida propia y que fundamentaría la venganza social por el acto criminal, que según el referido autor sería aquél que ofendiese ciertos sentimientos colectivos dotados de una energía y claridad particulares y existentes para un mismo grupo en todas las conciencias individuales, con el grado de fuerza necesario para contener los sentimientos contrarios.

Así, al sentimiento social de ver quebrantadas las leyes y las costumbres comunes, va unido el malestar del individuo, perteneciente a la masa, al ver realizado algo que él no se atrevió a ejecutar nunca, poniendo en peligro, por el mal ejemplo, el equilibrio, más o menos estable, entre sus inhibiciones y sus instintos hasta ahora frenados y sojuzgados (25).

Posteriormente, al asumir el Estado el monopolio del poder punitivo, suprimiendo la composición y la venganza privadas, queda obligado éste, en virtud de tal sustitución, a hacer justicia y a conservar la naturaleza retributiva de la composición a la que ha sustituido por la pena. Al fundarse en la composición, que es la retribución, la pena tiene que ser, asimismo y ontológicamente, retributiva, aunque esta retribución no sea más que una venganza objetivada, proporcionada, simbolizada y espiritualizada:

Objetivada, porque quien aplica la pena ya no es el propio ofendido, que naturalmente siempre tendría tendencia a sobrevalorar la ofensa, sino el Órgano Jurisdiccional adecuado.

Proporcionada, porque primero la Ley del Tali6n y las penas-espejo, y luego la Ley, tratan de acomodarla a la ofensa, pues el sentimiento de justicia hace comprender que el exceso en la reacci6n es un nuevo delito.

Simbolizada, porque ya no se retribuye con un mal de la misma

(24) DURKHEIM, *De la division du travail social*. París, 1933, y también *Les regles de la methode sociologique*. 15 edic. París, 1963.

(25) Los psicoanalistas ALEXANDER y STAUB, en su conocido libro "El delincuente y sus jueces bajo el punto de vista psico-analítico" (según la traducción esp. de W. GOLDSCHMIDT y V. CONDE, Madrid, 1935), estiman que cuando un malhechor escapa a una pena merecida, cada miembro de la sociedad quedaría afectado por ver hacer a otro, impunemente, lo que a él le está prohibido. El individuo se diría a sí mismo: "Si no se castiga al criminal por no haber renunciado a sus instintos, ¿por qué voy a renunciar yo a los míos?". Esta simple comprobación psicológica nos descubre un móvil esencial expiatorio de la sociedad, que, expresado en lenguaje psico-analítico, puede formularse así: "La impunidad de un malhechor significa una amenaza para las inhibiciones individuales..., el principio de la expiación es aquella función con que el sentimiento de justicia robustece la renuncia a los instintos frente a su persecución amenazadora".

naturaleza que el sufrido, sino con otro que lo representa simbólicamente.

Espiritualizada, porque persigue un sufrimiento moral del delincuente que le haga comprender lo injusto de su obrar y le ponga en el camino de su corrección.

Todo lo que, sin embargo, no basta a eliminar —como dice sabiamente PETROCELLI (26)— la originaria esencia de instintiva necesidad humana, que es propia de la defensa y de la venganza.

3. Frente a estas teorías, estrictamente jurídicas y morales, surgen otras que tratan de poner o colocar el fundamento de la pena en la defensa social, pero, no por medio de la retribución —como quería Carrara—, sino aplicando la pena aún sin necesidad de un acto dañoso o delito previo, sólo y con el único fin de que no se delinca (*ne peccetur*).

Según la esencia de estas teorías, propugnadas, más que por nadie, por los autores de la Escuela Positivista, la pena se aplicaría al reo sin tener en cuenta su culpabilidad, sino solamente su peligrosidad o probabilidad de cometer delitos, la que vendría deducida de datos antropológicos, sociológicos o estadísticos sobre la delincuencia, sin consideración a otros móviles que no fueran los de prevención y supresión de los delitos.

Para estos autores, el delito no es más que un síntoma de la peligrosidad del delincuente, que tiene una mayor o menor gravedad según envuelva o no la probabilidad de su repetición. La pena no debe ser una retribución cuantitativa y previamente fijada de retorsión, en función del hecho, sino de duración indeterminada, que se prolongará hasta que cese la peligrosidad de éste, con el fin de evitar la reincidencia y el peligro que significa para la sociedad. De esta manera, un delito considerado leve puede ser seguido de una sanción muy grave, o de duración indeterminada, si el reo demostrase una intensa o persistente capacidad criminal.

La defensa social se realizaría así no sólo contra los imputables, sino incluso, y con mayor razón, contra los inimputables, puesto que la Escuela Positiva, como es sabido, niega el principio de la responsabilidad moral y el libre arbitrio, propugnando la adopción de medios idóneos para combatir la peligrosidad del delincuente, como son las medidas de custodia, de reeducación social e incluso de eliminación, cuando las primeras no fueran posibles. Como instrumento primordial de la teoría de la defensa, se ha venido postulando, hasta tener entrada en la mayoría de los Códigos penales modernos, la adopción de las medidas llamadas de seguridad, que presentan con la pena determinadas diferencias, entre las que son más destacables las siguientes: 1) Las penas miran al pasado y las medidas de seguridad al futuro. 2) Las penas se imponen por el acto delictivo cometido y en proporción a su gravedad, mientras que las medidas de seguridad se aplican

(26) *Ob. cit.*

para evitar que se cometan nuevos hechos dañosos o peligrosos. 3) Las penas retribuyen en razón a la imputabilidad y culpabilidad del sujeto, mientras que las medidas de seguridad lo hacen en relación a la peligrosidad de éste. 4) La aplicación de las penas, como medida jurídica, corresponde únicamente a los Tribunales de Justicia, mientras que la aplicación de las medidas de seguridad puede hacerse también por las autoridades administrativas. Estas y otras diferencias, que distinguidos penalistas han puesto de relieve, no han impedido que, empujadas por los vientos que corren, tales medidas vengán desarrollándose paralelamente a las penas clásicas en un sistema llamado por los italianos "doppio binario". Ciertamente que, en muchos supuestos —y es justo confesarlo—, las denominadas penas se han revelado incapaces de cortar el notable aumento de criminalidad, bien por lo limitado de sus variedades, hoy casi reducidas a las penas privativas de libertad; bien por las deficiencias rutinarias observadas en su aplicación, efectuada en muchos países por un personal penitenciario mal retribuido y poco o nada especializado, y quizá también por lo inadecuado de los reglamentos de Prisiones y de los edificios carcelarios. Pero, se deba a éstos u otros factores, la realidad es que, en la práctica, el sistema dualista (pena-medida de seguridad) ha prosperado extraordinariamente, no sólo en las Leyes —como ya hemos dicho—, sino en la doctrina penal contemporánea, llegándose por muchos penalistas a solicitarse una fusión más íntima de ambas en una sanción unitaria que alguien ha propuesto denominar "pena de seguridad".

Sin embargo, nos parece que valdría la pena que nos parásemos a considerar si existen razones suficientes para acoger esta creciente moda, examinando dos cuestiones tan fundamentales, con respecto a tales medidas, como son las de su justicia y su necesidad. Para este estudio —que no queremos hacer aquí demasiado amplio, porque desbordaría nuestros propósitos de hoy—, sería conveniente poner de relieve la distinción entre las medidas llamadas antedelictuales y aquellas otras consideradas como postdelictuales, diferenciación generalmente olvidada por los autores que tratan el tema, quienes, en su mayoría, bajo la designación de medidas de seguridad, suelen referirse únicamente a las postdelictuales, o sea, a las aplicadas al delincuente después de cometido el delito no en razón a la gravedad de éste, sino como consecuencia de que el delincuente, al realizar el hecho punible, revela su proclividad a cometer otros nuevos; sin tener generalmente en cuenta las medidas predelictuales que se imponen a un sujeto antes de que éste haya infringido el Código penal, en razón a una supuesta peligrosidad social, indiciada, generalmente, de la índole de su forma de vida o de sus ocupaciones. Y queremos hacer esta diferenciación porque pretendemos calificar a unas de injustas y a otras de innecesarias: Injustas, las predelictuales, porque si la pena es retributiva, si se castiga por lo que se ha hecho y en razón a la culpabilidad del acto, y la sociedad exige que el individuo sancionado haya actuado voluntaria y culpablemente, el imponer un castigo a quien todavía no

ha llegado a quebrantar con su conducta una norma penal; que puede haber actuado de una manera inmoral o antisocial, pero todavía no criminal, es quebrantar el pacto social y la seguridad jurídica de una manera patente. Para ser criminal o delincuente es necesario ejecutar, con sanidad y madurez mental y libremente, completa o incompletamente, un acto descrito y penado por la Ley, y mientras ello no ocurra, el Estado abusará de su poder si sanciona tales hechos. El delito no es infracción de la moral, ni de unas normas consuetudinarias de vida, consagradas por la tradición, sino del *minimum del minimum ético*, como quería Manzini, y reprueba solamente aquellas acciones intolerables para la convivencia social que el legislador ha descrito y declarado como tales en la legislación penal. Castigar por peligrosidad, y no por culpabilidad, significa quebrantar el necesario principio, acogido unánimemente en nuestro estadio de cultura jurídica que reza “ninguna pena sin culpabilidad” o, por lo menos, sustituir intolerablemente, en la base de la sanción, la culpabilidad por el acto, por la culpabilidad de carácter o por la culpabilidad en la dirección de la vida, direcciones ya desairadas por la doctrina. En este sentido, Quintano no duda en afirmar, en su citado estudio, que “La pena sin culpa es pura barbarie, y la culpa sin pena, peligroso y anarquizante utopismo”.

Se nos argumentará que la mayor parte de los Códigos sostienen también el principio de legalidad para las medidas de seguridad, lo que, evidentemente, es cierto, pero pensamos que las tipificaciones de caracteres o de peligrosidades asumen, por regla general, un matiz equívoco por excesivamente subjetivo, suministrando descripciones demasiado amplias y abstractas de las situaciones sociales a las que quieren que alcance la represión y, por lo tanto, son más factibles de amplias e intencionales interpretaciones, sobre todo teniendo en cuenta que, en muchos países, tales medidas no son ni siquiera aplicadas por la Autoridad Judicial, sino por una Administración más o menos politizada.

Por otra parte, el Estado, al dar normas obligatorias de vida a sus ciudadanos, se entromete en la esfera íntima de éstos y les obliga a vivir de una determinada manera, privándoles de su libertad de elección y tratando de hacerlos virtuosos por Decreto. Con tales prescripciones, existe incluso el peligro de que el Estado pueda enseñorearse de las mentes de los súbditos, “amaestrándolos” en unos determinados principios político-morales, que irían muchas veces incluso contra sus naturales derechos, que es en lo que, en definitiva, vienen a consistir los célebres “lavados de cerebro”, creando así una mística política que sustituiría a la mística religiosa y que tendría por resultado una nueva sacralización del poder.

Pero, además, los partidarios del dualismo muestran una gravísima inconsecuencia al montar, de un lado, las penas retributivas sobre los sólidos soportes del libre albedrío y la culpabilidad, mientras que, de otro, parecen no creer en ellos, al estimar que a todo individuo que

vive o actúa de cierta manera, o cultiva determinados vicios, le será imposible librarse de caer en el delito, o dicho en otras palabras, que la peligrosidad sin la intervención de la medida desembocará forzosamente en el crimen.

La más moderna y autorizada doctrina viene afirmando reiteradamente que la pena debe ser, en su esencia, retribución por la culpabilidad (*Schuldstrafe*) y ésta debe constituir, según MEZGER, el criterio rector determinante de su medida; en tal sentido, el Proyecto del Código penal alemán, por decisión unánime del Gran Consejo, inició el parágrafo 2.º destinado a la pena (hoy art. 60), afirmando que: "El fundamento de la medida de la pena es la culpabilidad del autor", y el Profesor Jeschek sostiene que la lógica consecuencia del principio de la culpabilidad es la pena retributiva, en oposición a la pena puramente preventiva, o a las medidas de seguridad axiológicamente neutras (26). Sin embargo, MARINO BARBERO, en su exposición de dicha reforma (27), pone agudamente de manifiesto que, no obstante la formulación del anterior principio, la consideración de particulares fines de la pena puede conducir a un aumento o disminución de ésta, mientras que la sola peligrosidad no culpable del sujeto no puede determinar tal aumento. El proyecto —sigue diciendo el Prof. MARINO— no exige, sin embargo, ni podría exigir, una correspondencia precisa entre gravedad de la culpabilidad y de la pena, limitándose a expresar que la gravedad de la culpabilidad debe ser simplemente el fundamento de la cantidad de la pena; por lo que su exceso, con respecto a la culpabilidad —ha dicho el Prof. BOCKELMAN (28)— constituye una pena sin culpabilidad; opinión que también ha sido sostenida por el Prof. MAURACH en reciente conferencia (12 de abril) dada en la Universidad de Madrid.

