

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Derecho Penal y Control Social



FUNDACION UNIVERSITARIA DE JEREZ

DERECHO PENAL
Y
CONTROL SOCIAL

© Francisco Muñoz Conde
Depósito Legal CA - 187.-1985.
I.S.B.N. 84-600-3846-7.
Impreso en Gráficas del Exportador. - Caracuel, 15. - Jerez.
Diseño de la colección: Manuel Antonio Benítez Reyes.
Impreso en España - Printed in Spain.

*A Bella,
y a nuestros hijos, Antonio, Marta y Francisco*

PROLOGO

Este libro fue pensado originariamente como simple recopilación de algunos artículos míos publicados en estos últimos años *, juntamente con algunas partes de mi ya agotada «Introducción al Derecho Penal» **. Sin embargo, la mera relectura de estos materiales y las observaciones de algunos amigos me hicieron patente la necesidad de una reelaboración de los mismos al objeto de darles una línea unitaria que justificara su publicación conjunta. Igualmente era preciso también añadir nuevos apartados que reflejaran mi actual posición que naturalmente no difiere mucho de la que sostenía cuando algunos de estos trabajos fueron escritos, pero que

* «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», publicado en Cuadernos de Política Criminal, 1979 (también en Sistema, 31, 1979; Doctrina Penal, núm. 7, 1979; La reforma del Derecho Penal, Barcelona, 1980; Homenaje al Prof. Antón Oneca, Salamanca, 1981; Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Bogotá, 1982); «Monismo y Dualismo en el Derecho Penal Español», publicado en: Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1983; Derecho Penal y Criminología, Bogotá, 1983; «Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht», publicado en Goldammer's Archiv, 1984; «Derecho Penal y Control Social», publicado en: Cuadernos de Política Criminal, 1983; Tribuna Penal, Medellín, 1984; «Resocialización y tratamiento del delincuente», publicado en: La Reforma Penal, Madrid, 1983; I Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Sevilla, 1983.

** Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

ahora aparece enriquecida con nuevos matices y perspectivas que inicialmente pasaron desapercibidos. El resultado de todo ello es este libro que constituye un «corpus theoreticus» homogéneo más sólido y equilibrado que los materiales que inicialmente estuvieron en su origen.

Agradezco a la Fundación Universitaria de Jerez y a su Director, mi colega y amigo, Rafael Illescas, la generosidad y ayuda prestadas para la publicación de esta obra.

Roma, diciembre 1984

INTRODUCCION

Misión del Derecho penal es producir, decidir y solucionar casos (1), entendiendo aquí por caso simplemente algo que acaece (2) y tiene consecuencias específicamente juridicopenales.

Imaginemos ahora un caso de los que frecuentemente suelen ser juzgados por los Tribunales de Justicia:

Una tarde de mayo coinciden en un bar de Sevilla Federico, Pedro y Juan. Tras conversar amablemente un rato sobre cosas intrascendentes, Federico dice a sus otros dos compañeros que conoce unas oficinas en las que es muy fácil entrar de noche y apoderarse del dinero que se guarda en una caja fuerte, pero que él no se atreve a hacerlo por no tener experiencia en estos asuntos y no saber cómo se abre la caja. Pedro y Juan, que han sido ya varias veces condenados por hurto y robo con fractura, se muestran dispuestos a llevar a cabo el hecho, siempre que Federico

(1) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos del Derecho Penal», traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, *passim*.

(2) Cfr. WITTGENSTEIN, «Tractatus Logico-Philosophicus», Madrid, 1973, p. 34.

les haga un croquis del edificio y les asegure que no hay ningún tipo de vigilancia. Federico insiste una vez más en la falta de vigilancia y les dibuja en un papel un plano del edificio, acordando los tres que el dinero que se encuentre en la caja fuerte se repartirá a partes iguales. A la vista de las aseveraciones de Federico, aquella noche Pedro y Juan se dirigen a las oficinas, consiguiendo entrar en ellas por una ventana mal cerrada. Tras localizar la caja fuerte, Pedro, el especialista, se dispone a abrirla, ayudado por Juan. Mientras realizan dichas tareas, son sorprendidos por un vigilante nocturno, contratado unos días antes por la empresa, que les encaña con una pistola. Juan reacciona rápidamente y se abalanza contra el vigilante, entablándose un forcejeo entre ambos en el transcurso del cual la pistola se dispara hiriendo mortalmente al vigilante. Mientras tanto, Pedro sale huyendo, sin intervenir para nada en el forcejeo entre el vigilante y Juan.

Imaginemos también otro caso que sólo más raramente suele ser juzgado por un Tribunal de Justicia:

Luis, presidente y principal accionista de la empresa VIDSA, exportadora de vinos, con el ánimo de extender el mercado a diversos países latinoamericanos, solicita y obtiene del Ministerio de Comercio diferentes subvenciones y créditos a la exportación, así como la exención del pago de determinadas tasas, alegando para ello un volumen de ventas y de pedidos en dichos países superior al real, lo que justifica con facturas y otros datos falsos. Los créditos y bonificaciones obte-

nidos de esta manera, que alcanzan un importe de varios cientos de millones de pesetas, son empleados por Luis, a la vista de las malas perspectivas que ofrece el mercado de vinos, en otras actividades comerciales más rentables, creando para ello otras empresas con forma de Sociedades Anónimas. A consecuencia de estas operaciones la empresa VIDSA entra en una crisis económica, siendo declarada en suspensión de pagos. Más de mil obreros y empleados de la empresa son despedidos y la mayoría de los acreedores quedan sin posibilidad de cobrar sus créditos.

Imaginemos finalmente lo que puede ocurrirle a los protagonistas de estos casos, si, descubiertos, detenidos y juzgados, son condenados a una larga pena privativa de libertad:

Desde ese momento aparecen ante la opinión pública como «delincuentes»; quedan separados de su familia, de su mujer, de sus hijos, de sus amigos; pierden el empleo y el sueldo; quedan inhabilitados para el ejercicio de determinadas actividades o profesiones; se tienen que someter a una disciplina férrea, en la que todo está reglamentado; su vida es estrechamente vigilada día y noche; se les priva de sus esparcimientos habituales (asistir a un partido de fútbol, ir a ver una película) e incluso de contactos familiares o amistosos íntimos (3). A ello habría que añadirle otro tipo de penas (multa), medidas de seguridad e indemnizaciones civiles a las que

(3) Cfr. ROXIN, «Iniciación al Derecho penal de hoy», traducción y notas de Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1981, p. 23.

probablemente también serán condenados. Y la inscripción de sus condenas en un Registro Penal en el que, como una sombra, los antecedentes que en él obran recordarán todavía durante mucho tiempo, incluso durante toda su vida, a ellos y a los demás lo que han hecho y probablemente impedirán su reinserción definitiva en la sociedad.

¿Cuál es la característica común a todos estos casos?

Todo esto es Derecho penal. Y todo esto es también coacción, fraude, represión; en una palabra: violencia. Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, siempre de la violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal. Desde luego sería mejor o, por lo menos, más agradable que alguna vez la violencia dejara de gobernar las relaciones humanas. Pero en ningún caso podemos deformar ideológicamente los hechos y confundirlos con nuestros más o menos buenos o bienintencionados deseos. La violencia está ahí, a la vista de todos y practicada por todos: por los que delinquen y por los que definen y sancionan la delincuencia, por el individuo y por el Estado, por los pobres y por los ricos. Pero no toda la violencia es siempre juzgada o valorada por igual. Ciertamente no es lo mismo matar para comer que matar para que otros no coman, pero la violencia no siempre aparece en las relaciones humanas de una manera tan simple, sino que adopta modos y formas de expresión mucho más complejas y sutiles. La violencia es, desde luego, un proble-

ma social, pero también un problema semántico, porque sólo a partir de un determinado contexto social, político o económico puede ser valorada, explicada, condenada o defendida. No hay, pues, un concepto de violencia estático o ahistórico, que puede darse al margen del contexto social en el que surge. Tampoco hay una fórmula mágica, un criterio objetivo, válido para todo tiempo y lugar que nos permita valorar apriorísticamente la «bondad» o «maldad» de un determinado tipo de violencia. ¿Cuántos terroristas y criminales de guerra de ayer no son hoy personas respetables e incluso aparecen rodeados con la aureola del héroe? ¿Cuántas personas respetables y héroes de hoy no pueden ser terroristas y criminales mañana? ¿Dónde están las diferencias, no cuantitativas ni pragmáticas, entre el bombardeo en «acción de guerra», en el que mueren miles de personas, y el atentado terrorista en el que mueren varias personas?

La respuesta a estos interrogantes probablemente no se va a encontrar nunca o, por lo menos, nunca a tiempo. Nada hay en este asunto que sea valorativamente neutro y nada más difícil que valorarlo objetivamente. Nuestros juicios de valor son necesariamente subjetivos y siempre corren el riesgo de quedar superados por la realidad inexorable de los hechos. Somos hijos de nuestro tiempo, tenemos limitaciones de todo tipo y vivimos en un determinado contexto, al que no podemos sustraernos, aunque sí aceptarlo, criticarlo o atacarlo. Pero dentro de estas coordenadas, históricamente condicionadas, hay que dar respuesta a los problemas que, como el de la violencia institucionalizada, surgen cada día. La respuesta es evidentemente, por una u otra razón, siempre incómoda y quizás, a veces, implique algún tipo de riesgo no simplemente intelectual. Pero no podemos tampoco ocultar la cabeza bajo el ala y «pasando de todo» escurrir el bulto de una decisión racionalmente fundada. En el fondo es algo más que una cuestión ética, es también una simple cuestión de simetría, de cohe-

rencia, lo que, de acuerdo con la ideología y, en última instancia, con la conciencia de cada uno, obliga a dar respuesta a los interrogantes antes planteados.

El Derecho penal, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es, pues, violencia; pero no toda la violencia es Derecho penal. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos (4). La violencia es, por tanto, consustancial a todo *sistema de control social*. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización* del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social (5). El control social jurídico penal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto.

Lo que sigue es, pues, una reflexión sobre el Derecho penal, pero sobre el Derecho penal como parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que, de un modo u otro, es inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses. También la crítica a esos intereses o a la forma de protegerlos por el Derecho penal constituirá en todo momento objeto de nuestra reflexión, teniendo siempre en cuenta que el Derecho penal no es todo el control social, ni siquiera su parte más importante, sino sólo la superficie visible de un «iceberg», en el que lo que no se vé es quizás lo que realmente importa.

(4) Cfr. «La violencia interpretata», a cura di Renzo Villa, Bologna, 1979; «Los crímenes de la paz», edición preparada por Franco Bassaglia y Franca Bassaglia, 1977; «La violencia en la sociedad actual», Barbero Santos (comp.), Madrid, 1983; «Los rostros de la violencia», XXIII Curso Internacional de Criminología, Maracaibo, 1976.

(5) Cfr. HASSEMER, ob. cit., p. 401.

I

LA NORMA JURIDICA PENAL * (CRITICA A LA TEORIA SISTEMICA DEL DERECHO PENAL)

* Empleo aquí la palabra norma en un sentido genérico como proposición jurídica formulada de manera general. Por parecerme más precisa empleo la expresión norma en lugar de la de proposición jurídica. De todos modos, tanto una como otra son preceptos que rigen de «modo general», independientemente de donde procedan: ley, costumbre, decisión judicial, etc., cfr. LARENZ, «Metodología de la Ciencia del Derecho», traducción del Gimbernat, Barcelona, 1966, p. 161 (hay 3.^a edición alemana de esta obra, aparecida en 1975 y traducida por Rodríguez Molinero, (1980). Igualmente considero equivalentes los términos de norma penal y ley penal, pues en Derecho penal por imperativo del principio de legalidad sólo puede considerarse como norma vinculante la Ley penal positiva. En este lugar me parece innecesario recurrir a la conocida distinción de BINDING («Die Normen und ihre Übertretung», 1.^a edición, Leipzig, 1872, tomo I, p. 4 y ss.), entre norma y ley penal, pues toda la ley penal plasma una norma de conducta, preexistente o concomitante a ella, que, en todo caso, adquiere eficacia jurídica desde el momento en que entra en vigor la ley penal. Sobre el pensamiento de BINDING puede verse KAUFMANN, Armin, «Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie», Gotinga, 1954, p. 3 y ss. y passim. que hasta la fecha es la mejor exposición de las ideas de aquel autor (hay traducción de Bacigalupo y Garzón Valdés, «Teoría de las normas», Buenos Aires 1977).

Tradicionalmente, se define el Derecho penal, objetivamente, como un conjunto de normas jurídicas; pero, ¿qué se entiende por *norma jurídica penal*?

1. Llamo norma a toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad.

La persona no puede vivir aislada en sí misma. Para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades precisa de la comunicación con otras personas y de su auxilio. En una palabra, la existencia del Ego supone necesariamente la existencia del Alter, es decir, que la existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia.

Para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas

por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Frente al *principio del placer*, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todos sus instintos, existe el *principio de la realidad*, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás (1). La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la Sociología moderna se denomina con el nombre de *expectativa*. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces se frustran, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse para asegurar la convivencia. El sistema

(1) FREUD, Sigmund, «Formulierungen über die zwei Prinzipien des psychischen Geschehens», en *Gesammelte Werke*, tomo VIII, 5.ª ed., 1969, página 229 y ss.; el mismo, «Das Unbehagen in der Kultur», en *ob. cit.*, tomo XIV, p. 424. Esta contraposición entre principio del placer y principio de la realidad no debe entenderse de un modo absoluto, cfr. CASTILLA DEL PINO, «La culpa», 2.ª ed., Madrid 1973, p. 104 y ss. Sobre este dualismo montó MARCUSE su obra capital: «Eros y civilización». Sobre la inflexión del pensamiento de Marcuse en la antropología freudiana véase CASTILLA DEL PINO, «Psicoanálisis y marxismo», 2.ª ed., Madrid, 1971, p. 140 y ss. Sobre la dimensión histórica del principio de la realidad en Marcuse véase Heide BERNDT-Reimut REICHE, en «Respuestas a Marcuse», editado por Jürgen Habermas, traducción de Manuel Sacristán, Barcelona, 1969, p. 102 y ss., y también MANSILLA, «Sobre la crítica izquierdista a Herbert Marcuse», en *Sistema*, 33 1979, p. 3 y ss.

elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración. Una peculiaridad de este tipo de normas es, por tanto, su *carácter contrafáctico*, es decir, su vigencia no se modifica en nada por el hecho de que sean incumplidas, más bien sucede lo contrario: su incumplimiento y la consiguiente sanción confirman su necesidad y vigencia (2).

La imposición de una sanción se lleva a cabo primariamente a nivel social. En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que ésta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo —segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.— los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente, este orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el orden

(2) Este esquema coincide con el planteamiento funcionalista de Talcott PARSONS, «El sistema social», traducción de Jiménez Blanco y Cazorla Pérez, Madrid, 1966. Las repercusiones de las ideas de este autor en la Sociología en general y fundamentalmente en la Sociología alemana del Derecho son evidentes, véase, por ejemplo, la obra de LUHMANN, Niklas, sobre todo su «Rechtssoziologie», dos volúmenes aparecidos en 1973. Deben señalarse, sin embargo, las insuficiencias del planteamiento funcionalista (cfr. infra 3) y las críticas de que ha sido objeto, cfr. Carlos MOYA, «Teoría sociológica», Madrid, 1971, p. 97 y ss.; ALMARAZ, «La teoría general de los sistemas en Talcott Parsons», en Sistema, 33, 1979, p. 17 y ss.; GARCIA COTARELO, «Crítica de la teoría de sistemas», Madrid, 1979. Para una crítica de la obra de LUHMANN véase HABERMAS, «Rekonstruktion des historischen Materialisms», Frankfurt, 1976, p. 129 y ss.; PEREZ LUÑO, «Lecciones de Filosofía del Derecho», Sevilla 1982, p. 113 y s. y 138 y ss.

jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social la sociedad (3). Tanto el orden social como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo, y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia.

El orden jurídico y el Estado no son, por consiguiente, más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo para regular la convivencia de un modo organizado y pacífico. En la medida que el orden social sea autosuficiente podrá prescindirse del orden jurídico y del Estado. Hoy por hoy debe aceptarse, sin embargo, el hecho de que existe un orden jurídico, garantizado por el Estado, porque sólo aceptándolo como objeto a interpretar, a aplicar y, por supuesto, también a criticar, podrá superarse algún día (4).

(3) Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, «Tratado de Derecho Penal», traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 4; GARCIA-PABLOS, «Problemas actuales de la Criminología», Madrid 1984, p. 115 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, «Desviación social y resocialización», en CPC, 1984, p. 816 y ss.

(4) Cfr. PASCHUKANIS, Eugen, «Allgemeine Rechtslehre und Marxismus», traducción alemana de la tercera edición rusa de 1927, 3.^a ed., Frankfurt, 1970, p. 19. Sobre la evolución del pensamiento soviético en esta materia véase SCHROEDER, Friedrich-Christian, en «50 Jahre Sowjetrecht», editado por Maurach y Meissner, 1969, p. 52 y ss. Para una buena exposición de conjunto véase «Marxistische und sozialistische Rechtstheorie», editado por Norbert Reich, Frankfurt del Main, 1972; CERRONI, «Marx e il diritto moderno», Roma, 1962 (hay traducción española de 1964). Igualmente interesantes son las diversas aportaciones contenidas en el libro «Probleme der marxistischen Rechtstheorie», ed. por Rottleuthner, 1975. Sobre las posibilidades de una teoría marxista del Derecho, cfr. PAUL, Wolf, «¿Existe la teoría marxista del Derecho?», en Sistema, 33, 1979, p. 65 y ss. Sobre el fenómeno de la delincuencia en relación con la concepción marxista, cfr. GREENBERG, «Crime and Capitalism», New York, 1981; para una breve síntesis del problema, cfr. MUÑOZ CONDE, «Marx y la Nueva Criminología», en Nuestra Bandera, n.º 123, 1984.

2. Una parte de esas normas jurídicas que forman el orden jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan a la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo, son sancionadas con el medio más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal: la pena. La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera también que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista (5). La realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa y la consiguiente aplicación de una pena, la reacción frente a esa frustración. Estructuralmente, la norma penal no difiere, por tanto, en nada de cualquier otro tipo de norma, social o jurídica; su contenido, en cambio, sí es distinto del de las demás normas; porque la frustración de la expectativa debe ser en la norma penal un delito y la reacción frente a ella una pena y, en determinados casos, lo que se llama una medida de seguridad que se aplica alternativa o juntamente con la pena (6).

(5) Sobre la norma penal como sistema de expectativas, cfr. la obra de CALLIES, Rolf-Peter, «Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», Frankfurt del Main, 1974, p. 15 y ss. Cfr. también HASSEMER, «Fundamentos del Derecho Penal», traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984. Desde esta perspectiva considera JAKOBS, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», Berlín-New York, 1983, p. 3 y ss., el fenómeno punitivo como estabilización contrafáctica de las expectativas normativas. Entre los penalistas españoles acogen este planteamiento MIR PUIG, «Derecho Penal, Parte General», Barcelona, 1984, p. 25, y BUSTOS RAMIREZ, «Manual de Derecho Penal español», Parte General, Barcelona, 1984, p. 14. Cfr., sin embargo, infra 3.

(6) Fuera de nuestra consideración, aunque no del tema, queda ahora la *forma* específica en que se realiza el control social jurídico-penal, es decir, las cuestiones relativas al *proceso penal propiamente dicho*, que suelen ser objeto de consideración independiente y autónoma como *Derecho Procesal Penal*. Recientemente, HASSEMER, ob. cit., p. 141 y ss., ha reivindicado la necesidad de incluir también este aspecto en una consideración global del fenómeno jurídico-penal.

3. La norma jurídica penal sólo puede comprenderse si se la pone en relación con un determinado sistema social (7). Pero ello no quiere decir que los elementos de la norma jurídica penal se puedan entender como simples expresiones simbólicas del funcionamiento del sistema social. Para la *teoría sistémica aplicada al Derecho penal* (8) el delito no es más que la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social; la pena o, en su caso, la medida de seguridad, la expresión simbólica de lo opuesto, es decir, de la superioridad del sistema. Así, dice, por ejemplo, JAKOBS que la pena constituye una reacción a una infracción normativa: «por la reacción se demuestra siempre que debe seguir manteniéndose la norma infringida. La reacción demostrativa se produce siempre a costa del responsable de la infracción normativa» (9).

La teoría sistémica representa una descripción, aséptica y tecnocrática, del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del sistema mismo. Como seguidamente vamos a ver (10), la teoría sistemática conduce a una concepción preventiva integradora del Derecho penal en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema (11), buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modifica-

(7) Cfr. PARSONS, «El Sistema Social», cit., p. 23 y ss.

(8) Cfr. JAKOBS, «Strafrecht», cit., p. 3 y ss. Sobre el pensamiento funcionalista en Derecho Penal, cfr. también BRINGEWAT, «Funktionales Denken im Strafrecht», Berlín, 1974.

(9) JAKOBS, *lug. u. cit.*

(10) Cfr. *infra* II, 3.

(11) Cfr. BARATTA, «Integración-Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», en *Doctrina Penal*, 1984 (en prensa).

ción o crítica. El carácter conflictivo de la convivencia social y el coactivo de la norma jurídica penal desaparecen en un modelo tecnocrático en el que la desviación social y el delito, calificados de «complejidad», quedan integrados en el sistema, sin modificarlos en lo más mínimo. La norma penal soluciona el conflicto (delito) reduciendo su complejidad, atacándolo allí donde se manifiesta, no donde se produce, legitimando y reproduciendo un sistema que en ningún caso es cuestionado.

