

EGUZKILORE

Número Extraordinario 13.

San Sebastián

Marzo 1999

219 - 233

LA CIENCIA Y LA PRÁCTICA EN EL CAMPO JURÍDICO-PENAL Y EN EL CRIMINOLÓGICO*

Resumen: Se inicia el trabajo con un análisis de la unión entre la ciencia y la práctica en diversas materias como la Biología y la Ecología, para después analizar dicha relación en el Derecho penal, penitenciario y en la Criminología.

Laburpena: Artikulu hau zientzia eta praktikaren arteko loturaren analisiarekin hasten da, Biologia eta Ekologia abiapuntutzat harturik, gero erlazio hau Zuzenbide Penal, Presondegi Zuzenbide eta Kriminologian aztertzeko.

Résumé: On commence ce travail en faisant un analyse de l'union entre la science et la pratique dans les différents domaines comme la Biologie et l'Écologie, pour finir avec l'étude de ce rapport dans le Droit penal, pénitentiaire et dans la Criminologie.

Summary: This work starts making an analysis of the unity between science and practice in different subjects like Biology and Ecology, to analyse afterwards this relationship in penal and penitentiary Law, and in Criminology.

Palabras Clave: Ciencia, práctica, Criminología, Derecho penal.

Hitzik Garrantzizkoenak: Zientzia, praktika, Kriminologia, Zuzenbide penala.

Mots Clef: Science, pratique, Criminologie, Droit penal.

Key Words: Science, practice, Criminology, penal Law.

* *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 4, 1990, pp. 151-165.

SALUDO

Una vez más, queridos e ilustres amigos, comparezco en esta Noble Casa de la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa, donde tantas y tan importantes decisiones se toman, para recibir la lección impagable de vuestro trabajo, difícil y complejo, en las Instituciones Penitenciarias, por las que tanto está haciendo desde la reflexión y el estudio el Instituto Vasco de Criminología que me distinguió, hace todavía pocos meses, con el título de Miembro de Honor, que desde entonces llevo prendido en lo más íntimo y cordial de mi ser.

Los Profesores Beristain y De la Cuesta, con sus colaboradores, son los artífices de esta importante actividad, tan ejemplar como gratificante. Día a día, y ahí están para demostrarlo las magníficas obras de unos y otros, proyectan su estudio y sus conclusiones hacia la Cátedra, las Jornadas y Cursos de Criminología y de Derecho Penitenciario en una simbiosis perfecta entre la Ciencia y la Práctica, tema este último del que pretendo hablarles, porque me parece que puede ofrecer un cierto interés.

Al Profesor Beristain, merecedor de todos los homenajes por sus cualidades humanas y jurídicas, por su incondicional entrega a los demás, por la hondura de su pensamiento, expresado siempre con rigor científico, realismo y tolerancia y por su talante de comprensión y de ayuda, y a todos, mi reconocimiento. No necesita él de exaltaciones, pero sí los demás necesitamos de ejemplos vivos de comportamiento. Sé que recibes a diario testimonios de respeto y de cariño como los recibiste hace también poco tiempo en el Libro-Homenaje que tuve el honor de entregarte en nombre de la Comunidad Universitaria y Judicial y de tus amigos, compañeros y discípulos. Y en este acto, uno el mío muy cordial.

Al Profesor De la Cuesta que en plena juventud es ya una figura en el Derecho penal y penitenciario y cuyo nombre es citado por los más ilustres autores, como expresión de la altura científica alcanzada, mi especial afecto y alta estima. Para los dos el homenaje cordial y reiterado de admiración, afecto y gratitud.

IDEAS GENERALES

En este contexto y desde la perspectiva de la importante significación de estas Jornadas, en las que se conjugan el deseo de perfección en las ideas centrales del mundo penitenciario y la voluntad de ponerlas en práctica, me pareció, como el título de la Conferencia pone de relieve, que acaso pudiera ofrecer algún interés o al menos que podría así no aburrirles en exceso, que entre todos podíamos reflexionar sobre el necesario enlace entre la Ciencia y la Praxis; en definitiva, sobre cómo podemos y debemos unir estas dos consideraciones esenciales en todo proceso humano o técnico de desarrollo, refiriéndome primero a los aspectos generales del problema, para poder entrar en escena, estudiando después la cuestión a nivel de Derecho penal y de la Criminología, columnas estructurales del Derecho penitenciario.

El tema tiene hoy un interés creciente, tanto a nivel nacional como internacional, hasta el punto de haberse celebrado en el mes de septiembre último un Seminario Internacional sobre el mismo, en la Cátedra del Profesor Bacigalupo, amigo y compañero de Sala, una de cuyas jornadas tuve el honor de presidir por amabilidad de sus organizadores.

En general, el saber humano, en todas sus dimensiones se proyecta en una doble dirección: 1) el conocimiento científico, al que precede necesariamente la investigación y 2) su aplicación práctica.

La vida, la aventura inmensa, irrepitable, hermosa, de coexistir con los demás, en comunidad, ofrece un aspecto dinámico, real, efectivo, al que también hemos de aplicar el conocimiento científico en sus más diversas manifestaciones. El descubrimiento de las vacunas para determinadas enfermedades, las investigaciones científicas en ciertas patologías, las alergias, el SIDA, etc., se proyectan, en cuanto es posible, a la realidad y se ponen al servicio de la persona humana. Investigación y praxis son así realidades sucesivas en una misma inquietud y de una identidad en la finalidad.

