

REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Miguel BAJO FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Monismo preventista del tratamiento penitenciario*. III. *La pena como instrumento de inhibición de conducta*. IV. *Conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

La pena privativa de libertad implica la supresión de la libertad de una persona por un tiempo determinado en proporción a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, supresión de libertad que se impone por razones de utilidad.

Si esta descripción se corresponde a un “castigo retributivo con fines preventivos” o es, por el contrario, una “sanción preventiva limitada por la proporcionalidad”, es algo que lleva camino de convertirse en una discusión bizantina. Al fin y al cabo hay una idea común a ambos planteamientos: la de que la pena es un “castigo proporcionado” o, si se quiere, la de ser una “activa prestación socialmente positiva, adecuada a la culpabilidad del autor” (G. Rodríguez Mourullo, *Medidas de seguridad y Estado de derecho*, Valencia). Lo que a mí especialmente me preocupa es, más bien, la importancia que se vuelve a dar, cumpliendo los designios fatales de una historia cíclica y repetitiva del pensamiento penal, a la idea de prevención general y de resocialización del delincuente, hasta el punto de querer privar a la pena de todo contenido de “castigo” y de “proporción” a la culpabilidad, convirtiendo el principio de intimidación o de resocialización en *esencia* de la pena privativa de libertad y no en simples fines de la misma.

Comenzaré por hacer algunas reflexiones sobre el tratamiento penitenciario como eje de una nueva concepción monista-preventista de la pena, para finalizar refiriéndome a las modernas tendencias de prevención general.

II. MONISMO PREVENTISTA DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

1. Según Alarcón Bravo (“Tratamiento del joven delincuente”, en *Delincuencia juvenil*, Madrid, 1972) se pueden utilizar tres acepciones de la expresión tratamiento: a) modo de comportarse con el delincuente que se deriva de la sentencia judicial. Se trataría de una concepción jurídica en el sentido de que no es más que el medio de determinación de la institución jurídica que debe aplicarse al condenado: pena, medida de seguridad, remisión condicional, sentencia indeterminada, etcétera. b) Régimen en que tienen lugar la ejecución de las penas o medidas privativas de libertad. Se trata de la regulación administrativa del establecimiento penitenciario en orden a la disciplina, trabajo, instrucción religiosa y cultural, relaciones con el exterior. En este sentido se habla de régimen cerrado o de máxima seguridad, semiabierto, abierto, especial, en libertad, etcétera. c) Acción individualizada (de tipo médico, biológico, psiquiátrico, psicológico, pedagógico y social) que bajo la idea de la reeducación y readaptación del condenado trata de modificar favorablemente aquel sector de la personalidad del delincuente que influye en su delincuencia o estados peligrosos para evitar la reincidencia.

Advierte Alarcón Bravo que de estas tres acepciones sólo la última concuerda con el sentido estricto de tratamiento. Incluso la segunda de las acepciones relativa al régimen de ejecución, ha de considerarse ajena al sentido estricto del tratamiento porque, como señala Pinatel, el régimen no es más que el cuadro o marco externo en que tiene lugar el tratamiento. Aunque algún autor ha identificado el sistema penitenciario y el tratamiento penitenciario (así, Bueno Arus, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*), es lo cierto que tal identificación resulta insostenible desde el momento en que se reconoce que el tratamiento va dirigido fundamentalmente a los jóvenes, mentalmente anormales o reincidentes. Siendo así que el resto de reclusos, en principio no objeto de tratamiento por no pertenecer a aquellas tres categorías, están sometidos a un sistema penitenciario, resulta evidente que ni régimen, ni sistema en el que se desarrolla el régimen, son el tratamiento sino sólo el marco externo en el que se produce éste. Esta distinción ha sido mantenida con toda claridad en la Ley General Penitenciaria de 26 septiembre 1979, cuyo título dedicado al tratamiento ha sido redactado por Alarcón Bravo (así lo afirma García Valdés, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, p. 32). En su artículo 59 se establece que “el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigi-

REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD 95

das a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados". Sistemáticamente, tanto la Ley como el Reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981, han distinguido claramente en títulos distintos el régimen o sistema y el tratamiento.