Cuando desde la teoría sistémica se habla de la «funcionalidad» de la norma jurídica penal, nada se dice sobre la forma específica de su funcionamiento, ni sobre el sistema social para el que es funcional. Desde esta perspectiva, el concepto de función es demasiado neutro y realmente no sirve demasiado para comprender la esencia del fenómeno jurídico punitivo (12). Es necesario, por tanto, avanzar un paso más en el análisis del modo específico de funcionamiento de la norma jurídica penal, del Derecho penal en el conjunto del sistema global de control social en el que se integra. En última instancia, la teoría sistémica conduce a la sustitución del

(12) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1974, p. 310 y ss. (hay versión castellana publicada en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 2, n.º 4, Buenos Aires, 1973); «Introducción al Derecho Penal», Barcelona, 1975, p. 50 y ss. Cfr. también, en un ámbito más general, PEREZ LUÑO, «Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución», Madrid, 1984, p. 61, quien destaca cómo en la teoría sistémica «los derechos fundamentales pierden, así, su dimensión reivindicativa, emancipatoria e incluso legitimadora. Su función queda relegada al papel de subsistemas sociales, que se interpretan como garantías de la diferenciación existente en el propio sistema». Igualmente, en el ámbito del proceso penal, ha sido sometida a revisión crítica la tesis de LUHMAN de la «legitimación a través del proceso» («Legitimation durch Verfahren», 2.ª ed., 1975), cfr. HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 124 y ss.; KRAUSS, «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess», en *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Gotinga, 1975, p. 420 y ss.

concepto de bien jurídico por el de «funcionalidad del sistema social» (13), perdiendo así la Ciencia del Derecho penal el último punto de apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo (14).

(13) Cfr. AMELUNG, «Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft», Frankfurt, 1972.

(14) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Introducción», cit. p. 50 y 185. Críticamente también TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídica-penal», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 63, p. 133 y ss.; OCTAVIO DE TOLDO, «Sobre el concepto del Derecho penal», Madrid 1983, p. 341 y ss. Un planteamiento similar al de Amelung, aunque sin renunciar al concepto de bien jurídico, hace GOMEZ BENITEZ, «Sobre la teoría del bien jurídico», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n.º 69. Sobre las repercusiones de este planteamiento en la concepción preventiva integradora del Derecho penal cfr. infra II, 3.

II

DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL

(SOBRE LA FUNCION MOTIVADORA DE
LA NORMA JURIDICA PENAL)

1. Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado «motivación».

El concepto de motivación admite muchas acepciones. Por motivación entiende, por ejemplo, SPOERRI «el proceso, consciente o inconsciente, en cuya base se halla una fuerza activadora y que se encamina a un objetivo» (1). Bajo el concepto de motivación se comprenden —dice THOMAE, especialista en el tema— «todos aquellos procesos imputables a un individuo o a un grupo, que explican su conducta o la hacen comprensible» (2); pero, si se pregunta por la extensión de este concepto, se puede afirmar, dice también THOMAE, «que es

(1) SPOERRI, «Compendio de psiquiatría», traducción de Cervantes, Barcelona, 1970, p. 31.

(2) THOMAE, Hans, en «Handbuch der Psychologie», tomo 2, Gotinga, 1965, p. 3. Sobre la motivación es fundamental la obra dirigida por THOMAE, «Die Motivation des menschlichen Handelns», 1966, en la que se contienen valiosas contribuciones de éste y otros importantes especialistas sobre el tema. Cfr. también NUTTIN/PIERON/BUYTENDIJK, «La motivación», Buenos Aires, 1978.

casi imposible precisar qué procesos, de los que se dan dentro del organismo o de la personalidad, no pertenecen a la motivación» (3). Una cosa es, sin embargo, segura: el Derecho, y el Derecho penal como parte de ese Derecho, ejerce un fuerte influjo en la motivación humana; pues, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su conciencia, del superyo.

De todas las teorías que han explicado este proceso de motivación del comportamiento humano, ninguna lo ha hecho tan bien y tan convincentemente como la teoría psicoanalítica. Sus aportaciones pueden servir al penalista, pues, como dice GIMBERNAT, «el psicoanálisis precisamente suministra una explicación y justificación del Derecho penal» (4).

Según FREUD, en alguna parte de la psique humana se forma desde la niñez un órgano de control que vigila las propias emociones y rige la conducta del hombre conforme a las exigencias del mundo circundante (5). A este órgano de control lo llamó después superyo (6). El proceso de formación del superyo es bastante

(3) THOMAE, en «Handbuch», cit., p. 17.

(4) GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en Estudios de Derecho penal, 2.^a ed., Madrid, 1981, p. 112. Cfr. también LUZON PEÑA, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en CPC, n.º 16, 1982, p. 93 y ss.; en la doctrina alemana, cfr., sobre todo, HAFFKE, «Tiefenpsychologie und Generalprävention», 1976; en la doctrina anglosajona, cfr. EHRENZWEIG, «Psychoanalytic Jurisprudence», New York, 1971. Cfr. también LUDERSSEN, en «Derecho Penal y Ciencias Sociales», ed. de Santiago Mir, Barcelona, 1982, p. 171 y ss.

(5) FREUD, Sigmund, «Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse», en Gesammelte Werke, tomo XII, 3.^a ed., 1966, p. 8.

(6) Esta expresión fue introducida por FREUD, en 1923, en su obra «Das Ich und das Es», Gesammelte Werke, cit., tomo XIII, p. 282.

complicado. Empieza con la introyección del poder paterno en la niñez y se continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida. La autoridad en general y la autoridad estatal, que precisamente muestra en el Derecho penal su aspecto más dramático, se internalizan a través del superyo (7). De este modo se forma una instancia valorativa en el adulto que le impulsa a dirigir sus acciones conforme a las exigencias que de ella emanan. Esta instancia valorativa, conciencia ético-social o superyo, tiene su origen en factores determinantes de tipo religioso, económico, etc. —los llamados estereotipos— (8). Uno de estos factores determinantes es sin lugar a dudas el Derecho, la norma jurídica, cuya diferencia con los demás factores radica precisamente en la posibilidad de su imposición coactiva. Esta posibilidad existe también en los otros factores, pero en ninguno de ellos se presenta organizada e institucionalizada: la institucionalización de la coacción, la coacción organizada es el rasgo típico del Derecho (9).

El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señalábamos al principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables. «De la misma manera que el

(7) FREUD, «Das Unbehagen in der Kultur», cit., tomo XIV, p. 484.

(8) Cfr. MITSCHERLICH-VOGEL, en «Handbuch der Psychologie», cit., p. 759 y ss.

(9) KELSEN, Hans, «Teoría pura del Derecho», trad. de la edición francesa de 1953, 11.^a ed., Buenos Aires, 1973, p. 70. En este sentido también ELIAS DIAZ, «Sociología y Filosofía del Derecho», Madrid, 1971, p. 29.

padre castiga al niño pequeño... cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación del cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la sociedad... tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan a la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones —con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas— un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor» (10).

2. La función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; aunque en su última fase sea individual, es decir, incida en el individuo concreto. Así, por ejemplo, dice PARSONS «que todos los procesos de motivación son procesos que se producen en las personalidades de los actores individuales. Los procesos mediante los que la estructura motivacional de una personalidad individual llega a ser lo que es, son, sin embargo, fundamentalmente, procesos sociales, que entrañan la interacción del ego con una pluralidad de alter» (11).

En otras ocasiones he manifestado que, en última instancia, los conflictos sociales surgen de la discordancia existente en algu-

(10) GIMBERNAT, ob. cit., p. 95.

(11) PARSONS, «El sistema social», trad. de Jiménez Blanco y Cazorla, Madrid, 1966, p. 259. En este sentido dice CASTILLA DEL PINO, «Sexualidad y represión», 4.^a ed., Madrid, 1972, p. 12, que «aún cuando la represión, al igual que otros procesos, sea primariamente social..., la etapa final del mismo es prácticamente individual y deviene, en última instancia, en mero conflicto psicológico».

nos casos entre la motivación general emanada de la norma penal y la motivación individual del individuo concreto que se rige por unas normas distintas (12). Con ello trasladaba el problema de la función motivadora de las normas penales a un plano puramente psicológico individual, en detrimento de los aspectos sociales (13). Creo, sin embargo, ahora que estos conflictos surgen, en el individuo y en la sociedad, cuando colisionan diversos sistemas de valores y distintas motivaciones emanadas todas de instancias socializadoras. No existe, pues, una contraposición individuo-sociedad, sino una contraposición entre diversos sistemas sociales que inciden sobre el comportamiento del individuo. Igual que no es imaginable un lenguaje absolutamente individual, tampoco existe un sistema de valores que lo sea. «Los valores son siempre adquisiciones del sujeto en la comunidad» (14), y, por eso mismo, no puede darse una discordancia absoluta entre el sistema de valores de un individuo y el del grupo social al que pertenece. Lo que sí se da muchas ve-

(12) Cfr. mi «Introducción al Derecho penal», Barcelona, 1975, p. 52 y ss.; también, «Función motivadora de la norma penal y marginalización», en *Doctrina Penal*, 1978 (Buenos Aires).

(13) En este punto se apoyan las principales críticas a la idea de la función motivadora, cfr. BAJO, «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en *Estudios Penales*, I, Santiago de Compostela, 1977, p. 11 y ss. (al respecto MIR PUIG, en *CPC*, n.º 4, 1978, p. 175); RODRIGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal», Parte General, 1977, p. 81, nota 17; CORDOBA RODA, «Culpabilidad y pena», Barcelona, 1977, p. 28 y ss.; COBO-VIVES, «Derecho Penal», Parte General, tomo I, Valencia, 1980, p. 42.

(14) CASTILLA DEL PINO, «Patografías», 1972, p. 151.

ces, sobre todo en sociedades poco democráticas y excesivamente clasistas, son sistemas sociales de valores diferentes coetáneamente existentes, planteándose entonces una pugna entre los sistemas dominantes y los que no lo son, y con ello también una *situación anómica* que repercute en el comportamiento de los individuos (15).

Parece, pues, evidente que la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídicopenal en un contexto mucho más amplio de *control social*, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad.

El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafacticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento (16). El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. «No hay alternativas al control social» (17); es inimaginable una sociedad sin control social (18).

(15) Cfr. MERTON, «Teoría y estructuras sociales», México, 1964.

(16) Cfr. supra I. Para más detalles, cfr. LA PIERE, «A Theory of Social Control», New York, 1954; PARSONS, «El sistema social», cit.; LUHMANN, «Rechtssoziologie», 2, 1972, p. 282 y ss.

(17) HASSEMER, «Fundamentos del Derecho Penal», traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, p. 390.

(18) Lo cual no quiere decir que el orden creado por el control social sea un orden absoluto, como pretendía E. A. ROSS, «Social Control, A Survey of the Foundation of Order», 1901; ya que dentro de la sociedad coexisten siempre una pluralidad de órdenes y, por tanto, de agencias de control social (cfr. ROSA DEL OLMO, «Ruptura Criminológica», Caracas, 1980, p. 36; BERGALLI, «Crítica a la Criminología», Bogotá, 1982, p. 23 y ss.).

Dentro del control social la norma penal, el sistema jurídicopenal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social. Es más, un Derecho penal que funcionara así sería absolutamente insoportable y la más clara expresión de una sociedad de esclavos. La norma penal, el sistema jurídicopenal, el Derecho penal como un todo, sólo tienen sentido si se les considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.), cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través del aprendizaje e internalización de determinadas pautas de comportamiento (19). Las diferencias existentes entre el sistema jurídicopenal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el Derecho penal constituye un «plus» adicional en intensidad y gravedad de las sanciones y en el grado de formalización que su imposición y ejecución exige (20).

Por todo ello, se puede decir que el Derecho penal no es más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del «iceberg» que representan los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedad. Pero no el único, ni el más importante (21). Verdaderamente, las normas penales por sí solas son insuficientes y paradójicamente

(19) Cfr. «El pensamiento criminológico», por Bergalli y otros, volúmenes 1 y 2, Barcelona, 1983.

(20) HASSEMER, ob. cit., p. 391.

(21) STRATENWERTH, «Derecho Penal», Parte General, I, traducción de Gladys Romero, Madrid, 1982, p. 9. También MIR PUIG, «Derecho Penal, Parte General», Barcelona, 1984, p. XXXVI.

camente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. De nada servirían ni la conminación penal contenida en las mismas, ni la imposición de la pena, ni su ejecución, si no existieran previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad. La conciencia moral, el superyo, la ética social se forman desde la niñez en referencia primariamente a situaciones y comportamientos de otras personas (22), y sólo secundariamente y a partir de un determinado grado de desarrollo intelectual en referencia a las normas penales. Así, por ejemplo, todo el mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primariamente como norma social y sólo posteriormente como norma jurídica penal. Es más, difícilmente puede tener eficacia motivadora alguna la norma penal en orden a inhibir estos comportamientos, si no va acompañada de otros factores motivadores e igualmente inhibitorios.

De aquí se deduce que la norma penal sólo puede tener eficacia motivadora si va acompañada en la misma dirección por otras instancias sociales motivadoras.

Son muchos los casos que se pueden citar de discrepancia entre la función motivadora de la norma penal y la función motivadora emanada de otras instancias de control social. A veces las normas sociales no sólo dan una imagen deformada del Derecho penal, sino que también desarrollan estrategias de neutralización o de modificación de las

(22) Cfr. PIAGET, «Das moralische Urteil beim Kinde», Frankfurt am Main, 1973; cfr. también SIEGEL/BRAINERD, «Alternativas a Piaget», 1983. Para un resumen de sus ideas principales PIAGET, «Seis estudios de psicología», Barcelona 1985.

exigencias contenidas en las normas penales. No hace falta citar el caso del aborto para reflejar hasta qué punto sucede esto en la realidad criminológica de nuestros días (23). Algo similar ocurrió en E.E. U.U. en los años veinte con la ley de prohibición de consumo de alcohol o sucede ahora con la represión indiscriminada del consumo o del tráfico de las llamadas «drogas blandas». Hay otros ejemplos menos espectaculares, pero no menos reales, que demuestran la disociación existente entre normas sociales y normas penales en numerosos ámbitos de la vida social. A los ejemplos ya citados por mí en otra ocasión procedentes del Derecho penal vigente durante la dictadura franquista en el ámbito de las libertades públicas y de la norma sexual (24), ya derogados, habría que añadir ahora otros casos, de signo contrario, en los que determinadas clases o grupos sociales desarrollan estrategias de contención o de neutralización de las normas penales cuando éstas pueden afectar a sus intereses de clase. Valga de muestra el caso de los delitos económicos, en los que «slogans» como «economía de mercado», «libertad de empresa», etc., se utilizan a veces como pre-

(23) Compárense tan sólo las cifras reales de abortos provocados que se producen en España al cabo del año, unos 300.000 según los cálculos más prudentes, con las que ofrecen las estadísticas oficiales (67 sentencias condenatorias en 1977, 76 sumarios abiertos en 1979). Cfr. MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal, Parte Especial», 5.^a ed., Sevilla, 1983, p. 63 y ss., con bibliografía.

(24) Cfr. mi «Introducción», cit., p. 19 y ss.

texto, justificación o excusa de los más graves atentados a los intereses económicos colectivos (25).

Está claro, pues, que la función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social. Un Derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un Derecho penal puramente represivo, que sólo tendría eficacia como instrumento de terror. Pero también la función motivadora emanada de esas otras instancias de control social sería ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal. Los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizada de control social que es el Derecho penal. Y es presumible que la renuncia del Derecho penal en las actuales circunstancias no suponga ningún avance en orden a la consecución de una mayor libertad, sino más bien lo contrario: que las tareas reservadas tradicionalmente al Derecho penal sean asumidas por otras instancias del control social más difíciles de controlar y limitar que las penales propiamente dichas (26), consiguiendo con ello, no eliminar el Derecho pe-

(25) Cfr. mi trabajo «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en CPC, n.º 16, 1982, p. 107 y ss. (También en RJCat., n.º 1, Enero-Marzo 1982 y en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali-Colombia, n.º 6, 1.º semestre 1982).

(26) Cfr. infra. También mis trabajos «Monismo y Dualismo en Derecho penal», en Estudios de Derecho Penal, ed. Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1982; «Monismus und Dualismus im Spanischen Strafrecht», en Goldtdammers Archiv, 1984. Cfr. infra III.

nal, sino algo peor que el Derecho penal mismo, o que se cambien las palabras, pero no la realidad (27).

3. De todo ello deduce actualmente un importante sector doctrinal que la meta preventiva general del Derecho penal no es la motivación intimidadora de los ciudadanos, sino la motivación integradora del consenso a través de la confirmación y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social (28).

No creo, sin embargo, que esta tesis pueda ser aceptada sin, por lo menos, aludir a la función real que cumplen en la mayoría de los sistemas sociales el control social y el control social jurídicopenal en la defensa y reproducción de un determinado sistema de valores y, en consecuencia, en la marginación y represión de las personas que potencial o realmente pueden atacarlo. Pues, como dice BARATTA, no puede olvidarse que, como los resultados de numerosas investigaciones demuestran, los nuevos sistemas totales de control social a través de la socialización institucional cumplen la mis-

(27) Como advertía PASCHUKANIS, «Allgemeine Rechtslehre und Marxismus», Frankfurt, 1970, respecto al Código penal ruso de 1922. También SKINNER, «Más allá de la libertad y de la dignidad», Barcelona, 1980, p. 128, advierte del peligro que suponen algunas prácticas de control aparentemente más débiles y que, por eso, quedan ocultas o camufladas.

(28) En este sentido, cfr. sobre todo JAKOBS, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», 1983, p. 3 y ss.; ROXIN, «Culpabilidad y prevención en Derecho penal», traducción, introducción y notas de Muñoz Conde, Madrid, 1981, p. 134 y 182; HASSEMER, ob. cit., p. 391 y ss. En la doctrina española sigue este planteamiento GOMEZ BENITEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 3 monográfico, Madrid, 1980, p. 144. En contra LUZON PEÑA, «Psicoanálisis», cit., p. 96 y ss., que sigue defendiendo la motivación como intimidación. Una combinación de ambos puntos de vista realiza MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», 2.ª edición, Barcelona, 1982, p. 31 y ss.

ma función selectiva y marginalizadora que hasta la fecha se venía atribuyendo al sistema penal (29).

En este sentido, no le falta razón a LUZON PEÑA cuando advierte del «carácter represivo que frente a la prevención de intimidación tiene la prevención socialmente integradora o estabilizadora entendida como categoría autónoma (más aún: exclusiva) y con exigencias propias» (30). La prevención general estabilizadora puede tener, en efecto, como dice MIR PUIG, «un sentido ‘moralizante’, de imposición mediante la coacción de la pena de una *adhesión interna* de los ciudadanos a los valores jurídicos, y ello sería absolutamente impropio de un Derecho penal de garantía del individuo» (31).

No puede olvidarse, en todo caso, la función legitimadora, y, por tanto, ideológica que un tal entendimiento del Derecho penal puede tener como justificación de un orden social injusto, que, sin embargo, se mantiene en su injusticia gracias a la ayuda que le prestan las diversas instancias de control social. La prevención intimidadora tiene por lo menos el mérito de poner de relieve cuál es el verdadero mecanismo que influye en el comportamiento de los individuos; la prevención integradora constituye, en cambio, «una ‘racionalización’ de algo subyacente e inconsciente: impulsos, agresividad y emociones de carácter claramente irracional» (32). Con un entendimiento de la pena como prevención integradora se pretende, en última instancia, alcanzar un

(29) BARATTA, «Criminología crítica y política penal alternativa», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, n.º 1, p. 43 y ss. Para una crítica expresa a la teoría de la prevención integradora, cfr. también BARATTA, «Integración-Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», en *Doctrina Penal*, 1984.

(30) LUZON, ob. cit., p. 99.

(31) MIR PUIG, ob. cit., p. 32.

(32) LUZON, lug. u. cit.

consenso de mayorías que, como la experiencia histórica demuestra, puede desembocar en un claro proceso de fascistización social, en el que el individuo desaparece devorado por esa máquina terrible que es el Leviathan estatal.

Con un tal entendimiento se olvida, además, que el delito no es un producto ahistórico o un comportamiento preexistente a cualquier sistema de control social o jurídico. Es necesario recordar que es el propio sistema quien crea la delincuencia o que, como dice MARX en un contexto más amplio (33), es «el modo de producción de la vida material (el que) condiciona el proceso de vida social, política e intelectual en general». Y la pena no tiene por qué ser una excepción a esta regla.

4. Con ello llegamos a la causa última que sirve de fundamento a la pena y a los sistemas de control social que regulan la convivencia en la sociedad: la razón de Estado.

La imposición de una sanción, como ya hemos visto, se lleva a cabo primariamente a nivel social, en el seno de la familia o de grupos sociales más o menos amplios. En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que sea, se dan una serie de reglas, las *normas sociales*, que sancionan de algún modo —segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.— los ataques a la convivencia tal como la concibe ese grupo social. Estas normas sociales forman al orden social. Pero ese orden social no es ni mucho menos idílico, sino conflictivo. La lucha por la posesión de los objetos que median en las relaciones intrapersonales; la contraposición entre el *principio del placer*, que impulsa a la persona a satisfa-

(33) MARX, «Contribución a la crítica de la Economía política», ed. Instituto Cubano del Libro, La Habana, p. 12.

cer por encima de todos sus instintos, y el *principio de la realidad*, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta los de los demás, demuestran que ese orden social, al par que conflictivo, necesita de un orden más coactivo, más preciso y vigoroso que le garantice un cierto grado de respeto y acatamiento a sus normas. Históricamente, el orden social se ha mostrado como incapaz e insuficiente para conseguir por sí solo el grado de coacción necesario para que los ciudadanos respeten sus normas. En algún momento histórico, el grupo social recurre a un medio de coacción más preciso y vigoroso que es el orden jurídico. Titular de ese orden jurídico es el Estado que se presenta como el producto de una correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado. El orden jurídico y el Estado no son más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo de asegurar el sistema económico de producción que la correlación de fuerzas sociales necesita en ese momento histórico determinado (34).

El Derecho y el Estado no son, sin embargo, expresión de un consenso general de voluntades, sino reflejo de un modo de producción y una forma de protección de intereses de clase, la dominante, en el grupo social al que ese Derecho y ese Estado pertenecen. Como decía MARX: «la idea de que los individuos, libre y deliberadamente, celebran contratos con el Estado y que esos contratos constituyen el derecho no tiene en cuenta las bases materiales del poder. Cuando las condiciones materiales se expresan como relaciones de desigualdad y explotación, como sucede en el capitalismo, la idea de que la ley guarda algo más que una relación muy direc-

(34) Cfr. epígrafe anterior I: La Norma Jurídica Penal.

ta con la voluntad es utópica... Sólo los visionarios que ven en el derecho y en la ley el imperio de una voluntad general dotada de propia existencia y sustantividad, pueden ver en el delito simplemente la infracción del derecho y de la ley» (35).