Muchos de estos avances inciden en el campo del Derecho, en general, y del Derecho penal en particular, como enseguida veremos. La Psicología, la Psiquiatría, la Sociología, la Biología, la Genética, la Antropología, como ciencia que tiene por objeto el estudio de la persona, han de ser, de alguna manera, contenido del Derecho. También los problemas psíquicos y psiquiátricos de los internos en los Establecimientos penitenciarios (las que sufrían al ingresar y las que son consecuencia de los internamientos, especialmente de los excesivamente prolongados), han de ser objeto de reflexión a nivel científico y práctico por Vds. De ahí mi oposición a la posibilidad de que puedan existir penas privativas de libertad superiores a un cierto número de años, que las transforman de hecho en cadenas perpetuas (Cfr. Borrador de Anteproyecto de Código penal, de octubre de 1990, que permite la imposición de penas de esta naturaleza en una extensión hasta de 35 años: art. 74) y que confío resulten definitivamente suprimidas, porque en mi modesta opinión se avienen mal con la concepción filosófica que de la pena tiene nuestra Constitución.

La Universidad, que es o viene a ser, en expresión de Ortega y Gasset, el intelecto, es decir la Ciencia, hecha o contemplada como institución, debe asumir este reto de conciliar la investigación con la práctica. Este es precisamente, en mi opinión, uno de los grandes retos de los Institutos de Criminología, y dentro de ellos, de estas Jornadas de Derecho Penitenciario Vasco-Navarras, que vosotros realizáis, como antes os decía, de manera ejemplar.

La Teoría y la Práctica, la Ciencia y la Praxis deben, por consiguiente, ofrecerse unidas; los mismos casos prácticos en Derecho deben ser la consecuencia y no la causa del sentido práctico de la disciplina, como ha dicho el Prof. Hernández Gil, expresando así lo que debe ser unidad sustancial de la investigación científica y de sus realizaciones prácticas.

Este enlace entre una y otra manifestación del conocimiento es esencial, utilizando esta expresión en sentido muy amplio, en relación a cualquier acto vital en el que un ser intelectual o sensitivo, como sujeto cognoscente, se da cuenta, de algún modo, de un objeto. En definitiva, creemos nosotros, que la práctica ha de ser la consecuencia ineludible de la investigación científica unida a la reflexión intelectual. Y ello para no incurrir en un pragmatismo, ausente de valor trascendente; antes, al contrario, entendiendo que el conocimiento todo ha de servir a la vida y que cuando aquél es verdadero, o sea, conforme a la realidad misma, favorece también, con gran frecuencia, acaso siempre, las finalidades prácticas, evitándose así pseudo-investigaciones estériles y carentes de eficacia, partiendo siempre de la Filosofía y otras Ciencias del espíritu que alumbran el devenir histórico.

Para que todo esto pueda ser realidad es definitivamente importante la formación humana y humanista de toda persona, sobre todo de quienes actúan y actuamos en el campo de las penas privativas de libertad, en cuanto negadoras del bien por excelencia y más apetecido por todos: la libertad, el hecho de ser libres.

Es muy expresivo que el vocablo alemán "Mensch", según los expertos signifique "ser pensante". Por ello algunos autores, así Walter Brugger, recuerdan que la investigación auténtica descubre de continuo la grandeza incomparable de la persona humana, según el inmortal canto del coro de la "Antígona", de Sófocles: "Muchas cosas y grandiosas viven, pero nada aventaja al hombre en dignidad".

Esa grandeza ha de vivirse desde la lucidez de la libertad, como ha dicho Sartre (y lo destaca Miguel Angel Molinero)¹ y de la igualdad, ideas sobre las que ha de pivotar la justicia. Sartre defiende apasionadamente la libertad, como entre nosotros la defienden tantos y tan ilustres pensadores (Aranguren, Arroyo Zapatero, Beristain, Cobo del Rosal, Villapalos y tantos otros) como un acto específicamente humano, como única protección contra la arbitrariedad y la extrañeza que produce el sentirse rodeado de fuerzas poderosas y reacias a dejarse remover por un acto de voluntad.

La igualdad, por otra parte, es algo más que el principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos y el límite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación objetiva y razonable, en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada. Es mucho más: es asumir que todas las personas humanas somos esencialmente iguales y que la dignidad es patrimonio común de todos, sin excepción, sin ningún tipo de graduaciones.

Sobre estas bases debe, en mi modesta opinión, reflexionar el científico y hacer ciencia y debemos después, los demás, reflejar esas conquistas en nuestras cotidianas realizaciones colectivas y sociales, no de manera mecánica, sino con nuestro intelecto y nuestra voluntad.

EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL

La investigación supone, en el campo del Derecho, plantear un problema y darle solución conforme a los principios básicos que han de ordenar la convivencia, es decir, sobre los presupuestos de igualdad y libertad sirviendo a la justicia.

Acaso, nada mejor para explicar lo que queremos decir que exponer a la consideración de todos Vds., algunos ejemplos vivos y muy actuales.

Los avances en el campo de la Genética son, como todos sabemos, espectaculares y a ello han contribuido un conjunto de especialistas muy destacados e ilustres. La manipulación de los genes, la utilización de los embriones, los límites de la investigación en este campo y sus aplicaciones prácticas constituyen uno de los temas que más preocupan hoy a la humanidad y en él se encierra una de sus más bellas y al mismo

1. En la Revista *Quorum Internacional*, julio 1990.

tiempo dramáticas realidades de la doble consideración de Ciencia y Praxis, hasta el punto de que hace unos pocos años el Consejo de Europa celebró un Seminario Internacional en Lieja (Bélgica) al que tuve el honor de asistir en representación de España, dedicado precisamente a esta doble consideración de la investigación y la aplicación práctica, en sede de la Genética, tratando de precisar el correlato, investigación y consecuencias prácticas y los límites indispensables a la referida investigación científica (recordemos a Huxley y su "Mundo feliz").

