



# EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología  
San Sebastián, N.º 10 - 1996.

• <b>T. Fernández de la Vega.</b> La población desplazada .....	11
• <b>A. Giménez Pericás.</b> Deberes y derechos de las víctimas .....	23
• <b>L. Lledot Leira.</b> La libertad condicional .....	45
• <b>A. Messuti.</b> Obligaciones humanas .....	57

## **JORNADA INTERNACIONAL: "Actualización de la Psiquiatría legal: el ingreso involuntario ..."**

• <b>I. Azkuna.</b> El consentimiento informado .....	71
• <b>Mª J. Conde.</b> Protección de los derechos humanos .....	75
• <b>R. Eiselé, B. Busino y J. Guimón.</b> Les hospitalisations psychiatriques à Genève: le cas des entrées non volontaires .....	79
• <b>J. García-Campayo y C. Sanz Carrillo.</b> Transmisión de los conocimientos psiquiátricos a los nuevos jurados .....	99
• <b>A. Iruin.</b> Normativa administrativa y conflictividad .....	113
• <b>E. López, J. Medrano, L. Osa, E. Aristegui y M. Silva.</b> Evolución de los ingresos involuntarios en una UPHG .....	123
• <b>G. Portero.</b> Valoración médico forense de la enfermedad mental .....	135
• <b>J. Mª Unanue.</b> Intervención frente a la emergencia .....	149
• <b>I. de Miguel.</b> La Psiquiatría como instrumento de apoyo .....	165

## **CURSO DE VERANO: "Menores infractores en el tercer milenio desde la Criminología y la Victimología"**

• <b>L.M. Bandrés Unanue.</b> Actuaciones de la Diputación Foral .....	171
• <b>A. Beristain.</b> Menores infractores-víctimas ante las N.U. ....	177
• <b>E. Giménez-Salinas.</b> La mediación en la justicia juvenil .....	193
• <b>J. Urrea Portillo.</b> Ética, razón y empatía .....	213
Dureza emocional prematura .....	229
Niños y jóvenes víctimas de agresión sexual .....	237
• <b>I. Germán y A. Rodríguez.</b> Los valores en la actualidad .....	255
III Promoción de Master y IX de Criminólogos .....	263
Nombramiento de Miembro de Honor a Eduardo Chillida .....	269
Memoria del IVAC-KREI .....	271
• <b>Índices de Eguzkilore:</b> año 1976 y años 1987-1996 .....	331

# DEBERES Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y DE LOS VICTIMARIOS EN LA CRISIS DE LA ESTABILIDAD DE LAS LEYES Y DE LAS PENAS

Antonio GIMÉNEZ PERICÁS

*Magistrado de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa  
San Sebastián*

**Resumen:** La relación entre estabilidad y movimiento que caracteriza la vida del Derecho determina la distancia entre regulación social y realidad social, que genera una aplicación del Derecho penal con claros efectos victimizadores. Todo ello pone en cuestión la institución de la pena, la ideología de la resocialización, que debe tender a la integración en una sociedad con un orden social y jurídico justos. Junto a esto, la respuesta del Estado a la desestabilización del sistema incluye también la respuesta a la desviación social individualizada que es la que convierte al Estado en victimizador.

**Laburpena:** Egonkortasun eta mugimenduaren arteko erlazioak, Zuzenbidearen adierazgarri, giza-erregularizazioa eta giza-errealitatearen arteko distantzia mugatzen du, eta egoera honek Zuzenbide penalaren aplikazioa sortzen du, biktimizaziozko ondorio argiekin. Guzti honek eztabaidan jartzen du pena ezarpena, birgizartetasun ideologia, orden sozial eta juridiko bidezkoekin gizarte batean integrazioa jo behar dutenak. Honekin batera, sistemaren desegonkortasunari Estatuaren erantzunak sartzen du baita ere bakoiztatuko giza-desbideraketari erantzuna, Estatu biktimatzaile bihurtzen duenak.

**Résumé:** La relation entre stabilité et mouvement qui caractérise la vie du Droit détermine la distance entre la régulation sociale et la réalité sociale qui entraîne une application du Droit pénal avec des évidents effets victimisateurs. Tout ça met en question l'institution de la peine, l'idéologie de la résocialisation, qui doit viser à l'intégration dans une société avec un ordre social et juridique justes. En plus de cela, la réponse de l'État à la décentralisation du système renferme aussi la réponse à la déviation sociale individualisée et c'est celle-ci qui rend l'État victimisateur.

**Summary:** The relation between stability and evolution that characterizes the life of Law determines the distance between social regulation and social reality generating Penal Law application with clear victimization effects. This questions the penalty institution and the resocialization ideology, which tend to the integration in a society with a fair social and juridical order. However, the State response to the system imbalance also includes the reaction to individual social deviation so that the State causes its own victims.

**Palabras clave:** Víctima, Victimario, Leyes, Penas, Ética, Resocialización, Castigo.

**Hitzik garrantzizkoenak:** Biktima, Biktimarioa, Legeak, Penak, Etika, Birgizartetasun, Zigor.

**Mots clef:** Victime, Victimaire, Règles, Peines, Éthique, Résocialisation, Punition.

**Key words:** Victim, Victimazer, Laws, Penalties, Ethics, Resocialization, Punishment.

## I

**INTRODUCCIÓN. LA DUDOSA ESTABILIDAD DE LAS LEYES Y LA INTERNACIÓN DE LA ÉTICA EN EL DERECHO**

Ya hace veintiséis años, Hannah Arendt, superviviente de los campos nazis de exterminio, experta, por tanto, en sufrimiento y profunda en ideas, en una conferencia celebrada en mayo de 1970 en la Universidad de Nueva York con la participación de grandes juristas como Robert P. Wolf y Ronald Dworkin<sup>1</sup> observaba que la desobediencia general a la Ley es una tendencia general que refleja la disminución de la autoridad gubernamental y, por consiguiente, las dudas de los ciudadanos respecto a la legitimidad. Pero lo que más nos interesa es la reflexión que Arendt hizo sobre la causa de la crispación de la desobediencia. Consistía, según ella, en que, si el cambio es inherente a la condición humana, la velocidad del cambio en el siglo XX es radicalmente acelerada, pues, por primera vez la rapidez de las transformaciones suplanta la sustitución de las generaciones. Y cito textualmente: “El hiato entre las generaciones dejó de ser la diferencia por así decirlo *inactual* entre padres e hijos, y está ocurriendo cada cuatro años. Esa velocidad sin precedentes, que es extrajurídica, alcanzaría al derecho, afectando la relación entre estabilidad y movimiento, que siempre ha caracterizado la vida del derecho y compromete realmente el *horizonte de estabilidad* de una comunidad política, al hacer que el derecho, reflejando la realidad del cambio, deje de tener la dimensión de durabilidad necesaria para la confiabilidad en el mundo. De ahí uno de los aspectos de la corrosión de la autoridad de la Ley”<sup>2</sup>.

Aunque Arendt extrajera de esta reflexión consecuencias hondas en orden a la desobediencia civil –no se olvide el momento que vivía la sociedad norteamericana de aquel tiempo, reactiva gran parte de su juventud frente a la segregación racial, la guerra del Vietnam e incluso frente a la presencia creciente de los servicios secretos en la vida pública, como ella misma denuncia– ahora debe extraerse de la reflexión la distancia constantemente ampliada entre el derecho formalmente válido en el sentido de vigencia y la realidad social.

Esta constante ampliación de la distancia entre regulación social y realidad social, según la regla aritmética de la ecuación exponencial, ocasiona fundadas dudas sobre la aspiración del derecho a su propia estabilidad.

Compárese que los cuatro años de intervalo del cambio, según el criterio de Hannah Arendt, para Ortega y Gasset en 1933 eran quince<sup>3</sup>, para quien en ese periodo de tiempo, al alcanzar el poder social una nueva generación, *cambia el mundo*. E insistía: se produce un cambio “del mundo”. Pues bien, desde la fecha en la que Hannah Arendt nos transmite su observación han transcurrido veintiséis años, desde el cálculo orteguiano sesenta y tres. Consciente de la realidad de esta obser-

1. La Conferencia se publicó en el *The New Yorker* de 12 de septiembre de 1970 recogida en el libro *Crisis of the Republic*. Publica Young-Bruehl, Elizabeth en su libro *Hannah Arendt: for Love of the World*. New Haven, Yale Univ. Press, 1982, pp. 238-430, 531.