Trasladadas estas ideas al Derecho penal, esto significa la negación radical del mito del Derecho penal como derecho igualitario y, con ello, la ilegitimidad de todo intento de entender la pena como prevención integradora del consenso social. Como la nueva Criminología ha puesto de relieve, a partir de la realización de diversas investigaciones empíricas, el Derecho penal no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos; tampoco la ley penal es igual para todos, ni el status de criminal se aplica por igual a todos los sujetos independientemente de la dañosidad social y de la gravedad de las infracciones a la ley penal por ellos realizadas (36). Basta sólo con recordar el distinto tratamiento que reciben los delitos contra la propiedad y los delitos económicos. La tesis del Derecho penal como derecho igualitario y de la pena como prevención integradora del consenso es insostenible con un modelo de sociedad basado en la desigualdad y en la explotación del hombre por el hombre. La única igualdad que se puede predicar ante el Derecho penal actual es la que Anatole France veía irónicamente como símbolo de la imperiosa majestad de la ley penal, la de que prohíbe por igual, a los pobres y a los ricos, robar pan y dormir debajo de un puente. El gran hallazgo de la nueva Criminología consiste precisamente

(35) MARX-ENGELS, «La ideología alemana», 3.^a ed., Montevideo-Barcelona, 1970, p. 267.

(36) Cfr. BARATTA, «Criminología» cit., p. 45.

en haber demostrado la contradicción existente entre Derecho penal presuntamente igualitario y una sociedad profundamente desigual. El Estado de Derecho sobre estas bases sólo puede producir un Derecho de Estado en el que se reflejan y manifiestan necesariamente los intereses de la clase dominante.

5. Las consideraciones precedentes demuestran que el Derecho penal es la superestructura represiva de una determinada estructura socioeconómica y de un determinado sistema de control social pensado para la defensa de la estructura.

Erraría, sin embargo, quien creyera que el carácter superestructural del Derecho penal exime de su estudio tecnicojurídico o permite prescindir en su análisis de los postulados y principios que lo informan oficialmente. Muchos de estos principios, y especialmente el de la legalidad de los delitos y las penas, surgieron con la Revolución Francesa, una revolución profundamente humanista en sus planteamientos, y surgieron precisamente para limitar y controlar el poder punitivo, arbitrario y omnímodo del Estado absolutista. Y una vez admitido que el Derecho en general y el Derecho penal en particular, como expresión de la razón de Estado, son clasistas, debe ser bien acogido y fomentado todo lo que signifique limitar y controlar el poder del Estado, poder de clase en definitiva. Este es el significado profundo que, para los que no quieran poner su ciencia al servicio de la clase dominante o de la defensa de sus intereses, tiene la Dogmática jurídica y concretamente jurídico-penal (37), a la que no se puede descalificar precipitadamente

(37) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, en Estudios de Derecho penal, cit.

como «filosofía de la dominación» (38). Mientras haya Derecho penal, y en las actuales circunstancias parece que habrá «Derecho penal para rato», es necesario que haya alguien que se encargue de estudiarlo y analizarlo racionalmente para convertirlo en un instrumento de cambio y progreso hacia una sociedad más justa e igualitaria, denunciando además sus contradicciones y las del sistema económico que lo condiciona (39). Tan absurdo es aceptar globalmente de un modo acrítico el Derecho penal, como rechazarlo también globalmente calificándolo despectivamente de «brazo armado de la clase dominante». En todo caso, una actitud de esta clase no se puede adoptar como actitud a priori ante el Derecho penal, cualquiera que sea el modelo de sociedad a la que sirva o la razón de Estado a la que obedezca, pues ello conllevaría una contradicción con el propio punto de partida aceptado como hipótesis, el carácter superestructural del Derecho, y una infrautilización peligrosa del instrumento más radical de que dispone el Estado para imponer sus razones o las razones que representa.

En todo caso, si la técnica de interpretación y sistematización del Derecho penal permite poner de relieve las graves injusticias y desigualdades que le son inherentes, ello incita a plantearnos la necesidad de modificar lo más intensa y radicalmente posible el sistema económico que lo condiciona, lo que ya de por sí sería altamente positivo y una consecuencia progresiva del planteamiento puramente técnico o dogmático (40).

Más no se puede pedir del Derecho penal, ni de la ciencia o actividad intelectual que de su estudio se ocupa. Pero tampoco menos.

(38) Cfr. ANIYAR, «Conocimiento y orden social», Maracaibo, 1981, p. 16.

(39) GIMBERNAT, Prólogo a *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, de Carlos García Valdés, 2.^a ed., Madrid, 1982.

(40) LUZON, ob. cit., p. 105.

III

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD: MONISMO VERSUS DUALISMO

El Derecho penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación de un solo medio, con la pena, se habla de un Derecho penal monista. Por el contrario, se habla de un Derecho penal dualista, cuando junto a la pena, se aplican otras medidas de distinta naturaleza a las que se llaman medidas de seguridad o corrección.

1. Desde hace ya algunos años viene planteándose en la Ciencia española del Derecho penal una cuestión que no sólo tiene una importancia teórica fundamental, sino también, y sobre todo, una significación práctica evidente. Se trata de decidir, con todas las consecuencias, si el sistema de reacción jurídico-estatal frente al delito cometido debe ser un sistema monista de sanción única o un sistema diferenciado dualista de penas y medidas (1).

El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal 1980, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y la reforma par-

(1) Cfr. QUINTERO OLIVARES, «Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal», en La reforma penal y penitenciaria, editado por Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1980; también recientemente OCTAVIO DE TOLEDO, «Sobre el concepto del Derecho Penal», Madrid, 1981, p. 252 y ss.

cial de 1983 han puesto de relieve que la opción entre uno y otro sistema no es en absoluto una cuestión puramente teórica, sino que tiene sus raíces en las entrañas mismas del Derecho penal, ya que en ella se decide el futuro de esta rama del Ordenamiento jurídico como en ningún otro tema. En el fondo de esta cuestión late la eterna discusión, el siempre planteado y hasta ahora nunca resuelto antagonismo entre un Derecho penal retributivo y un Derecho penal preventivo, entre el «punitur quia peccatum est» y el «punitur ne peccetur», entre culpabilidad y peligrosidad, entre penas y medidas.

En el Derecho positivo actualmente vigente la discusión está saldada en favor de un sistema dualista de sanciones aplicables al autor de un delito. Así, por ejemplo, el art. 8, 1.º del Código penal prevé el internamiento del enajenado autor de un delito que haya sido declarado exento de responsabilidad criminal. Y lo mismo prevé el n.º 3.º del mismo artículo para el autor del delito que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Esta doble forma de reaccionar frente al autor de un delito, según sea, por ejemplo, un enfermo mental o una persona sana mentalmente, se corresponde también con un sistema dualista de los presupuestos de la reacción misma que se encuentra, más o menos explícitamente formulado, en los preceptos del Derecho positivo. Estos presupuestos de la reacción dualista son culpabilidad y peligrosidad. Desde un punto de vista formal, se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida. Culpabilidad y peligrosidad son, pues, los dos puntos de conexión del actual sistema

de reacción estatal frente a un delito: el delito cometido por un autor culpable dará lugar a la imposición de una pena, el delito cometido por un autor no culpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de una medida (2).

2. En el Ordenamiento jurídicopenal español vigente existe, sin embargo, una peculiaridad que lo distingue del sistema dualista adoptado en otros países.

A diferencia de lo que suceda en los Ordenamientos de otros países, las medidas se aplican sobre todo y principalmente a las personas llamadas «peligrosas sociales», hayan o no cometido un hecho tipificado en la Ley como delito. Estas medidas, recogidas en su mayoría en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de Agosto de 1970, son aplicables, por tanto, también a supuestos de «peligrosidad predelictual», en los que ni siquiera se exige la probable comisión de delitos en el futuro. Sin embargo, estas medidas prácticamente en nada se diferencian, por lo menos en su forma de ejecución y a veces incluso en su contenido, de las penas propiamente dichas y mucho menos de las medidas posdelictuales (cfr. arts. 2 y 5 de la Ley de Peligrosidad).

Este sistema de medidas funciona además de un modo autónomo, es decir, se aplica al margen de la pena, e incluso, en caso de concurrencia de penas y medidas se ejecuta preferentemente la pena y después la medida (cfr. art. 25 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social) (3).

(2) Cfr. MAURACH, «Tratado de Derecho Penal», trad. y notas de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, vol. I, p. 58 y ss.

(3) Cfr. BERISTAIN, «Medidas Penales en Derecho contemporáneo», Madrid, 1974; JORGE BARREIRO, «Las medidas de seguridad en el Derecho español», Madrid, 1976; TERRADILLOS, «Peligrosidad social y Estado de Derecho», Madrid, 1981.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social constituye, pues, de hecho, un segundo Código penal que sirve para prolongar los efectos de la pena o para sancionar supuestos de peligrosidad social no constitutivos de delito. Se establece así un sistema de control social más amplio que el dual tradicional, desbordando los principios limitadores del poder punitivo característicos del Estado de Derecho: el principio de legalidad y el principio de intervención mínima (4).

El principio de legalidad queda infringido cuando el presupuesto de la reacción sancionatoria del Estado no está constituido por la comisión de un injusto tipificado en la ley penal, sino por estados de peligrosidad social que ni siquiera van referidos a la comisión de delitos futuros y que además son sancionados con medidas que, materialmente, en nada se diferencian de las penas.

El principio de intervención mínima igualmente se infringe, cuando se utilizan medios sancionatorios tan graves como las penas para reprimir estados de peligrosidad no basados en la previa comisión de un delito y que, por lo tanto, no constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social supone, pues, tanto en la teoría como en la práctica, una «perversión» del Derecho penal y un abuso de poder del Estado. Ciertamente que la tarea de defensa de la sociedad y de una convivencia social pacífica y organizada pluralmente no sólo incumbe al Derecho penal, sino a todo el Ordenamiento jurídico. Pero en esta tarea el Derecho penal no es sólo un plus, sino también un aliud frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico.

(4) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho Penal», Barcelona, 1975, p. 59 y ss.

Precisamente por su carácter de última ratio, al Derecho penal debe quedar reservada la tarea de reaccionar frente a los comportamientos más intolerables de desprecio a las normas fundamentales que rigen la convivencia, reaccionando frente a ellos con los medios más graves e importantes de que dispone el Ordenamiento jurídico, llámense penas o medidas; pero, en todo caso, el presupuesto de esta reacción sólo debe serlo la comisión de un hecho típico y antijurídico, es decir, la realización de un comportamiento prohibido y conminado con una pena en la Ley penal (5). En esto es prácticamente unánime la moderna doctrina española (6).

3. No es por ello extraño que una de las novedades más importantes y alabadas del Proyecto de Código penal de 1980 fuera precisamente la de prever la derogación de la tan desafortunada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (cfr. Disposición Derogatoria, Proyecto de Código penal).

Otra novedad importante del Proyecto de Código penal era incluir toda la materia relativa a las medidas en el Título VI del Libro I. Con ello se seguía mante-

(5) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos del Derecho Penal», trad. y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, p. 250: «Que la comprobación de la punibilidad sólo debe empezar cuando alguien ha actuado, excluye que los únicos presupuestos de la reacción jurídicopenal puedan ser pronósticos de lesiones futuras o diagnósticos de la actual peligrosidad».

(6) Cfr. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p.40; RODRIGUEZ DEVE-SA, «Derecho Penal Español», Parte General, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 926; CEREZO MIR, «Curso de Derecho Penal», I, 1.ª ed., Madrid, 1981, p. 38; BUSTOS RAMIREZ, «Manual de Derecho Penal Español», Barcelona, 1984, p. 77. Sin embargo, un sector de la doctrina española considera que las medidas predelictivas también tienen carácter penal en la medida en que se refieren a un delito, cfr. MIR PUIG, «Introducción a las bases del Derecho Penal», Barcelona, 1977, p. 25; COBO-VIVES, «Derecho Penal», Parte General, I, Valencia, 1980, p. 27; OCTAVIO DE TOLEDO, ob. cit., p. 49; críticamente sobre esta posición, TERRADILLOS, ob. cit., p. 133.

niendo el sistema dualista, pero se introducían importantes novedades respecto al sistema actualmente vigente. Por lo pronto, y esta era la novedad más importante, sólo se admitían en el Proyecto las medidas posdelictuales, es decir, aquellas aplicables a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión ha de revelar además la peligrosidad criminal de su autor, (art. 131), es decir, la probabilidad de que éste vuelva a cometer en el futuro otros delitos. Además, el art. 133 disponía que estas medidas debían guardar proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer (7).

Sin embargo, a pesar de estas mejoras del sistema entonces vigente, en el Proyecto se mantenían prácticamente las medidas ya existentes en la Ley de Peligrosidad e incluso algunas de ellas, como las medidas privativas de libertad, sin duda las más graves por su incidencia en la libertad y derechos fundamentales de los afectados, se modificaban generalmente para prolongarlas. Así, por ejemplo, el internamiento en centros de rehabilitación social para delincuentes jóvenes y habituales podía llegar a durar hasta diez años y para delincuentes profesionales hasta quince años (art. 135, 4.^a y 5.^a). El internamiento en centros psiquiátricos y pedagógico especial duraría el tiempo indispensable (art. 135, 1.^a y 3.^a), que podía ser indefinido. Y el internamiento en centro de deshabitación un tiempo que no podía exceder de tres años (art. 135, 2.^a).

(7) Cfr. BARBERO SANTOS, «Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en *La reforma penal*, cit.; MIR PUIG, «El sistema de sanciones», en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980, p. 21 y ss.

Pero no era eso lo más grave. Lo más grave era la relación existente entre esas medidas y las penas privativas de libertad. Si la medida privativa de libertad puede ser de mayor duración que la pena propiamente dicha, e incluso de duración ilimitada, entonces está claro que el sometido a ellas puede llegar a ser de peor condición que el condenado con una pena. Pero si la medida privativa de libertad puede además imponerse para ser ejecutada una vez cumplida una pena de la misma naturaleza, entonces no sólo se grava más al condenado, sino que se produce una auténtica burla de los principios y garantías del Estado de Derecho.

El Proyecto de 1980 pretendió evitar esta absurda paradoja, introduciendo en materia de ejecución de penas y medidas privativas de libertad el llamado sistema vicarial, un sistema en el que, en caso de imposición conjunta de ambas sanciones, se ejecuta primero la medida y luego la pena, permitiendo el abono del tiempo de duración de aquélla en el de ésta y la suspensión del resto de la pena que quede por cumplir, si con la ejecución de la medida se hubieran conseguido ya las metas resocializadoras (8). Con ello se llega, de hecho, por lo menos en materia de ejecución, a un sistema monista en el que las diferencias entre penas y medidas prácticamente desaparecen. El Proyecto acogía este sistema aunque de un modo incompleto para los semiimputables, es decir, enajenados mentales, sordomudos y alcohólicos o toxicómanos que no hubieran sido declarados plenamente incapaces de culpabilidad y a los que por su peligrosidad criminal se les imponía una medida de internamiento junto con la pena (arts. 145, 146 y 147).

Sin embargo, volvía a acoger el sistema dualista para los delincuentes habituales y profesionales a los

(8) Cfr. MIR PUIG, «El sistema de sanciones», cit.

que se podía imponer «como complemento de la pena correspondiente al delito cometido» el internamiento en centro de rehabilitación social por tiempo que no podía exceder de diez años para los primeros y de quince para los segundos (arts. 150 y 152). En estos casos, la aplicación conjunta de pena y medida sin ningún tipo de corrección vicarial se convertía de hecho en una sanción única de privación de libertad, y en una prolongación encubierta de la pena que, en principio, y por imperativo del principio de legalidad, no debe pasar de un máximo fijado legalmente como garantía de seguridad jurídica para el condenado y para la sociedad. El sistema dualista se convierte así, con el pretexto científico para un control social ilimitado de los ciudadanos, o en todo caso superior al que permite el penal tradicional; todo ello en aras de unos intereses oscuros cuya irracionalidad hay que poner de relieve.

4. La crítica del sistema dualista se centra en dos puntos que muestran con gran claridad cuál es la falacia implícita a dicho sistema.

a) Las penas y medidas privativas de libertad, si bien son diferenciables teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenido.

Esta proposición, por discutible que pueda parecer, no es sino el resultado de la simple lectura de preceptos legales concretos que se refieren a la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en el Derecho español.

Dice el art. 25, 2 de la Constitución: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados». Prácticamente lo mismo dice el art. 1 de la Ley General Penitenciaria:

«Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad».

Tras leer estas declaraciones legales, más de uno se preguntará qué sentido puede tener ya la distinción entre pena y medida cuando ambas en la práctica de su ejecución tienen asignada la misma finalidad. En el fondo, la equiparación de la finalidad de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad debería conducir a un sistema monista que superase la contradicción teórica entre pena y medida, entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención del delito. Ello sería, por lo demás, perfectamente coherente con un planteamiento funcionalista en el que el efecto de una institución aporta siempre su fundamento (9). Con un planteamiento de este tipo la distinción entre pena y medida carece de sentido, ya que tanto una como otra institución viene a coincidir en la misma finalidad ejecutiva: la reinserción y readaptación social del delincuente.

b) Un sistema dualista en el que junto a la pena limitada por la culpabilidad existe otro tipo de sanciones no limitadas o limitadas por principios e ideas diferentes constituye un peligro para las garantías y la libertad del individuo frente al poder sancionatorio del Estado.

La pena adecuada a la culpabilidad puede ser efectivamente insuficiente para cumplir las funciones preventivas, general y especial, que tiene que cumplir el Derecho penal.

Piénsese, por ejemplo, en unos abusos deshonestos cometidos por un psicópata sexual que tiene alterada su

(9) Cfr. FLETCHER, «'Ordinary Language Philosophie' und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik», en Seminar: Abweichendes Verhalten IV, Kriminalpolitik und Strafrecht, edit. por Lüderssen y Sack, 1980, p. 185.

capacidad de culpabilidad, pero no hasta el punto de poder ser declarado incapaz de culpabilidad. La pena adecuada a la culpabilidad que conforme al Código penal vigente podría imponerse en este caso al autor del delito apenas sería la de unos meses de privación de libertad; las necesidades preventivas, tanto de defensa de la sociedad como de la reeducación (si ello fuera posible) del delincuente puede exigir, por el contrario, la aplicación de una medida de internamiento en algún centro especial para este tipo de delincuentes por un período de tiempo superior al de la duración de la pena; por ejemplo, varios años (10).

La situación no puede ser más paradójica: primero se le dice al delincuente que la pena que se le va a imponer viene limitada por su culpabilidad y que esta pena, entre otros fines, tiene como «fin primordial» su reeducación y reinserción social; luego se le dice que para conseguir esta meta es necesario, además, una medida muy superior en gravedad y extensión a la pena propiamente dicha.

¿Hasta qué punto no constituye este proceder una infracción y una burla de las garantías juridicopolíticas y de los principios limitadores del poder punitivo estatal característicos de un Derecho penal liberal, entendido en el mejor sentido de la palabra por von Listz como «la infranqueable barrera de la Política criminal»?

¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y al cambiar el nombre de pena por el de medida

(10) Cfr. JESCHECK, «Tratado de Derecho Penal», trad. y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1982, vol. 1, pág. 113: «La pena adecuada a la culpabilidad por el hecho no siempre puede ajustarse a la misión preventiva del Derecho penal, pues muchas veces la duración de la pena no es suficiente para garantizar el éxito preventivo. Muchas veces será necesario un tratamiento pedagógico o terapéutico del delincuente, que por su naturaleza no es posible llevarlo a cabo en el establecimiento penitenciario».

no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal?

Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran «fraude de etiquetas», en el que el Derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos.

¿Es ésto síntoma inevitable de la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de control social? (11).

Todo parece indicar que así es y que, como dice Stratenwerth, «la derogación del Derecho penal tradicional, del Derecho penal 'clásico' parece ser sólo una cuestión de tiempo» (12). Lo que también parece claro es que esta derogación no debería significar necesariamente el sacrificio de las libertades y de las garantías del individuo al poder omnipotente del Estado. Ahí sí que habría que insistir hasta el agotamiento, en lugar de aferrarse tanto en la defensa de unos conceptos incapaces de explicar y cumplir satisfactoriamente esta tarea.

Es, pues, el eterno dilema entre la libertad individual y el poder estatal lo que está en juego en toda esta cuestión. Y está claro que el sistema dualista, tal como

(11) Cfr. FOUCAULT, «Vigilar y castigar», 3.^a ed., 1978, p. 29 y ss.

(12) STRATENWERTH, «El futuro del principio de culpabilidad», trad. de Bacigalupo y Zugaldía, Madrid, 1980, p. 84.

se concibe en la actualidad, resuelve este antagonismo descaradamente en favor del poder estatal: legitimando su intervención con el concepto de culpabilidad y permitiendo que esta intervención sea prácticamente ilimitada en el terreno de las medidas.

5. A la vista de las críticas precedentes no puede extrañar que sean muchos los que hoy solicitan el abandono del Derecho penal de culpabilidad y su sustitución por un Derecho de medidas (13). No creo, sin embargo, que ello sea defendible mientras que en el Derecho vigente sea la pena la principal consecuencia del delito y su imposición requiera en el autor del delito unas facultades psíquicas y un determinado grado de madurez psíquica y física que no se exigen para imponer una medida. Tampoco creo que sea conveniente de lege ferenda, mientras no se produzcan al mismo tiempo las condiciones y presupuestos que lo hagan posible.

Lo único que se puede hacer para superar la situación actualmente existente, respetando al máximo las paredes maestras del sistema dogmático y del Derecho vigente, es dotar a la culpabilidad de un contenido capaz de incluir en él también las necesidades preventivas (14). En un Estado democrático y social de Derecho el concepto de culpabilidad debe servir para realizar la tarea protectora del individuo y de la sociedad que tiene asignada el Derecho penal y no para entorpecerla (15).

(13) Así, por ejemplo, BAURMANN, «Schuldlose Dogmatik», en Seminar, cit., p. 242 y ss., quien habla de un «Derecho de medidas referidas al hecho».

(14) Cfr. ROXIN, «Política criminal y sistema del Derecho Penal», trad. e introducción de Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 67.

(15) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Culpabilidad y Prevención en Derecho penal», Cuadernos de Política Criminal, n.º 12, 1980, p. 50 (también como introducción a Roxin, «Culpabilidad y Prevención en Derecho penal», traducción de Muñoz Conde, Madrid, 1981, p. 27).

