



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 8 - 1994.

Presentación - Aurkezpena. A. Beristain	7
XI CONGRESO INTER. DE CRIMINOLOGIA, BUDAPEST	
Mesa Redonda: "Minorías y Derechos humanos"	
• M. Delgado. Los niños de y en la calle de México, D.F.	13
• B. Kunicka-Michalska. Criminalidad en Polonia	33
• P. Larrañaga y otros. Tipología de residentes	39
• A. Messuti. Criminología marginal y Derechos Humanos	53
• J. Orbegozo y otros. Enfermos hospitalarios y custodia policial	59
• G. Varona. Extranjería y prisión	63
• E.R. Zaffaroni. Investigaciones sobre la delincuencia	89
Taller: "Victimología y justicia restaurativa"	
• A. Beristain. La construcción criminológica de la realidad	105
Taller: "La Criminología desde y hacia las religiones"	
• B. Kunicka-Michalska. Condena de la usura	115
• A. Messuti. La Criminología desde y hacia las religiones	121
• D. Szabo. Premio Hermann Mannheim al Prof. A. Beristain	129
III CURSO CRIMINOLOGICO PENITENCIARIO	
• M. Fernández. DD.HH. en el ecosistema penitenciario	133
La reconstrucción de la persona en las prisiones	147
• A. Giménez Pericás. Entre la realidad y la utopía	159
• R. Ottenhof. El nuevo Código penal francés	163
• T. Peters y A. Neys. La pena desde la reparación	165
Medalla al Mérito Social Penitenciario al Prof. A. Beristain 197	
• J.L. de la Cuesta. Presentación del conferenciante	199
• H. Schüler-Springorum. Prognosis de libertad de terroristas ..	201
Intervenciones:	
• David Beltrán.	215
• Paz Fernández Felgueroso.	216
• A. Beristain. Más criminólogos y menos jueces	218
MISCELANEA	
• A. Giménez Pericás. La neutralización de la víctima	223
• J. Llompert. Delitos contra el Estado y Delitos del Estado	231
• Parlamento de las Religiones del Mundo. Etica global	241
I Promoción de Master y VII de Criminólogos	255
MEMORIA del IVAC-KREI	261
Estatutos de la Asociación Vasca de Criminólogos	315

EGUZKILORE

Número 8.
San Sebastián
Diciembre 1994
159 - 162

ENTRE LA REALIDAD Y LA UTOPIA

Antonio GIMENEZ PERICAS

*Magistrado de la Audiencia Provincial
de Gipuzkoa*

Resumen: se reflexiona sobre el Proyecto del Nuevo Código Penal de 1994 en lo referente a la pena de prisión y a la Institución carcelaria, resaltando cómo la renovación del Código Penal es necesaria para acometer la reforma de la legislación penitenciaria.

Laburpena: 1994. go Lege-liburu penala berriaren proiektuari buruzko gogoeta bat burutu egiten da, espetxeratzeko zigorra eta Instituzio penitentiarioari dagokionean. Eta, Legegintza penitentiarioaren berrikuntza hasteko, Lege-liburu penalaren berrikuntzaren beharra azpimarratzen da.

Résumé: on réfléchi sur le Projet du Nouveau Code Pénal de 1994 en ce qui est relatif à la peine de prison et à l'Institution pénitentiaire, en faisant ressortir comment la reconduction du Code pénal est-elle nécessaire pour entreprendre une réforme de la législation pénitentiaire.

Summary: it is accomplished a reflection about the Projet of the New Penal Code 1994 regarding to the prison penalty and Penitentiary Institution, bringing out how Penal Code renewal is necessary to undertake the penitentiary legislation reform.

Palabras Clave: Derecho Penal, Código penal, Pena de Prisión, Institución Penitenciaria, Legislación Penitenciaria.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide penala, Lege-liburu penala, Espetxeratzeko zigorra, Instituzio penitentiarioa, Legegintza penitentiarioa.

Mots clef: Droit Pénal, Code Pénal, Peine de Prison, Institution Pénitentiaire, Législation Pénitentiaire.

Key words: Penal Law, Penal Code, Prison Penalty, Penitentiary Institution, Penitentiary Legislation.