Por lo que respecta a la llamada defensa social, sería conveniente poner de relieve que, como se ha dicho muchas veces, defenderse no es igual que vengarse. La Sociedad, a semejanza de lo que ocurre con el individuo, no puede defenderse antes de ser atacada, y el riesgo de que la tutela jurídica no pueda ser actuada tempestivamente para cortar la agresión es un precio que hay que pagar por el uso de la libertad. En todo caso, tal peligro puede ser disminuido mejor, y más económicamente, que con las medidas de seguridad, con la existencia de una política eficiente y bien organizada, respaldada por la seriedad y severidad de las penas impuestas por razón de delito.

Asimismo creemos que las llamadas medidas post-delictuales son *innecesarias* y que podrían ser suprimidas sin mayores daños, ya que todos los fines alcanzables por medio de ellas se conseguirían aún sin

(26) *Das Menschenbild unserer Zeit und Strafrech Reform*. Tubinga, 1957; y también en "El Proyecto del Nuevo Código penal alemán". Anuario Derecho penal. Madrid, 1962.

(27) La Reforma del Códice Penale Germánico en la Scuola Positiva. 1961. Fase 2.

(28) Citd. por BARBERO SANTOS en "La Reforma del C. P. G."

su existencia, aumentando el arsenal de las penas y modificando éstas en su ejecución, como veremos luego. En efecto, tanto la prevención especial como la reeducación o resocialización del delincuente pueden ser logradas también a través de las penas, sin los graves inconvenientes que supone la aplicación de aquéllas en los casos en que el individuo, después de haber pagado "su deuda" con la sociedad, después que ha sido retribuida su falta, después que sobre él ha operado la justicia conmutativa, se encuentra con un "plus" de pena que excede su culpabilidad y que puede considerar injusta por no haber hecho nada que la mereciera. La aplicación conjunta de pena y de medida se halla por ello actualmente muy desacreditada, hasta el punto de que en el Sexto Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en el año 1953, se hizo la recomendación de que en las futuras Legislaciones penales de los Estados participantes, se evite, en cuanto sea posible, la adición a la pena de una medida de seguridad, no sometiendo así al sujeto a diversos y sucesivos tratamientos, sino estableciendo, desde el primer momento, un tratamiento único, adecuado a la naturaleza de los delincuentes; y la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria había señalado ya dos años antes (1951) la conveniencia de renunciar a la acumulación de pena y medida de seguridad, con respecto al mismo individuo (29).

Otro de los graves inconvenientes puestos de manifiesto por la Doctrina, ha sido la indeterminación de las medidas de seguridad, lo que supone la creación de verdaderas "lettres de cachet", dejadas en manos del personal penitenciario; así como el hecho de que la medida de seguridad postdelictual se cumpla, por regla general, en el mismo Establecimiento prisional en que se ha cumplido la pena.

En otra dirección se ha argumentado por algunos autores que las medidas post-delictuales tendrían su campo de aplicación propio frente a los delincuentes locos o anormales, pero para sostener esta doctrina hay que olvidar que, en realidad, los enfermos mentales caen fuera de la esfera de acción del Derecho penal, pues al faltar su libre albedrío es notorio que no pueden ser destinatarios de la norma, por exclusión expresa contenida en la misma que, generalmente en forma

(29) El Prof. NOVULONE, en su relación al II Convenio de Derecho penal de Bressanone, Padova, 1963, expone que algunos sistemas, entre ellos el italiano, prevén, sin embargo, la posibilidad de que a algunos de los condenados les sea aplicada, además de la pena, una medida de seguridad, medida que, por su naturaleza, cumpliendo funciones de prevención especial, tiene como principal finalidad la reeducación del delincuente. Se trata —como es notorio— de menores inimputables, de semi-imputables peligrosos, de delincuentes habituales, profesionales o por tendencia. A nuestro parecer, el sistema de adición aritmética de la medida (aplicada hace ya muchos años, después del hecho y después del juicio) es un sistema irracional y contrario a todo sano criterio reeducativo, porque no tiene en cuenta la personalidad del individuo en el momento en que la pena ha sido cumplida y debe iniciar la ejecución de la medida de seguridad. La adición de una medida indeterminada en el tiempo, después que ha sido satisfecho el delito penal, crea (en el reo) un sentimiento de rebelión que no favorece su readaptación social.

positiva o negativa, precisa en su texto a quienes se dirige y, por lo tanto, el Juez, en cuanto compruebe la inimputabilidad del sujeto, deberá declararlo excluido del régimen penal, y por ello las sanciones que le sean aplicables no serán, ni podrán denominarse, penas. Las medidas tomadas contra los anormales, al igual que las tomadas frente a los animales —salvando en el ejemplo, naturalmente, la dignidad de la persona humana—, son, efectivamente, medios de defensa social, pero nada tienen que ver con el Derecho penal, sino con el Derecho Administrativo. La retribución, la reafirmación del Derecho sólo se realiza frente a quien actúa quebrantándolo intencional y libremente, frente al que obra antijurídicamente y el enajenado o el anormal no pueden actuar en tal forma porque la Ley no les otorga legitimación para ello; no desobedece quien quiere desobedecer, sino quien puede. Medidas de defensa contra los anormales, sí, pero no penales; los incapaces no caen dentro del ámbito del Derecho penal aunque puedan y deban ser objeto de medidas administrativas, de prevención y de custodia.

Y, para concluir, resulta también obvio que el criterio de la defensa destruye la exigencia individual y social de la venganza transformada en retribución. El ofendido se sentirá más satisfecho con que *se castigue* al delincuente que *con que se le cure o se le trate* y con ello se arruinará, además, el efecto o fin de la prevención general, que es quizá uno de los más importantes de la pena. Si la peligrosidad es un status que ha de determinar el juzgador o el oficial penitenciario, en base a fórmulas no precisas o a conceptos médicos nadie podrá estar seguro de que el autor se halla dentro de tal círculo o de sí, aun hallándose, le será aplicada la medida. Se nos dirá, en cambio, que se otorga un mayor juego al principio de la prevención especial, lo que resulta cierto y no intentaremos ni siquiera combatir el argumento, porque pretendemos demostrar, más adelante, que para lograr tal efecto no resulta preciso en manera alguna sustituir las llamadas penas clásicas con las medidas de seguridad, sino que, por el contrario, los fines de prevención general y prevención especial tienen más perfecto encaje con el sistema penal clásico, a condición de que éste sea convenientemente modernizado.

En base a estas razones u otras análogas, BETTIOL ha afirmado que en el ámbito de una concepción individualística, aunque no sea liberal, tales medidas no pueden, en manera alguna, justificarse, tratándose de una limitación del todo arbitraria de la libertad de un sujeto, hecha no en nombre de un principio de justicia, sino de mera utilidad. Bajo este punto de vista —sigue diciendo el distinguido maestro de Padua— las medidas de seguridad responden indudablemente a exigencias que no pueden explicarse recurriendo a criterios individualistas. El individuo no podrá jamás consentir que, en nombre de

su efectiva o presunta peligrosidad, venga privado de la libertad personal, y por ello considerado como simple medio para la consecución de fines que interesan a la mayoría”.

4. Dentro de la enmarañada selva de teorías, surgidas sobre el tema, todavía hoy resuena angustiada la voz de la Doctrina que interroga a la Sabiduría sobre cuáles son los fines o el fin de la pena. Porque el hecho de que la retribución sea su raíz y fundamento no impide, en modo alguno, que su aplicación no tenga otro objeto que devolver mal por mal. La esencia de una cosa o de una institución, su naturaleza ontológica es distinta de su teleología; la primera no puede cambiar sin que cambie la cosa en sí, convirtiéndose en otra diferente, pero, en cambio, sí pueden variar los distintos fines o cometidos que con ella pueden conseguirse o para los que puede ser utilizada, permaneciendo, sin embargo, aquélla inalterada en su identidad.

Pero ello, que ya fue intuido por PESSINA (31) con referencia a la pena al afirmar que la teoría de la retribución es la doctrina de la justicia y que la consecuencia útil de la pena no puede confundirse con su fundamento, aparece admirablemente desarrollado por nuestro SILVELA (32), quien pone de relieve como las teorías absolutas se quedaron a medio camino, cuando deteniéndose en la contemplación de la verdad retributiva afirmaron que el Estado, al castigar, no debía proponerse otra cosa que producir y expresar la idea retributiva con hechos sensibles. De este concepto incompleto —y, por consiguientemente falso,— nació la teoría de que la pena no tiene fin alguno que llenar, ni en cuanto a la sociedad, ni en cuanto al culpable y que debía imponerse, no para alcanzar ventaja alguna, ni con ningún propósito o fin ulterior, sino por la sola razón de haber delinquido, esto es, para expiar el delito. Pero, a poco que se medite —sigue diciendo SILVELA— habrá de comprenderse cuán opuesto a la razón es este modo de discurrir. En efecto, no obrará de modo racional quien no justifique su conducta por un *por qué* o razón suficiente, y, al propio tiempo, por un *para qué* o un fin que se intenta alcanzar como término de la actividad voluntaria. Si muchas veces las cosas se confunden es que la segunda está tan determinada por la primera que apenas se distinguen. Pero tan absurdo sería el obrar sin motivo ni razón como, teniéndolo, hacerlo sin fin o sin propósito alguno. O como expresa insuperablemente el Prof. DEL ROSAL (33). La Pena, como cualquier otra institución jurídico-penal, se entiende en sede de un *porque* (fundamento) y de un *para qué*, que no es otra cosa sino el *telos* de este saber.

(31) Dello svolgimento storico della doctrina dell'espiazione como fundamento del Diritto penale, opuscoli di Diritti penale. Napoli, 1874.

(32) El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Tomo I. Madrid, 1874.

(33) Derecho penal español. Vol. II. Madrid, 1960.

PETROCELLI (34), por su parte, trata de poner de manifiesto que la retribución no es el fin, sino el carácter, el modo de ser de la pena, y rechazando una opinión de V. HIPPEL, afirma que el fin de una cosa está siempre fuera de ella y que, si está fuera, no puede constituir su esencia. Luego si la retribución es el carácter, el modo de ser de la pena no puede ser al mismo tiempo fin... el fin, para toda actividad humana, va siempre investigado en relación a la exigencia que lo mueve, que está al lado de afuera de la actividad misma. Así, la madre que castiga a su hijo por haber robado un trozo de pastel, es evidente que le castiga por haber realizado tal hecho (principio retributivo), pero lo hace con el fin de educarle para que no lo repita. La idea de que la retribución es el único fundamento y fin de la pena, constituye, sin duda alguna, una etapa de verdadera exasperación del principio retributivo, contra el que se rebeló posteriormente la Escuela Positiva, que incurrió en el error contrario por la necesidad de reaccionar contra el sistema dominante postulando el reconocimiento del principio de la defensa como justificador absoluto de la existencia de la pena, como confiesa el mismo GRISPIGNI (35).

Pero hoy, que los combates polémicos también se han racionalizado, se reconoce casi unánimemente que la pena, además de su fundamento o razón de ser, tiene una o varias finalidades y que tales finalidades buscan, abandonando un poco los viejos cauces absolutistas, obtener del castigo una utilidad tanto para el reo como para la sociedad, aunque solamente, como veremos luego, puedan ser coordinados ambos intereses a través de la reeducación del condenado. Quintano, colocado frente a este problema, a pesar de su conocida filiación retribucionista, estimaba también que la "retribución no se agota en sí misma a modo de un estéril autovalor categórico, como pretende la pedantería kantiana, sino que más bien se desenvuelve en una perspectiva teleológica con fines mediatos e inmediatos de los cuales no quedan excluidos ni aún aquél de la prevención especial, como han puesto de relieve EBERHARD SCHMIDT en Alemania y BETTIOL en Italia, de acuerdo con los postulados del normativismo y de la Filosofía de los valores (36).

Frente a la idea de la retribución que, para nosotros, es fundamento y no fin, se abren, como las varillas de un abigarrado abanico, los diversos fines destacados por los penalistas, que éstos han intentado imponer unilateralmente y que, actualmente, han llegado a una mutua situación de compromiso en la que cada uno de ellos trata no ya de excluir a los demás, sino de aparecer en postura preponderante apoyándose en supuestos criterios de utilidad.

Sin embargo, tal criterio de utilidad, aún reconociendo que tiene un valor indudable, puesto que —como dijo San Pablo— la Ley se ha hecho para el hombre y no el hombre para la Ley, no puede prescindir

(34) La funzione della pena in *Saggi di Diritto penale*. Padova, 1952.

(35) *Corso di Diritto penale*. Milano, 1939.