Para ello habría que empezar por abandonar el concepto tradicional que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que sólo afecta al autor del delito (16). Realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es la sociedad, o mejor, la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad (17).

Para ello habría también que superar la tajante separación entre culpabilidad y prevención que, como dice Hassemer, ha sido absolutamente disfuncional para el sistema total del Derecho penal (18). La relación exis-

(16) Cfr. MUÑOZ CONDE, «El principio de culpabilidad», en III Jornadas de Profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela, 1975, p. 219 y ss.; sobre esta posición, CORDOBA RODA, «Culpabilidad y Pena», Barcelona, 1977, p. 28 y ss.; BERGALLI, «La recaída en el delito, modos de reaccionar a ella», Barcelona, 1980, p. 77 y ss.; BUSTOS-VALENZUELA, «Derecho Penal Latinoamericano», vol. 1, Buenos Aires, 1981, p. 309 y ss. Cfr. también MUÑOZ CONDE, «Über den materiellen Schuldbegriff», en GA, 1978, p. 72 (sobre esta versión alemana, cfr. LENCKNER, en Schönke-Schröder, «Strafgesetzbuch Kommentar», 20.^a ed., Munich, 1980, p. 153; GEDDERT, «Das Dilemma des Justizsystems», en Seminar cit., p. 296, nota 74.

(17) Cfr. HAFFKE, en «Sozialwissenschaften im Studium des Rechts», tomo III: Strafrecht, ed. por Hassemer y Lüderssen, Munich, 1978, p. 163.

(18) HASSEMER, «Strafzumessung, Strafvollzug und die gesamte Strafrechtswissenschaft», en Seminar: Abweichendes Verhalten III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, tomo 2, Strafprozess und Stravollzug, edit. por Lüderssen y Sack, 1977, p. 277 y ss.; BACIGALUPO, «Significación y perspectiva de la oposición Derecho Penal-Política Criminal», en Revue Internationale de Droit Pénal, 1978, 1, p. 16; LUZON PEÑA, «Medición de la pena y sustitutivos penales», Madrid, 1979, p. 9 y ss. (que más bien vé esta disfuncionalidad entre prevención general y prevención especial, cfr. también infra V.); GOMEZ BENITEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudios sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 3 monográfico, Madrid, 1980, p. 130 y ss.

tente entre culpabilidad y prevención general es evidente. Si en un momento histórico determinado se consideró que el enfermo mental, el menor de edad, o el que actúa en error inevitable de prohibición no eran culpables y, por lo tanto, no debían ser castigados con una pena, ello no se hizo para debilitar la prevención general, sino precisamente por lo contrario: porque el efecto intimidatorio general y la fe de los ciudadanos en el Derecho se robustecen al declarar no culpables a unos pocos de los que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando la necesidad de cumplimiento para los demás que son la mayoría que no se encuentra en dicha situación (19). Existen, sin duda, además, otras razones: posibilidad de elaborar el conflicto por otros medios, distinción entre ciudadanos «normales» y «anormales», etc. Pero, en todo caso, el origen y fundamento de estas causas de exclusión de la culpabilidad es preventivo y ciertamente preventivo general, aunque después, dentro de lo posible y de los límites que permita la prevención general, deban ser tenidas en cuenta las finalidades preventivas especiales (20), es decir, la resocialización o por lo menos la no desocialización del delincuente (21).

(19) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Culpabilidad y prevención», cit., p. 51; esta tesis se encuentra ya en GIMBERNAT (en «Estudios de Derecho Penal», 2.^a ed., Madrid, 1981, p. 105 y ss.) y a ella se han adherido LUZON, ob. cit. (también LUZON, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 16, 1982, p. 93 y ss.); MIR PUIG, «Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito», en La reforma del Derecho Penal, edit. por Mir Puig, Barcelona, 1980, p. 145 y ss. También en la más reciente doctrina alemana suele ofrecerse una fundamentación parecida a la pena y al Derecho penal, cfr. recientemente STRENG, «Vergeltung und Generalprävention», ZStW, tomo 92, 1980, p. 637 y ss.; SCHÖNEBORN, «Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips», ZStW, 92, 1980, p. 682 y ss. Cfr. también supra II, 2.

(20) Cfr. LUZON, ob. cit., p. 58 y ss.

(21) Cfr. MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en La Reforma del Derecho Penal, p. 61 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles», en La reforma penal, edit. por Barbero Santos, Madrid, 1982, p. 101 y ss. Infra IV.

Evidentemente, no se nos oculta que la finalidad preventiva general puede en algunos casos conducir a imponer penas excesivamente duras, a castigar infracciones meramente formales o a rebajar los límites para la exigencia de la responsabilidad penal (22). Pero entonces lo que hay que hacer es criticar la legislación que permite esos excesos y conducirlos, dentro de lo posible, por la vía dogmática y jurisprudencial, a un correcto entendimiento de la prevención general. En todo caso, lo que interesa destacar ahora es que el concepto de culpabilidad difícilmente puede limitar esos excesos preventivos generales, porque, como dice JAKOBS, «si el Derecho penal pretende un fin preventivo, la culpabilidad (limitadora) debe corresponder a ese fin preventivo; de lo contrario debilitaría la finalidad preventiva hasta hacerla ineficaz y la pena sería también ineficaz e inadecuada desde el punto de vista preventivo» (23).

Lo que de todos modos hay que rechazar es la pretendida identificación entre prevención general y terror

(22) La objeción se encuentra en casi todas las críticas que se hacen a la idea de prevención general, cfr., por ejemplo, MAURACH, ob. cit., p. 77, y más específicamente en varios autores partidarios de una fundamentación retributiva del Derecho penal, cfr., por ejemplo, BETTIOL, «Ottimismo e pesimismo in tema di prevenzione», *Indice Penale*, 1978, n.º 1, p. 12; CORDOBA RODA, «Culpabilidad y pena», cit., p. 49; CEREZO MIR, «Culpabilidad y pena», en *Anuario de Derecho Penal*, 1980, p. 365; BOIX REIG, «Significación jurídico-penal del art. 25,2 de la Constitución», en *Estudios Penales*, Valencia, 1979, p. 132. Pero el concepto de prevención general es tan equivoco que apenas se pueden hacer afirmaciones de esta índole sin especificar qué se entiende previamente por prevención general, cfr. ZIMRING-HAWKINS, «Deterrence», Chicago, 1973, HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 380 y ss.; también: «Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati», Boloña, 1980 (con aportaciones de Stella, Andenaes, Naucke, Mantovani, Hassemer y Romano).

(23) JAKOBS, «Schuld und Prävention», en *Recht und Staat*, Heft 452-453, Tübinga, 1976, p. 3. Téngase, sin embargo, en cuenta que, para JAKOBS, la prevención general es prevención integradora, es decir, pura retribución, cfr. las críticas a esta posición supra I, 3 y II, 4.

penal (24), porque esa identificación se puede dar también con cualquier otra teoría de la pena y porque, como demuestra la experiencia histórica, no es la prevención general como tal, sino su manipulación en cualquiera de las instancias de control social lo que puede hacer del Derecho penal un Derecho de sangre y lágrimas (25).

Desde esta perspectiva, aquí brevemente descrita, el Derecho penal de culpabilidad no es más el Derecho penal retributivo que, ajeno a toda finalidad preventiva, sólo tiene como objeto aparentemente el ejercicio del poder por el poder mismo o la realización de una justicia absoluta en la tierra (26). El Derecho penal de culpabilidad, concebido en el sentido aquí expuesto, tiene una misión, si se quiere, filosóficamente modesta, pero social y políticamente importante: brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con un mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual.

La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general; porque, si se entiende la culpabilidad como aquí lo hacemos, es la pena adecuada a la culpabilidad también una pena adecuada desde el punto de vista preventivo (27). A partir de ella se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de

(24) Cfr. BÉTTIOL, ob. cit.

(25) Como ha señalado GIMBERNAT, ob. cit., las ideas retributivas y el dogma de la libertad de voluntad han estado unidas muchas veces a sistemas autoritarios o fascistas: «Incluso más que en el Tercer Reich se ha abusado del Derecho Penal en países católicos en los que cualquier duda en la libertad de voluntad se consideraba casi como una herejía».

(26) Cfr. MAURACH, ob. cit., p. 79.

(27) Cfr. ROXIN, ob. cit.

ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente. En la medida que sean compatibles con las exigencias preventivas generales (28), estas necesidades preventivas especiales pueden hacer rebajar la pena hasta límites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma, sustituir un tipo de pena por otro, etc. Todo ello son realidades recogidas en gran parte y afortunadamente en casi todas las legislaciones penales modernas. Gracias a ellos lo que se consideraba el terrible fantasma del Derecho penal preventivo, se ha convertido en la mejor garantía de eficacia políticocriminal de las normas penales y de un máximo de libertad individual.

6. Sin embargo, un Derecho penal así concebido, cada vez más racional y controlado, no puede gustar a quienes están acostumbrados a utilizar el poder del Estado en su particular beneficio y en la protección de sus intereses. El Derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones pero también con todas sus garantías para el individuo, comienza a ser sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales, pero mucho más eficaces en el control de los individuos y, sobre todo, mucho más difíciles de limitar y controlar democráticamente. En esa tendencia se observa un aumento creciente de la importancia de las medidas y se

(28) Cfr. ROXIN, «Culpabilidad y Prevención», cit. Sobre ello se ha desarrollado una interesante evolución en la moderna ciencia española de la determinación de la pena, cfr. QUINTERO OLIVARES, «Determinación de la pena y política criminal», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 4, 1978, p. 52 y ss.; LUZON, ob. cit.; BACIGALUPO, «La individualización de la pena en la reforma penal», en Revista de la Facultad de Derecho, cit., p. 55 y ss.; GOMEZ BENITEZ, ob. cit., p. 133 y ss.; GARCIA ARAN, «Los criterios de determinación de la pena en Derecho español», Barcelona, 1982, p. 115 y ss. En la doctrina italiana, cfr. DOLCINI, «La commisurazione della pena», Padua, 1979, p. 220.

habla incluso de un Derecho de medidas que se rige por unos principios distintos a los del Derecho penal de culpabilidad. El sistema dualista ha sido la puerta por la que se ha colado esta nueva fórmula de control social, sin que prácticamente nadie haya denunciado hasta la fecha con claridad cuáles son los peligros que para la libertad individual se avecinan. El Derecho penal como instrumento de control social está pasando a un plano secundario, porque las clases dominantes son cada día que pasa más conscientes de que hay otros sistemas más sutiles y más eficaces, pero también menos costosos, de control social para defender sus intereses y controlar a los que, real o potencialmente, puedan atacarlos. En la medida en que el Derecho penal de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado y sirve para realizar una finalidad preventiva racional y eficaz desde el punto de vista políticocriminal y juridicopolítico, se convierte en un obstáculo para esta evolución; en un obstáculo que muchos, consciente e inconscientemente, están ayudando a destruir en aras del «progreso». Entiendo que en tanto no se sepa muy bien a dónde conduce ese progreso, hay que ser muy cautos al admitir cualquier sistema que suponga una merma en las garantías y derechos de los ciudadanos. Por eso, hoy por hoy, el Derecho de medidas sólo puede tener una importancia secundaria en el total sistema sancionatorio (29) y, en todo caso,

(29) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 298: «Ante la evolución alcanzada hoy en el sistema de ejecución de las penas y medidas, la gran tarea jurídicoconstitucional y políticocriminal no consiste en reactivar el contraste entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que, por un lado, determinen que se imponga al delincuente una consecuencia jurídicopenal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad y que, por otro lado, garanticen que el delincuente, tanto en el ámbito de las medidas, como en el de las penas, quede protegido en sus derechos ante intervenciones desproporcionadas. Ante esta tarea la distinción entre penas y medidas es de importancia secundaria».

igual que el Derecho penal de culpabilidad, debe estar controlado y limitado por unos principios que salvaguarden los derechos individuales en la misma medida que lo hacen los principios penales tradicionales. No puedo ahora ocuparme de desarrollar con detenimiento estos principios, pero creo que basta con los siguientes ejemplos para mostrar cuáles son mis ideas al respecto.

a) En primer lugar, la medida puede ser aplicada como sustitutiva de la pena en aquellos casos en los que el autor del delito es inculpable, pero peligroso. Piénsese, por ejemplo, en un enfermo mental peligroso que intenta matar a alguien y muestra tendencias homicidas evidentes.

Su falta evidente de culpabilidad no puede significar su inmediata puesta en libertad y la indefensión de la sociedad ante él (y en la medida que ello pudiera ocurrir es seguro que se le declararía culpable sin más ni más). Es necesario que, aparte de la pena, la sociedad disponga de otros medios de control y aseguramiento, por lo menos en la fase aguda, de estas personas. Este fue, en parte, el origen de las medidas sustitutivas de la pena, ya conocidas en los primeros Códigos penales. La aplicación de la medida se hace indispensable en tanto la pena no pueda imponerse, por no darse sus presupuestos. El internamiento en un centro psiquiátrico puede, en cambio, cumplir estas tareas de defensa de la sociedad y de tratamiento del enfermo peligroso.

Pero esta finalidad preventiva que cumple la medida, igual que la que cumple la pena, debe ser limitada de algún modo, pues de lo contrario el afectado por ella, el enfermo mental, sería de peor condición que el cuerdo que comete el mismo delito y al que se le puede aplicar una pena. La medida, como la pena a la que sustituye, tiene que estar limitada de algún modo. Y pa-

rece lógico que estos límites deben ser, en principio, los mismos que tiene la pena. Conforme al principio de intervención mínima, la medida debe durar el tiempo indispensable para conseguir eliminar la peligrosidad criminal del enfermo mental. Conforme al principio de proporcionalidad, la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sea probable vaya a cometer en el futuro. La referencia a la gravedad del delito cometido y a la de los que sea probable que el sujeto pueda cometer en el futuro, medidas por el marco penal que los respectivos delitos tengan asignado, impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que le hubiera correspondido al sujeto en caso de ser culpable. Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso, aunque quizás la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos. Pero éste es un riesgo que la sociedad debe asumir, lo mismo que asume diariamente el de la reincidencia de los que habiendo cumplido su condena en la cárcel salen en libertad.

Esta idea ha sido acogida por lo que se refiere a los semiimpuntables en el art. 9, 1.^a, 2 del vigente Código penal, tras la reforma de 1983: «En los supuestos de eximente incompleta en relacion con los números uno y tres del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, *la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuera privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última*». Este precepto es, en principio, sólo aplicable a los semiimpuntables. Nada

dice, sin embargo, para los totalmente inimputables; pero ello, a mi juicio, no impide que por analogía se pueda limitar también la duración de la medida refiriéndola a la *pena que hubiera podido ser impuesta*, siendo el sujeto imputable (30).

b) En segundo lugar, la medida excepcionalmente puede ser impuesta juntamente con la pena en aquellos casos en los que junto a la culpabilidad se dá también una peligrosidad relevante en el autor del delito, siempre que la forma de ejecución de la pena no pueda cumplir una buena función preventiva. Pero en este caso, además de los principios ya citados, deberá darse preferencia a la ejecución de la medida, abonándose el tiempo de duración de ésta en el tiempo de duración de la pena. Si una vez cumplida la medida se comprueba que las finalidades preventivas, general y especial, se han realizado satisfactoriamente el resto de la pena que aún quede por cumplir dejará inmediatamente de aplicarse, ya que su aplicación podría poner en peligro esas finalidades preventivas. Este sistema vicarial es, a mi juicio, el único compatible con la finalidad asignada a las penas y medidas privativas de libertad en la Constitución y en la Ley General Penitenciaria. Con ello, la pena adecuada a la culpabilidad constituye el límite máximo de la duración de la privación de libertad, cuya ejecución se unifica.

También esta idea ha sido acogida, aquí lógicamente sólo en relación con los semiimputables, en la reforma de 1983, diciendo ahora el art. 9, 1.^a, 2: «En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiem-

(30) Cfr. QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, «La reforma penal de 1983», 2.^a ed., Barcelona, 1984, p. 82.

po de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento» (31).

c) Finalmente, siempre que desde el punto de vista preventivo especial sea aconsejable sustituir el internamiento por otro tipo de medida menos radical que no implique privación de libertad, será preferible esta medida. El tratamiento del delincuente peligroso no siempre requiere su internamiento en un centro e incluso puede ser contraproducente. Por eso, puede ser aconsejable que, bien desde el principio, bien más adelante, el internamiento pueda ser sustituido por tratamiento ambulatorio, privación de permiso de conducir, etc.

También en esto ha introducido la reforma de 1983 en el Código penal la posibilidad de que el internamiento puede ser sustituido por otro tipo de medidas no privativas de libertad más acordes con la finalidad terapéutica pretendida (cfr. art. 8, 1.^a).

Una importante restricción me parece también que el internamiento sólo puede ser decretado para los semiimputables, cuando la pena impuesta fuera privativa de libertad (cfr. art. 9, 1.^a, 2).

7. La reforma de 1983 ha supuesto, como se vé, un gran avance en la plena realización de los principios anteriormente expuestos, acercando bastante, por lo menos en su fase de ejecución, las penas y las medidas privativas de libertad e incorporando el espíritu que anida en el art. 25,2 de la Constitución a la legislación penal positiva. Queda, sin embargo, aún mucho camino por recorrer en esa larga marcha para superar el sistema

(31) QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 79.

dualista tradicional y crear un dispositivo de medidas que al mismo tiempo que eficaz sea respetuoso con los derechos fundamentales de los sometidos a ellas. Por mucho que se preconice un planteamiento predominantemente preventivo especial y, en consecuencia, terapéutico de este tipo de sanciones, es evidente que ello no puede conducir a unas ilimitadas medidas correccionales (32). El delincuente habitual contra la propiedad que comete delitos de esta índole de escasa entidad no debe ser privado varios años de su libertad en aras de un tratamiento de su inclinación delictiva que probablemente carecerá de eficacia, al encontrarse las causas más en el contexto social, que no cambia, que en su personalidad. La medida de internamiento no puede entenderse simplemente como una prolongación adicional de la pena, por muy aconsejable que esta prolongación sea desde el punto de vista preventivo especial. La duración de la medida posdelictual, impuesta y aplicada coactivamente tras el correspondiente juicio, no puede prolongarse indefinidamente con el pretexto de la persistencia de la peligrosidad criminal en que tuvo su origen. Para evitar estos excesos, es preciso un sistema global de medidas que, paralelamente al ya existente para las penas, determine claramente los presupuestos y límites de la aplicación de las medidas.

El Proyecto de 1980, como ya hemos visto, sólo de un modo insuficiente dió acogida a este sistema de garantías en la aplicación de las medidas. La reforma de 1983 ha dado un paso de gigante, pero, dentro de las limitaciones del Código penal vigente, limitándose a las medidas aplicables a los imputables y semiimputables por enajenación mental y sin derogar expresamente la

(32) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 360.

Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social. Sólo la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (PANCP), publicada por el Ministerio de Justicia a finales de 1983, acomete la empresa de configurar en el Título IV de su Libro I un sistema global de medidas de seguridad acorde en sus líneas esenciales, aunque con alguna variación importante, con las ideas y principios expuestos anteriormente en el epígrafe 6. Conscientes sus redactores de la creciente importancia, cualitativa y cuantitativa, de las medidas en el moderno Derecho penal, desarrollan un sistema de las mismas que al igual que el de las penas garantice el máximo respeto a los derechos de los sometidos a ellas, sin merma de su eficacia como medio de control de la delincuencia. Para ello proceden a una enunciación de los principios básicos que deben informar la aplicación de las medidas (previa comisión de un delito, constatación de la peligrosidad criminal con los informes de especialistas en la materia, art. 87; principio de proporcionalidad, art. 88; sistema vicarial, art. 89; posibilidad de suspensión o sustitución de las medidas, art. 90, etc.) y a una tajante separación entre el régimen de aplicación de las medidas privativas de libertad y de las medidas no privativas de libertad (Título IV, Capítulo II, Sección primera y segunda).

a) En relación con las medidas privativas de libertad el problema fundamental con el que se enfrentaron los redactores de la PANCP fue el buscar un criterio que, al igual que en el caso de las penas, permitiera limitar su duración, evitando que se convirtieran en una especie de sanción indeterminada, con todo lo que ello conlleva de inseguridad y de ausencia de garantías para el sometido a ellas. El principio de proporcionalidad y la obligación de decretar la cesación de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal, que se re-

cogen en el art. 81, no son garantías suficientes que permitan saber «a priori» con seguridad cuál puede ser la duración de la medida y siempre existe el peligro de que, a pesar de lo dispuesto en el art. 81, pueda durar más que la pena. La única manera de evitarlo era intentar traducir los mismos o similares criterios utilizados para limitar la pena en la limitación de la medida. Indirectamente los criterios utilizados en la medición de la pena también pueden ser utilizados como criterios orientadores de la duración de la medida (33), manteniendo con ello una situación similar tanto para el sometido a la pena, como para el sometido a la medida. En pocas palabras, la medida en ningún caso podría durar más del tiempo del que hubiera debido durar la pena, caso de poder haber sido impuesta en los plenamente inimputables, o que la efectivamente impuesta en los semiimputables.

Contra esta afirmación se podrán esgrimir sin duda razones de diversa índole, entre las que ocuparán las de prevención general el lugar más importante. Es cierto que con la tesis mantenida en el texto de la PANCP algunas medidas privativas de libertad podrían tener una duración excesivamente corta y hasta producir un efecto de indefensión social, cuando por el transcurso del tiempo tengan que cesar sin que el sometido a ellas esté plenamente curado y siga, por tanto, siendo peligroso. Pero esta es una objeción que igualmente puede hacerse contra los límites de duración máxima de las penas. Es preciso tener en cuenta que los marcos penales asignados a cada delito, que en el sistema de la PANCP sirven de referencia tanto a las penas como a las medidas, están

(33) Cfr. NOWAKOWSKI, «Die Massnahmenkomponente im StGB», en Festschrift für Broda, 1976, p. 211 y ss.

fijados con criterios preventivos generales, siendo generalmente suficientes para eliminar la peligrosidad criminal aguda que exige el internamiento. Cuando ello no sea así, será porque el delito en cuestión no es de mucha gravedad, con lo que tampoco el principio de proporcionalidad acogido en el art. 81 permitiría una privación de libertad demasiado larga. Pero incluso cuando en algún caso concreto la privación de libertad no pueda durar el tiempo necesario para eliminar la anomalía mental del sujeto y su peligrosidad, habrá que recurrir, para prolongar el internamiento, a las normas que en el Código civil tras su reforma de 1983 regulan la incapacidad civil (arts. 200 y ss.).