Todo el material que, en forma de conclusiones (nunca definitivas, porque la Ciencia es imparable) facilitan los científicos han de ser estudiadas por el jurista buscando, a través de su propia y específica investigación cuáles pueden ser los efectos prácticos de estos descubrimientos para decidir cuál ha de ser la posición del Ordenamiento jurídico en este orden de cosas, que ha de tener muy en cuenta la realidad social, que es algo tangible y efectivo, con la que todos debemos contar de manera muy especial y preferente. En el campo del Derecho civil, examinando la incidencia que los avances científicos genéticos puedan tener en orden a la filiación, paternidad, maternidad, etc.; en el ámbito del Derecho administrativo, con el establecimiento de controles, creación o autorización para actuar en este sentido a determinados Centros de Investigación y Hospitalarios, requisitos indispensables para el desarrollo de la investigación, limitaciones, etc., y en el campo penal, estudiando la conveniencia o no de tipificar como infracciones penales algunas conductas contrarias a las correspondientes normas de naturaleza administrativa, que vendrían a constituir, casi con toda seguridad, normas penales en blanco no deseables en general, pero, de alguna manera, inevitables. En este sentido la importante doctrina del Tribunal Constitucional.

Todo el aporte de los Ingenieros genéticos, Biólogos, Químicos, etc., ha de ser contemplado por el jurista, y en sentido más amplio y más reducido según se mire, por el penitenciarista, teórico o práctico, sobre la base de situar a la Persona Humana como el centro y eje de sus inquietudes y en el norte de sus decisiones, para resolver lo que más convenga en función de criterios de justicia. ¡Cómo no va a ser decisivo en quienes tienen a su cargo la realización efectiva de las penas privativas de libertad el conocimiento de estos principios!

En este punto concreto y como expresión, acaso, de la posible conflictividad, más aparente que real, entre Ciencia y Praxis, ha surgido un problema importante al que me voy a referir muy superficialmente porque puede tener connotaciones, aunque no sean directas con el mundo penitenciario, que es el de Vds.: la llamada elección de sexo. Sobre su legitimidad o ilegitimidad ha habido pronunciamientos dispares en la doctrina científica, en la calle, entre los juristas y también disponemos de la decisión de un Tribunal de Justicia que ha resuelto en grado de apelación un caso de esta naturaleza.

Qué haya de entenderse, a efectos de autorizar la elección de sexo (v. art. 20 de la Ley especial) y dónde empieza y termina el capricho, es fundamental; qué es, en definitiva, capricho o decisión caprichosa en orden a la elección de sexo del hijo que se desea, qué consecuencias pueden derivar para el nuevo ser de esa manipulación, cuáles son las formas en que se puede operar la selección de sexo mediante manipulación genética, en la que existe al parecer un riesgo real de lesión sobre el embrión y que siendo así estaría totalmente contraindicada y prohibida y mediante simples medios físicos, técnica realmente fácil, pero, también al parecer, todo ello según el Dr.

Dexeus², con un porcentaje de fracaso de un 30%, con lo cual si tenemos en cuenta que la naturaleza, por sí sola da un 50% de éxito, pequeño habría de ser éste. Pero, como vemos, y las perspectivas que se abren son inmensas, en el tema hemos de seguir trabajando a nivel de Ciencia y de Praxis.

Teniendo en cuenta, como dice el magistrado Martínez Calcerrada³, que el genoma comporta, según los últimos descubrimientos de la Ciencia, una serie de ventajas de impensable utilidad, como son las relativas a la básica calidad diferenciadora de la persona,—etiqueta de identidad—o prevención de enfermedades transmitidas por el legado genético (pensemos en la hemofilia y en tantas otras taras), es lógico esperar con ilusión que la Ciencia por una parte y la Praxis por otra, nos conduzcan en una perfecta simbiosis a un mejoramiento de nuestra calidad de vida y quién sabe si a unos sistemas de prevención y curación de enfermedades (algunas en relación con la mente), con las consiguientes consecuencias extraordinariamente positivas, incluido el mejor conocimiento de quienes sufren penas privativas de libertad para perfeccionar el tratamiento.

Con toda obviedad, cualquier precipitación ha de ser rechazada. La Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Civiles del Parlamento Europeo, en su Documento de Trabajo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, firmado en julio de 1987, indicó que “los padres no pueden, en manera alguna, regular el tipo de la combinación de los genes en la dotación genética de sus hijos”⁴, lo que no implica que no existan excepciones, cuya extensión y circunstancias han de ser bien determinadas, siempre con carácter temporal, porque no sabemos cuáles serán en un futuro, más o menos inmediato, los horizontes que en este orden de cosas se descubrirán.

Todo ello, a mi juicio, nos lleva a tener una inmensa esperanza de la mano del Dr. Santiago Grisolia⁵ y a una firme decisión: la de que tenemos que desarrollar las Ciencias y la Educación de nuestros jóvenes de forma intensa y masiva, incluido por supuesto el mundo penitenciario, en el sentido de que los nuevos amaneceres de la Humanidad pueden estar llenos de luz y de optimismo.

Mi postura en este tema, como en otros muchos, es expectante: EE.UU. ha dado luz verde al primer experimento de terapia genética en seres humanos⁶, aunque he de hacer mía la idea de Santiago Dexeus⁷: es humano querer satisfacer el deseo de una futura madre, pero cuando conlleva determinadas implicaciones, los científicos deben ser cautos y la sociedad disponer de los medios necesarios para regular el trabajo de aquéllos, sin depender del criterio de unos pocos.