2. Id. pp. 69, 78-80.

3. José Ortega y Gasset: *En torno a Galileo*. Colección Austral. Espasa Calpe S.A. Madrid, 1973.

vacación heracliana, tanto temporal como espacial, porque no cambia el mundo con la misma velocidad en Nueva York que en Malabo, es idéntico el realismo que impregna la aspiración del derecho a su estabilidad.

¿Cabe esperar obediencia a normas jurídicas que no pueden ser estables?

En general los iusfilósofos responden afirmativamente según distintas versiones del contractualismo social que constantemente distinguirá entre el Derecho y la Ley. En particular Hannah Arendt opina que en el consenso constitucional inicial al Estado moderno se anida la obligación del ciudadano que consiste en el deber de hacer y mantener las promesas que condujeron al desarrollo de la Constitución porque estas promesas ordenan el futuro tornándolo previsible y seguro dentro de lo humanamente posible. Es el cambio excepcional de circunstancias y la erosión de la reciprocidad, que conlleva las rupturas ocasionales de la promesa, lo que justifica la desobediencia civil y su justificación constitucional ya que la Constitución prevé la salvaguarda de los derechos de las minorías disidentes para que éstas no sean sometidas a la tiranía de las mayorías a través de la libertad de asociación<sup>4</sup>. El límite será la violencia, en mi opinión, porque el uso de la violencia por el disidente disuelve la promesa y atenta contra el consenso constitucional en el mismo sentido enfático con que Alexis de Tocqueville afirmó: "Atacar las leyes existentes no es, pues, criminal, siempre que no se emplee para sustraerse a ellas la violencia"<sup>5</sup>.

De lo que resulta si no la radical disolución de la pregunta formulada al principio de párrafo sí el depósito del concepto de estabilidad en el referente constitucional de las Leyes. Son las Leyes las que no pueden ni deben ser estables en un mundo aceleradamente cambiante. Es el Derecho en el sentido de sistema jurídico el que debe ser estable en la Constitución, a un lado de eventuales modificaciones atinentes a la organización del Estado y a los derechos no fundamentales que demande la transformación social. Lo que atañe a la ética en la dimensión que Robert Alexy da a los principios cuando expresa que el carácter de los principios significa que no se trata de normas vagas sino que con ellos se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, también moral a causa de su contenido ético. Para Alexy, éste es el punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista –yo diría positivista escolar y no analítica– de la separación entre Derecho y Moral. Pero el resultado del ataque podría desembocar, me parece, en una brillante derrota ya que, como quiere Alexy<sup>6</sup>, el problema de la relación entre Derecho y Moral ha de plantearse de nuevo bajo el aspecto del engarce entre la vinculación jurídica y la moral. Eso intentaremos seguidamente.

---

4. Hannah Arendt: *Crisis of the Republic*, pp. 84-88. N.Y. Harcourt Brace Jovarovich. 1972.

5. Alexis de Toqueville: *La Democracia en América*. T.I., Alianza Ed. Madrid, 1980, pág. 171.

6. El subrayado es mío. Robert Alexy sostuvo la Ponencia "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica", celebradas en San Sebastián en 1988. He tenido acceso a esta Ponencia a través del material distribuido en el Curso de Formación de Jueces y Magistrados correspondiente al año 1992. No obstante en su libro básico *Theorie der Juristischen Argumentation* (Traducción de Manuel Atienza publicada en 1989 por el Centro de Estudios Constitucionales) Alexy sostiene que el discurso moral es, más bien, una actividad guiada por reglas de tipo propio en la que se trata del equilibrio racional de intereses. El subrayado es de Alexy, con lo que mantiene que la escisión entre el nivel ético y el normativo es un hecho, ya que "de las reglas de la argumentación práctica se deben diferenciar las distintas formas de argumento" (sic).

## EL LÍMITE ÉTICO DERIVADO DEL CONSENSO

Aunque John Rawls en su libro ya clásico “A Theory of Justice” no trate específicamente la cuestión de los límites morales que deben acotar las reglas del juego del proceso jurisdiccional, me parece que las relaciones íntimas que establece entre la Moral y la Justicia son útiles porque el objeto de su teoría es la estructura fundamental de la sociedad (basis structure of society)<sup>7</sup>. Y si para una sociedad determinada el organizarse a sí misma con la intención de considerar el criterio moral como un primer principio, sería igual que mantener la institución de la propiedad sólo para castigar a los que atentan contra la propiedad, resultará –en el discurso explícito del autor– que, en una sociedad bien ordenada, las personas exigen una participación en el producto social a través de las acciones alentadas por los acuerdos existentes sin que las porciones distributivas *justas* recompensen la virtud moral de cada socio. De manera que, aunque se dude de que la llamada justicia distributiva tenga algo que ver con la Ética, no cabe duda que sí es una cuestión esencial el *procedimiento* de distribución del producto según lo acordado.

En breves palabras: Se trata o es deseable una justicia procedimental; *La justicia como imparcialidad*<sup>8</sup>.

El pronunciamiento generador de la noción ética de justicia como imparcialidad, cuya fuente a su vez es el consenso social, es el artículo 1.1 de la Constitución Española, así como sus semejantes referencias anteriores en el mismo ámbito europeo, el 1 de la Constitución Italiana de 1947, artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, art. 2 de la Constitución Francesa de 1958 y art. 2 de la Constitución Portuguesa de 1976.

Si despojamos a la frase “voluntad popular” de su connotación retórica y filosóficamente la enfriamos, advertimos dicha génesis en las palabras siguientes del Profesor Tierno Galván en la Comisión del Congreso durante la discusión del Texto: “... El Estado de Derecho se aplica, y es tradición larguísima, a los supuestos de justicia, y hemos agregado (...) que el Estado tenía que ser de Derecho democrático y democrático significa en este caso, abrir el camino para que todas las posibilidades que surjan de la voluntad del pueblo puedan realizarse”<sup>9</sup>.

El principio de justicia reconocido en el art. 1.1 CE. no tiene una mera dimensión metafísica, sino que subyace en él la concepción expresada de imparcialidad procedimental para la solución de los conflictos que ajustan el consenso social.

## LA CONVERSIÓN DE LOS LÍMITES ÉTICOS EN LÍMITES NORMATIVOS

La afinidad advertida casi comúnmente –sobre todo en el lenguaje común– entre la legalidad y la justicia radica en una cualidad que ambas comparten: se trata de que

7. *A Theory of Justice*. Harvard College p. 7 y 339.

8. Dice Rawls –obra citada pp. 60 y ss.– que de acuerdo con el objetivo provisional de la teoría moral se podría decir que la justicia como imparcialidad es la hipótesis de que los *principios* que serían escogidos en la posición original son idénticos a aquéllos que corresponden a nuestros juicios madurados y que por tanto estos principios describen nuestro sentido de la justicia.

9. Enrique Tierno Galván: Diario de Sesiones del Congreso, nº 59, p. 2060. De su intervención.

ambas actúan o se realizan por medio de una ley conocida. Esto es así en los Estados democráticos de derecho, tanto en la dimensión legislativa, que transforma en normas la serie de principios morales atinentes al desarrollo constante del consenso, como a la realización de la legalidad según argumentos de justicia imparcial por los jueces. Son los llamados principios de estricta legalidad y principios de estricta jurisdiccionalidad<sup>10</sup>. Se trata en consecuencia de los principios morales que convencionalmente se refieren a valores como la libertad, la igualdad y la justicia, que se internizan en las normas. Es eso que mencionaba Lon L. Fuller cuando se refería a que “la moral interna” del derecho requiere que haya leyes, que sean conocidas y que sean observadas en la práctica por los encargados de su administración. De modo que, aun los valores mencionados o principios morales –también significativamente la VERDAD que se distingue netamente de la verdad alcanzable– son neutrales en cuanto se refieren a fines externos al derecho. Sin embargo –como expresa Fuller– “así como el Derecho es una condición previa del buen derecho, el obrar por medio de una ley conocida es una condición previa de cualquier medida de la justicia del derecho”<sup>11</sup>.

Pero si operamos un cierto reduccionismo higiénico respecto al lenguaje común, nos damos cuenta de la facilidad con la que esta “moral interna del derecho” se confunde con lo que abogados y jueces llamamos principios de legalidad y principios de jurisdiccionalidad. Ello es así porque, aunque insista Fuller en que la moral interna del derecho merece llamarse “Moral”, cosa que no vamos a discutir, nos interesan sólo dos consecuencias por encima del sometimiento del lenguaje académico al uso común. Una, que la moral de los principios internizada en normas procedimentales es condición imprescindible para que la justicia sea operativa. O bien, tendencialmente verdadera. Otra: que así y sólo así podremos hablar de legalidad en el sentido de vigencia y de validez democrática de normas jurídicas. Más precisamente de la legalidad del Estado Democrático de Derecho, que incluso puede oponerse a la idea de democracia que anima la cultura liberal democrática dominante<sup>12</sup>.