Por todo ello, me parece correcta la regla que se contiene en los arts. 95, 96 y 97 de la PANCP, según la cual para los enajenados, alcohólicos o toxicómanos y sujetos con alteraciones de la percepción, declarados exentos de responsabilidad criminal conforme a lo dispuesto en los núms. 1.º, 2.º y 4.º del art. 22, «el internamiento no podrá exceder del tiempo que hubiese durado la pena privativa de libertad, si hubiese sido declarado responsable el sujeto». En principio, la duración de la medida viene aquí referida a la duración de la pena abstracta, es decir, al grado máximo del marco penal asignado a cada delito, y no a la pena concreta que hubiera podido imponerse, ya que ello sólo es posible cuando esa pena llega efectivamente a imponerse. No sucede así, en cambio, respecto a los semiimputables, porque para ellos la pena se determina y se aplica en el caso concreto, constituyendo entonces el límite máximo de duración de la medida la duración máxima de la pena concreta impuesta (art. 98). Lo mismo sucede respecto a la medida de internamiento en centro reeducador para los jóvenes delincuentes (de 18 a 21 años de edad), a los

que ya no se impone la absurda atenuación de la pena del actual art. 9, 3.^a del Código vigente, aunque en este caso, por imperativo del régimen penitenciario especial para este tipo de delincuentes (art. 9, 2 de la Ley General Penitenciaria), la medida no puede durar más de cuatro años (cfr. art. 99 de la PANCP).

b) Otro criterio limitador que adopta la PANCP en relación con las medidas privativas de libertad es el que éstas sólo pueden ser impuestas cuando sustituyan a, o se impongan juntamente con penas privativas de libertad. A los ojos de la Comisión redactora es injusto que el autor de un delito para el que el legislador no ha previsto una pena privativa de libertad pueda ser sancionado con una medida de esta índole. Para estos casos están las medidas no privativas de libertad (cfr. infra d), si se dan los presupuestos de las mismas. Algunas dudas surgen, sin embargo, respecto a las reglas de conducta que como alternativas o complemento de las medidas de internamiento se recogen en el art. 101 de la PANCP. Del tenor literal del precepto se desprende que se no pueden aplicar autónomamente, lo que en algunos casos puede ser un inconveniente, pues algunas de ellas puede ser aconsejable que se impongan, aunque el delito no tenga asignada una pena privativa de libertad. Una posibilidad podría darse en los casos de delitos castigados con multa, cuando ésta no se pague y se convierta en arresto sustitutorio, pero, aparte de lo discutible de la solución, ello sólo será posible en algunos casos en los que además la imposición de la medida no prevista directamente podría tener una fuerza coactiva al pago de la multa. Por todo ello, quizás fuera conveniente plantear la posibilidad de imponer alguna o algunas de las reglas de conducta contenidas en el art. 101 de la PANCP autónomamente, incluso aunque el delito en

cuestión no tenga asignada una pena privativa de libertad. Lo que en todo caso hay que seguir manteniendo es el principio de que la medida privativa de libertad sólo se pueda imponer cuando el delito tenga asignada una pena de la misma índole. Fuera de estos casos cualquier tipo de tratamiento que requiera el internamiento en un centro psiquiátrico o similar deberá realizarse por los cauces previstos para la incapacitación civil en los arts. 200 y siguientes del Código civil.

c) El otro problema que en relación con las penas y medidas privativas de libertad se planteó la comisión redactora de la PANCP fue el de su aplicación conjunta. Como ya hemos visto supra 4, el sistema dualista puro permite la acumulación sin más restricciones, con lo que la medida se convierte de hecho en una prolongación de la duración de la pena. El sistema vicarial acogido en el art. 89 de la PANCP establece el cumplimiento de la medida, en primer lugar, y luego el de la pena, computándose el tiempo de duración de la medida en el de la pena. Pero a diferencia de otras propuestas (cfr., por ejemplo, la Propuesta Alternativa del Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de 1980), el art. 89 de la PANCP sólo permite suspender la ejecución del resto de la pena, una vez cumplida la medida de seguridad, «si por el tiempo transcurrido procediere la aplicación de la libertad condicional». Personalmente creo que en teoría es más correcto el criterio que obliga a suspender el cumplimiento del resto de la pena, en todo caso, «si con su ejecución se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la aplicación de la medida» (34), pero hay que reconocer que este criterio coloca al pena-

(34) Cfr. MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal del Grupo parlamentario Comunista», en CPC, n.º 18, p. 643 (art. 99).

do sometido a medidas en mejor situación que al no sometido a ellas, dándose excesiva importancia al efecto preventivo especial a costa del también necesario efecto preventivo general. La PANCP, por el contrario, sólo permite la suspensión del resto de la pena que quede por cumplir, una vez cumplida la medida, si se dan los requisitos de la libertad condicional, acentuando así el efecto preventivo general en todo caso.

Una importante excepción a este sistema vicarial se contiene, sin embargo, en el art. 100 de la PANCP para los delincuentes habituales, entendiendo por tal el párrafo tercero de dicho artículo «al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que no habiendo sido cancelados registralmente hagan presumible su inclinación a delinquir, según declaración expresa del Tribunal, previo los informes a que se refiere el art. 87, 2.^a». Para estos delincuentes prevé el art. 100 el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años, pero este internamiento podrá ejecutarse antes o después de la pena, no computándose su duración en la duración de la pena. Dejando ahora a un lado el problema que plantean estos centros de terapia social (35), es evidente que la PANCP configura esta medida de hecho conforme al sistema dualista clásico, es decir, como una prolongación de la pena impuesta, si bien condicionándola a la existencia de unos presupuestos específicos (habitualidad), además de los generales de todas las medidas (peligrosidad criminal y proporcionalidad). El centro de terapia social

(35) Cfr. KAUFMANN, Hilde, «Ejecución penal y terapia social», trad. de Bustos Ramírez, Buenos Aires, 1979; también JESCHECK, «Tratado», cit., vol. 2, p. 1.123 y ss. Cfr. también el número monográfico sobre este tema de la «Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform», 1979.

viene así a cumplir, además de las funciones terapéuticas que le son características, una función similar a la custodia de seguridad recogida en el párrafo 66 del Código penal alemán que, por cierto, también está excluida del sistema vicarial (36). De algún modo, la PANCP reintroduce la tradicional agravante de reincidencia que la propia PANCP elimina del catálogo de las circunstancias agravantes en su art. 24, si bien exigiendo mayores presupuestos para su aplicación y tiñendo la prolongación de la privación de libertad de un matiz terapéutico ajeno a la agravante. Pero, a pesar de esta mayor exigencia de requisitos, la medida, sin el correctivo vicarial y dado el carácter genérico de la misma, resucita el viejo sistema dualista puro y está expuesta a las mismas objeciones que ya hemos indicado. Los redactores de la PANCP, situados ante el dilema de qué camino seguir frente a la delincuencia habitual, auténtico «pan nuestro de cada día» en la Administración de Justicia penal que cuestiona la eficacia preventiva de las sanciones penales, ha tenido que optar entre la agravación tradicional que prolongaba por puras razones preventivas generales la duración de la pena y la posibilidad de que esta prolongación tuviera el carácter de medida, permitiendo una mayor eficacia preventiva especial, al mismo tiempo que exigiendo mayores requisitos para su aplicación. Una tercera vía que tuviera en cuenta el problema de la habitualidad y procurara tratarla dentro del marco penal normal correspondiente al delito, sin prolongarlo, no ha sido acogida. En la medida en que se acepte esta última solución, está claro que la regulación de la PANCP no puede satisfacer en esta materia, pero, aún así, habrá que admitir que es preferible el sistema que propugna la PANCP a la agravante de reincidencia tradicional.

(36) Cfr. JESCHECK, «Tratado», cit., p. 1.126.

Una novedad importante de la PANCP que no se encuentra en el Título dedicado a las medidas, sino en el de las penas, es la inclusión en el tiempo de la duración de la pena del tiempo que hubiere durado la medida curativa, cuando el penado cayere en enajenación después de pronunciada sentencia firme (art. 55).

d) El régimen de aplicación de las medidas no privativas de libertad (Título IV, Capítulo II, Sección segunda) tiene, como es lógico, importantes diferencias con el de las medidas privativas de libertad, aunque parta de los mismos presupuestos y principios.

En esta materia la novedad más importante que aporta la PANCP es la reunión en un solo precepto, el art. 101, de distintas reglas de conducta que, tanto en la Ley de Peligrosidad social, como en el Proyecto de 1980, se regulaban de manera inconexa. Ahora la PANCP las reúne en un mismo precepto como alternativa o complemento de las medidas privativas de libertad (37). Con él se ofrece al Juez o Tribunal un amplio

(37) Dice el art. 101: «En los casos previstos en los artículos 95, 96, 97, 99 y 100, el Tribunal podrá acordar razonadamente, previo los informes a que hace referencia el artículo 87.2.ª, una vez cumplido o suspendido el período de internamiento, la imposición por un tiempo no superior a cinco años de la observancia de una o varias de las siguientes reglas de conducta:

- a) Sumisión a tratamiento externo en centro médico o unidad hospitalaria.
- b) Obligación de residir en un lugar determinado.
- c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.
- d) Prohibición de concurrir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.
- e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
- f) Privación del derecho a portar armas blancas o de fuego con retirada, en su caso, de la licencia de estas últimas por tiempo máximo de cinco años. Excepcionalmente, la privación de este derecho podrá tener carácter definitivo.
- g) Asistencia y observación por delegados del Juez de Vigilancia.
- h) Caución de conducta».

catálogo de posibilidades que desde el primer momento puede utilizar como alternativas al internamiento cuando éste no sea necesario o sea incluso contraproducente. Pero también puede utilizarlas como complemento de un internamiento ya cumplido, asegurando así un ulterior control aunque menos radical del individuo todavía peligroso. Estas posibilidades vienen reforzadas con la ayuda o asistencia social que puede decretar el Tribunal se preste al sometido a estas medidas (art. 103). También dispone este precepto que se designará una persona u organismo que se encargue del sujeto durante el período de tiempo en que se ejecute la medida y que mantenga puntualmente informado al Tribunal del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas.

Este último precepto (art. 103) introduce en el ámbito de las medidas un sistema similar a la «probation» que, sin embargo, no se prevé en la PANCP para los casos de suspensión del fallo y de remisión condicional de la pena (arts. 74 a 81), que son los casos para los que originariamente surgió la institución. Ello ha producido y producirá alguna objeción por parte de quienes estiman que también los sustitutivos penales como la suspensión del fallo o la remisión condicional de la pena es necesario que una persona u organismo se encargue de ayudar (y controlar) durante el período de prueba (de 2 a 5 años) al probando. Sin embargo, la PANCP ha optado por introducir este control sólo en el ámbito de las medidas, ya que en estos casos la misma aplicación de la medida, aunque no sea privativa de libertad, supone una peligrosidad criminal que hay que controlar, mientras que en la suspensión del fallo y en la remisión condicional de la pena no sólo no hay peligrosidad, sino que por definición es necesario que para conceder el beneficio exista un buen pronóstico de que el condenado

no cometerá delito en el futuro (cfr. arts. 75,1.^a y 77,1.^a), quedando supeditada la revocación del beneficio sólo a que el sujeto no vuelva a delinquir durante el período de prueba (cfr. art. 76). Naturalmente, también puede pensarse que igual que en las medidas en la condena condicional también el sometido a un período de prueba por concesión de la suspensión del fallo o de la remisión condicional de la pena necesita de ayuda y control durante ese período. Este es el sistema seguido por el Código penal alemán (cfr. párrafos. 56 y 56 c StGB) y por el Proyecto de 1980 que imponen al probando durante el período de prueba determinadas «cargas» o «instrucciones», cuyo incumplimiento determina la revocación del beneficio. Pero como la praxis de este sistema demuestra, aparte de los costos adicionales que para la Administración de Justicia ello significa, la presencia de un funcionario especialmente encargado de vigilar y controlar (en algunos casos también ayudar) al probando durante un período de tiempo, supone muchas veces un control adicional más gravoso que la pena misma que, por lo demás, se presta a abusos incompatibles con la esencia de la institución (38). Obviamente este peligro se da también en el ámbito de las medidas, pero aquí no hay más remedio que aceptarlo (naturalmente, intentando que no sea así), porque el mal pronóstico del sujeto, su peligrosidad comprobada, exige este control adicional. De todos modos, tampoco en el ámbito de la suspensión del fallo y de la remisión condicional de la pena hay inconveniente en que se presten ayudas y asistencia social al probando, siempre que ello no determine, de hecho, una especie de vigilancia encubierta de su

(38) Cfr. HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 371; también nota del traductor, p. 378.

comportamiento. La experiencia habida en otros países con esta institución es que el encargado de ayudar y controlar al probando durante el período de prueba se ve siempre situado ante un conflicto de roles: cumplir una función de ayuda, por un lado, y otra de control, por otro, no siendo infrecuente que predomine la segunda sobre la primera (39).

Volviendo a las reglas de conducta del art. 101, la lectura de este precepto inmediatamente evoca la idea de *Nonintervention*, es decir, la de evitar la privación de libertad, también en el ámbito de las medidas, como menos gravosa posibilidad de control (40), aunque, naturalmente, la aceptación de esta idea no implica, como sucede en algunos países en los que se ha acogido (41), que se renuncie a las garantías jurídicoformales en su imposición, ya que ello, además de peligroso, sería entre nosotros incluso anticonstitucional (42). Ahora bien, la aplicación de estas medidas podría tener mayor eficacia si, además de como alternativa o complemento del internamiento, se pudiera imponer automáticamente, incluso en los casos en los que por no tener asignado el delito una pena privativa de libertad, no viniera en consideración una medida de internamiento. En la PANCP ello sólo es posible en los casos previstos en el art. 102 (43), criterio que quizás habría que revisar. En todo

(39) Cfr. HASSEMER, *lug. u. cit.*

(40) Cfr. SCHUR, «Radical Nonintervention», 1973.

(41) Cfr. MARTINSON, «What Works», 1974.

(42) Cfr. MUÑOZ CONDE, Notas a HASSEMER, «Fundamentos», cit., p. 378. Similares críticas en HASSEMER, *lug. u. cit.*, y JESCHECK, *ob. cit.*, p. 1.051.

(43) Dice así: «El Tribunal en los delitos contra las personas, su libertad, libertad e indemnidad sexuales, honor y patrimonio, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que la presencia del delincuente suponga, podrá acordar en la sentencia la prohibición de que el sujeto vuelva al lugar en que hubiera cometido el delito, o en que reside la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Tribunal señale, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años».

caso, debe quedar al arbitrio del Tribunal la elección de la regla o las reglas de conducta que estime más adecuada al caso concreto que se le presente, recabando para ello los informes pertinentes. La duración de la regla o las reglas de conducta que se impongan no podrá exceder de cinco años.

Las otras medidas no privativas de libertad tienen un alcance más específico y concreto. La de privación del permiso de conducir (art. 104) y la de inhabilitación especial (art. 105) tienen un carácter sustitutivo de las penas de la misma naturaleza (art. 38) cuando éstas no pueden imponerse por encontrarse el sujeto incluido en los números 1, 2 y 4 del art. 22 y exista la peligrosidad específica prevista en dichos preceptos. La privación del permiso de conducir por tiempo de cinco a quince años puede ser impuesta, además de la pena, a los habituales de delitos imprudentes o de riesgo cometidos con vehículos de motor (art. 104,2).

La expulsión de extranjeros del territorio nacional es una medida «sui generis» que el Tribunal podrá acordar como sustitutiva de las demás medidas de seguridad que les fueran aplicables, sin perjuicio de cumplir, en su caso, la pena que hubiera sido impuesta (art. 106) (44).

8. Por todo lo dicho en el apartado anterior se puede afirmar que el sistema de medidas que configuran la PANCP es quizás la máxima aproximación entre pe-

(44) Fuera del Título IV quedan las sanciones aplicables a las personas jurídicas que, con mejor criterio que en el Proyecto de 1980, se llevan al Título VIII, donde se regulan juntamente con otras sanciones de igual dudosa naturaleza, como el comiso y la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su actividad (arts. 136-138). La Propuesta no se pronuncia, pues, sobre el carácter de pena o medida de estas sanciones y deja a salvo el principio «societas delinquere non potest».

nas y medidas que permite un sistema teóricamente dualista en sus presupuestos, pero prácticamente monista en su ejecución. La regulación de las medidas que propone la PANCP demuestra que el mantenimiento del Derecho penal de culpabilidad no es un obstáculo para una mayor eficacia preventiva, general y especial, de las sanciones penales, pero al mismo tiempo demuestra también que no siempre implica el que el ámbito de las medidas quede abandonado a los excesos terapéuticos. Si algo tienen claro los redactores de la PANCP en esta materia es que las garantías jurídicoformales del Estado de Derecho deben ser observadas tanto a la hora de imponer una pena, como de imponer una medida. El configurar un marco legal en el que ello sea posible fue una de las aspiraciones fundamentales de los redactores de la PANCP. El que además ello sea beneficioso para el sometido a las medidas y para la sociedad depende de otros factores, especialmente económicos, pero también de cambio de mentalidad, que están más allá de las privaciones y posibilidades de los redactores de la PANCP. Una vez más el fantasma de la falta de centros adecuados para el cumplimiento de las medidas de internamiento, la escasez de medios y de personal cualificado aparece cuando se trata de pronosticar la eficacia práctica que la regulación que propone la PANCP puede tener. Por eso no es ocioso recordar que en las Disposiciones Finales de la PANCP se emplaza al Gobierno para que en el plazo de seis meses dicte las normas de desarrollo del Título IV y remita a las Cortes un Proyecto de Ley de aplicación de las medidas de seguridad.

IV

LA PRISION COMO PROBLEMA: RESOCIALIZACION VERSUS DESOCIALIZACION

En el anterior apartado nos hemos ocupado de las penas y medidas de seguridad, de su sentido y fines y de las relaciones entre ambas. Sin embargo, el discurso ha girado principalmente en torno a las penas y medidas privativas de libertad, porque, una vez desterradas del catálogo de sanciones las penas corporales y la pena de muerte, son éstas las que más preocupan, ya que inciden en uno de los bienes jurídicos más preciados de la persona: la libertad. Esa misma importancia cualitativa les da, al mismo tiempo, un importante carácter intimidatorio que las convierte actualmente en el instrumento más eficaz o, por lo menos, así lo parece, desde el punto de vista preventivo general. La pena privativa de libertad, la prisión, constituye, por consiguiente, la sanción más característica, lo que no quiere decir que sea estadísticamente la más importante, de todo el sistema jurídicopenal, ostentando además una serie de connotaciones específicamente penales que la distinguen del resto de las sanciones previstas en el Ordenamiento jurídico, ya que según el art. 23,3 de la Constitución: «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad».

1. Cuando la pena privativa de libertad aparece como pena ordinaria en el catálogo de sanciones aplica-

bles a los que habían cometido un delito, nadie pensaba entonces que la cárcel sirviera para otra cosa que para castigar, y del modo más duro posible, a los que alguna vez habían quebrantado las normas fundamentales vigentes en la sociedad. En la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de control social, se estaba todavía en la fase más burda de castigar el cuerpo, sin pensar en controlar el alma (1). La impresión de los horrores de la segunda guerra mundial y el abuso del Derecho penal en el castigo e incluso en la eliminación física de grupos humanos enteros, contribuyeron sin duda al renacimiento de las ideas humanísticas y a la configuración de un Derecho penal más humano como instrumento al servicio de la resocialización antes que el castigo de los delincuentes. Por otro lado, el progreso de las ciencias de la conducta y, por tanto, de las técnicas de manipulación del comportamiento humano tampoco fue ajeno a esta evolución que se ha traducido en sistemas penitenciarios y de control social más sutiles y sofisticados que los penales tradicionales, pero no por ello menos eficaces.

La legislación penitenciaria española se incorporó tarde a esta evolución pero cuando lo hizo, lo hizo acogiendo con entusiasmo, un tanto acrítico, los dos principios cardinales del moderno Derecho penitenciario: el tratamiento y la reinserción social del delincuente (2).

(1) Sobre los orígenes de la pena privativa de libertad cfr. RUSCHE/KIRCHHEIMER, «Pena y estructura social» traducción de García Méndez, Bogotá, 1984; también FOUCAULT, «Vigilar y castigar», traducción de Garzón del Camino, México, 1976.

(2) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, «Principios fundamentales del sistema penitenciario español», Barcelona, 1983, *passim*.

En la alternativa que HOHMEIER (3) ve entre «seguridad o socialización» («Sicherung oder Sozialisierung»), el sistema penitenciario español habría optado claramente por lo segundo y sería el tratamiento del recluso el instrumento ideal que debería culminar todo un sistema pensado para su resocialización. Con ello el sistema penitenciario actual habría llegado a un punto en el que la idea del sufrimiento y castigo habría sido definitivamente abandonada y sustituida por otra más humana de recuperación del delincuente para la sociedad.

Hasta aquí, el planteamiento ideal o teórico de la cuestión. No constituye, sin embargo, ninguna novedad decir ya en este momento que las cosas no son tan fáciles e idílicas como a primera vista pudiera parecer y que la praxis del sistema penitenciario, por lo menos la praxis del sistema penitenciario español y de los establecimientos penitenciarios españoles, aquí y ahora está muy lejos de alcanzar esa meta ideal que la propia Ley General Penitenciaria española propone. A ello contribuyen varias razones, entre las que se encuentra, no en último lugar, el concepto mismo de resocialización que sirve de eje a todo el moderno sistema penitenciario (4).

(3) HOHMEIER, «Sicherung oder Sozialisierung», en *Kriminologisches Journal* 2 (1970), p. 15 y ss. La cuestión constituye el centro de gravedad del moderno sistema penitenciario y aún están por resolver las situaciones conflictuales que surgen entre ambas metas cuando chocan entre sí; cfr. CALLIES, «Strafvollzugsrecht», Hamburgo, 1978, p. 77. Ello, en parte, se debe al conflicto existente entre Prevención general y Prevención especial existente en todos los ámbitos del moderno Derecho penal, cfr. *infra* V.