2. En *El País*, 30 agosto de 1990.

3. En *ABC*, 14 agosto 1990.

4. En *El País*, 1 de septiembre de 1990.

5. En *ABC*, 29 de agosto de 1990.

6. En *El País*, 5 de agosto de 1990.

7. En *El País*, 30 de agosto de 1990.

Acaso en el respeto profundo a la existencia, a la de los demás y a la nuestra y a la propia naturaleza, esté la clave de la solución: decía hace unos pocos días Carlos Gurméndez⁸, que el amor a la vida es darnos sin reservas a sucesivos renacimientos, pues si nos dolemos por lo vivido que no revive jamás, nos hundimos en el profundo abatimiento de unos días sin aurora, cercano a la agonía.

Llegamos así otra vez a la imprescindible unión de la Teoría y la Práctica. El Prólogo del Profesor Rodríguez Muñoz al Derecho Penal de Puig Peña y el que me hizo el honor de redactar para mí "Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho Civil" el Profesor Hernández Gil, son especialmente expresivos en este orden de cosas. Sólo la persona que sabe asumir estas dos realidades, cada uno según el nivel que corresponda a su preparación y a su dedicación, será un buen jurista, o en nuestro caso, un verdadero penitenciarista, cualquiera que sea, en el caso de Vds., intervinientes en estas Jornadas, la función que desempeñen, siempre especialmente importante en el mundo penitenciario.

La vida, esa realidad social y personal a la que acabamos de hacer referencia, va, en general, por delante del Derecho. Aprenderla es tarea de todos para que compartamos juntos el ideal y la realidad, la teoría y la praxis. En este sentido, el problema ecológico es otra muestra de lo que venimos diciendo. Surge por la inteligente llamada de atención de los especialistas, que ha encontrado eco en la sensibilidad del común de las gentes como consecuencia de una generosa preocupación por el futuro de la Humanidad. Así las cosas, examinando la situación auténticamente dramática que vivimos, que nos descubren y ponen de manifiesto las Ciencias de la Naturaleza, el Derecho administrativo ha intervenido tratando de ordenar esta importante faceta de los espacios terrestres, marítimos y aéreos; mientras el Derecho penal, por ahora con muy escasa eficacia por no decir ninguna, se ha enfrentado con el problema configurando en el art. 347 bis del Código punitivo un delito llamado ecológico o protector del medio ambiente, para luchar contra la devastación creciente de la única casa que tenemos para poder vivir. La Ecología, como Ciencia, nació en 1878 de la mano de Haeckel, pero es en nuestros días cuando se ha constituido en bandera de todos o de la inmensa mayoría de los ciudadanos, en defensa de nuestro entorno vital. Los seres humanos no estamos aislados ni vivimos en fanales o en campanas de cristal asépticas, sino que somos elementos integrantes de conjuntos biológicos complejísimo cuyo equilibrio debemos mantener, cuidando no sólo la relación física existente entre los grupos humanos y su ambiente físico, sino también del humano, desde el punto de vista del equilibrio psíquico.

Por último, en esta relación de ejemplos de conjunción entre la Ciencia y la Práctica, no queremos olvidar el caso del Derecho procesal penal. El diseño del nuevo procedimiento, conforme a principios y mandatos de la Constitución y de acuerdo con las grandes conquistas procesales en el campo científico, es ya una feliz realidad. El alcance de la intermediación y de la contradicción, que hoy por hoy no pueden ser sucesivas sino conjuntas, la psicología del testimonio aplicada al examen de inculpados, coimputados, peritos y testigos, incluidos los que son partes y muchas veces víctimas (recordemos los supuestos de violación, en los que frente a la negativa del supuesto

8. "¿Por qué no la vida?". En *El País*, 11 de agosto 1990.

agresor sólo existe la acusación de la víctima de la agresión sexual; sobre todo si tratándose de un supuesto de intimidación, en los que no quedan huellas del ataque, como no sean los psíquicos, importantísimos pero difícilmente objetivables, no puede complementarse la acusación con otras pruebas), la racionalidad de la convicción en los casos de prueba indirecta, el rechazo de toda deducción ilógica, irracional o arbitraria, el valor y alcance del llamado testigo referencial, etc., me parece que ha sido, aunque su desarrollo no está aún terminado, una perfecta conjunción y simbiosis de la Ciencia procesalista, y sus hallazgos realidades ya venturosas en el campo del enjuiciamiento criminal y la práctica de los tribunales.

Las valiosísimas aportaciones, entre otros, de los Profesores Almagro, Moreno, Gimeno y Domínguez, en su obra conjunta de "Derecho Procesal" y en sus monografías; la obra pionera sobre la presunción de inocencia del Profesor Vázquez Sotelo, los trabajos de los profesores Fairén, Calvo y Pedraz, han sido el soporte científico de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo, que ha producido, a mi juicio, y en líneas generales, un resultado muy positivo, aceptando, por supuesto, con humildad, nuestras deficiencias y errores con los que por desgracia, como en toda obra humana, hay que contar; aunque me parece que el conjunto de la Ciencia y de la Práctica Judicial ha conducido a un proceso penal ajustado a las exigencias ineludibles de un Estado de Derecho democrático y social, en espera, por supuesto, de la implantación del Jurado, que es, sin duda, un mandato constitucional, que aun cuando admite diversas interpretaciones (como se ve por las muchas y valiosas obras que se han publicado en relación con el tema y las autorizadas opiniones expresadas en televisión, radio y prensa y en muy diversas Jornadas de expertos) ha de establecerse.