Vamos a hacer un ejercicio de ascética moderación en tiempos de desolación milenarista, que no contradice la posición que mantuve en las IV JORNADAS PENITENCIARIAS VASCO-NAVARRAS celebradas aquí mismo a finales de junio y principios de julio del año pasado¹, ya que como escribió A.J. Balfour “nuestros ideales no corresponden a la medida de nuestras acciones sino a la de nuestros pensamientos”².

Entonces me parecía vislumbrar que se abría paso entre los redactores del Proyecto de Código Penal de 1980 pasando por la propuesta de 1983 una mayor diversificación de las penas, un mayor escepticismo sobre la pena de prisión..., una más extensa inventiva en la disposición normativa de mecanismos que eviten el castigo desocializador... A la vista del Proyecto del Código Penal de 1992, para los más alocados utópicos, la esperanza se habrá convertido pronto en una desgracia realmente existente, pero los más sensatos seguirán —como Lord Balfour— refugiando sus ideales en los pensamientos.

No obstante, continúa desde entonces siendo válido que la culminación del Nuevo Código Penal es el requisito previo imprescindible para acometer la reforma de la legislación penitenciaria. No cabe duda que éste es el criterio del C.G.P.J. cuando escribe en su informe: “La regulación de la pena de prisión, precisa, como necesario complemento, algunas reformas en la Ley Orgánica Penitenciaria y su Reglamento...”³

La simbiosis clásica del Código Penal con la Legislación Penitenciaria como mecanismo reproductor de la delincuencia⁴, mientras el instrumento represivo eje del sistema siga siendo la prisión, tiene tan dilatado porvenir, al menos, como pasado.

No hay duda que es el instrumento penal por excelencia en el Código Proyecto. Encabeza el listado de las penas graves y menos graves (art. 33.2 y 3) y su acreditación como instrumento penal básico arrastraba la redacción del art. 33.2 tal como venía en el anteproyecto: “Su cumplimiento así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación penitenciaria”, transformado en el proyecto por “lo dispuesto en las leyes” (art. 36.2).

Que ésta es la proclamación del mecanismo simbiótico de control del Estado Moderno, al menos desde el Código Penal francés de 1810, no es bueno ni malo.

1. Reflexé en mi posición sobre la necesidad de reforma penitenciaria en mi artículo “Victimación Terciaria y necesidad de reforma” publicado en el N.º 7 de *Eguzkiloire* —cuaderno del IVAC-KREI— San Sebastián, 1993, pp. 63 y ss.

2. Aunque Arthur James, Conde de Balfour, autor también de la “Declaración Balfour” de 2 de noviembre de 1917, contribuyera a la realización de la utopía de un Estado Judío en Palestina. La cita, no obstante, es de su obra *The foundations of Belief*. T.I.

3. *INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL*, Segunda Parte, Epígrafe VII.4 p. 118, publicado en “Cuadernos” del C.G.P.J.

4. Tesis de Michel Foucault insistida a lo largo de su obra *Vigilar y Castigar* —Siglo XXI Editores C.A. Madrid, 1992—.

Es un hecho porque a lo largo de la construcción del Estado Liberal de Derecho la prisión no fue un fracaso, como proclaman los humanistas ingenuos, ya que el propósito de reducir los crímenes, como todo anuncio abstracto, encubría la administración estatal de los ilegalismos. Foucault sostiene que la medida de tal éxito es que después de siglo y medio de “fracasos” “la prisión sigue existiendo, produciendo los mismos efectos, y que cuando se trata de derribarla, se experimentan los mayores escrúpulos”⁵.

Obsérvese el escrúpulo de los jueces cuando en el Informe del C.G.P.J. al anteproyecto para poner bajo sospecha la pena, aunque privativa de libertad, mitigadora de la prisión que es el arresto de fin de semana (Art. 32 del Anteproyecto y 35 del Proyecto) inserta la “voz crítica” del Sr. MANZANARES SAMANIEGO diciendo: “Si en algo coinciden los autores cuando se ocupan del arresto de fin de semana, es en la necesidad de que se cumpla en régimen de aislamiento. *Sólo así se evitará la tertulia de delincuentes...*”⁶. Parecen olvidar, tanto los frutos culturalizantes de las tertulias en un país tan poco afecto a la lectura como los beneficios que los psiquiatras atribuyen a la terapia de grupo.