## EFFECTOS DE LA DESESTABILIZACIÓN: VICTIMIZACIÓN LEGAL Y REFORMA

La conciencia que tienen los gobernantes de la acelerada pérdida de estabilidad de las leyes, unida a la necesidad de conservarse en el poder, que inevitable-

---

10. Según el juego entre los enunciados clásicos “*autoritas, non veritas facit legem*” –propio de la génesis de las leyes– y “*veritas, non auctoritas facit iudicium*” que describe la función jurisdiccional. Dialéctica tratada intensamente por Luigi Ferrajoli en su libro *Derecho y Razón*, pp. 34-39. Ed. Trotta, 1995. Madrid.

11. Lon L. Fuller: “La Moral y el Derecho”. En la traducción de Francisco Navarro en el Cuaderno *Aplicación del Derecho y Teorías de la Justicia* (pp. 184 y ss.) entre los Materiales del CGPJ para el Curso de Formación de Jueces y Magistrados de 1992.

12. A este respecto refiriéndose a la *fractura* entre la idea de democracia subyacente al constitucionalismo de esta segunda postguerra y la que anima la cultura liberal democrática respecto a la comprensión que en el primer sistema de “democracia emancipatoria” engarza la vinculación del Juez a la Ley que se debe concebir como *vinculación sólo a la Ley válida*, véase el artículo de Perfecto Andrés Ibáñez en “El Poder Judicial en momentos difíciles” publicado en el nº 56 de octubre de 1995 de la revista *Claves de la Razón Práctica*.

mente les impulsa a ralentizar al menos los efectos de la disidencia –necesidad y práctica común de los gobernantes conservadores, revolucionarios y reformistas–, les conduce a generar un derecho penal de máximos cuya aplicación arrastra también hacia una práctica conservadora en sus propósitos e inestable en sus decisiones. Por tanto de claros efectos victimizadores.

Si es que, con cierta y no frecuente satisfacción, decimos de alguien que se le ha hecho justicia, significamos que un culpable ha sido condenado o bien que una víctima ha obtenido reparación. O las dos cosas al mismo tiempo; lo que sería haber hecho una gran justicia: el culpable ha sido ajusticiado y el inocente ha obtenido justicia.

Pero la frase hacer justicia es polisémica, y de entre sus varios significados el más usual y propio de la justicia penal es que se ha castigado al culpable. Se ha añadido al sufrimiento de la víctima la pena del victimario.

Este mecanismo de doble efecto que dispone una doble victimación es adecuado a la naturaleza humana y al devenir histórico. Pero en un concreto momento de ese devenir, cuando el sistema penal de la Ilustración anudó la voluntad libre a la base explicativa del delito, la vocación sería de la justicia no fue tanto la de juzgar personas, sino ciudadanos cuyas conductas habían infringido las reglas del juego prefijadas por la Ley. A estos individuos se les castiga; las víctimas se olvidan.

Pero es preciso saber atenerse a qué es el castigo. Dicen los psicólogos experimentales que es: “a) la presentación, contingente a una conducta juzgada indeseable, de un estímulo aversivo; b) la supresión, contingente a una conducta juzgada indeseable, de un estímulo apetitivo”<sup>13</sup>.

Al criminal al que se le ha hecho justicia –en el apuntado sentido fuerte del polisema– se le imponen estímulos aversivos y se le suprimen estímulos apetitivos que no tienen nada que ver con el crimen cometido, y que son los mismos estímulos que se les imponen a otros infractores de las reglas penales del juego. Se les impone pura y simplemente el castigo de prisión, sin adecuación alguna a la clase y medida del sacrificio de la víctima. El castigo es la victimización radical y en bloque del victimario.

No es propiamente la pena, la sanción penal codificada que dicta el juez de acuerdo con una escala proporcional. El castigo como sistema de estímulos aversivos y supresión de los apetitos, está minuciosamente diseñado en la L.O 1/79 de 26 de septiembre, General Penitenciaria y en su Reglamento, al margen del Código Penal, como veremos.

Este es el núcleo de la otra victimización, llamada también victimización terciaria, diferenciada en la disciplina victimológica de la primaria que sufre la víctima del delito y de la secundaria derivada de las relaciones nada gratas de ésta con el sistema penal. Si bien el ámbito conceptual de la victimización terciaria trata de extenderse desde las fuentes generatrices de la marginación social pasando por la victimización derivada de la intervención policial y la victimización jurisdiccional –sufre la lentitud de la máquina jurisdiccional y agudamente a través de la prisión pre-

---

13. Esteve Freixa i Baque: “¿Para qué sirven las cárceles?. Opiniones de un psicólogo”, en *Sociología y Psicología Jurídicas*, Anuario 1980, I.Colegio de Abogados de Barcelona, p. 81.

ventiva, cuando no los errores de los jueces— hasta la victimización carcelaria e incluso la postpenitenciaria<sup>14</sup>.

Resultaría vano o una deliciosa actividad feérica tratar de las necesidades de reformar la legislación penitenciaria instalándose nada más en dos evidencias: que la cárcel es cruel —puede incluso exterminar— y que es una escuela de delincuentes.

Estas certezas experimentales no sólo dispensarían el discurso reformador desviándolo hacia soluciones economicistas y estético-pedagógicas (construyendo muchas más bellas prisiones que evitaran el hacinamiento en las que muchos más funcionarios muy refinadamente especializados dispensaran a los internos pacíficas doctrinas) sino que ocultarían la realidad victimizadora del sistema.

Una de las muchas evidencias que disimulan la realidad de la inútil victimización se extiende sobre las críticas a la prisión preventiva: no permite la labor resocializadora —¿es que ha dicho alguna sentencia judicial que el preventivo sea un criminal que haya que resocializar?—, somete al detenido al riesgo del aprendizaje delictivo, aumenta el hacinamiento carcelario. Esto es cierto, pero la esencia victimaria que ha sacrificado al preso preventivo es el mecanismo de aplicación legal que desde el art. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conduce a los artículos 10 y 64 de la LOGP y a sus complementarios del Reglamento, en el espectacular y generalmente asentido escamoteo de la presunción constitucional de inocencia del art. 24.2 de la CE. Véase como la decisión judicial de prisión provisional de un ciudadano no juzgado todavía —y muchas veces ni siquiera inculcado formalmente— puede llevarle a un establecimiento de orden cerrado e incluso a uno “especial” y sometido al sarcasmo legal de convertirse en sujeto de información documental, de observación, clasificación “y todo ello en cuanto sea compatible con la presunción de inocencia” (art. 64 LOGP). Este es el castigo terrible y sarcástico del todavía inocente. Lo demás, vendrá por añadidura. De manera que, como seguimos tratando, para salir del espacio de las hadas sin caer en el universo de la obsolescencia material —el que trata de la fabricación deliberada de productos materialmente efímeros, que es el oficio preferido de la postmodernidad— en mi opinión, adelanto que las condiciones mínimas de la reforma penitenciaria deben estar inspiradas en la:

1. Inseparabilidad de la reforma penitenciaria respecto del Código Penal. Deficientemente cumplido con la publicación del Reglamento Penitenciario sedicentemente adaptado al Código Penal de 1995.
2. Reducción hasta el extremo inevitablemente mínimo de la victimización terciaria. Este extremo se debe situar en la definición aflictiva de la pena. Orientación malograda en el Nuevo Código Penal, por ejemplo al designar graves penas de inhabilitación que suponen la muerte civil a los tenidos por responsables de delitos de desobediencia al cumplimiento del servicio militar obligatorio mientras que, en ámbitos políticos cercanos a la gobernación del Estado se plantea la inminencia de organizar la defensa del Estado prescindiendo de la leva forzosa.
3. Separabilidad de la noción jurídica de pena respecto de la concepción bíblica del castigo.

---

14. Terminología extraída del sistema del Profesor Gerardo Landrove Díaz en su *Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, pp.131-150.



## EL OPTIMISMO DE LA RESOCIALIZACIÓN

Defensa social y aflicción son motivación última y efecto consiguiente, inseparables e inevitables, que conllevan la institución de la pena. Cualquier pena despojada de carácter aflictivo es una contradicción en sus propios términos, un mero nomen, un sinsentido.

La ineludible aflicción de la sanción penal no comporta necesariamente el carácter victimario de la pena. Por esto, sea cual fuere la concepción dogmática e incluso filosófica que se tenga de la sanción penal o de la autoría en la teoría del delito, el penado será una víctima cuando se le sacrifique en el cumplimiento de la pena.