EN EL CAMPO CRIMINOLÓGICO Y PENITENCIARIO

He buscado la intersección entre el mundo jurídico penal y el criminológico a través de la Ciencia penitenciaria y quienes como Vds., son sus efectivos aplicadores, se encuentran lógicamente insertos en uno y otro sector del conocimiento científico y de sus respectivas praxis y de las dos reciben el caudal inmenso de sus investigaciones y de sus realizaciones.

Si el objeto del Derecho penal es la criminalidad, quien se ocupe del Derecho penal tiene que ocuparse también, y con toda obviedad, de la criminalidad y quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia, dice el Prof. Muñoz Conde⁹, difícilmente podrá manejar las reglas del Derecho penal en todos sus ámbitos: legislativo, judicial y ejecutivo o penitenciario. Junto al saber normativo es necesario e imprescindible por tanto, sigue diciendo Muñoz Conde, el saber empírico que brinda la Criminología, cualquiera que sea el criterio que ésta adopte, aunque también en ella se contempla la Ciencia y la Praxis. (Institutos de Criminología, asignaturas de Criminología y también, en mi opinión, las Jornadas de Derecho Penitenciario como las que ahora se están clausurando).

9. MUÑOZ CONDE: "El papel de la Criminología en la formación del jurista". En *Eguzkilore*, núm. 3 extra, abril 1990.

Si esto es así, que a mi juicio lo es, resulta decisivamente importante que el jurista y el penitenciario no se limiten al saber normativo, que sin duda es importante, sino que han de verificar empíricamente las consecuencias que de su aplicación se derivan.

Vds. mismos podrán comprobar si el aumento de pena, problema al que se refiere también Muñoz Conde¹⁰, produce el esperado efecto intimidatorio. Conociendo los principios fundamentales de la Psicología, aplicada a los internos, de la Sociología, en cuanto a la futura integración en la comunidad, se podrá actuar con coherencia y eficacia. Sé que muchas veces llevar a cabo esta tarea es algo muy difícil y complicado, que es más fácil hablar que hacer, criticar que construir, pero me parece que si no acercamos los principios esenciales de la Ciencia a la realidad, (en este caso la psicología del preso, al tratamiento, el descubrimiento y la terapia de determinadas patologías psíquicas a la realidad penitenciaria, etc.) estaremos encerrados en un círculo infernal del que jamás seremos capaces de salir.

En el Programa ERASMUS, del que dieron cuenta en la Revista Eguzkilore, Robert Cario y José Luis de la Cuesta¹¹, aparece perfectamente reflejada esta idea. El desarrollo de la investigación comenzó con el tratamiento estadístico comparativo del problema: examen del número de internos en prisión preventiva, proporción respecto de la población carcelaria global, sexo, edad de los interesados, clase de delito, duración media de la referida prisión preventiva, etc. Legitimidad y justificación de la prisión preventiva, en particular, respecto de los menores, así como sobre la evolución legislativa seguida por esta institución y su conformidad con los principios constitucionales reconocidos en nuestros respectivos países y con las Convenciones regionales o internacionales (en especial la Convención Europea para la protección de los derechos humanos), etc.

Este planteamiento científico ha de proyectarse hacia quienes, como Vds. , tienen encomendada una tarea, sin duda conflictiva, de ser al mismo tiempo custodios y garantes, protectores y aplicadores de una norma punitiva, en cuanto en los funcionarios de Instituciones penitenciarias se materializa la "potestas" propia del poder, que legitima su actuación en nombre de la sociedad y como órganos del Estado. Pero sin olvidar que sin "auctoritas" que significa soporte ético y moral, la "potestas" sólo es fuerza física, arrollamiento material, y no ejercicio prudente del Derecho penal y realización efectiva del Ordenamiento jurídico.

En este sentido, Ortiz Ricol ha definido el Derecho penitenciario como la facultad que tiene el condenado a una pena privativa de libertad para exigir del órgano que la ejecuta la observancia de las garantías establecidas contra abusos o desviaciones en la ejecución de la misma, así como que esta ejecución se adecúe a la finalidad de su reinserción social o de cualquier otra que tenga asignada por el derecho objetivo¹². (Cfr. art. 25.2 CE).

10. Idem.

11. En Eguzkilore, núm. 3 extra, abril 1990.

12. PUIG PEÑA, Federico; ORTIZ RICOL, Gregorio: *Derecho penal Parte General*, 7.ª edición, Madrid, 1988, pág. 668. Prólogos del Profesor Rodríguez Muñoz y del autor de esta Conferencia.

Si la privación de libertad supone siempre un sujeto carente de algo (en este caso, como ya dijimos, del bien por excelencia: la libertad) que conforme a su naturaleza debía tener, es fundamental distinguir entre el condenado al que se le privó de ese bien por sentencia, del preventivo que sólo cautelarmente ha sido reducido a prisión. Los principios filosóficos de la Ciencia Penitenciaria han de proyectarse aquí, de una manera muy clara, en la práctica. Conforme a lo declarado por el Tribunal Constitucional, entre otras en S. de 8 de julio de 1987, la prisión provisional, sin perjuicio de su carácter de simple medida cautelar, que sin prejuzgarlo, tiende a asegurar el resultado final del proceso penal, es una decisión judicial de carácter excepcional que incide negativamente en el "status" de la libertad personal del inculcado y que, por lo mismo, restringe el derecho fundamental reconocido en el art. 17, apartados 1 y 4 de la Constitución. Estoy seguro que Vds. tienen muy asumida esta esencial diferencia.