(4) Sobre la idea de resocialización cfr. MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito», en CPC, n.º 7, 1979; GARCIA PABLOS, «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo», en ADP, T. XXXII, Fasc. III, 1979. En Alemania SCHÜLER-SPRINGORUN, «Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre», Göttingen, 1969; ESER «Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges», en *Seminar Abweichendes Verhalten* III. Die Gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 2, edit. Lüderssen/Sack; KAISER, «Resozialisierung und Zeitgeist», en *Festschrift für Th. Württenberger*, Berlín, 1979. Para una visión de conjunto cfr. MAPELLI, *ob. cit.*, p. 6 y ss.

2. El art. 1.º de la Ley General Penitenciaria dice que «las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados». Algo similar dice el art. 25,2 de la Constitución: «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social (5).

Estas declaraciones coinciden sustancialmente con otras similares contenidas en recientes Leyes Generales Penitenciarias de otros países que sin duda han servido de muestra a la nuestra. Así, por ejemplo, el art. 1 de la Ley General Penitenciaria italiana de 26 de Julio de 1975 dice que «en relación con los condenados y presos debe aplicarse un tratamiento reeducativo que, especialmente, por contactos con el mundo exterior, se dirija a su reinserción social». Igualmente la Ley Penitenciaria alemana de 16 de Marzo de 1976, que entró en vigor el

(5) En términos parecidos también el Reglamento Penitenciario en su art. 1,1. Sobre la resocialización en nuestro Ordenamiento jurídico cfr. CORDOBA RODA, «La pena y sus fines en la Constitución española de 1978», en *Papers. Rev. de Sociología*, n.º 13, Sociedad y delito, Barcelona, 1980; LUZON PEÑA, «Medición de la pena y sustitutivos penales», Madrid, 1979; ESCRIBA GREGORI, «Algunas consideraciones sobre el Dercheo Penal y la Constitución», en *Papers. Rev. de Sociología*, n.º 13, Sociedad y delito, Barcelona, 1980; SOLA DUEÑAS, «Desarrollo democrático y alternativas político-criminales», en *Papers. Rev. de Sociología*, n.º 13, Sociedad y Delito, Barcelona, 1980; GARCIA VALDES, «Comentarios a la Ley General Penitenciaria», Madrid, 1980; SOBREMONTA MARTINEZ, «La Constitución y la reeducación y la resocialización del delincuente», en *CPC*, n.º 12, 1980; BOIX REIG, «Significación jurídico-penal del artículo 25,2 de la Constitución (la reeducación y reinserción social del condenado)», en *Escritos penales*, Valencia, 1979; GARRIDO GUZMAN, «En torno al Proyecto de Ley General Penitenciaria», en *Escritos penales*, Valencia, 1979; BUENO ARUS, «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», en *REP.*, n.º 220-223. Un exhaustivo análisis del problema en MAPELLI, ob. cit., p. 131 y ss.

1 de Enero de 1977, considera en su pgfo. 2 como meta de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad capacitar al recluso «para llevar en el futuro en responsabilidad social una vida sin delitos (6).

«Reeducación», «reinserción social», «llevar en el futuro en responsabilidad social una vida sin delitos»; en una palabra: «resocialización del delincuente». De un modo u otro, todas estas expresiones coinciden en asignar a la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad una misma función primordial: una función reeducadora y correctora del delincuente. Una función que ya desde los tiempos de von Listz y de los correccionalistas españoles, se considera por un sector de los penalistas como la función más elevada y principal que se puede atribuir a todo sistema penitenciario moderno.

En este sentido se puede considerar digna de elogio la decisión adoptada por el legislador español al incluir en el art. 1 de la Ley General Penitenciaria de 1979 la «reeducación y la reinserción social» de los condenados como meta principal del nuevo sistema español.

Y, sin embargo, tal decisión, por loable que parezca en un principio, no está exenta de crítica. Precisamente en estos momentos se alzan voces por todas partes contra la idea de resocialización, de reeducación, de reinserción social del delincuente (7). Se habla del «mito de

(6) En el mismo sentido que nuestra legislación se expresa la belga que se refiere a «reeducación» y «readaptación» (arts. 13 de la Ley de 21 de Mayo de 1965 y 30 bis del Código penal). Ver también las interesantes consideraciones sobre el Derecho colombiano de SANDOVAL HUERTAS, «La región más oscura y más transparente del poder estatal: la disciplina carcelaria», en *Sistema*, 60 y 61, 1984, p. 191 y ss.

(7) HILBERS/LANGE, «Abkehr von der Behandlungsideologie?», en *KrimJ*5 (1973), p. 60-63; TRUTZ VON TROHA, «Perspektiven der Strafvollzugsreform oder ein kritischer Bericht Über die Errungenschaften des Landes Balnibarbi», en *Kritische Justiz*, 1, 1979, p. 133.

la resocialización», de que es una «utopía» o un «eufemismo», un espejismo engañoso al que nunca se podrá llegar (8). PAVARINI dice que la cárcel es siempre ajena a toda potencialidad resocializadora y que la alternativa actual está entre su «muerte» (abolición) y su «resurrección» como aparato de terror represivo (9). E incluso es sorprendente que un jurista y criminólogo tan prestigioso en esta materia como el alemán KARL PETERS, que tanto ha luchado por una configuración resocializadora del sistema penitenciario, diga ahora en su más reciente trabajo sobre el tema que no es motivo de satisfacción la acogida de la idea de resocialización en la Ley Penitenciaria porque, dice, que se han operado tales cambios éticos y espirituales en la sociedad de nuestros días que ya no es posible hablar de un fundamento común que pueda servir de base al concepto de resocialización. «Se ha ganado una batalla, pero se ha perdido la guerra» (10).

(8) Cfr. MUÑOZ CONDE, «La resocialización», ob. cit.; GARCIA PABLOS, «La supuesta función», ob. cit.; DOLCINI, «La «rieducazione del condannato» trá mito e realtà», en *Rev. Dir. Proc. Pen.*, 1979, p. 469-521.

(9) PAVARINI, «Concentración» y «difusión de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia del control social en Italia», trad. por I. Muñagorri, CPC, n.º 7, 1979, p. 121. Esta situación ha impulsado también numerosas propuestas alternativas a la pena privativa de libertad, como la «diversión» ideada por KLEIN/TEILMANN («Pivotal ingredients of Police Juvenile Diversion Programs», Washinton/D.C.); 1976; el «schockprobation», una combinación de pequeños shocks por pérdida de libertad y una libertad controlada, propuesta de BOHLANDER («Shock Probation. The use and Effectiveness of an Early Release Program as a sentencing alternative», Ohio State Univ. Diss. 1973); el denominado «community service», que consiste en la elección por parte del sujeto de un servicio a la comunidad, en este sentido PEASE («Community Service Orders. A. Home Office Research Unit. Report», Londres, 1975). Cfr. HUBER, «Community Service Order», en ADP, 1983, p. 35 y ss.

(10) PETERS, «Die ethisches Voraussetzungen des Resozialisierungs und Erziehungsvollzugs», en *Festschrift für Heintz*, 1972, p. 501. En el mismo sentido PETERS, «Die Strafvollzugsreform», en Häberle-Wei Berberger-Peters-Pfeffer-Naumann, *Zum Thema Reformen im Strafrecht und Strafvollzug*, 1971, p. 105; así como en «Recht und Sittlichkeit», en *Internationale Katholische Zeitschrift*, 1972, p. 341 y ss.

¿Hasta qué punto son ciertas o, por lo menos, fundadas estas críticas al concepto de resocialización?

Ciertamente no puede negarse que el optimismo en la resocialización ha sido excesivamente acrítico y exagerado y que, a pesar de su aceptación y éxito general, nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y determinado. Y es esta misma indeterminación y vaguedad la que probablemente da la clave de su éxito, porque todo el mundo puede aceptar el término, aunque después cada uno le atribuya un contenido y finalidad distintas de acuerdo con su personal ideología. Esa misma indeterminación es, sin embargo, al mismo tiempo, su principal defecto, porque no permite ni un control racional, ni un análisis serio de su contenido. El término resocialización se ha convertido en una palabra de moda que todo el mundo emplea, sin que nadie sepa muy bien qué es lo que se quiere decir con él (11).

Pero no sólo es la indeterminación del término lo que se critica, sino la idea misma de resocialización. Si se acepta y se da por buena la frase de DURKHEIM de que «la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana» y se considera que es esa misma sociedad

(11) Pero aunque pueda resultar paradójico, también esa misma indeterminación ha constituido la clave de su fracaso. En el marco penitenciario el concepto de resocialización es difuso sencillamente porque no puede ser de otra forma, porque resocializar por medio de la pena equivale a pretender abordar un fenómeno complejo a través del conocimiento de una de las pequeñas parcelas que lo componen. La resocialización en la ejecución de la pena es un supuesto paradigmático de las contradicciones y conflictos que mantienen en tensión a todo el sistema penitenciario. Por eso, cuando se habla de ella desde esta perspectiva no pueden más que establecerse principios generales incapaces de conformar un plan de ejecución o un programa de tratamiento penitenciario. La resocialización se convierte en un concepto fantasma del que puede deducirse tanto la ideología del tratamiento, como fundamentar una práctica de terror.

la que produce y define la criminalidad, ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia? ¿No habría antes que cambiar la sociedad? Hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos. Cuando no es este el caso ¿qué sentido tiene hablar de resocialización?, ¿no habría que empezar por resocializar a la sociedad? (12).

La resocialización supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad que no puede ser determinado unilateralmente, ni por el individuo ni por la sociedad. El individuo no puede, en efecto, determinar unilateralmente un proceso de interac-

(12) A la idea de la resocialización de la la sociedad puede llegarse a partir de dos caminos bien diferentes: de una parte, por medio de los postulados psicoanalíticos, justificando el sistema de sanciones con los conceptos de «chivo expiatorio» y «proyección de sombras», que representan respectivamente al condenado y al impulso que siente la colectividad de descargar sobre terceros determinados sentimientos de culpa. Cfr. PLACK, «Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts», München, 1974; HARSCH, «Schuldbegriff unter tiefenpsychologischen Gesichtspunkten», en BITTER (edit.), «Verbrechen-Schuld oder Schicksal?», Zur Reform des Strafwesens, Stuttgart, 1969; NAEGELI, «Die Gesellschaft und die Kriminellen. Ausstossung des Sündenbocks» en Bitter, W. (edit.), «Verbrechen-Schuld oder Schicksal?», Zur Reform des Strafwesens, Stuttgart, 1969; MANHEIM, «Vergleichende Kriminologie», trad. Bär/Bertz, Stuttgart, 1974, 1974, p. 374. De otra parte, también para la criminología marxista sólo puede plantearse una función resocializadora de la pena cuando se ha producido un cambio en las actuales relaciones sociales de producción capitalista, cfr. SACK, «Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der laborling approach», en KrimJ. 4 (1982); BARATTA, «Criminología crítica y Derecho Penal», en Rev. Intern. de Droit Pénal, n.º 1, 1978; TAYLOR/WALTON/YOUNG, «La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada», trad. de Rosa, Buenos Aires, 1975. En general, cfr. GREENBERG, «Crime and Capitalism», 1981, con diversas aportaciones sobre el tema. Un resumen de las distintas posiciones sobre el origen de la desviación social y su represión en el concepto de resocialización, en MAPELLI CAFFARENA, «Desviación social y resocialización», en CPC, 1981, p. 311 y ss.

ción social, porque por la propia naturaleza de sus condicionamientos sociales está obligado al intercambio y a la comunicación con sus semejantes, es decir, a la convivencia. Pero tampoco las normas sociales pueden determinar unilateralmente el proceso interactivo sin contar con la voluntad del individuo afectado por ese proceso, porque las normas sociales no son algo inmutable y permanente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mutables. En otras palabras: resocializar al delincuente sin cuestionar al mismo tiempo el conjunto social normativo al que se pretende incorporarlo, significa pura y simplemente aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido (13).

(13) Vid. MUÑOZ CONDE, «La resocialización», ob. cit., p. 94. PARSONS también pone de relieve la importancia que tiene para el proceso resocializador las relaciones interactivas entre el sujeto y la sociedad. «En un proceso de interacción, dice este autor, de unas estructuras complementarias de la ambivalencia en el sistema de motivaciones del Ego y del Alter ha de buscarse la fundamentación de la realidad cumulativa de la conducta desviada. Este análisis constituye naturalmente una construcción excesivamente abstracta y simplificada. Una análisis empírico de ese círculo vicioso deberá tener en cuenta las dos variantes siguientes. De una parte, las concretas disposiciones de necesidades del Ego y del Alter, que tienen una significación decisiva para el desarrollo de los conflictos, son solamente una parte del complejo sistema de necesidades en la estructura de ambas personalidades. Los cambios resultantes de un proceso interactivo en una parte del sistema de la personalidad repercutirían en el resto, que, a su vez, influiría nuevamente sobre el propio proceso de interacción. La otra variante a considerar es que la interacción entre el Ego y el Alter es sólo una parcela del sistema de interacción en su conjunto, que comprende otros actores y quizás también otro tipo de relaciones entre los roles. Estas modificaciones son de extraordinaria importancia para el análisis de los mecanismos de control social. Incluso cada «círculo vicioso» representado en la interacción de dos actores constituye el paradigma fundamental para el origen de la conducta desviada» (en «Entstehung und Richtung abweichenden Verhaltens», en SACK/KÖNIG, *Kriminalsoziologie*, Frankfurt/M., 1969, p. 16). Cfr. también supra I.

Claro que a esta crítica siempre cabe responder que la Ley General Penitenciaria no tiene como misión cambiar a la sociedad, sino la de regular qué es lo que hay que hacer con las personas que la sociedad mete en la cárcel. Y en este sentido se puede decir que la Ley cumple una función progresiva: no maltrata, no castiga al delincuente, sino que lo prepara para cuando vuelva a estar en libertad no delinca.

Pero, aún aceptando esta idea como buena, ¿a qué tipo de normas de las muchas vigentes en la sociedad debe referirse la resocialización?

En toda sociedad, por hermética y monolítica que sea, hasta en la sociedad más conservadora y autoritaria, coexisten diversos conjuntos normativos, distintos sistemas de valores y distintas concepciones del mundo. Y esta diversidad, aún más evidente en una sociedad pluralista y democrática, produce inevitablemente conflictos cuando se contraponen los distintos sistemas. La tarea democrática consiste precisamente en conseguir un sistema de convivencia en el que puedan coexistir pacíficamente sistemas de valores y distintas concepciones del mundo, un sistema de convivencia en el que se de una cierta identidad entre los que crean las normas y sus destinatarios. La resocialización, por tanto, sólo es posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de resocializarlo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Una resocialización sin esa coincidencia básica es puro sometimiento, dominio de unos sobre otros y una lesión grave de la libre autonomía individual (14).

(14) En este mismo sentido, HAFKKE, «Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes», ZfStrVo 88 (1976), p. 640 y ss.; CORDOBA RODA, «La pena», cit. p. 133; MALINOWSKI, P/MÜNSCH, «Sozial Kontrolle. Soziologische Theoriebildung und ihr Bezug zur Praxis der Sozial Arbeit», Neuwied, 1975, p. 58; KIT-TRIE, «The Right to be different. Deviance and Enforced Therapy», Baltimore, Londres, 1971; MUÑOZ CONDE, «La resocialización», cit., p. 94-95.

3. Pero las críticas a la idea de resocialización no se dirigen sólo contra la resocialización como tal, sino también contra el medio empleado para conseguirla: *el tratamiento penitenciario*. Véamos ahora la Ley General Penitenciaria desde esta perspectiva.

La Ley General Penitenciaria parte de una concepción optimista, de una creencia ilimitada en la eficacia del tratamiento penitenciario. El art. 59 lo define como «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados». La Ley General Penitenciaria cree, por tanto, que la reeducación social del penado es posible y que el tratamiento es la forma adecuada para conseguirla (15).

Frente a este optimismo se alza una actitud pesimista que no sólo niega que en la situación de falta de libertad que existe en un Establecimiento penitenciario pueda educarse para la libertad, sino que afirma, además, que esa misma privación de libertad es negativa para conseguir la resocialización que se pretende (16).

Es, desde luego, muy difícil educar para la libertad

(15) La resocialización como fin de la ejecución de la pena y la medida privativa de libertad tiene dentro de la Ley Penitencia una doble función. En primer lugar, la de configurar en su conjunto las distintas instituciones penitenciarias, en una función de armonización (art. 1) y como meta y fundamentación de armonización (art. 1). Pero, además, sirve de meta y fundamentación del tratamiento (art. 59). Si el art. 1 no estableciera la resocialización como meta de la ejecución de la pena y la medida, toda la estructura organizativa de los centros se orientaría exclusivamente a los fines custodiales; si, por el contrario, la Ley señalara la resocialización para una o varias instituciones con frecuencia se provocaría el conflicto de fines y disfuncionalidad de éstas (cfr. MAPELLI, ob. cit.).

(16) HILBERS/LANGE, «Abkher», cit., p. 58.; PETER/PETERS, «Therapie ohne Diagnose. Zur soziologischen Kritik am kriminologischen Konzept sozialtherapeutischer Anstalten», KrimJ. 2 (1970), p. 114. Cfr. notas 8, 9 y 10.

en condiciones de no libertad (17). Y ello por varias razones. En primer lugar, por las condiciones de vida existentes en una prisión. En segundo lugar, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición, más o menos encubierta, de un tratamiento. Y en tercer lugar, por la falta de los medios e instalaciones adecuadas y del personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz. Veámos cada uno de estos extremos brevemente.

a) La vida en prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica: la sociedad carcelaria. Fue CLEMMER quien en 1940 (18) descubrió por primera vez las características especiales de la vida en una prisión de máxima seguridad. Según CLEMMER en la prisión coexisten dos sistemas de vida diferentes: el oficial representado por las normas legales que disciplinan la vida en la cárcel y el no oficial que rige realmente la vida de los reclusos y sus relaciones entre sí. Este sistema no oficial constituye una especie de «código del recluso», conforme al cual éste no debe nunca cooperar con los funcionarios y mucho menos facilitarles información que pueda perjudicar a un compañero. Complementariamente existe un principio de lealtad recíproca

(17) Como señala MÜLLER-DIETZ, las últimas consecuencias de reconocer las dificultades de educar para la libertad sin ella, serían reflexionar sobre que la más progresiva de las ejecuciones de las penas sigue siendo ejecución de penas y en ello radica el problema nuclear y las mayores dificultades con las que se enfrentan los programas resocializadores («Organisation des Vollzuges und Struktur des Vollzugsanstalt», KrimGegfr 11 (1974), p. 51).

(18) Cfr. CLEMMER, «The Prison Community», 2.^a ed., 1958; CLOWARD/OHLIN, «Delinquency and Opportunity. A theory of Delinquent Gangs», Glencoe, Ill, 1960; BERGALLI, «La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella», Barcelona, 1980, p. 206 y ss. Sobre la subcultura en la prisión, cfr. por todos HARBORDT, «Die Subkultur des Gefängnisses», Stuttgart, 1972.

entre los reclusos. Los reclusos se rigen, pues, por sus propias leyes e imponen sanciones a quienes las incumplen (19).

Lo primero que tiene que hacer alguien que entra en prisión es, si quiere sobrevivir, adaptarse a la forma de vida y a las normas que les imponen sus propios compañeros. Se da aquí un fenómeno común a todas las instituciones cerradas que CLEMMER llama *prisonización* y GOFFMAN *enculturación*. El recluso se adapta, porque no tiene otro remedio, a las formas de vida, usos y costumbres que los propios internos imponen en el establecimiento penitenciario. Así, por ejemplo, adopta una nueva forma de lenguaje, desarrolla hábitos nuevos en el comer, vestir y dormir, acepta un papel de líder o secundario en los grupos de reclusos, establece nuevas amistades, etc. Este aprendizaje de una nueva vida es más o menos rápido, o más o menos efectivo, según el tiempo que el sujeto esté en la cárcel, el tipo de actividad que realice en ella, su personalidad, sus relaciones con el mundo exterior. Pero, en todo caso, es evidente que la prisonización tiene efectos negativos para la resocialización difícilmente evitables con el tratamiento. En la cárcel el interno generalmente no sólo no aprende a vivir en sociedad libremente, sino que, por el contrario, prosigue y aún perfecciona su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes. La cárcel cambia abiertamente al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo. No le enseña valores positivos, sino negativos para la vida libre en sociedad. Le hace perder facultades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar una vida en libertad, y le da, en cambio, una actitud negativa frente a la sociedad.

(19) Cfr. también GOFFMAN, «Internados», Buenos Aires, 1972.

Este proceso de prisionalización no tiene la misma intensidad durante el transcurso de la reclusión. WHEELER (20), continuando con las investigaciones de Clemmer y Harbordt, estudió la modificación de la receptibilidad del condenado hacia las normas de la prisión durante el tiempo de la condena. El resultado de su trabajo vino a demostrar que se puede establecer una curva en U que representaría el nivel de adaptación dentro de unas coordenadas formadas por el tiempo de duración de la condena, de una parte, y la adaptación a las normas de la comunidad carcelaria, de otra. Es decir, que en los primeros y en los últimos momentos de la reclusión el sujeto se encuentra en la peor predisposición a aceptar el modo de vida del establecimiento, mientras que a la mitad del tiempo de detención aquél alcanza la cota más alta de adaptación a dichas normas.

Estas revelaciones permitieron a un importante número de criminólogos (21) responder a las críticas de Clemmer contra las instituciones carcelarias. Las argumentaciones frente a las tesis de Clemmer se refieren fundamentalmente a dos aspectos. El primero de ellos es que si el sujeto modifica durante el transcurso de la reclusión su actitud frente al medio se debe exclusivamente a una necesidad temporal de adaptación para sobrevivir y que, tal como se comprueba en los resultados de

(20) WHEELER, «Socialization in correctional Communities», ASR 1961, p. 697 y ss. En el mismo sentido WISWEDE, «Soziologie abweichenden Verhaltens», Stuttgart, 1973, p. 169-172; HOHMEIER, «Soziale Verhaltenstypen bei Inassen von Strafanstalten», MschrKrim 54 (1971), p. 1-9; KAISER, en KERNER/SCHÖCH, «Strafvollzug», Karlsruhe, 1978, 2.ª ed.