Sin embargo dicha inevitabilidad no reduce la pena a su potencial victimizador. Del mismo modo que el sufrimiento humano encierra un potencial sublimador –así al menos lo concibe la experiencia humana–, desde que se abandonó o en donde se derogó la función aniquiladora y vengativa de la pena de muerte o de determinadas formas de mutilación, los Estados modernos procuran con mejor o peor suerte dirigir la pena hacia metas correctivas más o menos pedagógicas sin abandonar su carácter de ejemplaridad. La proclamación finalista del art.1 de la L.O 1/79 de 26/9 General Penitenciaria acorde con la orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad “hacia la reeducación y reinserción social” que designa el art. 25.2 CE no es más que, por una parte, la sublimación del carácter aflictivo de la privación de libertad y, por otra, el recurso a la esperanza estatal de devolver al ciudadano caído a la zona general del consenso organizado por modos y normas más pacíficas que las penales.

Desde esta perspectiva meramente descriptiva se pueden contemplar no sólo los diversos criterios doctrinales sobre el despliegue legislativo del mandato reeducador y resocializador de las penas, sino también las experiencias extraídas de su práctica.

Como punto de partida parece una obviedad que si se trata de conseguir que el delincuente condenado acepte el bloque de normas básicas vinculantes que rigen el consenso social, individualmente considerada la pluralidad de delincuentes, haciendo abstracción de los delitos cometidos, no todos serán susceptibles de resocialización, ni muchos de ellos tampoco de una básica educación; pero ello no pone en cuestión, ni siquiera estadística, la proclama constitucional.

El problema reside en que es inevitable tener en cuenta el origen social, la formación social y el delito cometido, aunque también se desplieguen estudiosos sectores optimistas –y no carece de esa alegría la LOGP, si bien se mitiga en el Reglamento– que consideran que el propósito de reinsertarse en la sociedad y el propósito de vivir sin cometer delitos es común a todos los penados, al margen del tipo de delito por cuya comisión fueron privados de libertad<sup>15</sup>.

---

15. Así Carlos Giménez Villarejo: “¿Delincuentes jóvenes y cárcel; es posible la reinserción?” en *Poder Judicial* nº 9, Dic.1983, p. 93; Roberto Bergalli: *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?* Publicaciones del Instituto de Criminología, Univ. de Madrid, 1976, p. 33; Francisco Bueno Arús: “La dimensión jurídica de la pena de prisión” en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo XV, fascículo 1, enero-abril 1987, pág. 20; Luis Fernando Rey Huidobro: “Hacia una nueva concepción de la pena de prisión en nuestro Derecho” en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, IVAC-KREI, San Sebastián, 1989, p. 1109.

Este optimismo de la resocialización fue contestado por el Profesor Muñoz Conde, quien lo considera 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”<sup>16</sup>.

No se critica aquí sólo la indeterminación de la palabra sino la ideología de la resocialización, ya que la resocialización del delincuente –para los que sustentan esta posición crítica– sólo tendría sentido, o bien sólo sería posible, cuando la sociedad en la que se les quiere integrar es una colectividad con un orden social y jurídico justos. Muñoz Conde se pregunta “¿no habría que empezar por resocializar a la sociedad?” Si bien él mismo se responde que la LOGP no tiene como misión cambiar 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 –continúa– se puede decir que la Ley cumple una función progresiva: no maltrata, no castiga al delincuente, sino que le prepara para que cuando vuelva a estar en libertad no delinca”<sup>17</sup>. Este programa de mínimos, que reconduce el escepticismo a la sustitución o mera lectura de la resocialización como no desocialización, desde una perspectiva victimológica experimental, deja la cuestión dramáticamente abierta, ya que el sistema penitenciario apoyado en la cárcel contribuye a consolidar el status criminal del condenado. Esto lo saben tanto los condenados como los jueces que dictaron sus sentencias. Pero además el sistema basado en la etiología del castigo se convierte en una fuente de victimación de victimarios muy poco adecuada para evitar la desocialización del individuo, siquiera sea porque, como escribe el Profesor Antonio García-Pablos, “no deja de ser contradictorio hablar de una reeducación, de una resocialización impuesta, de un aprendizaje al uso responsable de la libertad, a través de una privación coactiva de la libertad misma”<sup>18</sup>.

## CASTIGO Y ESTRATEGIA DE LA AUTORIDAD

Esta contradicción que subyace en la pedagogía de la libertad a través de la privación de libertad es el nudo gordiano de la cuestión penitenciaria, que será irresoluble desde las reformas ceñidas sólo a la legislación penitenciaria. Ya lo reflejó de otra manera el Profesor Antonio Beristain partiendo de la cita de Leonard

---

16. En “Resocialización y Tratamiento del Delincuente en los Establecimientos Penales Españoles”, *La Reforma Penal. Cuatro Cuestiones Fundamentales*, Ed. Instituto Alemán, 1982, p.107. Después de anotar que las declaraciones resocializadoras de la LOGP coinciden con otras similares contenidas en recientes *Leyes Generales Penitenciarias* que como la LGP italiana de 1975 y la alemana de 16 de marzo de 1976 se apoya en Pavarini para quien la cárcel es siempre ajena a toda potencialidad resocializadora y la alternativa actual está en su muerte (abolición y su resurrección como aparato de terror represivo), y, paradójicamente en K. Peters, de quien informa que en su más reciente trabajo dice que no es motivo de satisfacción la acogida de la idea de resocialización en la Ley Penitenciaria porque se han operado tales cambios éticos y espirituales en la sociedad alemana 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 la batalla, pero se ha perdido la guerra”, p. 106.

17. F. Muñoz Conde, opus cit. p. 108.

18. En “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo IV, vol. I<sup>º</sup>, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986, p. 32.

Lessius (1554-1623) “aliud est punire, aliud vindicare” –una cosa es sancionar y otra es castigar– “la vindicta, el castigo, es el mal que la (supuesta) víctima o un tercero, buscando ante todo su propia satisfacción apasionada y ciega, infringe a otra persona –el delincuente– para que éste sufra un daño ilimitado (venganza) o un daño proporcional al crimen (castigo talional). En cambio, la sanción... difiere del castigo en su motivación, en su calidad, en su cantidad y en sus metas”<sup>19</sup>.

Si la cárcel, quintaesencia del castigo, viola los derechos fundamentales de la persona, se apoya en la concepción del derecho penal como ciencia del castigo, brinda resultados en orden a la reproducción de la delincuencia y favorece al privilegiado contra el desposeído, habría que abolirla “tal y como la practican actualmente muchos países”, y sustituir el castigo por sanciones repersonalizadoras. El autor acepta, sin embargo, la privación de libertad “en casos muy excepcionales y por breve tiempo”<sup>20</sup>.

La tensión entre estas concepciones humanistas y las expiatorias, si bien disimuladas por la jerga tecnicista, es aguda: J.L. Manzanares teme el “vaciado” del contenido aflictivo de la pena si se extiende el régimen abierto más allá de un determinado tiempo en régimen ordinario, para lo cual propone la modificación del art. 72.3 de la LOGP. Así, el régimen abierto se situaría como fase intermedia entre la prisión cerrada y la libertad condicional. Subyace la filosofía tradicional, “un mínimo irrenunciable de castigo si no se quiere acabar con la prevención general”<sup>21</sup>.

Parece que si los tiempos han cambiado, sus contenidos, en ciertos temas límite, no lo han hecho demasiado, aunque se despliegan semejantes sensibilidades desde concepciones filosóficas antípodas. Así, por ejemplo, el juicio general que sobre la cárcel hace A. Baratta converge con el de A. Beristain: la institución ha fracasado “respecto a sus principales funciones declaradas: contener y combatir la criminalidad, resocializar al condenado, defender elementales intereses de los individuos de la comunidad”. Pero en cambio ha sido un éxito desde el punto de vista del cumplimiento de sus funciones reales, ya que ha administrado y diferenciado una parte de los conflictos existentes en la sociedad “como un problema social ligado a las características personales de los individuos particularmente peligrosos que exigen una respuesta institucional de naturaleza técnica: la pena, el tratamiento del desviado. En segundo lugar, la cárcel sirve a la producción y a la reproducción de los delincuentes, esto es, de una pequeña población reclutada, entre la mucho más amplia de los infractores, en las franjas más débiles y marginales de la sociedad. En fin, la cárcel, sirve para representar como normalidad las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, para su reproducción material e ideológica”<sup>22</sup>.