Si los principios científicos están claros, si la distinción penado y preso preventivo alcanza en relación con ellos su más alta y honda significación, las Instituciones penitenciarias debieran a mi juicio, sin dejar de considerar siempre y como abrazadera común, el respeto a la dignidad humana, tener muy en cuenta (lo que sin duda también debemos tener muy presente los jueces) esta diferencia esencial que responde a una idea esencial de la Ciencia penal y penitenciaria en su aplicación práctica (la distinción entre aquel que cumple una pena y aquel otro que espera una decisión judicial que le podrá ser favorable o adversa), tema al que se refiere con especial atención la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1990¹³.

Dice el Profesor Neuman¹⁴ que hay conceptos universales que traspasan cualquiera de los sistemas políticos conocidos. Hay valores idénticos que deben ser definidos por todos los habitantes del planeta sobre las contradicciones de intereses de las grandes potencias. Los criminólogos, afirma, no podemos dejar de dar soluciones. Siempre ha sido así. Dar respuesta, y más allá de formularios, la construcción del mejor sistema socio-político posible, el sentido inmanente de la democracia reside en el respeto de la dignidad, recordando lo que enseña el Profesor Beristain sobre que la ley "es un sedimento o expresión de ideas jurídicas y no el espejo de esa realidad social concreta y menos aún, el elemento configurador".

Pero, precisamente en una sociedad democrática, en la que prevalece la voluntad popular, lo importante es que los científicos alumbrén soluciones en el campo de las tecnologías y en el ámbito de las relaciones humanas (que eso es hacer ciencia) para que el legislador, a través de la norma, que tiene su origen en el Pueblo (por eso el Poder Legislativo es, sin discusión, el primer poder) transforme esos principios en realidades socio-jurídicas y quienes hayan de aplicarlas puedan hacer efectiva esa simbiosis Ciencia-Praxis.

Esther Giménez-Salinas ha recordado¹⁵ que siendo el estudio de la Criminología el examen del fenómeno criminal en toda su extensión, la consideración de la ejecu-

13. *Memoria de la Fiscalía General del Estado 1990*, pág. 295.

14. NEUMAN: "El estudio de la Criminología en Latinoamérica y la necesidad de soluciones prácticas". En *Eguzkilore*, núm. 3 extra, abril de 1990, pág. 279.

15. GIMÉNEZ-SALINAS, Esther: "La formación criminológica del funcionario de prisiones". En *Eguzkilore*, núm. 3 extra, abril 1990.

ción penal y de la pena privativa de libertad en concreto, ocupan un espacio de especial importancia, porque, en efecto, las consecuencias de una política criminal concreta (plasmada en leyes), de una actuación judicial, también concreta (reflejada en la pena) y una actitud social (recogida en el control social) convergen hacia la pena. Por esto precisamente la enseñanza de la Criminología en este ámbito penitenciario es de una importancia vital, enseñanza que solamente podemos concebir como un "Feed Back", entre la teoría y la práctica.

En esa difícil pero estimulante encrucijada están Vds. Desde la perspectiva de la Criminología, han dicho Echeburúa Odriozola y Corral Gargallo¹⁶, así como de la perspectiva de las Ciencias de la conducta, la pena de prisión ya no se justifica por las funciones de custodia y castigo, sino por el fin rehabilitador. Son Vds. por ello más que custodios, sin dejar de serlo, como ya señalamos, instrumentos técnicos y humanos decisivos en la resocialización, aunque más de una vez, y ello es comprensible, sientan la desesperanza de lo que parece una lucha contra molinos de viento, por lo poco o nada que se nota la reinserción, muchas veces por falta de medios de una u otra naturaleza y en otras ocasiones por razón del sistema mismo. Pero jamás hay que desalentarse, sino seguir con ilusión la hermosa tarea de ayudar a los demás a iniciar o reiniciar una vida humana.

Por ello es imprescindible que la condición de persona del preso esté presente, sin solución de continuidad, en el trato y en el tratamiento y a ello ha de contribuir, sin duda, que en los expedientes penitenciarios se apliquen, como señala Aya Onsaló¹⁷, los principios esenciales del proceso judicial.

De ahí que hayamos de insistir en la necesidad de una formulación de principios por los científicos, consecuencia de la reflexión en cuanto meditación comparativa y examinante, contrapuesta a la simple y sencilla percepción al alcance de cualquiera o a los juicios primeros y espontáneos, y generalmente prematuros sobre un objeto, tantas veces erróneos por la precipitación con que se emiten; todo ello para que en la práctica, conociéndolos y asumiéndolos se puedan transformar en realidad.

CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda de que quienes, como Vds. y tantos otros (funcionarios de las distintas categorías y Cuerpos Médicos, A.T.S., Asistentes Sociales, etc.) realizan su actividad profesional en las Instituciones Penitenciarias tienen ante sí una tarea, como tantas veces hemos indicado y repetido, muy difícil. Conjugar las enseñanzas criminológicas con el Derecho penal, la Psicología, la Sociología y hacerlo confluir todo en la actividad penitenciaria desde una perspectiva humana no es nada fácil pero es, me parece, imprescindible.

16. ECHEBURÚA Y CORRAL: "El tratamiento psicológico en las Instituciones Penitenciarias". En *Eguzkilore* extra, enero 1988.

17. AYA ONSALÓ, Alfonso: "La defensa jurídica del interno en Centro Penitenciario". En *Eguzkilore*, núm. extraordinario 2, octubre 1989.