(36) *Ob. cit.*

dir tampoco de aquel fundamento moral y ético de la justicia sobre el que reposa y debe asumir rango predominante, sino solamente combinarse con él para dar fuerza a un criterio justificativo de lo útil-justo, expresado por ALLEGRA (37) y apadrinado, entre nosotros, por DEL ROSAL (38). Estos dos términos de utilidad social y justicia son correlativos —aclara ALLEGRA— y se compenetran recíprocamente, por lo cual, así como la primera está limitada por la segunda, así en ésta penetran profundamente los reflejos de la utilidad, en cuanto en el medio necesariamente se proyectan las exigencias del fin... lo útil es fundamento común, sea de la actividad meramente preventiva, sea de aquella represiva. Más la actividad represiva presenta lo útil bajo una tonalidad particular, en el sentido de su rigurosa y acentuada intensidad, de límite imprescindible que el mismo investiga en el elemento ético y es este elemento cualicuantitativo, ético y económico, el que transfigura lo útil en la diversa realidad conceptual que se denomina necesidad social. Concepto que, desde el mundo económico, penetra en el de los valores, convirtiéndose en categoría moral y jurídica. Cuando ha adquirido el concepto necesidad, el elemento ético comunica su valor al elemento utilitario y lo justifica mediante la categoría retributiva. Y es la retribución (concepto conjuntamente válido, moral y jurídicamente) quien transfigura lo útil en necesidad, o sea, en un valor jurídico. Solamente manteniéndose en la forma y en el grado dentro de los límites de la necesidad, la pena es éticamente justa..., de aquí se deduce cómo la necesidad ha sido reconocida como supremo carácter de la pena. No mera utilidad, sino necesidad. Pero necesidad —repetimos— constituida por el concurso de los elementos esenciales de utilidad y ética.

Más preciso, pero en la misma línea —dice DEL ROSAL (38^{bis})— que la pena adquiere su justificación en la utilidad —utilitas— que rinde al cuerpo social. La necesidad —necesitas— igualmente de origen romano, social presta sentido y razón a la pena...; ahora bien, la pena no es sólo símbolo de la justicia o, mejor dicho, expresión de una reacción justa de la comunidad política, frente a los desacuerdos legales, previamente configurados, como delictivos, sino que, como el Derecho se da para el objeto del gobierno de la tierra, deberá ser no sólo justo, sino útil.

Esto sentado, queremos aclarar que nosotros no vamos a entrar en esa enconada contienda de la consideración preferente de los fines de la pena, porque creemos, como ya hemos indicado, que en el fondo el tema constituye una verdadera cuestión bizantina, ya que todos los que se enuncian —excepto la retribución que, para nosotros, es fundamento— caben en otro más extenso que puede subsumirlos a todos y que es el de la reeducación, readaptación o resocialización del delincuente.

(37) Fondamento, scopo e mezzo nella teoria della pena. Novara, sin fecha.

(38) Derecho penal español. Vol. II. Madrid, 1960.

(38^{bis}) *Ob. cit.*

Pero no se si ya he dicho que al Prof. Quintano no acababa de gustarle la palabra resocialización, decía que la encontraba dura y basta, por lo que prefería hablar de reeducación; en cambio, a mí sí me gusta el término, lo encuentro más exacto, más preciso y más funcional, así como más apto para emplear en Derecho penal, que aquellos otros de reeducación y readaptación. Sin embargo, y para que podamos entendernos todos, hemos venido y seguiremos empleándolas como sinónimos en el curso del presente trabajo.

Y decíamos que eliminada la retribución, mejor dicho, colocada como soporte y fundamento de la pena, nos inclinábamos porque el único fin subsistente es el de la resocialización del delincuente, aunque, como la luz al atravesar el prisma, tal finalidad se descomponga en diversos aspectos, considerados por los autores no como reflejos de este único fin, sino como otros tantos fines autónomos e independientes.

Con respecto a la reeducación, ya ROMAGNOSI (39) quiso definirla diciendo que era la dirección activa que se imprimía a las facultades de un ser viviente, para hacerle contraer ciertos hábitos y tornarlo idóneo a ciertas funciones. La educación perseguiría así —como expresa FONTAN BALESTRA (40)— el inculcar a las nuevas generaciones los usos, las costumbres, las prácticas —y los valores, añadimos nosotros— que priman en un momento dado en una determinada sociedad y que son considerados necesarios para una perfecta integración de los individuos que viven en el seno de la misma... La educación —añade— tiene por hito, como ya hemos dicho, inculcar a las nuevas generaciones las prácticas y costumbres alcanzadas hasta ese momento en la vida de relación.

Sin embargo, la palabra educación tiene para nosotros un sentido más amplio y técnico. SÁNCHEZ BUCHÓN (41) define la educación como el perfeccionamiento intencional de las facultades humanas para que el hombre consiga la perfección a que, por naturaleza y gracia, Dios le destina. Pero ya vemos que esto excede los fines de la pena. Como dice ALLEGRA (42), la justicia penal no se ocupa ni puede ocuparse sino del orden externo y de los intereses sociales. La misma no puede tener otro fin que aquél de mantener el orden y proteger estos intereses. En una palabra, socializar, es decir, imponer al hombre una aceptación de las limitaciones establecidas por la sociedad como necesarias para el logro de la vida en común. Así, el hombre educado puede ser un criminal o un inadaptado, mientras que un hombre social es lo contradictorio con el criminal, que es un anti-social. La adaptación al conjunto de todas esas y a veces invisibles prohibiciones o limitaciones, engendra un juego recíproco de acciones y reacciones entre el individuo y su sociedad y la aceptación por parte de aquél

(39) *Genesi di Diritto penale*. Prato, 1842.

(40) *Criminología y Educación*. Buenos Aires, 1943.

(41) *Curso de Pedagogía*. 20. edic. Madrid, 1965.

(42) *Ob. cit.*

de las responsabilidades que le vienen atribuidas y le competen como persona y como individuo, miembro de la colectividad en que vive, es a lo que yo llamo socialización.

El Prof. LEGAZ LACAMBRA (43) ha señalado, con insuperable tino y sabiduría, en su bello discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, “la existencia en toda sociedad de unas normas imperativas de comportamiento colectivo que actúan como factor decisivo en la homogenización de ciertas conductas, como respuestas de sentido... Tales normas constituyen un signo formal de socialización, pero al mismo tiempo socializan. Ahora bien, si la socialización constituye la realización de la condición social del hombre..., lo que le falta al insociable y al antisocial es justamente la socialización. El hombre insociable es aquél en que el proceso de socialización no ha logrado pleno desarrollo ni alcanzado su madurez, y el hombre anti-social es el sujeto en quien el proceso de socialización ha quedado no tanto frustrado como contrarrestado por el imperio de fuerzas o impulsos psicósomáticos que actúan en dirección contraria a la socializadora..., persona que opera como si el hombre no fuese un ser social, bien porque es hostil a las formas concretas de la convivencia a los usos de una comunidad determinada, bien porque reacciona agresivamente ante las exigencias de la convivencia, incluso ante las básicas y fundantes que la hacen posible en general y entonces estamos en presencia de un hombre en quien la socialización no ha dado frutos y se encuentra lastrada por tendencias desviacionistas”.

Según esta teoría, la resocialización o readaptación tendría por objeto corregir esas tendencias desviacionistas —como interpretamos nosotros— volviéndolas a traer a los cauces homogéneos, para de esta manera reinsertar al individuo en su grupo. Y esto se verificaría o podría verificarse a través de la pena, que significaría un contraestímulo —como quería ROMAGNOSI— a los instintos o tendencias antisociales o desviadas.

Pero sea cual fuere el valor de la resocialización o reeducación, es el caso de que, salvo algunos retribucionistas furibundos, casi ninguno de los autores que sostienen la retribución como fundamento de la pena, rechazan expresamente la idea de que la pena sirva y deba utilizarse para la reeducación del condenado. Podríamos citar quizás una cincuentena de nombres, pero preferimos destacar solamente algunos, entre los que se cuentan: ROSSI, CARRARA, PESSINA, ALIMENA, MEZGER, BETTIOL, PETROCELLI, y el mismo QUINTANO, que explica claramente su pensamiento en los siguientes términos: “Más dejando aparte estas cuestiones polémicas que, sin embargo, en nada aprovechan desde el momento que se proyectan en el terreno especulativo, dado que en el derecho positivo la pena conserva, más o menos explícitamente, en todo o en parte su contenido retributivo, procede considerar si este postulado resulta, o no, compatible con otras finalidades que se pretenden más prácticas; en concreto, con la reeducación

(43) Socialización. Madrid, 1964.

del condenado. En tal compatibilidad yo creo con firmeza, en cuanto el fin ideal —inmediato de castigar por haberse delinquido— *quia peccatum*, razón de ser retributiva de la pena y su función justicialista, no impide que a la misma vengan asignados otros objetivos mediatos; uno entre los más útiles y nobles es, por cierto, aquél de reeducar y resocializar a los fines de conseguir el reinsertamiento del delincuente en la vida de la comunidad. Bien se entiende, naturalmente, que, sobre el plano de las jerarquías ideales, la función retributiva debe gozar de un primado absoluto; toda otra consideración, por bella y deseable que aparezca, o que en otro terreno, efectivamente, lo sea, se pone como secundaria sobre el terreno puramente jurídico sobre el cual se imposta el problema”. Y BETTIOL (44) acepta también la reeducación y la enmienda como fin de la pena, pero no como fin primario. “Una cosa es afirmar —dice— que, a través de su modo de ser retributivo, la pena puede determinar la más alta y verdadera forma de recuperación del reo (su enmienda moral) y otra es colocar la enmienda en el eje del sistema penal aún espiritualístico, como meta final obligada del castigo, porque, aun en tales términos, vendría gravemente a atentarse al más alto bien del hombre, que es su libertad en el bien y en el mal”.

Por otra parte, el fin de la reeducación aparece recogido y mencionado en algunas de las Constituciones y Códigos penales más modernos. Así, en Italia, el artículo 27 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947 expresa que “La pena no podrá consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deberá tender a la reeducación del condenado”. El Código ruso de 1960 establece en su artículo 20 que “La pena no es solamente un castigo por una infracción cometida, sino que tiene por fin también corregir y reeducar a los condenados en un espíritu de lealtad en el trabajo, de estricta ejecución de las leyes, de respeto por las leyes y las reglas de la vida en común socialista, así como el fin de prevenir la comisión de nuevas infracciones, tanto por parte de los condenados como de otras personas. La pena no tiene por fin causar sufrimientos físicos o humillar la dignidad humana”.

En igual sentido se pronuncian los Códigos: Checoslovaco (1950), Búlgaro (1951), Yugoslavo (1951), Sueco (1962) y Etíope (1955).

En Argentina, el Reglamento de la Penitenciaría Nacional, dictado por el Poder Ejecutivo provisional, en su artículo primero, establece que la ejecución de las penas de libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado.

En Portugal, el artículo 29 de la Reforma Prisional dispone que: “La ejecución de las penas privativas de libertad se ha de realizar en forma de que conserven el necesario valor intimidativo, aunque concurrentemente se procure la readaptación social del delincuente”.

(44) Puntii fermi in tema di pena retributiva. Scritti Giuridici. Tomo II. Padova, 1966.

En Francia, la Comisión para la Reforma Penitenciaria, constituida en diciembre de 1944, adoptó un programa de 14 puntos, entre los cuales figuraba como primero el siguiente: “La pena privativa de libertad tiene por fin esencial la enmienda y la readaptación social del condenado...”.

En Alemania, el ministro Gurtner (45), artífice de la Reforma Penal del Tercer Reich, afirmó, en una conferencia pronunciada en Roma en 1939, que la ejecución de la pena tenía un contenido educativo, reconociendo como fin esencial de la pena el de la readaptación social de los detenidos enmendables que, a su parecer, son la gran mayoría. Por su parte, los penalistas Dahm y Schaffstein (46) sostuvieron también que el Estado autoritario debía elegir aquella forma de ejecución que pudiera dar los mejores resultados para la resocialización del delincuente. Posteriormente, la Gran Comisión encargada de preparar el proyecto del Nuevo Código penal alemán, en la sesión de 29 de junio de 1956, a propuesta del profesor Mezger, estableció que: “La pena debe corresponderse con la culpabilidad del delincuente y servirá para prevenir futuros delitos y para proteger la seguridad de la Comunidad y *para la reincorporación social del delincuente*”. Sin embargo, en la primera lectura del ante-proyecto, se suprimió toda mención a los fines de la pena, supresión que se mantuvo en la segunda, al redactar el artículo segundo, que pasó a formar el artículo sesenta, en el que se hace constar sucintamente que el fundamento para la medida de la pena es la culpabilidad del autor, sin ninguna otra referencia a los fines.