---

19. En *Ciencia Penal y Criminología*, A. Beristain, Tecnos, 1986, p. 107, y la propuesta se desarrolla en el cap. IV pp. 103-123.

20. A. Beristain, *opus cit.* pp. 110, 115 y 118.

21. J.L. Manzanares: “La ejecución conforme al sistema de individualización científica” en *Comentarios a la legislación penal*, T. VI, vol. 2, Madrid, 1986, p.1041, e *Individualización científica y Libertad Condicional*, Madrid, 1984, pp.163 y ss.

22. Alessandro Baratta: “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti della lege penal” (en *Il diritto penale minimo. La questione criminale trariduzionismo e abolizionismo. Del delitti e delle pene*, ano III, n° 3) p. 443.

Esta función realmente victimizadora de la cárcel sobre los marginales y desposeídos, que críticamente Baratta describe en 1985, no difiere de la que le atribuyeron los reformadores del siglo pasado a través de su concepción de la pena que ejemplifica Alexis Tocqueville: “¿Cuál es el objeto de la pena en relación al que la sufre?: darle hábitos sociales y, ante todo, el de enseñarle a obedecer”<sup>23</sup>. Y si bien se pretendía que la beneficencia mitigase el sufrimiento, los reformadores tenían claro que la filosofía de la cárcel era una parte de la estrategia de la autoridad que suplía los inevitables desvíos del mundo de la escuela, la iglesia y la fábrica.

## LA REFORMA DE LOS IRREFORMABLES

Hoy también sucede que es difícil, si no imposible, tolerar otra cultura si entendemos que los desvíos individuales de la normatividad media consensuada proceden de aprendizajes determinados –estudiados por Edwin H. Sutherland– y que los delincuentes se agrupan espacial y socialmente contestando las pautas de conducta de las todavía llamadas clases medias, viviendo valores subculturales y normas propias “que no sólo se desvían negativamente de las normas de cultura dominante sino que se contraponen positivamente a las mismas y las sustituyen por pautas de conducta vividas y desarrolladas autónomamente, surgiendo en las subculturas criminales una conciencia social y normativa propia, tal y como ocurre, por ejemplo, en las bandas juveniles. Se trata así de subculturas no tanto desviadas, como alternativas”<sup>24</sup>.

El castigo a los detentadores de estas subculturas urbanas es injusto e inútil y su victimación a través de la pena de prisión sólo logrará afirmar y reproducir sus “valores” alternativos. Hay que poner en práctica otras técnicas positivas de mentalización y acomodamiento a las normas de convivencia de la mayoría, que necesariamente deben ser precedidas por un Código Penal de mínimos.

Pero si bien es cierto que los proyectos de reforma penitenciaria que pasen por la sumisión a criterios duros de orden y seguridad convierten en ficticia la dualidad entre “la instancia disciplinar y la instancia clínica”<sup>25</sup>, no será posible prescindir ni siquiera de la prisión de máxima seguridad para delincuentes que no son precisamente gestores de una subcultura alternativa o desviada, y es dudoso que quisieran, en uso de su derecho, ser sometidos a instancias clínicas ni pedagógicas. Porque estos delincuentes ideologizados reafirman “valores” tan conservadores como el Autoritarismo fascista.

La astucia generalizadora del abolicionismo radical consiste, respecto a los convictos por delitos de victimización masiva y sangrienta, en presentarlos como víctimas ideológicas de un orden social injusto cuando precisamente las propuestas ideoló-

---

23. Tocqueville: *Oeuvres complètes*, Tome IV, vol. I, Ed. Perrot, Paris Gallimard, 1984, p.176.

24. Winfried Hassemer: *Fundamento del Derecho Penal*, traducción de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona 1984.

25. I. Muñagorri Laguía: “Tecnología de la irrealidad, cárceles de máxima seguridad, incomunicación y sublimación autoritaria”, en *Homenaje al Prof. Beristain*, pp. 1095 y ss.

gicas de estos ciudadanos y su práctica muestran ser tan escasamente garantizadoras de la vida humana y de la tolerancia.

No es racionalmente adecuado dar respuestas públicas idénticas a hechos y resultados que no son idénticos<sup>26</sup> y además son distintos en sus génesis proyectivas.

Si, en cambio, se contrarían los valores constitucionales de la justicia y la igualdad (art.1 CE), si se les hurta sistemáticamente la aplicación de los arts. 72.3 y 47 de la LOGP, no sólo porque se está negando el carácter individualizador de la pena sino porque el plus de victimización totalizada que la discriminación les otorga, transmuta a esos presos en rehenes de la máquina de propaganda de la organización terrorista<sup>27</sup>.

## CONCLUSIÓN

Del mismo contrario modo que el Código Penal de 1848, inspirado por el talante social y políticamente duro de la década moderada, acabó con el sistema penitenciario progresivo que implantó el Coronel Montesinos en la Prisión de Valencia<sup>28</sup>, la reforma penitenciaria de 1979 se hizo sin haber abolido el Código Penal del antiguo régimen<sup>29</sup>. Quizás no se pudo ir más lejos porque no existían condiciones políticas para ello: pero desde luego, no era la voluntad –ni siquiera remota– del legislador la supresión de la institución carcelaria<sup>30</sup>.

---

26. Antonio Beristain: “Los límites del perdón”. Artículo publicado en *El Diario Vasco* de San Sebastián, 14 de junio de 1992.

27. En el libro colecta de Gonzalo Martínez Fresneda, *Los reveses del Derecho*. Tusquets Editores. Barcelona, 1993, p. 107, la Magistrada entrevistada, Manuela Carmena, opina respecto al abandono de cualquier tipo de tratamiento de estos “presos de convicción” que es importantísimo forzar la relación con los demás. Los presos terroristas han merecido largas condenas. Quizá el único tratamiento posible para ellos es forzarles a escuchar. A escuchar algo distinto. Que no conocen. Hacerles ver que han matado inútilmente, que su enorme esfuerzo de militancia degrada cualquier presupuesto político. Que la violencia engendra siempre violencia. Eso sí: este diálogo desde el respeto a sus personas como seres humanos presos a los que queremos obligar a escuchar y a razonar, en lugar de matar. Con los presos terroristas tendrían que estar los mejores conversadores políticos. Sería bueno hacer un programa, en el que estuvieran desde Manuel Vázquez Montalbán hasta Antonio Gala y cualesquiera otros personajes conocidos por su tolerancia, por supuesto. Porque la conversación sólo podría ser fruto de la tolerancia...”.

28. Luis González Guitián: “Sagra, Montesinos y Engels” en *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, p. 1083.

29. Aventura legislativa quizás necesaria y gestada en la voluntad neorregeneracionista de la transición, como viene a decir la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley General Penitenciaria que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes nº 148 de 15 de septiembre de 1978: “Una Ley Penitenciaria no puede representar ni resolver por sí sola las complejas cuestiones que plantea la Administración de Justicia en sus diversas facetas, ni siquiera solamente en la ejecutiva. Por eso esta disposición se inserta en un contexto general de renovación de nuestra legislación, del que cabe destacar muy especialmente la reforma en curso del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que afectarán, respectivamente, entre otros extremos, a las clases y duración de las penas de privación de libertad, substitutivos penales, extensión de la remisión condicional de la pena y de la libertad condicional e instituciones análogas...”.

30. Carlos García Valdés: *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Ed. Civitas, Madrid 1982. p. 21. También Enrique Gimbernat Ordeig, en el Prólogo a esta obra, p.11.

Diecisiete años más tarde aún no han soplado vientos que disipen aquellas brumas. Los que vienen de Estados Unidos y de Alemania afirman el liberalismo radical de mercado, el correlativo control social de los expulsados del mercado y las concepciones victimodogmáticas radicales que desplazan a las víctimas la obligación de defenderse por sí solas.

Es conveniente recordar, para huir de la hiperestesia del castigo, que la formulación negativa –en la sintaxis del art. 25.1 CE– no configura el principio de legalidad como un deber de castigar. Más aún, no dice positivamente que todos los que cometan delito o falta han de ser sancionados con la pena correspondiente sino explícitamente que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Si bien desde el Proyecto del Código Penal de 1980, pasando por la Propuesta de 1983, hasta el recién promulgado de 1995, parece que, al menos, se abre paso, a través de las penas alternativas y del aumento de las posibilidades de suspensión de las penas privativas de libertad, un sano escepticismo sobre la eficacia de la prisión, vislumbrándose mecanismos de elusión de castigos desocializadores, si no aniquiladores de la misma vida –como la concesión de libertad condicional a los enfermos incurables, etc.–. Nos parece, sin embargo, que el llamado régimen abierto, que permite la relación con la comunidad, es la única forma alternativa a la prisión clásica; con las excepciones apuntadas más arriba.