Pues bien, en el derecho penal moderno una línea humanitarista y bien intencionada intenta polarizar el sentido de la reacción jurídico-penal (pena y medida de seguridad) en un "monismo preventista" que gira en torno a la idea de tratamiento penitenciario. Esta corriente, en la que milita la nueva defensa social y un sector amplio de penitenciaristas y criminólogos, puede entenderse como una fase más en la reconciliación de la lucha de escuelas, reconciliación que comienza, como es sabido, con el binarismo, continúa al otorgar a la pena la misma función de la medida de seguridad de corregir y readaptar al delincuente, y tiene como futuro, según augura Sainz Cantero ("El arresto fin de semana", *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1970) la conversión absoluta de la pena en tratamiento, en la línea de la utópica visión del correccionismo de Dorado Montero.

La moderna inclusión del tratamiento en la ejecución de la pena privativa de libertad es una adecuación del derecho penal a las exigencias de las nuevas ciencias del hombre y, por tanto, un sensible y loable progreso que debe ser desde cualquier punto de vista alentado. Ahora bien, no podemos olvidar que la idea de tratamiento (corrección) entronca con la vieja prevención especial como fin de la pena privativa de libertad, y su entrada en el ámbito penitenciario va acompañada de un nuevo ataque al sentido retributivo de la pena y a la viabilidad del sistema dualista (pena y medida de seguridad).

Bauer (*Das Verbrechen und die Gesellschaft*, Munchen, 1957) califica al sistema dualista de engendro de hermanos siameses y Middendorf ha entendido que la idea de retribución es el principal obstáculo para conseguir la resocialización, meta idónea de la sanción penal dentro de la moderna concepción humanista. En su favor cita Middendorf (*Teoría y práctica de la prognosis criminal*, p. 161) la siguiente frase de Eb. Schmidt: "el ser humano jamás se hunde más profundamente en el error y en la injusticia que cuando piensa que debe juzgar, hablar y obrar a nombre de grandes ideas y valores". Con esta cita, Middendorf trata de convertir la concepción retributiva de la pena en una construcción grandilocuente con cuyo apoyo se han cometido las mayores injusticias y se ha caído en los más profundos errores.

Aunque quizás no es este el momento adecuado, nuevamente hay que insistir que la idea de retribución, tal y como hoy se concibe en el dere-

cho penal moderno, no se corresponde con el imperativo de justicia kantiano: *fiat iustitia pereat mundus*, ya que se reconoce que la idea de justicia ha de estar condicionada por la necesidad. En este sentido, se dice, la pena se impone *quia peccatum* pero sólo en la medida en que sirva para los fines preventistas del derecho. De este modo, se ha destacado hasta la saciedad que la idea de retribución no opera tanto como exigencia sino como límite a los peligros de extralimitación de toda idea preventista (una clara exposición de esta idea en G. Rodríguez Mourullo, "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1965).

En cualquier caso, resulta inapropiada la pretensión de referir a la idea de retribución cierta grandilocuencia o verborrea de falso trascendentalismo. Por el contrario, nunca se han podido observar mayores pretensiones de juzgar, hablar y obrar en nombre de grandes ideas y valores (parafraseando a Eb. Schmidt) que entre modernos penitenciaristas opuestos al fundamento retributivo de la pena. Así, Di Tullio invoca la *misericordia* y la *caridad* (*Principios de criminología clínica*, Madrid, 1966) como guías del tratamiento, Marc Ancel exige la *rigurosa defensa de los derechos del hombre* y Eula escribe un artículo bajo el pomposo título de "Las grandes vías de la redención" (*Giustizia penale*, 1961) pleno de oratoria decimonónica.

2. No hay nada más perjudicial para una construcción intelectual que no ser consciente de sus propias limitaciones y es indudable que el concepto moderno de tratamiento tiene y debe tener sus limitaciones.