La reeducación o resocialización comprendería así todo aquello que pueda inducir no sólo al reo, sino también a sus coasociados a mantener sus actividades dentro de los límites marcados por la Ley. Por eso, dentro del fin de la reeducación, comprendemos no sólo la función de la pena como pedagogía de la vida social, tanto en el exterior como en el interior del condenado, sino su función de “contraspinta”, como motivo de inhibición para todos los hombres. Como dice un proverbio chino refiriéndose a esta función de prevención general, “la pena vela mientras todo duerme”, por lo tanto, su imposición y ejecución en otros sería una admonición para todos, algo así como si se les dijera: “esto que no hemos permitido a éste, tampoco os lo permitiremos a vosotros”. Así podrían ser comprendidos dentro de este fin aquellos otros de prevención general y especial que muchos autores quieren destacar como autónomos.

Mezger, en su *Studiembuch*, pone de manifiesto que la prevención general es actuación pedagógica-social sobre la colectividad. Aunque la pena estatal —dice— sea —y lo es siempre— una medida frente al individuo a quien se le conmina, impone y ejecuta la pena, tiene una amplísima significación que va mucho más allá de la significación

(45) Il concetto direttivo della nuova esecuzione penale tedesca in *Rev. di Diritto penitenziario*, 1939, págs. 592 y sig.

(46) *Liberales oder autoritares Strafrech.* Kiel, 1933.

particular que posee en cada caso. La pena actúa y debe actuar a la vez sobre la Comunidad Jurídica y sobre la conciencia de la colectividad "intimidando" y, por consiguiente, previniendo el delito. Al mismo tiempo debe servir para "educar la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión del delito".

Así, pues, la intimidación resulta también instrumento pedagógico, pero a condición de que sea justa y proporcionada, no desmesurada, porque entonces se convertiría en tiranía y provocaría el instinto de rebeldía que convierte al hombre en una ser tan irracional como el que lo castiga. La pena, racionalización de la venganza o venganza racionalizada, debe ser, por ello, necesariamente mesurada y justa para no engendrar el sentimiento de la injusticia, pero esa mensuración, como hemos dicho, no puede atenerse a otro módulo que al de la culpabilidad del reo, como se sostiene casi unánimemente.

Pero para resocializar o reeducar hay que utilizar medidas adecuadas aplicadas por personal preparado y en establecimientos idóneos. Las medidas penitenciarias deberán ser medidas pedagógicas en el sentido de que la Pedagogía es ya una ciencia muy madura para que podamos prescindir o desaprovechar sus postulados. El que un hombre pueda reeducarse sólo en un ambiente inadecuado, únicamente por tenerlo encerrado entre cuatro paredes durante un período de tiempo más o menos largo, sometido a unas medidas puramente disciplinarias, es una tremenda equivocación, cuando no una irreparable negligencia, pensar en que se produzca el arrepentimiento como una planta espontánea en el alma del preso cuando todo inspira a éste el resentimiento, confiar en una conversión de dentro afuera, es esperar todos los días un milagro de la Gracia Divina, en hacer del milagro, que es lo extraordinario y, por ello, la derogación de las leyes de la probabilidad, en este caso psicológica, un suceso vulgar que debería producirse forzosamente todos los días.

Cualquiera puede comprender que ésto no es así; la resocialización o reeducación necesita de métodos pedagógicos, necesita de una nueva Ciencia que aún está en sus comienzos y que debería denominarse Pedagogía Penitenciaria o Pedagogía Criminal, una ciencia que enseñase al personal de las Prisiones, de los Reformatorios y de las Casas de Custodia, a los Jueces y a los Criminólogos, a los Médicos y a los Asistentes Sociales a dar el debido trato a los delincuentes en general y a cada individuo en particular.

Pero la cuestión requiere, además de principios científicos en la formación del personal, una planificación de los medios a emplear y de los fines a conseguir en cada delincuente o, por lo menos, en cada tipo de delincuentes, y al llegar a este punto no quiero dejar de rendir homenaje a la humanidad que he observado en el personal de las prisiones españolas, que aun falto de medios y de esa planificación de que hablamos —y que ahora está en estudio por la Dirección General de Prisiones— otorga a los reclusos un trato cordial y bondadoso,

sin olvidar en ningún momento la inextinguible dignidad de la persona humana, aunque sea caída.

En nuestro Código penal no se mencionan los fines de la pena, pero sí se hace en el artículo primero del Reglamento de Prisiones de 15 de junio de 1956, que establece que "la ejecución de las penas y medidas de seguridad tiene por objeto una labor reformadora con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria".

Esto no obstante, determinados artículos de aquel Cuerpo Legal nos ponen sobre la pista de cómo el Legislador español busca también el fin de resocialización, como se deduce de la redacción dada al artículo 82 del Código penal, que ordena la suspensión de la pena personal cuando el delincuente cayera en enajenación después de pronunciada sentencia firme o cuando se hallare cumpliendo condena. Este hecho de suspender la pena cuando el delincuente se ha convertido en inimputable, implica tácitamente la idea de la reeducación, puesto que si así no fuera no habría por qué interrumpir su ejecución, a no ser que se quisiera sostener la inhumana versión de que el condenado al ponerse loco pierde su capacidad de sufrimiento y hay que esperar que la recobre para que asimile este y lo sienta en plenitud de conciencia. Manifestaciones asimismo de la idea resocializadora son también, a mi juicio, los preceptos que reglamentan la condena y la libertad condicionales (art. 92 y siguientes) y la redención de penas por el trabajo (art. 100).

Más abiertamente, el Ante-Proyecto de Revisión del actual sistema de clasificación, que ha sido recientemente elaborado por la Dirección General de Prisiones y que se halla al nivel de los más modernos Reglamentos, tanto europeos como americanos que conocemos, dispone que dentro del sistema progresivo (que tiene profunda raíz en la España a partir del insigne penitenciario Coronel Montesinos), que determina el artículo 84 del Código penal, el tratamiento comprenderá tres grados, que serán los de: *educación, readaptación social*, con tratamiento dirigido en un clima de confianza, y de *reinserción social*, en situación de semi-libertad, que se corresponden con los tres tipos de establecimientos proyectados: cerrado, intermedio y abierto.

Aquí parece establecerse una clara distinción entre los fines de reeducación, o sea, la facilitación al preso de una enseñanza religiosa, intelectual, moral y social tendente a suplir las deficiencias que, en estos aspectos formativos presente el recluso, poniéndose especial cuidado en prestarle ayuda para que descubra y desarrolle las virtudes positivas de enmienda que la mayor parte de los hombres poseen en estado latente; de la *readaptación*, o sea, la creación de hábitos de responsabilidad y de la *reinserción*, que es el grado más avanzado y viene a significar la vuelta o la nueva integración del recluso, una vez corregido, en el complejo engranaje de la sociedad que le rodea, como hombre dueño de sí mismo y libre de sus pseudo-determinismos.

Para ello se emplearán métodos psicológicos, pedagógicos, psicopedagógicos, médicos y sociales, siendo la esencia de todos ellos —dice sabiamente el Ante-Proyecto— el influjo del carácter científico sobre la conducta, previo conocimiento del modo de ser del recluso, a los fines de insertarlo nuevamente en la sociedad que es lo que, como vimos, constituye la reeducación o resocialización.

Si los factores criminógenos surgen de la constitución o del ambiente, habrá que combatirlos con medidas de una y otra clase, para lo cual, indudablemente, es necesario conocer primero el modo de ser, la constitución y el medio de que vivió el recluso, para determinar cuáles son los factores que le han llevado al delito y tratar de atenuarlos o apartar al individuo de su esfera de influencia.

5. Ya hemos visto que la resocialización no es intentable solamente a través de las medidas de seguridad, sino también por medio de las denominadas penas propiamente dichas, como reconocen muchos de los partidarios del sistema dualista o de la doble vía, que se basa en la aplicación de unas u otras, según la culpabilidad o peligrosidad del delincuente o la prevención o retribución del delito.

Sin embargo, estimamos que si se da a las penas un contenido pedagógico y resocializador, la medida de seguridad resulta totalmente innecesaria, cuando no contraproducente; pues si el penado ha sido ya corregido por la pena, parece abusivo aplicarle posteriormente una medida de seguridad.

Las medidas de seguridad fueron creadas y tuvieron utilidad cuando la pena tenía sólo un fin retributivo, pero ya hemos visto que esta idea ha desaparecido para dejar paso a la reeducación o resocialización a la función reformadora de la pena que llega a confundir a ambas (47). Esta identidad es reconocida por positivistas de la categoría de GRISPIGNI, que en su ponencia sobre este punto, desarrollada en el VI Congreso Internacional de Derecho penal, al postular la sustitución de la pena por la medida puso de relieve el hecho de que muchas veces se cumplen ambas en el mismo establecimiento y bajo el mismo régimen penitenciario y toda la diferencia entre ellas se cifra en que la pena se purga en el ala derecha del edificio y la medida de seguridad en el ala izquierda. Otras veces —sigue diciendo GRISPIGNI— esta repartición ni siquiera existe, y si la medida constituye un añadido o suplemento, el condenado, después de la expiación de la pena, permanecerá en el mismo establecimiento para pasar el tiempo suplementario como medida de seguridad.

En la misma línea y en el mismo Congreso, Cornil (48) afirmó que las diferencias entre pena y medida son meramente externas, más bien de grado que de naturaleza.

(47) Comptes Rendus. Association Internationale de Droit penale. Milano, 1957.

(48) *Ob. cit.*

Del Rosal (49) opina igualmente que si bien la separación debe mantenerse, aunque no sea más que por tradición, la diferencia es más de orden técnico que sustancial, e Ivar Strahl (50), profesor de la Universidad de Upsala, sostiene que, en principio, el tratamiento de los condenados a una pena privativa de libertad no difiere mucho del tratamiento de aquellos que tienen que sufrir una medida de seguridad. Este tratamiento, tanto en un caso como en otro, viene orientado hacia la resocialización del detenido y queda fuera de cuestión hacer sufrir a éste un régimen más riguroso que aquel que sea necesario para atender a tal fin. Por ello, Antolisei (51) pone agudamente de relieve que si la medida de seguridad tiene por fin readaptar al culpable a la vida social, también la concepción moderna de la pena estima tal contenido como preponderante.

En una palabra, para los partidarios de la identidad, ambas sanciones suponen la comisión de un delito; consisten en la privación de bienes jurídicos y sirven tanto para intimidar a la generalidad (prevención general) como para readaptar o hacer inocuo al individuo (prevención especial), y las dos son aplicadas por la jurisdicción penal.

Sin embargo, existen autores que, disconformes con esta tesis, tratan de ahondar diferencias, estimando que la retribución exige que la pena tenga que ser un mal y la medida de seguridad es una medicina para el alma, una medida educativa y, por tanto, un bien para el delincuente y no un mal como requiere la justicia retributiva. Pero tal argumento, a nuestro juicio, sólo tiene un valor aparente que se desvanece en cuanto profundicemos en la naturaleza de la medida de seguridad, para darnos cuenta de que, en definitiva, también ésta supone pesadas restricciones en la esfera de los derechos y de la libertad individual, a veces mucho más intimidativas y mucho más temidas por los delincuentes, como han puesto de relieve autorizados penalistas; lo que no tiene nada de extraño si se piensa en la indeterminación del tiempo de duración de la medida, la mayor molestia que suponen los tratamientos clínicos (curas de desintoxicación, electrochocs, etc.) y la inaplicación de la condena y la libertad condicio-

(49) Esquema de un Anteproyecto del Código penal español. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1964.

(50) Actas del Congreso de Roma, ya citadas.

(51) Pena e misure di sicurezza in Scritti di Diritto penale. Milano, 1955. ANTOLISEI dice: La pura pena, la pena vacía de todo contenido, la pena que es solamente un mal para quien la sufre está ya muerta y sobre ella se puede ya cantar un réquiem. La pena moderna tiene el fin de readaptar el culpable a la vida social, como demuestran no sólo varias disposiciones de ley, sino todo el ordenamiento del régimen penitenciario en los países de elevada cultura, régimen que siempre ha tendido a esta finalidad nobilísima. En fin, que no existe nada que haga imposible el fundir la pena con la medida de seguridad, porque —conviene repetirlo— si la pena por su naturaleza es afflictiva, también es afflictiva por necesidad de las cosas, la medida de seguridad; y, si la medida de seguridad mira a readaptar el delincuente a la vida social y la pena actualmente también tiene ese fin. ¿Qué es lo que impide entonces que se llegue a una unificación?

nales, los indultos, la prescripción y la retroactividad de la medida más favorable. A este respecto, ya el profesor Cuello Calón puso de manifiesto que la pérdida o restricción de la libertad es siempre dolorosa (52), sobre todo cuando la medida es de larga duración, especialmente cuando es de duración indeterminada, pues no siendo conocido de antemano el día de la ansiada libertad, se causa al condenado, por la incertidumbre que origina, un sufrimiento mayor que el producido por la pena predeterminada; por otra parte, la definición que da Cuello de las medidas de seguridad como “especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por el Estado a determinados delincuentes peligrosos para lograr su readaptación a la vida social (medidas de educación, corrección y curación) o su separación de la misma” cubre perfectamente también el contenido de las penas, lo que viene a constituir otro fuerte indicio de que la separación es puramente nominal, al igual que la autorización al juez para que pueda sustituir una sanción por otra, autorización postulada en el citado Congreso de Roma por los partidarios del mantenimiento de la distinción, quizá sin darse cuenta que la posibilidad de tal sustitución derrumba —el decir de Von Listz—, como un infantil castillo de naipes, la contraposición entre penas y medidas de seguridad; y revela, como asegura Lilienthal, la inexistencia de diferencias prácticas entre una y otra (53).