En el epígrafe VII.4 del Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto del nuevo Código Penal publicado por L.O. 10/95 de 23 de noviembre se decía “la regulación de la pena de prisión precisa, como necesario complemento, algunas reformas en la Ley Orgánica General Penitenciaria ...” Concluía yo en el trabajo publicado en la revista del Instituto Vasco de Criminología hace tres años con la obviedad de que la culminación de un nuevo código penal sería el requisito imprescindible y previo para acometer la reforma de la legislación penitenciaria.

Publicado el Código Penal, de la L.O. 1/79 de 26 de septiembre General Penitenciaria subsiste –sólo se ha modificado mediante L.O. 13/95 de 18/12 el art. 38 sobre las “unidades de madres”– el “espíritu”, la finalidad y el esquema. Una tibia y superficial reforma a la tímida y más superficial pero clara reforma del sistema de penas del nuevo Código Penal, se ha acometido mediante el Reglamento –como es usual en situaciones políticas espasmódicas resignándose a la inestabilidad normativa como estado permanente de las cosas–. Constatación del humorismo involuntario que suele practicarse en los Preámbulos se hace en este Reglamento Penitenciario publicado por Real Decreto 190/96 de 9/2, que recuerda las reflexiones de Hannah Arendt en el año 1970, cuando, verificando el Preámbulo en 1996 afirma que “la situación actual es muy distinta de la existente en 1981” –debe ser la herencia intelectual de Ortega y Gasset...– y achaca el incremento de la población reclusa a la llegada de extranjeros, al “envejecimiento de la población reclusa” (!) al “predominio de la criminalidad urbana y suburbana” y a la “irrupción del fenómeno de la criminalidad organizada”. En consecuencia también, una prueba contundente del déficit de las investigaciones sociológicas y criminológicas en España.

## II

Retengamos algunas reflexiones que hacíamos en el epígrafe anterior. Pueden ser las siguientes:

1ª. La procedente del pensamiento de Hannah Arendt sobre el hecho experimentado generalmente desde quizás los prolegómenos de la Segunda Guerra Mundial y confirmado en el decurso de la misma contienda, de que la crispación de la desobediencia extendida al Estado de Derecho se debía a que si bien el cambio tanto social como de las expectativas individuales es inherente a la condición humana, la velocidad del cambio, desde la época señalada, o mejor desde que los "Felices Veinte", se precipitaron en el caos financiero, se aceleró al ritmo de una ecuación exponencial que suplantó la cadencia natural del relevo generacional. Ya no fue posible que cada generación pudiera sedimentar las experiencias de los antecesores porque frecuentemente ya no se contaba con experiencias válidas para afrontar los nuevos desafíos. Cuenta Hannah Arendt hacia 1951 que "esta duda de las personas respecto de sí mismas y respecto de la realidad de su propia experiencia solamente revela lo que los nazis siempre habían sabido; que los hombres resueltos a cometer crímenes hallarán oportuno organizarlos en la escala más vasta y más improbable. No sólo porque ello torna inadecuados y absurdos todos los castigos proporcionados por el sistema legal, sino porque la misma inmensidad de los crímenes garantiza que los asesinos, que proclaman su inocencia con toda clase de mentiras, serán más fácilmente creídos que sus víctimas, quienes dicen la verdad"<sup>31</sup>.

Verdad de las víctimas recompensada al cabo de tantos años en la Sentencia del Tribunal Constitucional de nuestro País de 11 de noviembre de 1991 dictada en el caso Violeta FRIEDMAN en demanda de protección al honor de los judíos contra Leon DEGRELLE y otros.

2ª. Esta velocidad con la que los cambios se precipitan afecta a la relación entre estabilidad y transformación que ha caracterizado la vida del Derecho comprometiendo seriamente el horizonte de estabilidad de la sociedad organizada democráticamente, ocasionando dos consecuentes efectos: por una parte los productos legales emitidos por los Parlamentos pierden la dimensión de durabilidad que precisan para que los ciudadanos confíen en ellos y se eduquen en su cumplimiento y, por otra parte y por ello mismo, perece el principio de legalidad a manos del de oportunidad. Es mejor resignarse a gobernar por decreto a degradar la Ley ante imperativos circunstanciales prontamente caducos, mediante decisiones no regladas o secretas del Gobierno.

3ª. También observamos desde "A Theory of Justice" de John Rawls<sup>32</sup> que no se podía mantener el criterio moral como primer principio de la justicia, que la justicia en sí misma no trataba de recompensar la virtud moral de cada socio, que siendo esencial para lograr la participación ordenada de cada socio en el producto social el procedimiento de participación, la justicia es *procedimental*. Justicia como

---

31. *Los Orígenes del Totalitarismo*. 3. *Totalitarismo*, H. Arendt. Alianza Editorial. Madrid 1982. Cita pág. 570.

32. Nota 7 de la lección anterior.

imparcialidad<sup>33</sup>. De forma que el valor superior del ordenamiento jurídico, que designa el art.1 CE como justicia, no tiene una mera dimensión metafísica sino que en él subyace la expresada concepción de imparcialidad procedimental para la solución de los conflictos que proceden del consenso social.

4ª. Si las leyes deben tener vocación de estabilidad para generar confianza y ser obedecidas y no pueden cumplir dicha vocación en un mundo aceleradamente cambiante, se sigue que es el derecho, sólo en el sentido de sistema jurídico, en donde se refugia la estabilidad democrática. Dicho de otro modo: si el Derecho que se va a aplicar quiere cumplir con sus fines jurídicos relativos al consenso social, aquél se estabiliza en la Constitución. Es el único referente que interniza los principios morales y las normas –procedimentales al fin y al cabo– que generan normas. Aquéllas –las constitucionales generatrices– que están por encima de la coyuntura y relativamente inasequibles al cambio acelerado.

Así queríamos mantener la tarea a la que se refería Robert Alexy<sup>34</sup> cuando expresa que el carácter de los principios –p. ej.: los contenidos en el art.1 CE– no se refiere a vagas normas de conducta sino a la tarea de optimización, jurídica en la forma y ética en el fondo. De donde los límites éticos se expresan como límites normativos. O sea, la internación en el Derecho de la ética del consenso social.

## INDEFINICIÓN DE LOS FINES ATRIBUIDOS A LAS PENAS

Creo que es necesario tener en cuenta éste a modo de resumen explicativo como punto de arranque para las reflexiones que siguen sobre los remedios penales contra la desestabilización del sistema legal sin olvidar los rótulos, ya escolares, que designan los llamados principios esenciales del Derecho Penal Garantista que son también higiénicas limitaciones funcionales del derecho represivo del Estado Democrático: la subsidiariedad, la fragmentación, la proporcionalidad y su carácter de “ultima ratio” –que se confunde con la aspiración a la “intervención mínima”–.

Nos vamos a ocupar de la respuesta del Estado a la desestabilización del sistema, que incluye también la respuesta a la llamada desviación social individualizada, con cierto énfasis piadoso, porque es la que convierte al Estado en victimizador. No nos vamos a empeñar, en cambio, en los fines de la pena por dos razones; porque los ordenamientos jurídicos suelen carecer de una definición expresa de la finalidad de la pena. No la contiene el art. 25 CE como más adelante veremos. Y, porque realmente ya no se trata, por lo menos en la práctica aplicativa del derecho en los países democráticos, de fundamentar el sistema de sanciones penales en determinados fines absolutos servidos por la Teoría del Derecho Penal, sino en una imbricación de las funciones que los Tribunales estiman adecuadas al caso y adecuadas al sistema legal.

---

33. Nota 8 de la lección anterior.

34. Nota 4 de la lección anterior.



## LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SON ORIENTACIONES, NO FINES

El art. 25.2 CE es más o menos semejante a los más escuetos 97 de la noruega, 9 de la belga, 14 de la de Luxemburgo, 25 de la italiana, 29 de la portuguesa, todos ellos inspirados en el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aún vigente en la República Francesa, y comienza expresando que “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”.

Esto es: *no dice* que la reeducación y la reinserción social sean fines de la pena. Y lo hubiera dicho si los constituyentes hubieran querido que lo dijera. El Profesor Oscar Alzaga observó que “no afronta aquí la Constitución la ardua cuestión de lo que enfáticamente se ha llamado el ‘reino de los fines de la pena’ que es cuestión compleja y encrespada”<sup>35</sup>. La Constitución simplemente –añade– acepta las penas de privación de libertad como una realidad de nuestra sociedad y sienta las bases de un trato humano al delincuente objeto de una pena de privación de libertad. Y más sencillo aún, o sea desprovisto de énfasis: “Junto a prohibir que se establezca la sanción de trabajos forzados, se opta por enfocar la política penitenciaria ‘hacia la reeducación y reinserción social’ del delincuente”.