La primera limitación procede del principio de proporcionalidad que obliga a imponer la sanción en función de la gravedad del hecho y de la culpabilidad del autor. Esta exigencia puede, de algún modo, discurrir en el sentido contrario del propio tratamiento, desde el momento en que éste, a efectos de resocialización del recluso, precisa un tiempo de permanencia en prisión superior al que el principio de proporcionalidad consiente. Si se pretendiera, con el humanitario fin de corregir al delincuente, aumentar el periodo de su estancia en el establecimiento penitenciario se estaría, como advierte Córdoba (*Revista de Estudios penitenciarios*, 1970), castigando al sujeto en razón de poseer una determinada personalidad conculcando elementales principios garantizadores de la libertad individual.

Esta primera limitación procede de la evidencia de que las leyes penales conciben la pena como castigo retributivo proporcionado a la culpa-

bilidad del autor y no a las necesidades del tratamiento. (La confirmación de lo dicho en el texto puede verse en J. R. Casabó, *Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1972, p. 10 y ss. En contra, Muñoz Conde, en *Anuario de Derecho Penal*, 1974, p. 500, por entender que son muchos los ejemplos que responden a la idea preventista. Estos casos, a mi juicio, tendrían valor de simples excepciones ya que el Código Penal español consagra en los artículos 1 y 2 el principio de proporcionalidad y retribución con carácter general). Se quejan los Gluck, y les sigue Middendorff, del principio de proporcionalidad consagrado en las leyes penales porque constituye un obstáculo a la corrección, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de ataques a la propiedad privada con daño de muy escasa gravedad, en cuyo caso la mínima duración de la sanción impide la recuperación del delincuente. Se olvida con esta crítica que los fines humanitarios y utilitaristas de la prevención especial, sin la concurrencia limitadora del principio de proporcionalidad, ponen en peligro la seguridad jurídica. De ahí que las II Jornadas de Profesores de Derecho Penal celebradas en Barcelona (1974) hayan adoptado como una de sus conclusiones que “se guardará en todo caso la debida *proporción* entre la sanción penal y la gravedad del hecho como *exigencia indeclinable* de la justicia y de la dignidad de la persona humana”.

La segunda limitación del moderno concepto del tratamiento está anudada a la necesidad de que concorra consentimiento del interno. Es bien sabido que la eficacia del tratamiento depende necesariamente de la actitud que el recluso mantenga, de modo que un rechazo total de cualquier medida reeducadora dará al traste con el más sofisticado de los tratamientos. De ahí que, a nivel teórico, se haya discutido sobre la necesidad de concurrencia del consentimiento. Principio elemental normalmente reconocido es aquél que declara recusable toda práctica que implique un riesgo grave para la personalidad del condenado. Así lo consagra el artículo 3 del Reglamento penitenciario español (Real-Decreto 1201/1981, de 8 de mayo) al disponer que “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad y dignidad humana de los reclusos”. Y ésta es la razón por la que ningún penitenciarista defiende incondicionalmente los métodos quirúrgicos de tratamiento. La castración, porque constituye sin más una limitación del futuro desarrollo de la personalidad. La neurocirugía, porque modernamente (destaca Pinatel) no puede demostrar sus éxitos. Según Pinatel, tales métodos de tratamiento deben ser rechazados incluso contando con la autorización del delincuente, por la razón de que puede lesionar la personalidad del sujeto y no se puede asegurar que el recluso,

a quien se le presentaba la posibilidad de mejorar dentro del sistema penitenciario, otorgue su consentimiento libremente.

La cuestión es más discutida en aquellos métodos de resocialización que no ponen en peligro la personalidad del delincuente. El VII Congreso Internacional de Defensa Social celebrado en París en 1971, planteaba la cuestión incluso a un nivel superior. Se preguntaba si es lícito pretender la resocialización, es decir, la reintegración del delincuente en una sociedad problematizada, cuestionada, contestada, con crisis de valores, y se llegó a la conclusión de que había que respetar el sistema de valores del recluso ofreciéndole, sin embargo, opciones y ayudas para el ejercicio de su propia libertad. Esta conclusión implica, sin duda, una clara opción en favor de la necesidad del consentimiento en el tratamiento penitenciario. (En este mismo sentido Baumann, *Revue de science criminel et de droit pénal comparé*, 1974 y Leauté, en *Criminologie et science pénitentiaire*, París, 1972).