Tal identidad, que llevó a Grispigni a proponer la supresión de la pena y su sustitución por la medida, nos lleva a nosotros, por el contrario, a postular la desaparición de las medidas y la fusión de todos aquellos medios intimidativos y de privación de bienes jurídicos aplicados al delincuente para resocializarlo, bajo la clásica bandera de las penas. Ciertamente creemos que no hay por qué armar toda esa algarabía jurídica alrededor de tales medidas, tratando de independizarlas en una nueva categoría, cuando es así que la mayoría de ellas se hallan ya contenidas en los Códigos y en los Reglamentos penitenciarios como penas o modo de ejecutarlas. Ni el internamiento en un manicomio judicial, ni una cura de deshabitación, ni el destino a un establecimiento de trabajo o la inhabilitación o privación del carnet de conducir, así como la prohibición de vivir en zona fronteriza, son otra cosa que modalidades de ejecución de la pena impuesta judicialmente al delincuente, y no existe ningún inconveniente en que se apliquen como penas —por ser privación de bienes jurídicos— impuestas por la autoridad judicial a una persona imputable. Ahora bien, las medidas aplicadas a los inimputables no pueden tener, a nuestro juicio, carácter

(52) El ciclo de Estudios de la ONU, celebrado en El Cairo en 1953, introdujo en las llamadas reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos el siguiente principio: Las penas, o las medidas que tienen por efecto apartar a un individuo del mundo exterior, son afflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo del derecho de disponer de su persona privándole de su libertad.

(53) *Zeitschrift p. ges Strafrechts Wissenschaft*, XV, pág. 112.

penal, sino que son puras sanciones o determinaciones administrativas que podrían ser algún día recurribles, no ante los Tribunales penales —como lo son hoy—, sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al igual que ahora lo son las medidas lesivas de carácter patrimonial tomadas por el Poder ejecutivo.

Por tanto, no hay por qué recurrir a sostener la categoría de las medidas, que complican la técnica penitenciaria, sino que basta simplemente con la modernización de las penas y de las prisiones y con la puesta a punto del personal de las mismas por medio de una preparación pedagógica y criminológica adecuada.

Ahora bien, el hecho de que la pena sea, o deba ser, instrumento de resocialización o de reeducación no implica, necesariamente, que sea un bien y que el delincuente tenga derecho a ella, como en brillantísima paradoja sostuvo nuestro Dorado Montero. El devolver bien por mal y el entregar la capa a quien te la disputa podrá ser evangélico, pero no obligatoriamente jurídico. El Derecho, como ordenador de los valores colectivos, tiene exigencias objetivas que la virtud de la caridad y la gracia desconocen. Si, conforme a las enseñanzas de Kant y Hegel, el Derecho es retribución que debe devolver mal por mal, dudamos que el Estado, como mandatario del ofendido, pueda cambiar el mal de la pena, fijado por la Ley *erga omnes*, con medidas de caridad y de perdón que no se hallan propiamente legalizadas.

Estamos conformes con Grispigni, con Crisafulli, con Germain y con Antolisei, en que, si existe una identidad real, sobran distinciones científicas, y si no hay diferencia entre la pena y la medida, es inútil crear este nuevo instituto, desdibujando con debilidades y dudas teóricas las clásicas líneas de la pena, cuando una mejor orientación hacia el fin de la resocialización y un aumento de la diversidad en el arsenal de estas últimas, permitirían tratar de una manera apropiada las diferentes categorías de delincuentes sin mayores complicaciones teóricas.

6. Pero para educar y resocializar, fin común de la pena y de la medida, es necesario individualizar, es decir, conocer al individuo con sus defectos y sus virtudes, integradas en el mosaico de su personalidad, para tener una visión de conjunto sobre ésta, y poder averiguar qué es lo que ha fallado en el proceso de su socialización, es decir, las causas o factores que le han impulsado a conculcar el ordenamiento jurídico-social realizando el hecho delictivo en contraposición al mandato legal, al mismo tiempo que medir y valorar la actitud o participación psicológica o espiritual que el agente ha observado con respecto a su acto, que nos dará la medida de su culpabilidad.

Sólo sabiendo en qué consisten las fallas de los habituales estratos de socialización, la tectónica estructural del sujeto con sus instintos, complejos, tendencias y predisposiciones, así como sus sentimientos, educación cultural o laboral y mundo circundante donde vive, puede llegarse a determinar su culpabilidad, operación estrictamente indis-

pensable para la aplicación de la pena y para saber qué es lo que hay que corregir en el sujeto, función de diagnóstico previa al tratamiento, que, sin ella, tendría muchas posibilidades de fracasar. Sería como si, por ejemplo, un médico llegado a la cabecera de un enfermo con fiebre recetase, nada más que por el síntoma y sin hacer el diagnóstico de la enfermedad, veinte inyecciones de penicilina y se marchase para no volver más, ya que el enfermo podría curarse tan sólo con diez, o no curarse por necesitar treinta o cuarenta, o por no ser tributaria la enfermedad de un tratamiento con antibióticos. Pues bien, en definitiva, esto es lo que estamos haciendo con la pena. Tratamos con idéntica medicina (penas de privación de libertad) las más distintas enfermedades (violación, falsedad, robo, homicidio, desacato, etc.) e imponemos las mismas dosis sin tener en cuenta la naturaleza del enfermo al que las aplicamos (así, en el robo cometido en coautoría por dos individuos, en el que, mientras uno lo hace para obtener dinero y satisfacer su vicio del juego, otro lo necesita para dar de comer a una familia numerosa, o para pagar una operación de vida o muerte de su madre). Se me dirá que para estos casos han sido creadas las circunstancias atenuantes, pero éstas constituyen una individualización tan rudimentaria y basta para la mayoría de los casos concretos, que no sé siquiera si debería considerarse como individualización, ya que no tiene en cuenta al individuo más que a través de determinadas particularidades que, a veces, no revelan en nada la personalidad del delincuente.

Sin embargo, la idea de la individualización sigue luchando victoriosamente y tratando de abrirse paso desde finales del siglo pasado, sostenidas por tan brillantes campeones como E. Wahlberg (54), F. Von Listz (55), Rosenfeld (56), Aschaffenburg y, sobre todo, R. Saleilles (57), en su magistral tesis sobre la individualización de la pena, y modernizada por distinguidos maestros, como son: H. Droste—1930— (58), Karl Engisch —1953— (59), Marc Ancel —1953— (60), Donnedieu de Vabres —1951— (61), Del Rosal —1953— (62) y Würtemberger —1959— (63), quienes han roto lanzas en favor de la misma, ayudados por el progreso y perfecciona-

(54) Prinzip der Individualisierung in der Strafrechspflege. Viena, 1869.

(55) Lehrbuch, 7.^a edic. Berlín, 1896.

(56) Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrecht Allgemeiner Teil. Vol. III.

(57) La individualizatione de la peine, 1898. Traducción española de la 2.^a edición de Hinojosa. Madrid, 1914.

(58) Das Problem einer Individualisierung in Strafrecht.

(59) Die Ideoder Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. (1953).

(60) La Défense Sociale Nouvelle. París, 1954.

(61) Actes du I^{er}ème Congrès International de Criminologie. París, 1951.

(62) La personalidad del delincuente en la moderna técnica penal. Valladolid, 1953.

(63) Die geistige Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft. Karlsruhe. 1959.

miento de los estudios criminológicos y por el auge adquirido en Europa por la doctrina de la Nueva Defensa Social.

Esta individualización alcanzaría a las tres fases: Legislativa, Judicial y Administrativa en la creación, determinación y ejecución de la pena; debiendo entenderse por individualización, como lo hace WÜRTEMBERG, "la adaptación de los medios de reacción jurídicos, diferenciados en su especie, medida, duración y ejecución y adaptados a las singulares características de la personalidad del sujeto agente a los fines conjuntos señalados por la política criminal". Notorio resulta que este conocimiento de la personalidad del delincuente y de su culpabilidad como base necesaria e indispensable para el señalamiento o fijación de un tratamiento penitenciario, sólo será posible a través de la Biología, la Psicología y la Sociología criminales, que integran la Ciencia de la Criminología que ha llegado ya a su mayoría de edad, sobrepasando la fase teórica para entrar en la fase práctica iniciada con tan magníficas realizaciones, como los Centros de Investigación Biológico-Criminal, de Baviera; el Instituto de Biología Criminal, de Graaz (Austria); el Centro Nacional de Observación, de Fresnes (Francia); el Instituto de Observación de Rebibbia (Italia) y el Centro Penitenciario de Santiago de Chile, que funciona en colaboración con el Instituto de Criminología de dicha capital.

Pero la más interesante de estas tareas de individualización a las que el Prof. Quintano dedicó, en su día, un fundamentado y brillante trabajo (64), es la de la individualización judicial. Para llevarla a cabo con ciertas probabilidades de éxito, es preciso que el Juez pueda y sepa escoger los medios y los modos de resocializar al delincuente; es necesario, sobre todo, que conozca la personalidad de éste, pues sólo poseyendo tal llave maestra podrá determinar los posibles efectos individuales de la pena que aplica, al igual que el médico tiene que conocer no sólo la enfermedad que padece el enfermo, sino la naturaleza de éste para precisar los medicamentos y las dosis que deberá emplear en el caso, así como sus posibles contraindicaciones en función de aquélla, lo que constituye la ciencia de la Terapéutica Médica, y si en Medicina se ha dicho —y hoy se halla demostrado— que "no existen enfermedades, sino enfermos", en la práctica criminal y penitenciaria podríamos también decir, con igual o mayor fundamento, que "no existen delitos, sino delincuentes". Sólo después de alcanzado el conocimiento de la personalidad del delincuente, es posible hacer una buena justicia, que, como ha dicho DROSTE (65), no significa otra cosa, en definitiva, sino tratar al hombre según las particularidades de su personalidad.

A este fin, T.H. WÜRTEMBERG (66) pone admirablemente de relieve que una eficaz actuación individualizadora de las consecuencias pe-

(64) Individualización de la pena. Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix. Tomo XII. Madrid, 1965.

(65) *Ob. cit.*

(66) *Ob. cit.*

nales del ilícito, por obra del Juez o de los órganos de ejecución, puede tener éxito solamente en tanto en cuanto se realicen una serie de presupuestos esenciales. Tratándose en el problema de la individualización de una adaptación de los medios penales a las particulares reacciones del delincuente, la eficacia de este extenso principio viene vinculada a una investigación sistemática de la personalidad del sujeto agente...; solamente después del examen de las características de la personalidad criminal en el caso concreto, el Juez y el Órgano de la Ejecución estarán en condiciones de hallar las posibilidades de intervención frente al reo que mejor se justifiquen desde el ángulo visual de la Política criminal. No es, sin embargo, suficiente —puntualiza el destacado Prof. de Friburgo— reconocer tal exigencia en el terreno teórico, sino que debe ser emprendida seriamente la tentativa de asegurarle plena validez en la cotidiana práctica de la administración de Justicia.

Pero así como el médico para llevar a cabo su quehacer positivo tiene que poseer extensos conocimientos, no sólo de Anatomía, Fisiología y Patología, sino también de Terapéutica, así, en el terreno jurídico, el Juez que pretenda realizar seriamente su labor de individualización y resocialización tendrá que conocer, además del Derecho penal, la Criminología en sus vertientes biológicas y sociológicas y la Penología.

El Prof. Di Tullio (67), con su dilatada experiencia y su extraordinario saber criminológico, destaca claramente la necesidad de tales conocimientos diciendo: “Admitido que el delito antes de ser una infracción de la norma jurídica es una forma de conducta que tiene una historia propia y que, por tanto, no puede ser conocida en su aspecto psicológico y social y en su valor moral sino se la considera en relación con la personalidad del reo, es evidente la razón por la cual el proceso penal deberá basarse siempre más rigurosamente sobre indagaciones de una doble naturaleza: una, jurídica, dirigida a acertar la existencia del delito, y la otra, antropológica, dirigida a conocer la personalidad de quién lo ha cometido, con el fin de individualizar la pena y de proveer a su reeducación”.