(21) WISWEDE, «Soziologie», cit., p. 169-172; HOPPENSACK, «Über die Strafanstalt und ihre Wirkung auf Einstellung und Verhalten von Gefangenen», 2.ª ed., Göttingen, 1969, p. 156; REINERT, «Strafvollzug in einem halboffenen Gefängnis. Das Ziel einer Strafanstalt», Göttingen, 1972, p. 181 y ss.

Wheeler, la prisionalización se resuelve según se va acercando el momento de la liberalización. WISWEDE llega a interpretar como positiva esa capacidad de adaptación, ya que durante el período de cumplimiento el condenado no se representa dos modos de conducta, de los que elige uno, sino que dentro de la prisión sólo es posible un comportamiento que excluye todos los demás (22). En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, la influencia negativa de la prisionalización sobre las posibilidades resocializadoras de los reclusos es algo que no puede deducirse de la simple constatación de aquel fenómeno, pues signos más intensos de prisionalización pueden ser indicio de un equilibrio psíquico de quien se predispone a cumplir una larga pena de prisión (23).

Aportaciones posteriores han venido a confirmar las dificultades de establecer una relación cierta entre el proceso de prisionalización y las posibilidades resocializadoras en el transcurso de la condena. Ahora bien, lo que queda fuera de dudas es que la prisionalización significa que la personalidad del recluso se altera durante el internamiento y que dicha modificación puede ser profunda y dejar unas secuelas psíquicas irreversibles, o bien, en todo caso, temporal y esto quiere decir que el comportamiento exterior del recluso es aparente, no responde a sus impulsos y, en consecuencia, desvirtúa toda labor resocializadora que se programe en función a él. Tanto en un supuesto como en el otro puede concluirse que la prisionalización afecta negativamente a las posibilidades de resocialización durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad (24).

(22) WISWEDE, «Soziologie», cit., p. 170.

(23) WISWEDE, «Soziologie», lug. u. cit.

(24) SCHÜLER-SPRINGORUM, «Strafvollzug», cit., p. 174; KERNER, en KAISER/KERNER/SCHÖCH, «Strafvollzug», cit. p. 235.

Todos estos defectos de la vida en prisión cuestionan en gran manera las posibilidades de una resocialización y de un tratamiento eficaz. Ciertamente, la Ley General Penitenciaria procura evitar estos inconvenientes potenciando al máximo los establecimientos abiertos, los permisos de salida, la libertad condicional y el contacto con el mundo exterior. Pero esta misma Ley General Penitenciaria sigue haciendo de los establecimientos cerrado el núcleo del sistema penitenciario; y no sólo eso, sino que prevé establecimientos cerrados especiales de máxima seguridad (25) para delincuentes peligrosos, en los que el aislamiento es casi total y el control y vigilancia de los mismos es exhaustivo (art. 10,3.º). Si a todo ello se añaden las deficientes condiciones de habitabilidad de nuestros viejos establecimientos penitenciarios, la práctica imposibilidad de relaciones heterosexuales y un sin fin de deprivaciones más que los internos tienen que soportar, se comprenderá que no se pueda ser muy optimista respecto a las posibilidades de resocialización en los establecimientos penitenciarios actuales en los que predominan todavía esas condiciones (26).

b) Ante esta situación parece lógico preguntarse si es posible hoy por hoy hablar de tratamiento en los es-

(25) Los artículos 46 y 47 del Reglamento, sobre cuya constitucionalidad y legalidad hay razones más que suficientes para poner en duda, nos ofrecen un panorama de las condiciones en las que deben desarrollarse los establecimientos de máxima seguridad. En concreto, el art. 46,1, en flagrante oposición a lo establecido en los arts. 1 del Rto., 1 de la LOGP y 25,2 de la Constitución, dice, refiriéndose a estos tipos de centros, que «los principios de seguridad, orden y disciplina informarán con *carácter prevalente* la vida de estos establecimientos», Cfr. MAPELLI, ob. cit., p. 274 y ss.

(26) Cfr. por todos GARCIA VALDES, «Régimen penitenciario en España. Investigación histórica y sistemática», Madrid, 1975, *passim*.

tablecimientos cerrados y sobre todo si ese tratamiento puede ser impuesto obligatoriamente. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales está claro que el tratamiento es un derecho del penado, pero nunca una obligación. El «derecho a no ser tratado» es parte integrante del «derecho a ser diferente» que toda sociedad pluralista y democrática debe reconocer. El tratamiento obligatorio supone, por tanto, una lesión de derechos fundamentales generalmente reconocidos (27).

La Ley General Penitenciaria, a diferencia de lo que hacía el Anteproyecto, ha tenido mucho cuidado en no considerar en ningún caso el tratamiento como un *deber* del recluso y todo lo más llega a decir en los arts. 4,2.º y 61,1.º que se procurará fomentar la colaboración del interno en el tratamiento (28). Una decisión que parece loable y que precisamente por eso hay que llevar hasta sus últimas consecuencias, evitando cualquier forma indirecta de imposición obligatoria del tratamiento. Con razón dice BERGALLI que si «el término voluntario se define con referencia a derechos fundamentales, el asentamiento debe ser totalmente espontáneo, ya que una simple aceptación no es suficiente. En efecto, hay numerosos ejemplos de consentimiento logrado por amenazas, aún si (no) son explícitas. Es prácticamente muy difícil fijar el límite exacto entre una invitación clara y una coerción ilícita de la voluntad» (29). El

(27) GARCIA VALDES, «Comentarios», ob. cit., p. 156; CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, «Strafvollzugsgesetz», München, 1977, p. 65 y ss.

(28) En sentido contrario GARRIDO GUZMAN, «En torno», cit., p. 211.

(29) BERGALLI, «¿Readaptación social por medio de la ejecución pena?», Madrid, 1977, p. 67. También SANDOVAL HUERTAS, «Penología», P. E., Bogotá, 1984, p. 142 y ss.

fantasma de la «naranja mecánica» está presente en toda esta cuestión.

Uno de los presupuestos para la eficacia del tratamiento es la clasificación de los reclusos. Pero como advierten muchos penitenciaristas tampoco puede olvidarse el sentido estigmatizador, marginalizador y desocializantes que a veces puede tener esta *clasificación*. En principio el único criterio clasificatorio que puede ser válido es que se establece en función de las necesidades resocializadoras del condenado. Sin embargo, una lectura más detenida de los criterios legales en los que se basa la distribución de los reclusos, así como de su significación de cara a la dinámica penitenciaria, revela que, como señala CALLIES (30), por medio de la diversificación de los establecimientos y de su distribución en ellos de los distintos reclusos se pretende más una estructuración de los mismos en base a una teoría pragmática criminológica, en última instancia orientada al control y vigilancia, que una auténtica resocialización.

Todavía más lejos van algunos representantes de las nuevas corrientes de la Sociología criminal. De un modo general, entiende GOFFMAN (31) que la clasifi-

(30) CALLIES, «Strafvollzugsrecht», Hamburgo, 1978, p. 77. En el mismo sentido cfr. PAETOW, «Die Klassifizierung im Erwachsenenstrafvollzug», Stuttgart, 1972, p. 9. Obsérvese que tanto el legislador, como la dogmática penitenciaria, cuando abordan esta cuestión no establecen diferencias entre la clasificación que hace en función al tratamiento y la que responde exclusivamente a las necesidades de la ejecución; al confundirse ambas ocurre que el recluso puede encontrarse preparado para progresar de acuerdo con el tratamiento y no por el régimen disciplinario. Un ejemplo clarísimo de la confusión en los criterios clasificatorios nos lo ofrece el art. 63 de nuestra legislación penitenciaria, cfr. MAPELLI, ob. cit., p. 270 y ss.

(31) GOFFMAN, «Internados» cit., p. 25 y ss.; HOHMEIER, «Die soziale Situation des Strafgefangenen: Deprivation der Haft und ihre Folgen», en Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 2, edit. Lüderssen/Sack, p. 433-451.

cación dentro de las instituciones totales forma parte de un fenómeno más amplio y complejo que denomina ceremonia de degradación. A conclusiones similares llegan las tesis de la «self-fulfilling prophecy» de MERTON (32). En efecto, las consecuencias del proceso interaccional no se aprecian únicamente en las expectativas y reacciones que el individuo y los terceros tienen respecto a una situación determinada, sino que debe tenerse en cuenta la concepción que el propio sujeto ve como válida para sí. Y en ella intervienen también decisivamente las reacciones de los demás sobre el propio interesado. Parte de estas reacciones colectivas se resuelven por medio de los procesos de imputación, en los que el individuo termina identificándose con el rol que se le asigna. Bajo esta óptica, la clasificación de los reclusos es más un elemento de distribución, estigmatización o marginación, que un instrumento potenciador de las relaciones del condenado con su grupo y, por tanto, facilitador de la resocialización.

c) Pero el problema fundamental con el que se enfrenta la Ley General Penitenciaria y que condiciona desde luego su efectividad práctica es el de los medios y el del personal técnico cualificado. Es verdaderamente absurdo que después de fijarse legalmente los fines del sistema penitenciario en el tratamiento y en la resocialización, estos fines no se pueden alcanzar en la práctica por falta de medios, de personal especializado, de dispo-

(32) Sobre la «Self-fulfilling-prophecy» cfr. MERTON, «Social Theory and Social structure», 9.^a ed., Glencoe. III, 1964; en sentido crítico cfr. GÖPPINGER, «Kriminologie, 3.^a ed., München, 1976, p. 252 y ss. Estas y otras afirmaciones similares confirman la tesis de SANDOVAL HUERTAS de que el sistema penitenciario suele de hecho cumplir una serie de funciones no declaradas, pero más importantes que las que oficialmente se le asignan, cfr. SANDOVAL HUERTAS, «Penología», cit., p. 247 y ss.

nibilidades económicas en una palabra. La Ley General Penitenciaria habla de centros de rehabilitación social, de métodos de observación y tratamiento, de especialistas en psicología, en psiquiatría, en psicoterapia. Todo ello muy costoso y lejos de la realidad actual. Incluso en países con mayor disponibilidad de recursos económicos se plantea este problema de un modo acuciante. Así, por ejemplo, en la República Federal Alemana la apertura y entrada en funcionamiento de los establecimientos de la terapia social que estaba prevista para 1975 ha tenido que posponerse al 1 de Enero de 1985, entre otras razones, por falta de medios y de personal suficientemente capacitado para llevar a cabo la función encomendada a dichos establecimientos (33). La crisis económica condiciona las inversiones de la Administración en la mejora o creación de nuevos centros penitenciarios capaces de cumplir las tareas de tratamiento y resocialización. Pero no sólo esto. También existe el dato muy importante de la falta de conciencia en la opinión pública y en los representantes parlamentarios de que los establecimientos penitenciarios deben ser mejorados, y de que su mejora y reforma es tan importante como la construcción de hospitales y escuelas (34).

(33) CALLIES, «Strafvollzugsrecht», cit. p. 128. Sobre el costo social y económico de la justicia penal, cfr., MARCONI, «Economia della Giustizia penale», 1984.

(34) Ultimamente ha preocupado a los penitenciaristas poner de relieve que incluso desde una óptica estrictamente económica la reforma de los centros de reclusión para favorecer la resocialización, resulta siempre menos costosa que soportar un alto índice de reincidencia. En Alemania esa preocupación surgió especialmente a raíz de las inquietudes mostradas por algunos medios de comunicación a la vista del programa de reformas propuesto por el Gobierno a la par que entraba en vigor la Ley de Ejecución de penas (1976). Cfr. GROHAMANN, «Strafverfolgung und Strafvollzug. Eine ökonomisches Analyse», Göttingen, 1973.

Por si todos estos problemas fueran pocos, tenemos además sin resolver el problema de los métodos de tratamiento que se pueden aplicar para conseguir la terapia social. Es muy fácil decir como el delincuente debe ser tratado, pero ya no lo es tanto decir cómo debe serlo. Cuando se habla de terapia social se da a entender que las cárceles son modernos hospitales en donde el delincuente es tratado por un equipo de especialistas, con toda clase de miramientos y con los medios más sofisticados de terapia. Pero entre el psicoanálisis, la farmacoterapia y la psicocirugía hay todavía barreras infranqueables que no todo el mundo está dispuesto a franquear en aras de un, por lo demás, más que dudoso éxito en el tratamiento (35).

Tampoco están muy claras las metas que se deben proponer y alcanzar con el tratamiento.

¿Qué sentido tiene resocializar al delincuente contra la propiedad, adoctrinándole en el respeto a la propiedad privada, en una sociedad basada en la desigualdad económica o en una injusta distribución de sus recursos entre sus miembros?

¿Cómo y para qué resocializar a alguien, que, por razones coyunturales de desocupación laboral, grave crisis económica, etc., comete un delito contra la propiedad, mientras esas razones de desocupación y crisis económica sigan existiendo?

¿Cómo resocializar en el respeto a la vida a un delincuente violento sin criticar al mismo tiempo a una

(35) Cfr. el número monográfico de 1979 sobre el tema de la *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. También BERGALLI, «La recaída en el delito», cit., p. 129 y ss.; KAUFMANN, «Ejecución penal y terapia social», trad. de Bustos Ramírez, Buenos Aires, 1979, p. 127 y ss. Sobre las posibilidades de tratamiento en el ámbito de las medidas, cfr., BARBERO SANTOS, «Marginación social y derecho represivo», Barcelona, 1980, p. 129 y ss. Y supra IV.

sociedad que continuamente está desencadenando y ejerciendo una violencia brutal (guerras, violación de derechos humanos) contra otros grupos más débiles o marginados, entre los cuales probablemente se halla el delincuente?

¿Cómo resocializar al psicópata sexual, autor de una violación, sin cuestionar al mismo tiempo una educación hipócrita absolutamente represiva del instinto sexual y una sociedad que hace de esa represión un motivo de negocios y que sólo ve en la castración «voluntaria», la forma de inocuizar este tipo de delincuentes?

Todos estos problemas están aún sin resolver o, lo que es peor, mal resueltos, y es probable que mientras que no se resuelvan la resocialización y el tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles sólo sean bonitas expresiones que sólo sirvan para ocultar la realidad de su inexistencia o la imposibilidad de su realización práctica.

4. Finalmente, hay que referirse a la situación de los presos preventivos en España, porque actualmente el principal problema que tiene el sistema penitenciario español es precisamente éste. Ciertamente, la Ley General Penitenciaria alude a la prisión preventiva como algo secundario dentro del sistema penitenciario. Lo único que le preocupa es que los presos preventivos estén separados de los ya condenados en establecimientos específicamente creados para ellos (cfr. art. 8), y que su retención o custodia esté al servicio de las finalidades procesales de la institución. En lo demás, el preso preventivo es un cuerpo extraño en el sistema penitenciario que sólo cumple respecto a él una función puramente de custodia. Sin embargo, la realidad es muy distinta a lo que se acaba de decir.

Según el Informe General de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1979 realizado por Carlos García Valdés, con la colaboración de Joaquín Rodríguez Suárez y Ricardo Zapatero Sagrado, la población reclusa existente en España al 31 de Diciembre de 1978 era de 10.463 internos (36). Según datos posteriores, elaborado por mí y por Moreno Catena (37), y según informaciones aún más recientes de otros organismos oficiales, esta población en 1980 se había duplicado, estimándose la población reclusa en aquel momento en unas 21.000 personas. Ya en estos informes se destacaba claramente que más de la mitad e incluso más del 60% de esta población se encontraba en situación de preventiva, es decir, en espera de juicio, sin haber sido aún condenada. Según el diario El País de 3 de Marzo de 1982, sólo la prisión de Carabanchel tenía en esas fechas más de dos mil reclusos, el doble de su capacidad, de los cuales, el 70%, aproximadamente, eran preventivos.

A ello hay que añadir que la situación de prisión preventiva se podía prolongar indefinidamente y de hecho duraba en muchos casos no sólo meses, sino también años: 2, 3, 4 y más años.

Esta situación fue, en parte, causada por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de Abril de 1980, que amplió las posibilidades de decretar la prisión provincial sin limitar prácticamente su duración. Esta reforma no sólo determinó el incremento del número de preventivos en las cárceles españolas, sino también y so-

(36) Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *Informe General 1979*, por Carlos GARCIA VALDES, con la colaboración de Joaquín Rodríguez Suárez y Ricardo Zapatero Sagrado.

(37) MUÑOZ CONDE/MORENO CATENA, «La prisión provincial en el derecho español», en «La reforma penal y penitenciaria», Santiago de Compostela, 1980, p. 410 y ss.

bre todo, que la prisión provisional pudiera prolongarse indefinidamente en el tiempo con clara infracción de los principios básicos que inspiran esta situación, de los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente (cfr. a este respecto las resoluciones del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: casos Stegüller, Matznetter, Weumeister, Wemhoft) y del espíritu que anida en los arts. 17 y 24,2 de la Constitución («limitación legal a la duración de la prisión provisional», «procesos públicos sin dilaciones indebidas», «presunción de inocencia»). Los buenos propósitos de la entonces recién aprobada Ley General Penitenciaria quedaban, una vez más, frustrados por una legislación procesal que permitía que las cárceles se llenaran con reclusos en espera de juicio que, como una «pena anticipada o a cuenta», podían pasarse en esta situación mucho tiempo.

Todo ello condujo a una situación insostenible en los establecimientos penitenciarios españoles que en 1982 habían llegado ya al máximo de saturación y hacinamiento. Las consecuencias de ello eran motines, huelgas y conflictos de diversas índole que a diario se sucedían sin perspectivas de solución. No es por ello extraño que uno de los primeros Proyectos de Ley elaborados por el Gobierno salido de las elecciones de Octubre de 1982 fuera uno de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión preventiva. Dicho texto, convertido rápidamente en Ley, entró en vigor en el verano de 1983, junto con otra de reforma del Código penal. Sus efectos inmediatos no se hicieron esperar. Al poco tiempo la población reclusa se redujo en más de la mitad. La aplicación retroactiva de las nuevas normas y la fijación de unos límites máximos de duración de la prisión provisional (6 meses en delitos con penal igual o inferior a prisión menor; 18 en los demás casos; 30 ex-

cepcionalmente), determinaron la puesta en libertad de un gran número de reclusos que por incuria o deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia habían cumplido ya con exceso los nuevos plazos. Ello produjo una gran conmoción y alarma e inseguridad en amplios sectores de la población, pero también, algo que se olvidaba frecuentemente, un gran alivio de la tensión existente hasta entonces en las cárceles en las que, por primera vez en muchos años, se empezaba a dar las condiciones necesarias para acometer definitivamente su reforma.

Desgraciadamente, la nueva situación legal ha durado poco. Dificultades surgidas en la aplicación del art. 503,2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma de 1983, determinaron una fuerte resistencia en el poder judicial a aplicar la nueva ley conforme al espíritu que animó al legislador. Para algunos, en los delitos castigados con pena de prisión menor (la de más frecuente aplicación en la criminalidad media, lesiones, hurtos, robos y estafas) había que decretar automáticamente la libertad provisional bajo fianza; para otros, ello quedaba al arbitrio del juez. La ambigüedad del precepto y la actitud crítica frente a él de los jueces hicieron necesaria su nueva reforma, en la que no sólo se reformó el art. 503,2.^a, en el sentido de que cabe acordar la prisión provisional, no condicionándola a la prestación de fianza, en los delitos que tengan asignada pena de prisión menor (o inferior), sino que también se ampliaron los plazos máximos de duración fijados ahora en tres meses, un año, dos años e incluso cuatro años, según el delito que se trate y la concurrencia de determinadas circunstancias (cfr. arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su nueva redacción conforme a la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre).

La situación no puede ser más paradójica. Después de tantos años de pedir que las cárceles se conviertan en centros de tratamiento y de resocialización de los delinquentes, resulta que las cárceles están ocupadas en más de su mitad por personas que oficialmente no son delinquentes, que aún no han sido condenadas ejecutoriamente, que se presume son inocentes y que, por lo tanto, ni pueden ni deben ser objeto de ninguna medida de tratamiento o resocializadora.

Ante una situación de este tipo no es extraño que por todas partes se escuchen voces contra la prisión preventiva y, sobre todo, contra su prolongación excesiva o indefinida en el tiempo. Ya a principios de siglo decía el penalista francés Garçon que los abusos que a su amparo se cometen son «un escándalo cotidiano y un ultraje a la humanidad». Son muchos los que han advertido sobre los peligros que la prisión preventiva representa para los derechos y garantías fundamentales de los individuos. Pero son, sobre todo, los penitenciaristas los que más razones alegan en su contra desde el punto de vista del Derecho Penitenciario, porque:

- 1.º La prisión preventiva no permite llevar a cabo una labor resocializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención sobre el no condenado.
- 2.º La prisión preventiva es tan estigmatizante socialmente como la pena misma.
- 3.º La prisión preventiva somete a los individuos al régimen de vida de los establecimientos cerrados que, en principio, se reservan a los delincuentes más peligrosos, desocializándolos igualmente.

- 4.º La prisión preventiva aumenta la población reclusa, con las consecuencias de hacinamiento, más costos, más personal de vigilancia, etc.

La prisión preventiva es, pues, una lacra del sistema penitenciario, con todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de sus ventajas. La Ley General Penitenciaria, abrumada por esta realidad, prevé incluso en su art. 48 que los presos preventivos puedan gozar de permisos de salida, ya que su situación en el establecimiento cerrado puede ser mucho peor y duradera que la de los efectivamente penados.

Por eso no se comprende que en un momento en el que los Códigos penales más modernos, como el alemán de 1975 o el Proyecto español de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, se esfuercen por eliminar por completo del catálogo de sus penas las penas privativas de libertad de corta duración, y las Leyes Generales Penitenciarias hacen de la resocialización y el tratamiento de los penados la meta principal de las penas privativas de libertad de larga duración, se mantenga e incluso se amplíe la prisión preventiva que es una institución totalmente contraria a la realización de estas metas.

No se comprende, por eso, que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal haya sido modificada una vez más para precisamente ampliar el ámbito de la prisión preventiva, con el resultado, que pronto se verá, de que en los próximos años se duplicará de nuevo la población reclusa existente actualmente, con todo lo que ello comporta para el sistema penitenciario.

Todo esto demuestra, a mi juicio, una vez más, la tendencia que se viene observando en los últimos años de sustituir al Derecho penal clásico por otros medios

de control social, oficialmente no penales pero mucho más eficaces y, sobre todo, más difíciles de limitar por los principios que en un Estado democrático limitan los abusos del poder estatal (38).