La moderna legislación penitenciaria española se ha preocupado especialmente del tratamiento y ha permitido decir a uno de sus principales inspiradores, que la parte a él referida representa, científica y sistemáticamente, uno de los mayores logros y aciertos (García Valdés, *Comentarios a la Ley general penitenciaria*, Madrid, 1980). La Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre 1979, aunque dedica interesantes preceptos al tema del tratamiento, no se refiere expresamente al problema del consentimiento. Sin embargo, a juicio de García Valdés, la redacción del texto está presidida por la idea de la voluntariedad en la participación del recluso en su propio tratamiento.

No me cabe la menor duda de que haya sido ésta la intención del legislador español en la redacción de la moderna normativa penitenciaria. Así lo prueba el hecho de que se haya preocupado expresamente por la vigencia del principio de legalidad en el tratamiento, que tanto preocupara a Baumann, y por el respeto a la personalidad y dignidad humana (artículo 3 LGP y artículo 3 RP). También es prueba de ello el hecho de que el artículo 239, 3 del Reglamento penitenciario establezca que "el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, reglamentales, ni de regresión de grado de su tratamiento".

Ahora bien, pese a que tanto la doctrina penitenciarista como la legislación española, se inclinan por admitir exclusivamente un tratamiento consentido por el interno, no veo posible un tratamiento penitenciario que no sea coactivamente impuesto. La disposición del Reglamento

REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD 99

penitenciario español de permitir al interno rechazar el tratamiento reviste un cierto cinismo por cuanto, pese a que elimina la posibilidad de consecuencias disciplinarias, no puede evitar graves efectos sobre el recluso. No podemos olvidar que en el derecho penitenciario español rige el sistema progresivo en lo relativo al cumplimiento de las penas privativas de libertad, y el paso por los diversos grados del sistema progresivo depende, entre otras cosas, del tratamiento penitenciario. Así, se dispone en el artículo 243 del Reglamento:

la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno con la consiguiente propuesta de traslado al Establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva . . .

Ante esta descripción de los efectos del tratamiento en la evolución del sistema o régimen de cumplimiento de la pena, me es muy difícil creer en la posibilidad de un consentimiento o un rechazo del tratamiento *libremente* emitido. Si la actitud frente al tratamiento puede decidir que el cumplimiento de la pena se haga en régimen cerrado o de máxima seguridad o, por el contrario, en régimen abierto, no creo que honestamente pueda afirmarse que el interno puede *libremente* (éste es el adverbio utilizado en el artículo 239 RP) rechazar o aceptar el tratamiento.

Por otra parte, no resulta cierto lo dispuesto en el artículo 239 en el sentido de que el rechazo del tratamiento no puede dar lugar a una "regresión de grado". Es imposible conjugar convenientemente esta disposición con lo establecido en el artículo 243, 3: "La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad y de su conducta." Conjugando ambos preceptos, parece que la regresión de grado sólo es aplicable a los reclusos que, habiendo dado su consentimiento al tratamiento, evolucionan luego desfavorablemente. Esta interpretación, sin embargo, resulta insostenible, ya que no tiene sentido que un recluso pueda negarse a todo tratamiento sin que ello implique regresión de grado, mientras que aquel que está dispuesto a toda clase de tratamientos pueda sufrir este efecto de regresión por una evolución desfavorable.

Esta antinomia que se produce dentro del Reglamento penitenciario,

procede del hecho evidente de que el tratamiento penitenciario tiene una lógica interna que exige su imposición coactiva, imposición que si no se hace de forma expresa se consigue por la vía, intencionada o no, de condicionar ciertos beneficios penitenciarios al tratamiento. Esta imposición del tratamiento por la fuerza y al margen de la voluntad del interno, también se deduce de algunas disposiciones constitucionales como veremos más adelante.