La Criminología tiene por objeto el estudio de las formas reales de comisión del delito y las modalidades más diversas de lucha contra la delincuencia, examinando su etiología (desde un punto de vista biológico, psicológico y social; formas de vida, medio ambiente físico, cultural y social en sentido muy amplio, sistemas de integración, etc.). El Derecho penal estudia el aspecto normativo aunque, por supuesto, sin desconocer los valores esenciales que son protegidos por cada uno de los correspondientes preceptos penales: la vida, la integridad, la libertad, incluida la sexual, como emanación de la personalidad, la seguridad, etc.

El Derecho penitenciario, definido por el Prof. García Valdés como conjunto de normas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas de seguridad¹⁸ está mirando hacia el Derecho penal, hacia la Criminología, la Política Criminal y a todas aquellas Ciencias como la Psicología, la Psiquiatría, la Sociología, entre otras, coadyuvantes todas a la mayor y mejor efectividad de la teleología de la pena.

Por ello, como ha dicho Ortiz Ricol¹⁹, cuanto más acerbas y fundadas sean las acusaciones contra las penas privativas de libertad, tanto mayor será la razón de ser del Derecho penitenciario, por cuanto éste viene a constituir esencialmente un sistema de normas vinculantes,—principio de legalidad—, para el brazo ejecutor de estas penas, que constituyen garantías para quienes las sufren de que su ejecución responderá y se ajustará a los principios básicos que informan el funcionamiento de toda sociedad civilizada. Por desgracia, hoy por hoy y en un futuro que se adivina lejano, es impensable suprimir este tipo de penas, aunque haya que hacer constantes e intensos esfuerzos para alcanzar fórmulas eficaces de alternancia.

El Borrador de Anteproyecto de la Parte General, de Código penal de octubre de 1990, se refiere en varios de sus artículos a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Con ellos, desde la perspectiva de los grandes principios a los que nos venimos refiriendo, se trata de dotar al Derecho penal de unos nuevos instrumentos para que la justicia punitiva alcance cotas de mayor perfección (Cfr. arts. 34, 35.3, 86).

En su efectividad los Jueces habrán de poner toda su sensibilidad para acertar en su difícil cometido (teoría y práctica) y Vds. como colaboradores indispensables en esta compleja tarea deberán también contribuir con sus informes, cuando haya lugar a ello y su trabajo, a su mejor efectividad.

El Consejo de Europa ha expresado frecuentemente su preocupación por estas cuestiones y ha unido con especial acierto, los problemas penales, los criminológicos y los penitenciarios en su doble vertiente científica y práctica, convocando a veces al mismo tiempo reuniones de científicos y seminarios de expertos aplicadores del derecho, incluido el mundo de la prisión, como ha expuesto con precisión, y en varias ocasiones, la Profesora Aglaia Tsitsoura.

Me parece que sólo en la medida en que acertemos a contemplar los problemas en su conjunto, sin olvidar obviamente sus especificidades, y en su doble vertiente de la Ciencia y de la Praxis que, en definitiva, son caras de la misma y única moneda, el

18. GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, 1982, pág. 21.

19. PUIG PEÑA y ORTIZ RICOL, *ob. citada*.

anverso y el reverso, podremos avanzar con seguridad y a la velocidad que todos ansiamos en la búsqueda y consecución de la verdadera resocialización de los condenados a penas privativas de libertad. Negar que es objeto del Derecho penal el estudio del delito, en orden a sus causas individuales y sociales, el examen de sus consecuencias y las razones de Política criminal que abonan en un determinado momento unas u otras soluciones en función de determinadas exigencias, sería tanto como negar su propia naturaleza y esencia. Así, por ejemplo, el adecuado tratamiento punitivo de la circunstancia atenuante de arrepentimiento, que debe considerarse y así lo viene haciendo la jurisprudencia de la Sala 2ª del T.S. desde una perspectiva fundamentalísimamente objetiva (v. STS 20 febrero 1987 y 13 de diciembre de 1988) frente a la doctrina jurisprudencial precedente; pudiendo admitirse, como es obvio, como circunstancia atenuante cualificada en razón a los efectos producidos por el comportamiento posterior del imputado o cuando la actitud del autor guarde una relación de homogeneidad con su personalidad (S. 29 octubre 1988); aunque esta evolución hacia lo objetivo, despojando a la circunstancia de su carácter intimista, entendiendo que basta para su apreciación el dato más objetivo de favorecer con esa actitud la investigación o la reparación, no haya llevado a privar o desconocer el mínimo carácter subjetivo que esta circunstancia tiene (S. 3 de marzo 1989). Otro tanto sucede, salvando las distancias, con el instituto de la prescripción, al que la jurisprudencia ha dotado de una especial naturaleza en el sentido de que sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines de más alta trascendencia y significación que informan el Derecho punitivo y la pena son ya incumplibles (STS. 5 enero, 25 abril y 28 junio de 1988). En este sentido la doctrina del Tribunal Supremo camina, creemos, por el sendero de las exigencias de la moderna Política criminal a veces, por unos u otros caminos transformados en normas jurídico-penales.