La Exposición de Motivos del Código Penal publicado por la L.O. 10/95 de 17 de noviembre tampoco expresa explícitamente cuál sea la finalidad de la pena sino que, el sistema de penas que inaugura pretende alcanzar “los objetivos de la resocialización que la Constitución le asigna”. Porque el fin asignado a las penas que inaugura pretende alcanzar “los objetivos de la resocialización que la Constitución le asigna”. Porque el fin asignado a las penas implícitamente en este nuevo Código es el predominio de la finalidad preventiva especial sobre la prevención general y la retribución<sup>36</sup>.

Es la L.O 1/79 de 26 de septiembre de 1979 la única vigente que claramente dice –pero reconociendo la pluralidad de fines de la pena– que defiende “en primer término la finalidad resocializadora de la pena” en su Exposición de Motivos. Y en su art. 1º que ése es su *fin primordial*. “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...”

Parece pues que se trata de precisar que reeducación y reinserción justifican la institución penitenciaria, lo que no significa que sean fines estrictos de la sanción penal. Obsérvese cómo el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1986 suscrito por España el 28 de septiembre de

35. *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*. Ediciones del Foro, Madrid 1978. p. 244.

36. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario* - Diego López Garrido y Mercedes García Arán. Eurojuris. Madrid 1986. p. 58 sigue mencionando el resumen del debate parlamentario sobre este tema diciendo que “ningún Grupo cuestiona la orientación constitucional de las penas de prisión a la reinserción...” y “prácticamente todos los Grupos se refieren al carácter pluridimensional de las penas como acogedoras de otros fines... y la mayoría se pronuncia por la primacía de la reinserción en el orden de valores establecido constitucionalmente, en tanto se trataba de la única finalidad que tiene relevancia constitucional expresa (...) mientras que el Grupo Popular (F.Trillo) destaca la finalidad retributiva para defender el cumplimiento íntegro de las penas”.

1976 dice que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados”.

Es el *tratamiento* la clave del arco penitenciario. De manera que se desvela en los textos penitenciarios redactados desde mediados del siglo pasado que los propósitos reeducadores y la hipotética –o al menos programada– recuperación social de los condenados justifican el tratamiento. Afecta sólo al cumplimiento de la pena, no a la finalidad que pretenden asignar a las penas los Tribunales. Así comienza el Título III de la L.O. 1/79 de 26/9 General Penitenciaria con su art. 59.1: “El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”.

De este modo, y a través del tratamiento y del régimen del espacio carcelario, fatalmente la prisión se convertirá en un instrumento clasificatorio de modulación de la pena y a menudo, en el ámbito de rectificación de la pena<sup>37</sup>. Pero la crítica de la Prisión no es el propósito de este trabajo sino solamente y en este capítulo, con la distinción entre fines de la pena y fines en gran medida autónomos del cumplimiento de las penas de privación de libertad, la crítica a las ilusiones pedagógicas y a las manifestaciones idealistas.

Que la institución carcelaria tienda a ser un instrumento de rectificación de la pena y que en la práctica lo consiga, en ejercicio de su propia “filosofía” consistente en tratamiento más régimen, lo testimonia la paradigmática Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 1984 en el caso CAMPBELL Y FELL<sup>38</sup>. A un lado de otras vicisitudes que sufrieron los recurrentes, la sentencia contempla y resuelve claramente que en su encarcelamiento se siguieron contra Campbell quince procedimientos disciplinarios y como consecuencia de ellos perdió novecientos cincuenta y siete días de reducción de condena y de ellos recuperó doscientos treinta y seis. Lo más decisivo atinente a la seguridad jurídica es que, cuando declarado culpable y condenado por rebelión el 6 de octubre de 1976 se le indicó como fecha aproximada de su liberación el mes de mayo de 1980, efectivamente recobró la libertad el 31 de mayo de 1982. Evidente frustración de la esperanza. A este respecto la sentencia dice: “salvo la pérdida de la reducción decretada en el ámbito disciplinario, el preso debe ser puesto en libertad en la fecha prevista que se le comunica que se le cumple la pena... y así se suscita en su ánimo la esperanza legítima de recuperar su libertad antes de que termine el tiempo de prisión que debe sufrir. La pérdida de la remisión tiene, por tanto, la consecuencia de prolongar la prisión más allá del tiempo esperado”.

–No parece que resolverá esta hipótesis de incumplimiento del bloque constitucional el nuevo Código Penal vigente de 1995 a pesar de su tendencia al cumplimiento efectivo de las penas, ya que la mención en el art. 36.2 a los “beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena”, dentro del principio de legalidad que acredita el precepto, no parece tener sentido, porque no subsiste ningún *beneficio* tras de la supresión de la reducción de penas por el trabajo<sup>39</sup>.

---

37. Michel Foucault: *Vigilar y Castigar*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid 1992. pp. 246 y 249.

38. B.J.C. 1985-52/53.

39. Diego López Garrido y Mercedes García Arán: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador*, Eurojuris. Madrid 1996. pp. 59 y 60.

Leyendo el art. 78 de este nuevo Código Penal me temo que el régimen de la institución penitenciaria tendrá ocasiones para alterar el cumplimiento efectivo de las penas ya que proclama la infalibilidad del *tratamiento*: “sin perjuicio –dice– de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente”. Disposición compleja ésta del art. 78 que dará lugar sin duda a múltiples ejercicios interpretativos–.

Pero que reeducación y reinserción social son meras orientaciones textuales de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad y no fines, lo acredita la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/87 de 21 de enero (Sala 1ª) (BJC-1987/70) que cita también el Auto del mismo Tribunal de 10 de julio de 1985: “La exigencia constitucional de que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a la educación y reinserción social (art. 25.2), no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación”. Más adelante definirá la relación del interno del centro penitenciario con respecto a la Administración Penitenciaria como relación de *sujeción* especial de la que deriva la potestad sancionatoria disciplinaria, que me hace pensar en la escindibilidad del Tratamiento respecto del Régimen.

Esto es: el interno estará constitucionalmente sometido al régimen penitenciario, pero no debe estar sometido involuntariamente al tratamiento, directa ni indirectamente.

## LA NEUTRALIDAD DE LA PENA

El fin utilitario asignado a las penas, porque constituyen la consecuencia aplicativa del fin utilitario del Derecho Penal, se condensa en la máxima de Montesquieu: “Toda pena que no derive de la necesidad es tiránica”<sup>40</sup>. Esta es la génesis del rechazo de las orientaciones penales y de consecuencias agudamente penológicas que giran en torno del autor y no del delito.

Luigi Ferrajoli recuerda también que el art. 160 de la Constitución Italiana dice que las penas “deben tender a la reeducación del condenado” –de manera que, como en la Constitución Española, también entre otras deudora de la italiana, no se trata de un fin de la pena sino de una orientación, una tendencia– pero afirma que el fin reeducador es irrealizable: “Represión y reeducación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de la libertad y la libertad misma, que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por consiguiente lo menos desocializadora y deseducadora posible”<sup>41</sup>.

Puede parecer enfático que todas las variantes edificantes del propósito de enmendar al “desviado” –reeducación, resocialización, rehabilitación– contradigan la intangibilidad de la libertad individual y de la autonomía de la conciencia, pero es ciertamente sospechoso del maniqueísmo de los perfectos frente a los imperfectos

40. Montesquieu: *Del Espíritu de las Leyes*.

41. Luigi Ferrajoli: *Derecho y Razón*. Ed. Trotta. Madrid 1995, p. 271.

y nada útil. Por esto quizás debido a la herencia neopositivista de la Ilustración rechaza tanto:

A) Las doctrinas penales que atribuyen al Derecho Penal propósitos de prevención especial porque “La confusión entre Derecho y Moral o entre Derecho y Naturaleza afecta no sólo a la concepción del delito, sino también a la de la pena, que es entendida como instrumento benéfico de rehabilitación del condenado, el distintivo de proyectos autoritarios de moralización individual... que entra en conflicto con el derecho de la persona a verse inmune a toda práctica colectiva de transformación”<sup>42</sup>.

B) Las que atribuyen al Derecho Penal funciones de prevención general porque también confunden derecho y moral “inscribiéndose en el inagotable filón del legalismo y del estatismo éticos”. Se refiere a las doctrinas de la prevención general positiva porque en su criterio “atribuyen a las penas funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al Estado así como de la promoción del conformismo de las conductas”. Y cita las recientes teorías inspiradas en las “ideas sistémicas” de Niklas Luhmann, entre ellas las que justifican la pena como factor de cohesión del sistema social y de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones<sup>43</sup>.