La tercera limitación de esta concepción preventiva de la pena procede de la imposibilidad de explicar qué sentido tiene imponerla a los delincuentes que no están necesitados de reeducación (delincuente ocasional, delincuente por convicción, delincuente de cuello blanco, delincuente político, etcétera) o que no pueden ser readaptados (psicópatas, oligofrénicos profundos, etcétera), sin contar con los que simple y llanamente se niegan a todo tratamiento reeducador.

La única posibilidad de salvar este escollo y dar coherencia a la concepción preventista que estamos comentando, sería la de excluir de la pena estos supuestos. Y, así, no deberían de castigarse con pena privativa de libertad el asesinato por celos cometido por un sujeto no subsumible en ningún tipo criminológico de autor (delito pasional), los actos de terrorismo, los delitos económicos o los delitos sádicos de un psicópata amoral; y, por los mismos motivos, habría que dejar en libertad a todo aquel que manifieste su voluntad contraria al tratamiento reeducador.

3. Pues bien, una concepción de la pena basada en consideraciones de prevención especial que no tenga en cuenta estas tres limitaciones (duración determinada por la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, consentimiento del interno para someterse al tratamiento reeducador, imposibilidad de explicar de manera global todas las penas privativas de libertad) entrañaría una lógica peligrosa para el ejercicio de las libertades individuales e ideológicamente reaccionaria.

En efecto, la concepción reeducadora de la pena es una concepción preventista y, por tanto, goza de sus mismos peligros cuya descripción es ya tópica entre los penalistas. Quizás una de las formas más gráficas de describirlos sea la utilizada por Rodríguez Mourullo quien advierte en esta concepción preventista una lógica de plano inclinado, una lógica de aceleración. Tal proceso lógico de aceleración, aplicado al entendimiento reeducador de la pena, puede explicarse de la siguiente forma: primero se comienza simplemente aprovechando el periodo de prisión para intentar reeducar al delincuente. Luego se intentará alargar el tiempo de privación de libertad para conseguir eficacia en el tratamiento

REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD 101

reeducador, continuándose por adelantar la entrada en las cárceles para conseguir que el sujeto peligroso no llegue a delinquir. El final, no tan fantástico e irreal como pudiera pensarse, estaría en la aplicación de técnicas sofisticadas que van desde los hospitales psiquiátricos para sujetos desviados, hasta aquellas prácticas quirúrgicas capaces (según demostró Rodríguez Delgado) de eliminar drásticamente la agresividad de un individuo. No nos son, geográfica ni históricamente, tan lejanas técnicas psiquiátricas dirigidas a acabar con el disidente político, o castraciones utilizadas para reinsertar en la sociedad al delincuente sexual.

Por último, se trata de una concepción reaccionaria. Probablemente esta afirmación sea la que más sorpresa produzca, pero las pruebas, a mi juicio, son muy claras. La concepción reeducadora de la pena coincide con los postulados de la criminología tradicional que, desde la moderna sociología criminal, vienen siendo considerados, con acierto, portadores de una carga ideológica burgués-capitalista. En efecto, conviene recordar que la criminología tiene dos hitos históricos fundamentales. Uno lo marca la publicación en 1876 de *"L'Uomo delinquente"* (el hombre delincuente) de Lombroso, autor de la conocida teoría del delincuente nato; el otro, el discurso que pronunció Sutherland en 1939 bajo el título de *White-Collar-Criminality* (delincuencia de cuello blanco). El discurso de Sutherland sirvió como detonante en un doble sentido. De un lado, como ruptura con la etapa anterior según la cual el delito es un fenómeno patológico individual o social cuya explicación puede encontrarse en las anormalidades psíquicas, la desorganización familiar, la pobreza, la falta de afecto materno, el complejo de Edipo o el famoso cromosoma "y" extra. Paralelamente con esta ruptura, de otro lado, comienza a cobrar auge concebir el delito como un acontecer normal en la sociedad. Partiendo del pensamiento de Durkheim se advierte que, siendo la conducta social una conducta regulada, es inevitable la producción de comportamientos irregulares. Se puede decir así que la creación y aplicación de las normas penales determina el conjunto de la delincuencia de una sociedad. De este modo la delincuencia se presenta como un acontecer ordinario de la vida social, siendo la otra cara de la regulación social. Pues bien, la concepción reeducadora de la pena coincide con la concepción de la criminología tradicional, ya que, al entender que la pena es esencialmente medida de reeducación y de reinsertión social, parte del postulado de que el criminal es un sujeto anormal necesitado de tratamiento rehabilitador. La carga ideológica

que se quiere ver en este entendimiento se cifra simplemente en que la pena aparece como un *instrumento de opresión de clase*.