El abastecimiento de materia prima para la reproducción de delincuentes está garantizado. Esther GIMENEZ-SALINAS publicaba en febrero de este año que España es el tercer país de Europa en número de presos por cien mil habitantes —detrás del Reino Unido y Hungría—. Noticiaba que a 31 de diciembre de 1987 había 27.701 personas en prisión mientras que en la misma fecha de 1992 había 42.084⁷. El 21 de mayo de 1994, el profesor D. Antonio BERISTAIN afirmaba que había en las cárceles 45.783 presos y que nos habíamos convertido en el país con mayor índice de población reclusa de la Unión Europea⁸. Que más o menos la mitad de la población reclusa se componga de presos preventivos —como afirmó el Catedrático de Derecho Penal D. José Luis DE LA CUESTA—⁹ sólo convierte el problema en más escalofriante e injusto porque a un lado de la facilidad abastecedora de material humano a la prisión que propicia la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su interpretación judicial, el régimen al que están sometidos los presos preventivos es muy similar, si no idéntico, al de los condenados por mor de la misma legislación penitenciaria. La tendencia imparable al desbordamiento elimina la censura de ingenuidad que con niveles de clientela más tolerables merecería la reciente propuesta de la Asociación Jueces para la Democracia consistente en que se publique una moratoria en la construcción de nuevas cárceles y por otra parte que se arbitre un mecanismo similar al de las listas de espera de la sanidad pública.

5. El mismo libro, p. 285.

6. En el INFORME del C.G.P.J. En la misma página citada.

7. Artículo de Esther Giménez-Salinas en la Revista *El ciervo*, Barcelona, n.º 515, febrero 1994, p. 9 titulado “¿Se puede eliminar?”.

8. Declaraciones del Director del IVAC en la cárcel de Martutene publicadas en *El Diario Vasco*, de San Sebastián, el 21 de mayo de 1994.

9. En la misma Revista *El ciervo*, citada, p. 8.

Pero difícilmente disculparía la ingenuidad el reduccionismo de calado hondo que basa el abolicionismo radical en los “éxitos” del sistema carcelario, en la teoría del control y reproducción de los ilegalismos —“instrumento para el ilegalismo que forma en torno suyo el ejercicio mismo del poder”—¹⁰. La ingenuidad reside en la demonización de un leviatán abstracto y bastante añejo, cuando hoy eso que en general llamamos Poder es el resultado, pocas veces feliz y tranquilizador, de una serie de pulsiones en confrontación permanente, en vez de poner el acento del fracaso en la capacidad victimizadora que demuestra el sistema carcelario casi exclusivamente con los que ya ingresaron como víctimas sociales. Es compartible en esta zona la *creencia abolicionista* por las mismas razones humanitarias abastecidas por la experiencia que aconsejaron su fundación frente al sistema del antiguo régimen. Esas víctimas terciarias son sólo el lubricante del establecimiento carcelario y el verdadero sujeto del “tratamiento” y la terapia resocializadora.

Si se acepta dentro del esquema constitucional democrático que los gobiernos se están caracterizando por sus perfiles intervencionistas neutrales frente a la sociedad y poco o nada neutrales en relación con los grupos económicos influyentes, esto explicará el “considerable espesor económico de las intervenciones del Poder Ejecutivo” en la vida social¹¹, el crecimiento de zonas de impunidad y la correlativa demanda del control judicial de los ilegalismos, pero entendiendo que los ilegalismos que ponen en riesgo el mismo Estatuto Constitucional son otros más graves que los que usualmente han ido abasteciendo las prisiones. El mecanismo de verificación práctica de la igualdad inevitablemente se proyecta sobre el sistema penal si no cuantitativamente sí cualitativa y selectivamente, como van testimoniando los casos italiano y español. Si a esto añadimos las violentas respuestas fundamentalistas (incluida ETA) a la crisis del Estado de Derecho no se comprende bien cómo los ideales abolicionistas van a sustituir a las acciones en defensa de la democracia. Y los trabajos en beneficio de la comunidad y las multas a la pena de prisión, cuando el modelo de comunidad del transgresor es en unos casos la jungla y en otros el crematorio.

10. En la obra citada de Michel Foucault, p. 285.

11. En la acertada descripción de la tendencia actual del Ejecutivo que hace Perfecto Andrés Ibáñez en su ensayo “La Corrupción en el Banquillo” publicado en *Claves* n.º 40 marzo 1994, Madrid.