Conscientes de tal necesidad, muchos y muy destacados penalistas han venido reclamando constantemente una formación criminológica en el Juez, que consideraran indispensable en tal tarea. No vamos ahora, y aquí, a repetir las conclusiones emitidas sobre este punto por los Congresos Penales y Penitenciarios de Londres (1925); Palermo (1933); Roma (1938); La Haya (1950) y en el II Curso Internacional de Criminología de París (1952); ni tampoco referirnos a los diversos autores que, con un verdadero aluvión de argumentos y lógicas razones, han postulado lo mismo, porque la lista sería verdaderamente interminable e iría desde las inolvidables páginas de DORADO MONTERO y H. GROSS hasta las muy brillantes leídas úl-

(67) Personalità e delitto nella scienza e nella politica criminale moderna. (Discurso de clausura del V Curso Internacional de Criminología. Roma, 1955.)

timamente por mi querido maestro, el Magistrado del Tribunal Supremo y Director de la Escuela Judicial, De Miguel Garcilópez, con ocasión de la clausura del pasado Curso del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid (68), pasando por las de: Von Listz, Saldaña, Jiménez de Asúa, Cuello Calón, Di Tullio, Württemberg, Marc Ancel y P. Bouzat, entre otros muchos. Sin embargo, no queremos dejar de reproducir aquí las frases que otro de mis maestros, el Prof. del Rosal, dedica el tema, quien, con el dominio de la cuestión que le facilita su triple condición de eminente figura del Foro, destacado maestro universitario y autorizado criminólogo, pone de relieve la necesidad de tal formación exponiendo que: "En ningún otro Derecho como en el Penal está la persona tan en primer plano, como tampoco se da con tanta frecuencia la aparición de elementos irracionales. Por esto, la construcción del pensamiento jurídico penal ofrece un panorama sobrecargado de complejidad que las más de las veces escapa a una concepción tan precisa como deseara el estudioso. La ascensión del hombre delincuente al punto de mira del tratadista nos impone, aparte de una ampliación del objeto del Derecho Penal, un inexcusable deber de interpretar y aplicar el precepto penal en referencia inmediata a la persona concreta y real de que se trata. De aquí el peligro que encierra todo proceso de demasiada abstracción y generalización en el Derecho penal, porque la norma penal, aunque se ha formado en virtud de una estilización de los hechos reales, siempre cobrará su valor y eficacia en la aplicación a una acción concreta y a un autor particular. Esta doble vertiente de hecho singular y persona particular sólo aparece con mayor realce y vigor en la tarea interpretativa del estudioso de la norma... Pero el conocimiento del delito y de la persona, en el proceso de su origen y en el mundo de las constelaciones interiores motivadoras de la conducta, no pueden ni tan siquiera entreverse si no estamos en posesión de una formación criminológica. Esta nos pone en pareja de dar con las raíces de las deliberaciones delictivas y aprehender la infracción criminal en relación con una persona concreta y real. Ahora se comprende claramente la importancia y decisión que en la tarea interpretativa reviste la formación criminológica... En la administración de la justicia criminal, la necesidad de esta formación en las personas llamadas a ejercerla cobra acentos de acuciante necesidad. En la práctica de la Administración de Justicia penal, la fijación de los hechos —principal misión del Juez— para después verificar la valoración jurídico-penal de los mismos, lleva consigo, en mayor escala que en la práctica civil, un enjambre de problemas psicológicos y técnicos por demás interesantes, si quiere hacerse una justicia penal con perfecto conocimiento del mundo penal en su doble significación de hechos y personas criminales... Todos los autores coinciden, sin excepción, en que la eficacia de las

(68) La Criminología y el Juez penal. Discurso de clausura del Curso 1965-1966 del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid.

medidas penales contra la delincuencia aplicadas por el Juez tendrán un mayor rendimiento si éste posee una formación criminológica” (69).

Esta formación criminológica en nuestra Patria solamente está atendida a nivel universitario por los Institutos de Criminología de Madrid y Barcelona, dirigidos por los Catedráticos de Derecho penal profesores Del Rosal y Pérez Vitoria, respectivamente. Para los funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal, se explica en la Escuela Judicial la disciplina desde hace unos cuantos años y también en la Escuela de Estudios Penitenciarios se suministran tales enseñanzas a los funcionarios de prisiones.

Sin embargo, no basta que la individualización se estime necesaria, sino que es preciso crear en las Leyes de Procedimiento el necesario ámbito dentro del que legalmente pueda efectuarse. Resulta deprimente y decepcionante que en este renacimiento del humanismo penal, que por fortuna se halla en auge, los Magistrados del Tribunal que juzga al reo, más bien que tener en cuenta la persona del delincuente, a quien observan en la mayoría de los casos un cuarto de hora sentado frente a ellos en el banquillo de los acusados, lo que juzgan es a “un hombre en conserva”, momificado y empapelado en determinadas situaciones con relación al hecho concreto a través de los amarillentos folios de los autos sumariales (70). Si hemos de acometer la tarea individualizadora con las mínimas garantías de acierto, sería necesario instrumentar procesalmente un examen biológico y sociológico del imputado, efectuado por peritos oficiales, antes de imponerle la pena (71). Esto podría hacerse creando una llamada *Pieza de Personalidad*, que al lado de las otras dos piezas de Situación Personal y Responsabilidad Civil, aportaría al sumario los necesarios datos complementarios,

(69) Principios de Derecho penal español. Vol. I. Valladolid, 1945. Este problema linda con aquel otro de la especialización del Juez, en el que no deseamos penetrar hoy y que fue ardientemente sostenido por Carnevale en el Congreso de Palermo, bajo el slogan de que “El nuevo Derecho penal debe adquirir un nuevo Juez”.

Y Saleilles, el campeón de la individualización, preconiza la formación criminológica de los futuros Magistrados sobre su formación jurídica diciendo que “el simple conocimiento de los textos legales y de sus combinaciones, más o menos sutiles, no es más que un punto que resulta bien secundario en el Juez penal. Es el conocimiento de los hombres el que debe primar totalmente”. (*Ob. cit.*).

(70) Como expresa FH. PAPATHANASSIOU (*Le rôle du Juge repressif dans le Droit penal moderne*. París, 1955). El Juez represivo no puede mostrarse indiferente ante el abismo existente entre la justicia del Código y aquella que se hace todos los días; juzgar al reo solamente según el “dossier” es hacer un simulacro de justicia, es aumentar la criminalidad.

(71) El XII Congreso Internacional Penal y Penitenciario, reunido en La Haya en agosto de 1953, examinó la cuestión de si sería preciso establecer un examen del imputado antes del juicio, para ayudar al Juez en la elección de una medida apropiada a las necesidades del individuo delincuente, a la que dio una contestación afirmativa. En idéntico sentido se han pronunciado el VI Congreso Internacional de Derecho penal de Roma (1953) y el Congreso de Defensa Social de Anvers (1954), en los que se discutió largamente el tema de la observación del imputado anterior a la sentencia.

biológicos y sociológicos, para un mejor entendimiento y calificación de la persona y, en consecuencia, de la medida de su culpabilidad y de la elección de la sanción pedagógico-penitenciaria para enderezar al delincuente hacia la resocialización, estableciendo frenos inhibitorios para sus tendencias delictivas. Ciertamente, en muchos de los casos tal *pieza de Personalidad*, cuya formación se haría siempre por mandato del Juez, sería innecesaria, y en otros, poco útil, pero esto mismo serviría para tranquilizar la conciencia del sentenciante, que sabría con certeza que detrás de las actuaciones sumariales no quedaba ningún otro dato que como, por ejemplo, la deficiencia del coeficiente intelectual, etcétera, hubiese sido pasado por alto y pudiera hacer variar la valoración de la responsabilidad. Se nos dirá que esto ya está previsto y que conforme el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "si el Juez advirtiera en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de Médicos Forenses en el establecimiento en que estuviera preso o en otro público, si fuera más a propósito o estuviera en libertad". Pero a ello podríamos contestar que el precepto citado tiene un margen demasiado restringido, pues está limitado a la enajenación y no tiene en cuenta que aún para advertir ésta también es necesario, en una gran parte de los casos, que el Juez posea esa preparación criminológica y, por tanto, psicológica y psiquiátrica de que hablábamos, ya que si bien los estados de demencia pueden ser advertidos por cualquiera, no así aquellos otros que, como la paranoia, epilepsia, locura circular, neurosis y psicopatía, deben ser comprendidos legalmente en el concepto jurídico de enajenación, en tanto en cuanto pueden suprimir o disminuir la imputabilidad y, consiguientemente, la responsabilidad o reprochabilidad de la conducta criminal (72).

(72) Por otra parte, la falta de formación criminológica del Juez le sume en un mar de confusiones y dudas, ante las luchas entabladas en estrados entre los peritos oficiales y los llamados peritos de la defensa, que recuerdan con demasiada frecuencia las peleas de gallos. A este respecto, LOCARD ha puesto de manifiesto que si bien no es posible exigir al Juez un conocimiento perfecto de todas las ciencias, si éste se halla verdaderamente a la altura de su cometido debe ser capaz, no de elaborar, pero sí de entender o leer un dictamen en sus conclusiones y de medir y valorar éstas. En este sentido, el verdadero contra-experto es el Juez, pero ésto supone que haya recibido una fuerte instrucción técnica que le capacite para ello. (Locard: "L'enquête criminelle et les méthodes scientifiques". París, s. f.).

En concordancia con LOCARD, DE MIGUEL escribe: "Lo dramático para el Juez es que, como "peritus peritorum", y con la amplísima potestad apreciativa, en conciencia, que le confiere el artículo 741 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrá de emitir constantes juicios de valor sobre Arquitectura, Ingeniería, Medicina y Cirugía, Bellas Artes, Finanzas, Modelos Industriales, etcétera, según sea el tema debatido en el proceso. Cuando sea la Criminología la que entre en juego, ésta iluminará el campo operativo del Juez penal, mostrándole caminos, pero sin desligarle del legal ni prefijarle ninguno de aquéllos, que sólo a él le corresponde decidir, ya que solamente a él se le pedirán cuentas sobre su acierto en la elección. Dogma éste de libre apreciación ju-

Claro es que este conocimiento adquirido por el Instructor "de visu" se transformaría y desfiguraría posteriormente a través de las actuaciones sumariales, suministrando al Tribunal Sentenciante un conocimiento mucho más incompleto y de segunda mano, de la personalidad del delincuente, por lo que quizás fuera extraordinariamente conveniente unificar los períodos de instrucción y de juicio oral, a fin de que fuese el mismo Juez que ha tenido contacto con el imputado, como "hombre de carne y hueso", el que dictase la sentencia, eligiendo el modo y el medio de resocialización, así como la duración de la pena. Y decimos duración de la pena porque estimamos que a los fines de tal resocialización ésta debería ser indeterminada, si bien solamente dentro de ciertos límites comprendidos entre un *minimum*, en atención al sentimiento retributivo, y un *máximum* como respeto al fundamental principio de la seguridad jurídica que, como hemos visto, tiene incluso reflejos en el estado psíquico con que el condenado acoge la sanción.

Esta individualización judicial debería ser complementada y perfeccionada posteriormente a la imposición de la condena, con una observación más detenida a los fines de clasificación del condenado, que, mediante ella, podría ser colocado en un grupo afin en el que recibiría una educación especial complementaria para tratar de equilibrar sus particulares carencias, así como el carácter y actitud del mismo frente a determinados supuestos, que es en lo que consiste la llamada clasificación, definida en el "Manual de Reglas Generales para un sistema correccional del Estado", publicado por la Asociación Americana Penitenciaria en 1946 como "Separación de los presos en grupos homogéneos según la edad, la naturaleza y el delito o del riesgo de evasión. Clasificación significa, en conjunto, el estudio del preso, la elección y la prescripción de la vigilancia, del trabajo, de la educación, de la formación profesional, del tratamiento médico, etc., que mejor conviene a sus propias necesidades y aptitudes; el control de sus progresos por exámenes periódicos; la modificación del programa, de tiempo en tiempo, si es necesario; y la formulación de recomendaciones concernientes a su liberación condicional en el momento oportuno". Por ello, otros autores, en vez de clasificación, creen más exacto hablar de diagnóstico, orientación o tratamiento. La clasificación se lleva a cabo, en la mayoría de los países, en unos Centros especializados que constituyen algo así como el banco de pruebas de la organización penitenciaria de cada uno de ellos. Estos establecimientos, que reciben el nombre de Centros de Clasificación, Institutos de Observación, o Clínicas Criminológicas, desarrollan una función de la que depende, en muchos casos, el éxito o el fracaso del tratamiento

dicial de la pericia, fundamental dentro del tema que nos ocupa, ya que es precisamente, por boca del perito criminólogo como la Criminología se manifiesta formalmente en las causas penales, lo que exige en el Juez una seria preparación criminológica, que será la mejor garantía de su independencia de hecho frente a los dictámenes periciales que se le ofrezcan.

del delincuente y como modelo de los mismos podría ser considerado el italiano de Rebibbia, que dirige el eminente criminólogo Di Tullio, asistido por un grupo de inteligentes colaboradores, entre los que podemos citar al magistrado Di Gennaro, al psicólogo Ferracuti y al neuro-psiquiatra Fontanesi, todos los cuales han escrito estudios de inapreciable valor sobre estos temas. La labor en Rebibbia se lleva en equipo, del que forman parte: un Asistente Social, un Educador, un Electroencefalografista, un Endocrinólogo, un Médico-internista, un Neurólogo, un Psiquiatra, un Psicólogo, un Radiólogo, un Penitenciario y un Magistrado. El examen se inicia por el estudio de un curriculum judicial y penitenciario preparado, al ingreso del detenido en el Instituto, por el Asistente Social, que lo distribuye a los técnicos encargados de examinar los diferentes aspectos del imputado y que los diversos especialistas integran con los datos respectivos en sus diversos campos; cuando éstos están ya informados, se convoca una Junta en la que se cambian impresiones y se discute el caso, discusión en la que toma parte predominante el Magistrado, quien valora el significado criminológico en conjunto de todos los datos recibidos, emitiéndose la decisión colegial sobre los procedimientos a emplear en el tratamiento del detenido, así como el establecimiento en que ha de cumplirlo (73) y, sobre todo, si ha de permanecer, o no, en Rebibbia, elevándose una propuesta, en un sentido u otro, al Ministerio de Justicia.