En otro orden de cosas, hay que citar la atención a la víctima, al que ha dedicado muy recientemente una magnífica monografía el Prof. Landrove Díaz²⁰, con espléndido prólogo del Profesor García-Pablos, tema en el que también la Ciencia y la Práctica han de estar muy unidas. El estudio de la Victimología pone de relieve la importancia del problema dejando constancia de la necesidad de estudios interdisciplinarios sobre la persona que sufre las consecuencias del delito en los diversos ámbitos, en el criminológico; por ej. interacción delincuente-víctima, relevancia etiológica del comportamiento de esta última en la dinámica delictiva (pensemos, el paréntesis es mío, en especial, en algunas figuras de estafa y en muchas agresiones sexuales²¹, diseño de programas de prevención jurídico-penal; así modificación del "status" material y procesal de la víctima en la justicia criminal (en la actualidad se discute, también este inciso es nuestro, si la víctima, —especialmente si son menores más fácilmente impresionables y por las huellas que ello puede producir desde el punto de vista psíquico— ha de declarar necesariamente en presencia del acusado o si puede hacerlo fuera de su presencia aunque con intervención de la correspondiente defensa, tema resuelto por la Sala 2ª del T.S. exigiendo en garantía del justiciable la presencia de aquél, es decir del acusado, salvo

20. LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Victimología*, Tirant lo blanch / derecho, Valencia, 1990.

21. RUIZ VADILLO, Enrique: "Algunas consideraciones sobre el delito de violación tras la reforma de 1989, desde los aspectos sustantivo y procesal, conforme especialmente a la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª de lo penal, del Tribunal Supremo". En la *Rev. Actualidad penal*.

en los supuestos en que el mismo es expulsado de la Sala por su comportamiento) y político-social (programas de asistencia a la víctima, de reparación del daño, de compensaciones económicas, de presunción del miedo al delito, entre otros muchos). No olvidemos que en esta materia el Prof. Beristain ha sido uno de los más enérgicos y eficaces pioneros.

Todo ello se percibe con nitidez desde la atalaya que representa la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Respecto a la consideración y papel de la víctima, de la que a veces se dice,—y creo que casi siempre con muy poca o ninguna razón— que es provocadora, aunque a veces lo sea, a la psicología de los menores en cuanto víctimas o testigos, a las garantías del acusado respecto a las pruebas a practicar en el acto del juicio oral, a las que ya he hecho referencia, y un largo etc.

Los temas son infinitos: El correlato que acaso debiera existir entre trabajo del preso e indemnización a la víctima (y en este sentido del trabajo penitenciario me remito íntegramente a los estudios magníficos del Prof. De la Cuesta), a la capacidad de quienes trabajan en Instituciones Penitenciarias para ilusionar a quienes en ellas cumplen la penas respecto de sus respectivos futuros. Todo ha de hacerse con equilibrio y de forma armónica, como tantas veces se ha destacado por quienes se han ocupado de temas generales y puntuales de la Criminología.

Y en esta gran tarea de armonizar Teoría y Práctica, Principios y Realidades, hemos de hacerlo partiendo de los grandes fundamentos del Derecho penal, de la legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

Como ha dicho nuestro Presidente de la Audiencia, el Profesor Joaquín Giménez²², el reconocimiento expreso del carácter transformador que debe tener el Estado social y democrático de Derecho, está sometido al principio de legalidad y debe realizar los valores constitucionales a veces negados en segmentos sociales de esa realidad, porque la sociedad democrática es una sociedad conflictiva en la que conviven o coexisten fuerzas y códigos éticos distintos y aun antagónicos.

La Ciencia debe alumbrar nuestras realizaciones profesionales y ha de hacerlo de manera interdisciplinar, sin olvidar jamás que sus aportaciones tienen un objetivo muy claro: descubrir cuáles son los instrumentos de todo tipo que pueden hacer la vida a nivel personal y social, menos inhóspita, más amable si fuera posible, sobre los supuestos indeclinables de la justicia, haciendo así realidad la conjunción a la que venimos haciendo constante referencia de investigación científica y práctica.

En el Libro-Homenaje al Profesor Beristain que al comienzo de esta charla recordé, mi ilustre amigo y colega el Profesor Ottenhof se refirió a las dimensiones subjetivas, estéticas y espirituales de los problemas jurídicos y criminológicos. Es verdad: sin ellos el Derecho pierde sus más importantes soportes y las columnas más indispensables.

La miseria y la mediocridad van juntas, ha dicho muy recientemente nuestro Premio Nobel de Literatura, D. Camilo José Cela. No nos hagamos autómatas del

22. "Consideraciones sobre los derechos humanos y Ordenamiento jurídico". *Eguzkilore*, n.º 3, 1989, pág. 95 y ss.

cumplimiento de nuestros deberes a base de clichés y estereotipos. Formemos, sobre todo, humanamente a todos cuantos tienen en sus manos quehaceres tan importantes, formémonos nosotros mismos en los ideales de un Estado de Derecho democrático y social, hagamos que la Ciencia profundice en las soluciones más ajustadas a la dignidad humana para que sirvan a la realización efectiva del Ordenamiento jurídico.

Cuanta más altura científica, es decir asunción de los principios más elevados de filosofía jurídica y constitucional se pueda conseguir para quienes hayan de servir el interés de todos, en la policía, en los juzgados y tribunales y en las Instituciones penitenciarias, mejor; porque conociendo de verdad las ideas fundamentales en las que han de inspirarse para realizar sus quehaceres cotidianos, con base siempre en nuestra Constitución, más intensa y permanente será la integración de la Ciencia en la Teoría y de ésta en aquélla, más satisfacciones producirá el trabajo y más eficaz será éste, socialmente.

Conozco bien muchas de las dificultades con las que se encuentran profesionalmente porque las he vivido muy de cerca, pero por eso mismo sé que el intento de hacer realidad estos ideales merece de verdad la pena y que Vds. con ilusión infinita son adelantados de ellos.



De izda. a dcha.: G. Kellens, E.R. Zaffaroni, R. Ottenhof, E. Ruiz Vadillo, A. Bassols y J. Pinatel.