En efecto, según estadísticas comprobadas, y en lo esencial no discutidas, el 80-90% de los miembros de *todas* las clases sociales han delinquido alguna vez en su vida. De este modo, se ha evidenciado que en las clases superiores se produce delincuencia al mismo nivel que en cualquier otra clase social. El hecho de que la población reclusa de las prisiones se reclute fundamentalmente en las clases inferiores, se debe a un anómalo proceso de *selección* a través de los mecanismos sociales (legislador, policía, tribunales) por el cual el riesgo de ser condenado no se distribuye por igual en todas las clases sociales. Ahora bien, en la medida en que los componentes de las clases altas y medias no necesitan reeducación ni tienen dificultades de reinserción social, resulta que, en el caso poco común de someterse al peso de la Ley penal, no se podría cumplir el pretendido fin reeducador, con lo que los delinquentes de una determinada clase social quedan excluidos del ámbito punitivo.

Concebidos así el derecho penal y la pena, como medios de control de las clases inferiores, se presenta el “monismo preventista del tratamiento” muy a propósito para continuar la defensa de los intereses de las clases socialmente privilegiadas. De este modo, se consagraría definitivamente el trato escandaloso de favor que la Ley penal otorga al delincuente económico reclutado en las clases dirigentes, es decir, al que evade capitales, al delincuente fiscal, al autor de las estafas colectivas de viviendas, al que practica fraudes alimenticios, al alto dirigente de la sociedad mercantil que manipula balances, al parlamentario económicamente corrompido, etcétera. Ninguno de estos sujetos precisa de reeducación alguna, ni de ayuda para reinsertarse en su grupo social. En efecto, ni el delito, ni la condena les produce “estigma” de ninguna clase y, de este modo, al salir de la cárcel se encuentra con que no ha perdido amistades, sigue manteniendo crédito bancario, conserva las mismas relaciones con los resortes de poder y le conceden las mismas facilidades de acceso a los medios de difusión y de comunicación. ¿Qué funcionario de prisiones osaría, en el periodo en que un sujeto de esta clase se encuentra en prisión, intentar con él un tratamiento de “reinserción social”?

Quienes mantienen una concepción preventiva de la pena basada en la resocialización, olvidan sin duda, el privilegio de clase a que conduce la idea de resocialización que late en algunas instituciones penales. Por ejemplo, para evitar los efectos insatisfactorios que se atribuyen a

REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD 103

las penas cortas privativas de libertad se prevé en el Código penal la posibilidad de que el juez suspenda la ejecución de la pena impuesta (“condena condicional”) siempre que “el reo haya delinquirido por primera vez” (artículo 93). Pues bien, como el riesgo de ser perseguido y condenado no se distribuye por igual en todas las clases sociales, la posibilidad de ser calificado como reincidente es mayor en las clases inferiores, que así también gozarán en menor medida del medio “resocializador” de la condena condicional. También el Código penal prevé, bajo la idea de la resocialización, que el último periodo de la condena se cumpla en libertad (“libertad condicional”) siempre que el delincuente “ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad” (artículo 98). Si tenemos en cuenta la ausencia de “estigmatización” en el delincuente de las clases altas de la sociedad, es evidente que es él quien mejor ofrece garantías de hacer tal vida “honrada”.

4. Las tesis que conciben la pena privativa de libertad como medida resocializadora, han cobrado en España pujanza en ciertos sectores que tuvieron la fortuna de influir directamente en la redacción de la Constitución española de 1978 y en la Ley General Penitenciaria de 1979. Y, así, el artículo 25, 2 de la Constitución establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Esta misma finalidad atribuye la Ley General Penitenciaria en su artículo 1 a las Instituciones penitenciarias (“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 preventivas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados”).