En Francia, dedicado a idéntica misión, el Centro Nacional de Orientación, de Fresnes, celebra también —bajo la presidencia de un funcionario judicial— sus reuniones de equipo, a las que asisten un Psiquiatra, un Psicotécnico, un Psicólogo, un Asistente Social, un Educador y el Subdirector del Establecimiento, en las cuales, después, de un cambio de impresiones, se llega o procede a la clasificación del imputado. En los establecimientos que funcionan a este mismo fin en Estados Unidos, dependientes del Gabinete Federal de Prisiones, funcionan asimismo unos Comités de clasificación que están integrados por cinco miembros en los establecimientos más pequeños y, en los grandes, por el director del establecimiento del Servicio de Clasificación, el Jefe del Departamento de Educación, un consejero de los Servicios de Orientación Profesional, el Médico-Jefe, un Psiquiatra, un Psicólogo, el Jefe del Servicio Social, el director de los trabajos industriales y varios asistentes sociales. Tal examen se verifica en un período de cuarentena, que oscila de dos a cuatro semanas, durante el cual se construye, con los datos recogidos, la historia del caso. Una vez formado este “dossier”, se reúne el Comité para cambiar impresiones y tomar decisiones y, en algunas casos, incluso es autorizado el preso para comparecer, permitiéndosele hacer observaciones y discutir el programa, antes de que sea tomada una decisión firme que comprenderá la organización del tratamiento correc-

(73) DI GENNARO, FERRACUTI y FONTANESI: “L'exame della personalità del condannato nell'Istituto di Osservazione di Rebibbia. Roma, 1960.

cional para cada preso y el establecimiento en que ha de cumplirse. Como modelo puede citarse el "Guidance Center" en la Prisión de San Quintín.

En España, la observación del imputado, desde el punto de vista psicológico-psiquiátrico, se realiza actualmente en los casos graves en el Sanatorio Psiquiátrico de Carabanchel, que funciona bajo la autorizada dirección médica del Dr. Velasco Escassi, quien viene efectuando una labor que consideramos como ímproba si la ponemos en relación con los elementos con que cuenta. Recientemente, en el Anteproyecto sobre la revisión del actual sistema de clasificación, elaborado por la Dirección General de Prisiones, y al que ya nos hemos referido (74), aparece estructurado un organismo semejante a los descritos, denominado *Departamento Central de Observación*, en el que funcionará un equipo técnico, que será el órgano asesor de la Dirección General de Prisiones en materia de clasificación y tratamiento de los reclusos, constituido o integrado por el director del Centro, que tendrá que ser necesariamente un funcionario de los cuerpos facultativo o especial de Prisiones con estudios de Criminología, al que corresponderá la representación del equipo en las relaciones con otras entidades públicas y privadas y la dirección de las tareas técnicas del mismo: un secretario, que, a la vez, ejercerá el cargo de subdirector del Centro, asimismo funcionario del Cuerpo especial licenciado en Derecho y con una de las especialidades que después veremos; un médico especialista (internista y experto en radiología y endocrinología), un psiquiatra versado en electroencefalografía), un psicólogo (con práctica psicotécnica), un licenciado en Pedagogía (con estudios de la variedad correccional), un sociólogo, un penitenciario (versado en Derecho penal) y uno o dos asistentes sociales.

Dicho equipo técnico celebrará reuniones ordinarias cada diez días, en las que clasificará a los reclusos estudiados, previo informe de cada uno de los miembros integrantes del mismo, y se elevará a la Dirección General de Prisiones las correspondientes propuestas de traslado de los observados al establecimiento que corresponda. También preparará el informe completo, propio de cada recluso, con el resultado del estudio realizado sobre el tratamiento del mismo, para su envío al director del establecimiento al que sea destinado. Esta fundamental reforma aparece completada por la creación de veintiocho equipos de observación constituidos en veintiséis provincias y por los llamados equipos de tratamiento. El Anteproyecto, como habíamos dicho, en este punto aparece perfectamente acomodado a los sistemas más avanzados, pero, en la constitución del mismo, al lado de algunos detalles susceptibles de perfeccionamiento, nos encontramos con que se ha prescindido en absoluto de la presencia de un juez. A este respecto, podríamos recor-

(74) Anteproyecto que conocemos gracias a la amabilidad y cortesía del Ilmo. Sr. Director General de Prisiones, D. Jesús del Yerro Martínez, bajo cuya acertada dirección se está perfilando, y a quien queremos testimoniar aquí nuestro agradecimiento.

dar a aquella curiosa anécdota sucedida en la reunión de la Sociedad de Defensa Social, celebrada en San Marino en el año 1951, en la que cuando el relator general, M. de Vicentis, mencionaba la constitución de tales Tribunales, como hablase de la posibilidad de completarlo con un magistrado, varios de los miembros interrumpieron preguntando: "Pero, ¿también aquí es necesario un juez?" Si nosotros tuviéramos que contestar a tal pregunta, lo haríamos, sin dudar un momento, en sentido afirmativo, pero nuestra contestación podría ser estimada como demasiado parcial y subjetiva y, por ello, cederemos la palabra a un destacado jurista y profesor universitario, como M. Pierre Bouzat, secretario general de la Asociación Internacional de Derecho Penal, quien se expresa en los siguientes términos: "Nosotros rechazamos este extremismo. Ciertamente, si se quiere que la sanción penal sea un medida eficaz de tratamiento, de resocialización, es preciso que haya un responsable para ordenar, seguir, dirigir y controlar este tratamiento. Nosotros estimamos que un magistrado es más apto que cualquiera para desempeñar este papel indispensable. Es, en efecto, el magistrado el que, según una fórmula célebre: "debe, a la vez, asegurar el mantenimiento del orden público y salvaguardar las libertades individuales. Este papel resulta más necesario que nunca en nuestra época, en la que el individuo se halla en mayor riesgo de ser oprimido por la sociedad. Dejar a los criminólogos, notoriamente a los médicos y a los educadores, el cuidado del tratamiento penitenciario, excluyendo toda intervención, todo control judicial, sería exponer las libertades individuales a graves amenazas. Es posible, y aun probable, que en el porvenir el tratamiento sea ordenado y controlado por un equipo criminológico que reunirá: médicos, psiquiatras, educadores, capellanes, asistentes sociales, pero, en todo caso, este equipo deberá ser colocado bajo la autoridad de un magistrado porque sólo él representa, a la vez, la defensa de los intereses de la sociedad y la garantía de los derechos del individuo" (75).

A la vista de esta autorizada disquisición y de otras semejantes, que se haría pesado citar aquí, nos atreveríamos aún, prescindiendo de todo interés profesional o de clase, a postular la inclusión de un magistrado en el referido equipo, así como también a señalar que todos los componentes del mismo deberían poseer el diploma de estudios criminológicos o ser elegidos para tales puestos en virtud de concurso-oposición, en cuyo programa ocupase una parte preferente la Criminología.

En consecuencia, con estas reformas, creemos que también sería beneficioso para el cumplimiento y ejecución de las penas la ampliación de las funciones de los llamados Magistrados de Ejecutorias, o la creación de Jueces o Tribunales de Vigilancia, al igual que los que existen en la mayor parte de los países extranjeros.

(75) "La resocialisation du condamné". Actas del II Convenio de Derecho penal de Bressanone. Padua, 1964.

Sin duda alguna, con estas creaciones y modificaciones, el sistema penitenciario español ganaría en agilidad y eficacia.

7. Pero existen muchos y muy destacados penalistas que no creen en la resocialización o reeducación del delincuente. Quintano era uno de ellos. Hombre no sólo de una extensa formación penalista, sino en posesión de una extraordinaria cultura filosófica y literaria, consideraba la Criminología como una Ciencia sin valor, aunque hubiese escrito un libro sobre ella (76) y hecho en su Tratado unas viñetas criminológicas de los delinquentes-tipos, protagonistas en cada clase de delitos. Quizá tomara la palabra Reeducación en sentido demasiado literal, por una parte, y temiese, por otra, un poco inconscientemente, que la inabarcable e imprevisible personalidad humana trastocase la estructura maravillosa de la dogmática jurídica, que le era tan querida y que consideraba como la obra maestra del Derecho (77).

Esta creencia era expresada claramente en su trabajo citado con las siguientes frases: "Que existan, pues, criminales educados y criminales ineducados, creo que, en fin de cuentas, no tenga excesiva importancia, porque lo útil sería que no existiese ninguno. Esto, ciertamente, no se podrá jamás obtener, ni con medidas reeducativas ni con penas; las cuales, por lo menos alcanzan su primario e innegable objetivo de realizar instancias de justicia. Pero hay más. La reeducación no sólo aparece falta de contenido frente a las personalidades que le son refractarias, los incorregibles o desadaptados, los cuales, en porcentaje mayor o menor, se ven obligados a decepcionar el optimismo de los pedagogos y correccionalistas, sino que es también un procedimiento inadecuado para las múltiples formas de criminalidad, que no tienen ni remotamente que ver con la educación intelectual y moral: Piénsese, entre otras, en aquellas político-fanática, pasional, financiera, o bien en la imprudencia, que ocupa hoy un primer plano en los cometidos represivos de nuestro tiempo." Y, en apoyo de lo anterior, trae a colación la famosa frase de Goethe: "No existe crimen que no me haya sentido capaz de cometer en determinadas circunstancias de la vida", y apostilla: "No creo que faltase educación al jupiteriano sabio de Weimar, ni conocimiento de los meandros del alma humana." Ahora bien, esta no es una posición original de nuestro autor, ni mucho menos, ya que en el mismo Convenio de Bressanone, el profesor Bettiol presentó también una noción, gráficamente titulada: "Il mito della rieducazione", de cuyo título nos servimos para rotular este apartado. De la magistral intervención del insigne maestro de

(76) La Criminología en la Literatura Universal. Barcelona, 1951.

(77) A este respecto, es interesante recordar el siguiente suceso real: Hace ya bastantes años, el Sr. Obispo de Astorga encargó al célebre arquitecto Gaudí, gloria nacional, un Palacio-Residencia. Gaudí ejecutó la obra con extraordinario arte y construyó un bellissimo palacio, que no tiene más que un pequeño defecto y es el de no ser habitable, por lo que el Obispo tuvo que dedicarlo a Museo y no pudo jamás vivir en él. No olvidemos que también la dogmática tiene que ser aplicada a un hombre.

Padua, perfectamente clara —como todas las suyas— e impresionantemente sugestiva, se deducen las mismas conclusiones obtenidas por Quintano. Para Bettiol, el hombre está desbordado y cree en su concepción demiúrgica, en un progreso sin fin y sin límites que resuelva todo obstáculo de la historia, toda deficiencia de la vida y toda plaga de la sociedad. Después de señalar que el sujeto no puede ser constreñido a la acción como no puede ser constreñido a la virtud, por lo que la educación obligatoria —como es, en todo caso, la impartida en las cárceles— no puede más que ocasionar una herida profunda a la libertad de orientación y conciencia del hombre detenido, pone de manifiesto que el término reeducación es un concepto normativo que puede variar radicalmente según el criterio inspirador de una mayoría parlamentaria y que, por otro lado, no es con el Derecho, o con criterios pedagógicos en íntimo ligamen con un instituto jurídico coactivo cual es la pena, como se transforma el ánimo del hombre. Se necesita tener el sentido de límite, la pena fin es una de aquellas ideas que se refieren a una visión eufórica de las cosas del mundo; la posibilidad ilimitada del hombre de transformarse a sí mismo y a los otros sobre la falsilla o la pauta de un progreso sin fin hacia una sociedad sin plagas, dolores o lagunas, hacia un mundo sustancialmente diverso del actual, con lo que, una vez más, la mitología se sobrepone a la razón... una sociedad sin delitos y sin delincentes es pura utopía... debemos actuar para que toda la mitología sea irradiada del campo de la legislación y de la Ciencia jurídica... El delito es una manifestación típica de la personalidad moral del hombre. Todas las teorías que presentan como fatal la realidad en el futuro de una situación histórica, en la cual el delito no existiese, son frutos del sueño, aunque sea un bello sueño. Obraremos, no obstante, como hombres responsables para que sea realizado todo lo necesario para que el flagelo venga circunscrito y el mal redimensionado, convencidos, sin embargo, de que el hombre llevará por toda su historia la inclinación al delito y el peso del mismo, como la rosa lleva sobre su tallo la espina aguzada que hace sangrar la mano de quien la separa de la mata florecida.”