5. No quisiera, sin embargo, terminar sin tratar de ofrecer la posibilidad de una alternativa a la situación actual en la que se desenvuelven los establecimientos penitenciarios y la praxis penitenciaria española.

El establecimiento penitenciario tradicional, tal como hoy existe y tal como en parte se concibe en la Ley General Penitenciaria (establecimientos cerrados, establecimientos de máxima seguridad, etc.), no es, desde luego, el lugar idóneo para la terapia social y el tratamiento. Más bien sucede lo contrario, fomenta la delincuencia y produce la desocialización de las personas que en ellos entran.

Que tal estado de cosas debe ser modificado es algo en lo que todos estamos de acuerdo. Lo que resta por saber es cómo y qué alternativas se ofrecen. En la Ley General Penitenciaria española hay muchas instituciones positivas que, potenciadas convenientemente, pueden servir para elaborar una estrategia de cara al futuro. El sistema abierto, la remuneración del trabajo en prisión en las mismas condiciones que el trabajo en libertad, el seguro de desempleo, la asistencia a los ex-reclusos, la eliminación o, por lo menos, restricción de la información a través de los antecedentes penales, etc., son datos muy positivos que pueden servir para mejorar la situación actual.

Mientras tanto, habrá que seguir insistiendo en el carácter mítico de toda resocialización y tratamiento en-

(38) Cfr. MUÑOZ CONDE, «Culpabilidad y prevención en Derecho penal», en CPC, n.º 12, 1980, p. 56; también supra IV.

caminado a modificar el sistema de valores del delincuente, desmontando cualquier planteamiento ideológico que no se base en la realidad.

Mientras tanto, habrá que seguir luchando por mejorar y humanizar el sistema penitenciario, no porque así se vaya a conseguir la anhelada resocialización (ello no creo que sea posible sin un cambio estructural de la sociedad), sino porque el delincuente que entra en la cárcel tiene por lo menos derecho a una cosa: a que cuando salga un día liberado tras haber cumplido su condena, no salga peor de lo que entró y en peores condiciones para llevar una vida digna en libertad. Y esto, que puede parecer tan poco a los entusiastas de las ideas resocializadoras y del tratamiento, sería, sin embargo, en los actuales momentos de la vida penitenciaria española un paso muy importante. He aquí, pues, el único sentido que puede y debe tener en la actual realidad penitenciaria española el concepto de resocialización y de tratamiento que le es inherente: *procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras* (39).

(39) No creo que esta idea esté en absoluto en desacuerdo o en contradicción ni con la letra, ni con el espíritu de las declaraciones contenidas en el art. 25.2 de la Constitución o el art. 1 de la Ley General Penitenciaria, pues cualquiera que sea el sentido positivo que quiera dársele a los términos «reeducación» y «reinserción social» empleados en dichos preceptos, parece evidente que en todo momento para conseguir esas metas hay que comenzar por evitar, dentro de lo posible, todo lo que sea contrario a ellas. Y no cabe duda de que la *desocialización* es el obstáculo principal que a ellas se opone. Por lo tanto, evitar la desocialización es ya el primero y principal paso para conseguir otras metas trascendentes. Mientras ello no se consiga sobrarán todas las demás consideraciones. En este sentido se pronuncia también, tras un detenido análisis del art. 25 de la Constitución y de diversos preceptos de la Ley General Penitenciaria, MAPELI CAFFARENA, «Principios», cit., Cfr., sin embargo, el Prólogo de Miguel BAJO FERNANDEZ, a ZIPF, «Introducción a la Política Criminal», 1979, p. XII y ss.

Hace ya algunos años escribía un artículo: «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», que igual podría haberse llamado «La desocialización del delincuente, análisis y crítica de una realidad». Es de esa realidad de la que hemos de partir si queremos transformarla. Lo contrario es caer en el voluntarismo jurídico y hacer «ideología» en el peor sentido de la palabra (40). Nada hay científicamente más torpe que querer transformar la realidad al margen de la realidad misma.

(40) Cfr. MUÑOZ CONDE, «La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal», en CPC, n.º 16, 1982; WÄCHTER, «Der doppelte Charakter des Strafrechts», en: Kritische Justiz, Heft 2, 1984, p. 176 y ss.

V

**RESUMEN. A MODO DE
CONCLUSION PROVISIONAL:
PREVENCION ESPECIAL VERSUS
PREVENCION GENERAL**

De todo lo dicho hasta ahora se deduce la siguiente conclusión fundamental: El Derecho penal existe porque existe un tipo de sociedad que lo necesita para mantener las condiciones fundamentales de su sistema de convivencia. Sin él, es decir, sin la sanción del comportamiento social desviado (delito), la convivencia humana en una sociedad tan compleja y altamente tecnificada como la sociedad moderna sería imposible. La pena (o, en su caso, la medida de seguridad), es una condición indispensable para el funcionamiento de los sistemas sociales de convivencia o, como dice el Proyecto Alternativo alemán de 1966 redactado por un grupo de penalistas, «una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfecto como son los hombres».

Este ha sido el punto de partida de nuestra indagación. Para la descripción funcional del fenómeno jurídico-punitivo hemos partido de la teoría sistémica que configura la norma jurídica penal como un conjunto de expectativas. Desde esta perspectiva, el delito constituye una amenaza a la integridad y estabilidad del sistema y la expresión simbólica de una falta de fidelidad al mismo; la pena, en cambio, restablece la estabilidad del sistema, expresando simbólicamente su superioridad y robusteciendo la confianza de los ciudadanos en él.

Pero nuestra adscripción a la teoría sistémica no pasa de ahí. Como ya se ha señalado, la teoría sistémica proporciona un valioso instrumento para el estudio y descripción de los fenómenos sociales y, por lo tanto, también del control social (incluyendo naturalmente el Derecho penal), pero no para su valoración y crítica. Ciertamente hay que admitir que las normas jurídicas garantizan un alto grado de estabilidad y funcionamiento de las expectativas sociales, pero si se analizan independientemente de sus contenidos valorativos, no podrá encontrarse diferencia alguna entre una norma jurídica y cualquier otro tipo de normas que rija un grupo social determinado (incluso una subcultura o un subgrupo que viva al margen de la ley).

El modelo tecnocrático que propone la teoría sistémica desemboca necesariamente en una *concepción preventiva integradora* del Derecho penal en la que el centro de gravedad se desplaza de la subjetividad del individuo a la subjetividad del sistema. El carácter conflictivo de la convivencia social y el coactivo de las normas jurídicas (especialmente jurídicopenales) desaparece en un entramado técnico en el que la desviación social o el delito se califican como simple «complejidad» que hay que reducir. La solución al conflicto se realiza allí donde se manifiesta, pero no donde se produce, dejando sin modificar sus relaciones de producción. En última instancia, la teoría sistémica conduce a una especie de *neoretribucionismo* en el que el Derecho penal se justifica intrasistémicamente, legitimando y reproduciendo un sistema social que en ningún caso es cuestionado.

Por eso, me parece preferible una teoría *preventiva intimidatoria* que muestra la auténtica faz del Derecho penal como sistema de disciplinamiento de las personas y de protección de determinados intereses. La aceptación

de esta concepción del Derecho penal no supone su aceptación acrítica, ni el olvido del individuo destinatario de las conminaciones penales. La misma racionalidad de nuestra cultura jurídica y la *orientación out put* de la sociedad moderna exige el control y el conocimiento de las consecuencias de sus normas. Tan insoportable sería una prevención intimidatoria «terrorista», dispuesta a acabar con la criminalidad a cualquier precio, como una falta total de efecto intimidante de las normas penales.

En todo caso, la búsqueda de un sano efecto preventivo intimidatorio, proporcional y autocontrolado, no hay que hacerla sólo a través del Derecho penal, entendido en el sentido represivo institucional. Es necesaria una mayor «fantasía institucional» que procure la máxima eficacia preventiva con el mínimo de sacrificio de la libertad individual. En este sentido, parece importante la búsqueda de «equivalentes penales», siempre que estén sometidos a los mismo límites y controles que las penas propiamente dichas. Esta última orientación se refleja en la tendencia monista que se observa en los nuevos sistemas de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, pero también en los «sustitutivos penales» como la suspensión condicional del fallo, la conversión de la prisión en multa y la eliminación de las penas privativas de libertad de corta duración, tal como se propone en la reciente *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal* publicada por el Ministerio de Justicia en 1983. E igualmente debe conducir a una racional política descriminalizadora de injustos de bagatela y de comportamientos sociales ampliamente extendidos en amplias capas de población ofreciendo alternativas, distintas a las penales, para su solución.

Mucho más cautos hay que ser con los excesos terapéuticos de quienes propugnan la «ideología del trata-

miento» inherente a una mítica concepción de la resocialización. Y ello, no sólo porque el delincuente no siempre es un enfermo que necesita tratamiento, sino también y sobre todo por la manipulación del individuo a que puede conducir. «Educar para la libertad en condiciones de no libertad», no sólo es muy difícil, es, además, una utopía irrealizable en las actuales condiciones de vida en prisión. La tarea resocializadora debe comenzar por el mejoramiento material de estos centros penitenciarios y por la humanización de todo el aparato represivo penal. A más largo plazo, debe pensarse en un progresivo «abolicionismo» del sistema carcelario, no sólo por su ineficacia, sino por el tremendo costo social y económico que supone, que lo convierte en una auténtica «pena perdida».

* * *

El problema del actual Derecho penal se encuentra en el *conflicto existente entre prevención especial y prevención general*, que traduce el eterno conflicto entre individuo y sociedad. Este conflicto es de algún modo inmanente al propio Derecho penal y causa de su disfuncionalidad. Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces supuesto, a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe como resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.

La tensión dialéctica entre uno y otro extremo no es fácil de resolver en una sociedad injusta, cuyos propios

fallos estructurales son muchas veces causa inmediata de la delincuencia. El dilema se resuelve casi siempre en favor de la prevención general, no sólo porque la sociedad es más fuerte que el individuo, sino también porque el Derecho penal, como todos los sistemas de control social, está al servicio de la protección de intereses sociales y todas sus instituciones procuran cumplir esa función. Lo único que se puede hacer es intentar que la finalidad preventiva general no se «pervierta», que sea lo más justa, racional y controlable posible, que esté al servicio de intereses legítimados democráticamente y que se lleve a cabo con un mínimo costo de répresión y de sacrificio de la libertad individual. En todo caso, hay que plantearse siempre hasta que punto el Derecho penal es capaz de conseguir esas metas y en que medida lo hace, pues de no ser así, se mantiene un Derecho penal tan ciego y vacío de contenido como el que preconizaban las viejas teorías absolutas retribucionistas y, en cierto modo, preconizan las modernas teorías preventivo-integradoras, y entonces ¿para qué Derecho penal?

* * *

Nuestros conocimientos sobre la eficacia preventiva real de las sanciones penales son ciertamente limitados. En realidad, sabemos muy poco sobre la incidencia de las sanciones específicamente penales en la contención de la criminalidad. Y lo poco que sabemos es un conocimiento parcial y sesgado, condicionado por innumerables factores, que no se puede elevar a categoría general. No obstante, la eficacia preventiva de las normas penales es una buena hipótesis de trabajo que puede ser verificada empíricamente, o, en todo caso, una hipótesis que permite el análisis y la crítica de las consecuencias de las normas penales; mientras que la concepción retribu-

cionista se agota en sí misma, no permite la verificación empírica de las consecuencias y conduce al dogmatismo y a la legitimación metafísica del Derecho penal.

En una sociedad moderna no cabe otra legitimación del Derecho penal que la preventiva. Pero tampoco una teoría preventiva puede pretender una validez absoluta. En ningún caso se puede aceptar apriorísticamente la eficacia preventiva, cualquiera que ésta sea, sin una valoración de los efectos que producen las penas, tanto en la sociedad, como en el individuo. No se puede, por ejemplo, establecer una estrecha relación entre criminalidad y Derecho penal, dando de antemano por demostrado precisamente aquello que hay que demostrar: que las leyes penales cooperan productivamente en el aumento o en la disminución de la criminalidad. Es ridículo creer que la gente se abstiene de matar o de robar simplemente porque el homicidio o el robo están castigados en el Código penal o que una atenuación de las penas en determinados sectores de la criminalidad (delitos patrimoniales no violentos, tráfico de drogas blandas) produce inmediatamente un aumento de la misma. Naturalmente, tampoco cabe excluir totalmente que ello pueda ser así en algunos casos. Pero lo que aquí interesa destacar es que en la contención, aumento o disminución de la criminalidad también cooperan, e incluso más decisivamente, otras instancias de control social y factores económicos y sociales que están más allá (o detrás) de las previsiones jurídicopunitivas.

Muchas veces, cuando se establece esa ciega relación entre aumento o disminución de la criminalidad y aumento o disminución de la dureza de la represión punitiva, se busca, con fines oscuros, crear un sentimiento de angustia y de miedo a la libertad en los ciudadanos, bloqueando cualquier intento liberalizador o simple-

mente humanizador de la legislación penal existente. Sucede esto generalmente en épocas de crisis, en las que grandes masas de la población afectadas por la misma se muestran más proclives a quebrantar la normativa jurídica y con ello a la delincuencia. El Derecho penal en estos casos aparece como un sistema de disciplinamiento y de contención de los sectores más desfavorecidos económicamente y, con ello, también como un eficaz instrumento contra sus reivindicaciones. «Slogans» como «la humanización del Derecho penal supone la indefensión de la sociedad» o «la reforma penitenciaria pretende construir hoteles de cinco estrellas para asesinos», se pueden oír e incluso leer, con grandes titulares, en algunos periódicos y publicaciones pretendidamente serias. El resultado de esta actitud puede ser la vuelta (o el mantenimiento) del viejo Derecho penal talional, del Derecho penal de sangre y de lágrimas que jamás ha supuesto una solución al problema de la criminalidad, pero que distrae la atención y oculta las causas reales de la situación. Un Derecho penal de este tipo conduce, en poco tiempo, a un desgaste y al desprestigio del poder punitivo del Estado, reduciendo su función a una pura expresión simbólica de las frustraciones y angustias colectivas y reflejando la impotencia del sistema social para resolver adecuadamente sus problemas.

* * *

La solución al problema de la criminalidad no se va a encontrar nunca o, por lo menos, nunca a tiempo. Pero en los momentos presentes, en una sociedad avanzada, posindustrial y posmoderna, debe buscarse un punto de equilibrio, provisionalmente satisfactorio, en el eterno conflicto entre prevención general y prevención especial, entre sociedad e individuo, entre los legítimos

deseos de funcionalidad y eficacia de los instrumentos jurídicos sancionatorios y la salvaguardia de la libertad y dignidad de las personas. Ejemplos esperanzadores de este difícil equilibrio pueden encontrarse en cada uno de los niveles en que se produce el fenómeno jurídico punitivo, aunque desgraciadamente, también de lo contrario.

A nivel legislativo, el legislador, por lo menos un legislador prudente, al amenazar con pena un determinado comportamiento delictivo, no debe pensar sólo en la intimidación de los ciudadanos, sino también en la valoración que éstos hacen de dicho comportamiento, en la importancia del bien jurídico afectado, en la gravedad del comportamiento mismo respecto a ese bien jurídico, en la necesidad de recurrir a la pena, si no son suficiente otro tipo de sanciones, etc. Sólo en la medida en que sus conminaciones penales traduzcan fielmente las valoraciones sociales, puede esperar que sus normas sean aceptadas socialmente y motiven racionalmente el comportamiento de los ciudadanos. Esto quiere decir que mientras más democrático sea el poder legislativo más aceptación social tendrán sus disposiciones, o, dicho en términos jurídicospenales, más eficacia preventiva general.

Pero el legislador también debe tener en cuenta los efectos que la pena puede producir en el individuo concretamente afectado por ella y debe procurar evitarlos a través de instituciones orientadas fundamentalmente en la prevención especial y dentro de ella en la reinserción social o, por lo menos, en la no desocialización del condenado. La combinación de ambos criterios debe conducir a una prudente política despenalizadora, a la utilización de sanciones alternativas a las puramente penales y a la potenciación de instituciones como la suspensión condicional de la pena o la libertad condicional.

Los mismos criterios deben inspirar a la actividad judicial en la fase de aplicación del Derecho penal, aunque aquí lógicamente, por imperativo del principio de legalidad que vincula al juez a la ley, los criterios deben estar plasmados anteriormente en la propia ley, lo que sólo permite una cierta libertad de acción a los jueces. No obstante, la tendencia actual, por lo menos en la fase de determinación de la pena (lo que se llama «Derecho de determinación de la pena»), es la de dar un gran margen de libertad al juzgador, no sólo para determinar el *quantum* de la pena concreta a imponer (cfr. art. 61, 4.^a del Código penal), sino también para sustituir una pena de claros efectos negativos (por ej. una pena privativa de libertad), por otra menos desocializadora (cfr. arts. 82 y 81 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal), lo que sólo puede ser compatible con el principio de legalidad si dicha libertad se utiliza en beneficio del reo, es decir, por razones de prevención especial. Esta delegación del poder legislativo en el judicial para que éste atempere los efectos negativos de la pena en función de criterios preventivos especiales, es fácil de entender, si se tiene en cuenta que para el juez el delincuente ya no es el innominado «el que» o «quien» de los tipos legales, sino un ser de carne y hueso con todas sus virtudes y defectos.

Por las mismas razones, una mayor incidencia preventiva especial debe tener la fase de cumplimiento y ejecución de las penas, sobre todo cuando éstas son privativas de libertad y durante un tiempo más o menos largo inciden sobre la vida del condenado. El tiempo de duración de una pena privativa de libertad no puede ser un tiempo vacío, en el que el condenado pierda definitivamente su relación con la sociedad. Pero tampoco puede utilizarse, para, con un afán terapéutico desmedido,

hacer del condenado un «conejillo de Indias», aplicándole medidas que vayan contra su dignidad o más allá de lo que permiten las necesidades preventivas generales (principio de proporcionalidad). En última instancia, la finalidad preventiva especial de la ejecución de las penas privativas de libertad, sobre todo en su vertiente resocializadora, es mas un *desideratum* que una realidad, porque no puede olvidarse que no hay mayor prevención general que la que se da, cuando la pena es efectivamente cumplida y se demuestra que el legislador no bromeaba a la hora de conminar con pena un determinado comportamiento. Por eso, la eficacia preventiva de las penas privativas de libertad hay que verlas todavía hoy más en su carácter aflictivo e intimidante del individuo concreto condenado que en una pretendida resocialización del mismo. Lo cual no quiere decir que no se le deba prestar todo tipo de ayudas, incluidas las prestaciones sociales y económicas, para resolver sus problemas, sobre todo los que le llevaron a cometer el delito, eliminando además cualquier factor desocializador adicional a la ya de por sí desocializadora privación de libertad. La crisis de la pena privativa de libertad es precisamente su incapacidad para superar el carácter preventivo general que está en su origen. Ello es una prueba más de la necesidad de su revisión y de la búsqueda de sistemas alternativos a la misma.

Finalmente, aunque no ha sido objeto de tratamiento autónomo, también el *proceso penal* refleja una tensión dialéctica similar a la que se da entre prevención general y prevención especial, difícil de solucionar satisfactoriamente. La función de averiguación de la verdad y el castigo del culpable, cuando se entienden como únicas metas del proceso penal, puede llevar a emplear cualquier medio (torturas, atentados a la intimidad, etc.)

con tal que pueda ser útil a dichas metas. Sin embargo, el respeto a las garantías y derechos fundamentales de la persona recogidos en la Constitución limita esas metas, en tanto que sólo permite el empleo de aquellos medios que sean compatibles con dichas garantías y derechos (cfr. arts. 15, 17 y 24 de la Constitución). No cabe duda de que ambas metas pueden ser contradictorias y entrar en conflicto, lo que obliga a decidirse claramente en favor de una u otra. Afortunadamente, en los tiempos actuales la opinión doctrinal está a favor del respeto a las garantías y derechos fundamentales del imputado: en caso de conflicto entre ambas metas, el carácter jerárquico superior de los derechos constitucionales de la persona obliga a sacrificar la meta utilitarista, en tanto no sea compatible con estos derechos. Aunque no siempre ocurre esto y ahí están para demostrarlo la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión preventiva y la Ley contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. También en el proceso penal se reflejan, e incluso con mayor fuerza, esas tendencias, a las que aludíamos antes, que pretenden hacer del poder punitivo del Estado un poder absolutamente irracional, simple expresión de insatisfacciones y frustraciones colectivas.

Los ejemplos precedentes no son más que signos de la eterna pugna entre prevención general y prevención especial que desgarran íntimamente al Derecho penal y es causa de su propia ineficacia, pero también de que la pugna no está todavía resuelta definitivamente en un sentido o en otro. Quizás el signo más característico del Derecho penal de nuestro tiempo o, por lo menos, de nuestra racionalidad jurídicopenal, sea un progresivo acercamiento de ambas funciones preventivas. Ello no constituye ni siquiera un esbozo de lo que puede ser un

Derecho penal ideal, porque el mejor ideal sería que no hubiera Derecho penal, sino el punto de partida para un análisis crítico de la actual realidad jurídicopenal. Lejos de nuestra consideración quedan ahora las teorías abolicionistas que propugna un sector doctrinal cada día más importante, no porque no creamos en ellas, sino porque nos hemos situado conscientemente en el plano de análisis (y crítica) del Derecho penal actualmente existente, sin excluir que pueda haber otro u otra cosa mejor, porque, como dice SCHÖNBERG en su clásico Tratado de Armonía, «lo único eterno es el cambio; lo que es temporal es la permanencia».

INDICE

PROLOGO	9
INTRODUCCION	11
I. LA NORMA JURIDICA PENAL	
Crítica a la teoría sistémica del Derecho Penal	21
II. DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL	
Sobre la función motivadora de la norma jurídica penal	31
III. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD:	
Monismo versus dualismo	51
IV. LA PRISION COMO PROBLEMA:	
Resocialización versus desocialización	89
V. RESUMEN. A MODO DE CONCLUSION PROVISIONAL:	
Prevención especial versus prevención general	121

Esta obra se terminó de
imprimir en los talleres de
Gráficas del Exportador,
de Jerez de la Frontera,
el día 27 de Febrero de 1985,
víspera del Día de Andalucía.