A mi juicio, ha sido un error incluir en la Constitución una referencia al sentido de la pena, sobre todo si se tiene en cuenta que la Constitución no contiene ninguna otra referencia al respecto, lo que permite concluir que, a nivel constitucional, quiere concebirse la pena esencialmente como una medida reeducadora. Sobre los peligros que toda concepción de prevención especial reviste, y a los que ya he hecho referencia anteriormente, se suma en este caso el hecho de que el artículo 25, 2 de la Constitución tiene un añadido cuya inclusión fue debida al voto particular, emitido durante la discusión parlamentaria del Proyecto de Constitución, del grupo parlamentario socialista, y que reza así: “el condenado... gozará de los derechos fundamentales... a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, *el sentido de la pena y la ley penitenciaria*”. Pues

bien, con esta disposición queda resuelta de un plumazo la polémica mantenida entre los penitenciaristas sobre si el tratamiento reeducador ha de ser voluntario u obligatorio. En efecto, el interno carece de los derechos expresamente *limitados por el sentido de la pena*, según establece el artículo 25, 2 de la Constitución y repite el Reglamento penitenciario (artículo 3, 2), por lo que, siendo así que el sentido de la pena es ser medida reeducadora, no podrá el interno oponerse al tratamiento.

Es evidente, pues, que esta concepción de la pena y su inclusión en la norma constitucional, puede servir de base para la concesión a la Administración penitenciaria de posibilidades intolerables de manipulación del individuo de modo que esa misma administración no sufra frustraciones funcionales por no alcanzar los objetivos de "supresión de la capacidad delictiva o peligrosidad de los sentenciados" que el artículo 8 del Reglamento penitenciario le impone. Manipulación que, por otra parte, no es fácilmente evitable, dado que es la propia Administración quien señala el "modelo social" sobre el que gira el tratamiento rehabilitador.

Para que el "monismo preventista del tratamiento" no encuentre apoyo jurídico en la propia Constitución, es preciso interpretar ésta en el contexto de la totalidad del ordenamiento jurídico, y ya pusimos de relieve que las leyes penales conciben la pena como castigo proporcionado a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. La orientación de reinserción social que la Constitución quiere darle a la pena, ha de entenderse como una de las finalidades hacia la que debe ir dirigida la *ejecución* de la pena privativa de libertad. En este sentido, la ejecución o cumplimiento de las penas privativas de libertad deben ir acompañadas por toda clase de actividades tendentes a ayudar al recluso en el desarrollo de su personalidad y con respeto de su dignidad (como así se dispone en el artículo 3 del Reglamento penitenciario), pero bien entendido que la reeducación y la reinserción social del delincuente no es una tarea específica de la pena, ni de la Administración penitenciaria, sino tarea de la sociedad en general que debe llevarse a cabo, tanto si el sujeto está en prisión, como si se encuentra en libertad. La tarea reeducadora es al cumplimiento de la pena lo que la labor alfabetizadora al cumplimiento del servicio militar, es decir, una tarea útil y beneficiosa que dignifica y humaniza la ejecución de la sanción, pero totalmente circunstancial, sin liberar al auténticamente obligado (la sociedad) de continuar o recomenzar lo realizado. En resumen, la función de reeducación y reinserción social del recluso debe entenderse como *obligación*

REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD 105

de la Administración penitenciaria de ofrecer al recluso todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición a la misma de entorpecer dicha evolución, nunca como esencia de la pena privativa de libertad.

Sólo entendiendo así el tratamiento reeducador y no como fin primordial de la pena y de las Instituciones penitenciarias, pueden conjurarse los peligros advertidos anteriormente. En efecto, entendido como medida asistencial puede someterse a las duraciones temporales impuestas por el principio de proporcionalidad, puede quedar totalmente sometido a la más libre voluntad del recluso y puede ser ofrecido a todos, lo necesiten o no. La pena no sería, entonces, una medida reeducadora, siempre peligrosa, sino un castigo retributivo y proporcionado que se ejecuta con procedimientos útiles, individual y socialmente.