Pero pese a la autoridad de tan admirados maestros, nosotros seguimos estimando que la resocialización del delincuente no es, ni mucho menos, un mito; si lo creyéramos, dejaríamos de educar a nuestros hijos y la eliminaríamos también de los Tribunales de Menores, donde se halla admitida pacíficamente, como único medio de lucha contra el crimen. Por eso, con los pies firmemente apoyados en el terreno de las ideas biológicas y científicas, trataremos de fundamentar brevemente nuestro disentimiento: Todos sabemos perfectamente, por el estudio de la Historia y de la Etnología, que toda sociedad está organizada sobre un entramado de valores, costumbres, leyes, etc., a los que el individuo se adapta en virtud de lo que llamamos acción socializadora o educadora; el hombre es un ser instintivo que, abandonado a su naturaleza, sería un salvaje, como demuestran los casos

de los niños ferales. Por tanto, la tarea de socialización consiste en someter a cada nuevo miembro a las exigencias del grupo a fuerza de ejemplos, modos de conducta, enseñanzas, consejos, reprimendas y castigos, todo lo que va formando en el individuo un modo de ser que le integra en esa conciencia colectiva de que hablaba Durkheim, bien por *interacción*, como decía Simmel; por *imitación*, como quería Tarde; por *aceptación irrazonada*, según Allport; o por *simpatía*, como expresó William Stern. De todas formas, esta socialización no se detiene, por regla general, en la externa y aparente conformación del individuo al proceder social, sino que cala más hondo, introyectándose, hasta llegar a constituir uno de los estratos de la personalidad, denominado por Freud "super-yo", que viene a ser la parte del yo modificada o modelada por las prescripciones paternas, religiosas, sociales y educacionales a las que el individuo tendrá que adaptarse para vivir en sociedad, constituyendo algo así como un representante de la moralidad dentro del individuo, al que produciría sentimientos de culpabilidad y angustia cuando actuase de manera diversa a la tenida o considerada como estrictamente moral en el ambiente en que vive. Pero este "super-yo" o conciencia moral no es solamente, como pudiera creerse, un conjunto de ideas abstractas y simbólicas, sino que tiene un substrato anatómico, sus correspondientes estructuras somáticas, y así hoy está demostrado que la repetición de actos, conformes o contrarios a las prescripciones sociales, va formando poco a poco en la corteza cerebral vías y reflejos nuevos que facilitan o moderan los impulsos; los llamados actos morales crearían una especie de "circuitos de enfriamiento" considerados como inhibitorios, a través de los cuales los instintos moderarían su fuerza y lograrían una adaptación más o menos fina a las exigencias del medio; de la existencia de tales formaciones, por obra de la educación suministrada, dependería la moralidad y socialidad del individuo. La civilización nos, en realidad, otra cosa que el fruto de una larga renuncia a las satisfacciones instintivas y su progreso, a través de generaciones, ha hecho del hombre el ser social que es hoy. Sin embargo, existen hombres en los que este proceso de socialización no ha sido debidamente realizado y en los que, por tanto, son reconocibles considerables deficiencias; la educación, en muchos de estos casos, no ha podido tener lugar, bien por inexistencia o destrucción de los órganos cerebrales en los que tales centros inhibitorios hubieran tenido que formarse (locura moral, encefalitis, esquizofrenia, etc.) y, en otros, por la incompetencia o negligencia de aquellas personas a quienes estaba confiada; o, incluso, por la inmoralidad de estas personas que produciría en el nuevo ser una educación negativa e inmoral, un super-yo criminal, que bajo una apariencia de adaptación externa, pero profesando privadamente una escala de valores distinta de la que rige en la sociedad, poseería una especie de subcultura de la delincuencia. El individuo anormal o ineducado carecería así de centros de inhibición que moderasen sus pulsiones o instintos y, por tanto, podría actuar libre-

mente sin que le perturbasen los frenos morales o las voces de la conciencia.

Esta educación o socialización deberá llevarse a cabo preferentemente en la infancia, que es cuando el cerebro tiene una mayor plasticidad y, por tanto, los aprendizajes son logrados más rápidamente y consiguen mayor estabilidad. Según ha puesto de manifiesto nuestro insigne Premio Nóbel, Dr. Ramón y Cajal, en sus apasionantes estudios sobre la formación y estructura del sistema nervioso, los actos y conducta morales realizados bajo la presión, la vigilancia y el ejemplo de los padres y de la sociedad, originarían circuitos neuronales que facilitarían posteriormente, cuando el niño hubiese alcanzado la adultez, la ejecución de los mismos, creando una tendencia hacia el bien en contraposición con las tendencias instintivas, por lo que Cajal llega a afirmar que "cada hombre es el escultor de su propio cerebro".

Como hemos tenido ocasión de observar todos los días, cuanto más se repite un movimiento más sencilla resulta su realización, hasta que termina por convertirse en automático (piénsese, por ejemplo, en la escritura a máquina, la conducción de un automóvil o la práctica del saque en el tenis), ello sucedería porque la corriente nerviosa encontraría cada vez menor resistencia al circular por unas vías ya consolidadas por el hábito, por una mayor labilidad de las sinapsis para determinados estímulos o por medio de una transposición fisiológica, que tendría lugar y perduraría temporalmente en el trayecto de las mismas vías nerviosas. Como dice el célebre fisiólogo ruso Bechterew (78), toda manifestación neuropsíquica del hombre proviene del medio y de la educación, pero ello no excluye la posibilidad de una disposición hereditaria para la fijación de ciertas huellas con preferencia a otras. Esta facultad puede estar relacionada con un desarrollo desigual de los diversos centros cerebrales.

El no actuar el bien, conociendo este punto, daría lugar a una mala formación, de la que sería responsable el individuo por no utilizar sus potencialidades en favor de lo considerado como bueno y como social, lo que presta fundamento a la doctrina de la culpabilidad en la dirección de la vida.

Claro está que, en esta resocialización, la edad del sujeto tiene una importancia nada despreciable, tanto en la psicología animal como en la humana y, en cualquier tipo de aprendizaje, los adultos jóvenes aprenden mejor y más rápidamente que los sujetos muy jóvenes o que los viejos; pero ello no quiere decir que la resocialización sea imposible en la madurez, y el Estado viene obligado a intentarlo en función subsidiaria a lo que debió hacer la familia, y así se entiende en las Jurisdicciones Tutelares de Menores.

Di Tullio, con su gran experiencia criminológica, afirma a este respecto que todos los delincuentes son siempre susceptibles de reeducación, bien en distintos grados, bien con modos diferentes, en cuanto

(78) Objektive Psychologie Oder reflexologie. Traduc. esp. de RATTO y DUVAL. Buenos Aires, 1965.

todos los antropólogos criminalistas saben bien que la constitución y el carácter no son cosas fijas e inmutables y que la individualidad está en perpetuo devenir y es inmensa la variabilidad y la plasticidad humana.

Cierto que, aun con la resocialización, seguirá habiendo crímenes, porque cuando la antisocialidad se revela es generalmente por medio de la acción delictiva y, para evitarlo, sería necesario detectarlo en germen, pero la mente humana es un arcano en el que sólo Dios puede penetrar. No nos queda más solución que impedirlo indirectamente por medio de una intensa socialización y educación de los ciudadanos, a la que cooperaría la función de intimidación o de prevención general de la pena, y sometiendo al delincuente, una vez calificado como tal, a una estudiada resocialización con el fin de evitar la reincidencia.

Pero, ¿qué delincuentes deben ser sometidos a resocialización? Yo creo que todos, excepto los anormales, es decir, todos los que son susceptibles de pena, incluso los delincuentes políticos, los pasionales, los financieros y los culposos, porque todos ellos podrán haber recibido educación cultural y técnica, pero, indudablemente, son también antisociales en tanto quebrantan voluntariamente las normas creadas por la sociedad para su conservación.

Claro que, de esta resocialización, excluiríamos a Goethe, ya que no podríamos considerarlo en manera alguna, pese a su célebre frase, como un asocial, y menos como a un criminal: Con el pensamiento no se delinque, y Goethe no pasó nunca del pensamiento y, claro está que esto no basta, es necesario que se realice lo que los criminólogos franceses denominan "le passage à l'acte", momento en el que precisamente intervienen los mecanismos inhibitorios de que hablamos, que, impidiéndolo o consintiéndolo, nos demuestran el grado de socialidad o antisocialidad del hombre en cuestión. A este respecto, frente a la frase de Goethe, existe otra mucho más interesante jurídicamente de Schopenhauer, citada por Mezger en apoyo de su afirmación de que la disposición y la inclinación al delito, como fenómeno en absoluto general y humano, no constituye aún la criminalidad real. La frase, muy expresiva, dice: "Y si tú, juez rojo, quisieras, y te atrevieras a decir en voz alta todo lo que ha cometido ya en el pensamiento, todo el mundo gritaría: ¡Fuera esta inmundicia! ¡Fuera este gusano venenoso! Pero una cosa es el pensamiento y otra el acto."

El hombre, si no llega a ser un demiurgo, si se aproxima mucho, el mito de Prometeo robando el fuego a los Titanes podría ser hoy debidamente actualizado, al igual que el de la piedra filosofal, con la realidad de la desintegración atómica. El hombre descubre todos los días nuevas cosas, y ésto también acontece en el ámbito del delito y de la educación. Los modernos métodos, ya aplicados en algunas prisiones y centros de observación, tales como los reflejos condicionados, la psicoterapia de grupo, la psicometría, los tratamientos de choque, la psicocirugía y las modernas drogas antialcohólicas, tranquilizantes y euforizantes, son o constituyen en la actualidad importantes factores

para la "domesticación del criminal" y, personalmente, opinamos que muchas de las acciones que hoy consideramos como crímenes serán tratadas en el futuro como enfermedades nerviosas, metabólicas u hormonales.

Contra estas ideas existe, sin embargo, una cierta reacción por parte de los juristas dogmáticos, que temen que la medicina y la psicología arranquen de sus manos la espada de la justicia.

Pero no se trata de eso, ni de buscar el hombre del "tercer colmillo", como Quintano, cariñosamente, me decía algunas veces, cuando hablábamos de Criminología. Se trata, simplemente, de ayudar al hombre, con los medios que estén a nuestro alcance, a la superación de sus determinismos, de hacerle más hombre, sin abandonar por ello la severidad de las penas y, a esta tarea, pienso que deberíamos estar humanamente vinculados todos los que podemos hacerlo.

Cierto que el crimen no desaparecerá nunca de la faz de la tierra, como quizá no lleguen nunca a desaparecer la enfermedad y la miseria, pero, de todas formas, nuestros esfuerzos habrán contribuido grandemente a disminuirlo y prevenirlo, como han sido disminuidas y prevenidas la viruela, la peste, la malaria, la tuberculosis, el tífus, la poliomielitis y otras enfermedades que, durante mucho tiempo, fueron consideradas como incurables.

Pero de todo ello me hubiera gustado volver a hablar con Quintano dentro de unos años en otra u otras mañanas, como aquella primavera de la que conservo viva la imagen, mientras paseábamos y él chupaba nerviosamente su pipa que, de vez en cuando, aculotaba con los dedos guiñando un poco los ojos y alargando el cuello en un tic de inquietud y de impaciencia escuchando mis argumentos. Quizás para entonces, el galope de la Ciencia me hubiera puesto ya en condiciones de demostrarle que la reeducación del delincuente no es una vana utopía, alimentada por espíritus optimistas, como el creía, y que el crimen puede ser, en muchas ocasiones, el producto de una perturbación eléctrica cerebral momentánea o de un trastorno metabólico, perfectamente evitable, si conocemos los factores que pueden producirlo. Mientras voy escribiendo estas líneas me doy cuenta, con tristeza, de que ello ya nunca más me será posible porque Antonio Quintano está muerto. Pero inmediatamente viene a mí el pensamiento de que para él, habitante de la región donde mora la Divina Sabiduría, al otro lado de todos los porqués, ya se habrán desvelado estos misterios que afanan y obsesionan nuestras horas terrenas y es entonces cuando me consuelo, en parte, de la pérdida del amigo y pido a Dios fervientemente que con su Verdad le haya dado el descanso eterno.