Sin embargo, no me parece que el funcionamiento en contra del menor asomo de confusión entre Derecho y Moral, algo muy distinto a la internación de la Moral en el Derecho sobre la que reflexionábamos en la primera parte de este trabajo, desacredite la prevención general como fin de la represión penal, aunque con la reserva de la pluralidad de fines tanto del Derecho Penal como de su consecuencia aplicativa sancionadora. Ferrajoli salva la prevención general *negativa* añadiendo en perfecta simbiosis neutral a la prevención de los delitos la misma prevención de las penas. Esta sería la más breve síntesis:

“La prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la necesidad política del Derecho Penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos”<sup>44</sup>.

De todo esto se sigue la ilegitimidad de cualquier forma de diferenciación (clasificación) en la ejecución penal, de cualquier incertidumbre en la duración de la pena y de cualquier impulso correctivo para la expiación. Se trata, en el pensamiento de Ferrajoli, de un pronunciamiento contra la diferenciación que exige el tratamiento reeducativo y contra la discrecionalidad administrativa no sólo cuando y en los casos que determine la cantidad de pena sino también la calidad del cumplimiento, quizás inspirado en el principio positivista “Poena debet commensurari delicto”.

---

42. Ibidem. p. 274.

43. Ibidem. pp. 274 y 275.

44. Ibidem. pp. 334, 335, 337.

Estimo, por lo que vengo diciendo, que junto a la constatación de la evidencia de la pluralidad de fines que el Legislador atribuye a la pena de privación de libertad y precisa y seriamente entre ellos, el de la resocialización y rehabilitación de los condenados, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 1996 dictada sobre la desobediencia o la prestación social sustitutoria del servicio militar entre los fines “legítimos” (sic.) que se pueden perseguir con la pena incluye el “refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento”, y la intimidación, la eliminación de la venganza privada y la consolidación de las convicciones éticas generales. La primera, al igual que la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania de 8 de diciembre de 1970, que entiende como concepto complementario y subjetivo la defensa del ordenamiento jurídico. El “refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento” es en la Sentencia del Tribunal Supremo Federal la “fidelidad jurídica de la población” (*Rechtstreue der Volker*)<sup>45</sup>. Destacamos que en esta resolución se dice que en un sentido positivo en la determinación del concepto de *defensa del ordenamiento jurídico* se debe partir de que a las funciones de la pena les corresponde ratificar la vigencia del Derecho frente al injusto cometido por el autor, poniendo de manifiesto a la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico por parte de autores potenciales (prevención general especial) (F.10.3.b).

Es una forma más de expresar como compendio de los fines múltiples atribuidos a las penas el de la prevención general negativa de la que habla Luigi Ferrajoli añadiendo a la prevención de los delitos la de las penas arbitrarias.

La opinión que extrae el Profesor de Friburgo Albin Eser<sup>46</sup> de la referida resolución del Tribunal Supremo Federal de la BRD consiste en que la legitimación del “*ius puniendi*” del Estado no procede de una absolutización aislada de determinados fines sino de una imbricación escalonada de sus distintas funciones y “el punto de partida lo constituye la constatación de que el Derecho Penal no es ‘la ejecución de la más alta justicia sino un derecho orientado a la obtención de determinados fines’ (*Zweckstrafrecht*)”.

De aquí que, en lo que afecta a nuestra reflexión podemos concordar con Eser que la finalidad preventiva ocupa una posición preferencial –aunque opino que discutible desde criterios de estricta jurisdiccionalidad aplicativa frente a la prevención especial que es proclive a la idea de resocialización–. Por tanto al Derecho Penal de autor. Y, las consideraciones de prevención general sólo caben en la medida en que sean necesarias para la defensa del ordenamiento jurídico<sup>47</sup>. O sea, la prevención general negativa como defensa de los ciudadanos asociados en un sistema constitucional.

De modo que:

1. La reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad no confieren a los presos derecho fundamental alguno de los regulados en el Capítulo

45. BGHST 24, 40 (colección oficial de Sentencias del Tribunal Federal Supremo en materia Penal).

46. Albin Eser y Burkhardt: *Derecho Penal*. Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio. Ed. Colex. Madrid 1995. p. 37.

47. Eser: *Derecho Penal*. Ya citado. p. 39.

Segundo del Título I de la CE, aunque sí un derecho conferido por la Legislación Ordinaria y en especial por la Ley General Penitenciaria.

2. No son fines de las penas, sino propósitos pedagógicos (orientaciones) en el curso de su ejecución.

3. Para no frustrar dicha orientación reeducadora, o lo que es más serio, para mitigar la *victimización terciaria* del interno, la institución penitenciaria debe abstenerse de traslados inmotivados, clasificaciones iniciales en tercer grado, prohibiciones injustificadas o caprichosas amparadas en una lectura expansiva del Reglamento Penitenciario, que en el fondo implican sanciones<sup>48</sup>, o inmotivados favores derivados de la sumisión.

4. Tampoco ninguna Ley otorga a los internos y menos a los colectivos ciudadanos o a partidos políticos el poder de abrogación del art. 63 de la L.G.P. en lo que respecta a la clasificación y al destino de los presos al establecimiento que se estime adecuado.

La polémica alimentada durante estos meses respecto del destino geográfico del medio centenar de presos condenados por delitos cometidos por terrorismo o en ese contexto, carece de estricto apoyo legal. Más bien se desata contra la Ley, y más ominoso aún, cuando reviste la forma de ultimatum al Estado (una de las características definidoras del Terrorismo) respaldado con el secuestro de un funcionario del Cuerpo de Prisiones. La dispersión de los presos condenados por terrorismo versus su reagrupamiento o versus los más tibios pronunciamientos de acercamiento a sus lugares de arraigo, se encuadra dentro de las competencias atinentes al ámbito discrecional del Ejecutivo, en el sentido fuerte de la política, afectando positivamente al fin de la pena constitucionalmente más legítimo: la defensa del ordenamiento jurídico.

---

48. Merecen respuesta las cuestiones que plantea el "DOCUMENTO QUE LA COMISIÓN DE DERECHO PENITENCIARIO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA PROPONE PARA EL DEBATE". Se trata de los materiales para su próximo X Congreso, Editado por Cortes de Aragón. Zaragoza, 1996 pp. 71 y 72.

## EL DELINCUENTE, SUSCEPTIBLE DE ENMIENDA

No sólo en el orden físico se hacen descubrimientos; no sólo el navegante y el astrónomo hallan nuevos continentes en la tierra y en el cielo nuevos mundos; no sólo el microscopio y el telescopio nos hacen entrever cómo los dos polos del infinito, y demostrando la realidad de cosas que ni como sueños existían en nuestra mente, convierten los prodigios en ciencia, que nos revela el Universo. También la esfera moral se extiende; también la región del espíritu se dilata: vense allí nuevos hemisferios, nuevos soles, y en el corazón del hombre se hallan dolores y consuelos hasta aquí desconocidos, y resortes, y aspiraciones, y verdades, tan ignoradas de los siglos que pasaron, como el poder de la electricidad o la existencia de los planetas telescópicos.

Uno de estos grandes descubrimientos del mundo moral es que el delincuente sea susceptible de enmienda, que la sociedad debe procurársela, y que, siendo el deber absoluto, la justicia obliga, aun para con los que faltan a ella.

No está muy lejos la época en que, no ya condenar a un hombre, pero solamente acusarle de un delito, era casi declararle fuera de la ley humana. El tormento era un medio para investigar la verdad; la cárcel era un horrible padecer; la pena de muerte se prodigaba, y los suplicios la acompañaban para hacerla más dolorosa.

No se desespera de la enmienda del culpable y se ponen los medios para conseguirla. La tendencia de nuestro siglo es a convertir la pena en medio de educación, y ver en el delincuente un ser caído que puede levantarse, y a darle la mano para que se levante. Lejos de ser un objeto de desprecio, lo es de meditación para los pensadores, de lástima para los compasivos; centenares, miles de hombres escriben libros, forman asociaciones, celebran Congresos internacionales, piden a las naciones inmensos sacrificios pecuniarios para rescatar a los que antes desesperadamente se abandonaba, para rescatarlos del más terrible de los cautiverios, el cautiverio de la maldad.

Concepción Arenal, *Estudios Penitenciarios*, tomo segundo, Madrid, 1877, pp. 2 y 3.