III. LA PENA COMO INSTRUMENTO DE INHIBICIÓN DE CONDUCTA

Se está desarrollando en la doctrina penal española una teoría de la pena, aún insuficientemente elaborada, que hace girar el sentido de la pena alrededor del principio de prevención general.

Según esta posición —seguida fundamentalmente por Gimbernat, Mir Puig y Luzón Peña— la función primordial de la pena es la de motivar en los individuos los comportamientos deseados, inhibiendo las tendencias antisociales y promocionando los comportamientos valiosos (*vid.* M. Bajo Fernández, “Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma”, en *Estudios penales*, I, Santiago de Compostela, 1977). La sobrevaloración de esta función conduce a cifrar en el efecto de inhibición de la pena su propio fundamento.

Para Gimbernat, la culpabilidad no es reprochabilidad (*vid.* E. Gimbernat, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971; y del mismo, “El sistema del derecho penal en la actualidad”, en *Anuario de Ciencia Jurídica*, I, 1971-1972; sobre la concreta concepción de la culpabilidad en esta teoría, *vid.* Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 45). Niega toda idea de reproche por la imposibilidad de demostrar la existencia del libre albedrío. La irresponsabilidad del inculpable se justifica, entonces, por su inaccesibilidad al efecto inhibitorio del castigo. Consecuentemente, la pena es una amarga necesidad dentro de los seres imperfectos que los hombres son.

Esta concepción, sobre todo en la formulación expresa de Luzón que coloca en la base de la pena la prevención general entendida como intimidación general y prevailecimiento del orden jurídico (p. 35), se enfrenta con el difícil problema que plantea toda idea defensiva o preventista: la tendencia a la extralimitación.

Hemos advertido anteriormente, la lógica de plano inclinado o lógica de aceleración que subyace en la concepción de la pena como medida resocializadora (prevención especial). Pues bien, esa misma lógica se encuentra en la concepción de la pena como medida de prevención general. No me resisto a transcribir las palabras de Rodríguez Mourullo (“Cara y cruz de las sanciones penales”, en *Delito y Sociedad*, Cuadernos para el Diálogo, diciembre 1971, p. 48):

si la pena se justifica en virtud de finalidades de prevención general (intimidación de la generalidad de los ciudadanos), la lógica del sistema conduce, por un lado, a imponer a todas las infracciones jurídicas sanciones criminales (hipertrofia cuantitativa del Derecho penal), porque éstas intimidan más que las sanciones civiles o administrativas, y por otro, a exasperar la gravedad de las penas hasta llegar a las más severas (hipertrofia cualitativa). La última consecuencia sería la imposición de la pena capital a todos los delitos. Resulta significativo que en la actualidad el argumento fuerte de la mayoría de los defensores de la pena de muerte sea el de su mayor eficacia intimidante. Aparte de que este mayor grado de intimidación no ha sido nunca... convincentemente demostrado, semejante planteamiento del ya de por sí tétrico tema resulta escalofriante. Como es necesario intimidar a los demás para que se abstengan de hechos similares, se admite la muerte del reo. Si no fuera necesaria esa intimidación, aunque el hecho cometido fuera el mismo, no se le privaría de la vida. He ahí la pena de muerte fundada en razones de conveniencia y de utilidad y no de justicia. El hombre degradado y utilizado como simple medio para la intimidación de los demás.

Esta degradación del hombre utilizado como medio para fines que le trascienden ha podido, desgraciadamente, ser vista y vivida en Europa no hace muchas décadas en regímenes totalitarios que usaron el derecho penal como instrumento de terror. Un derecho penal preventista y utilitarista ofrece al dictador posibilidades de justificar la persecución del enemigo político. El derecho penal —dirá Bettiol— se utiliza así como instrumento de desinfección social, igual que el veneno para las ratas o el flit para las moscas.

REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD 107

Los seguidores de la teoría de la motivación no son insensibles a esta preocupación. En concreto, el fin perseguido por Gimbernat es el de conseguir una mayor seguridad jurídica. Por esta razón, son firmes partidarios de la pena *proporcionada*, eliminando así toda tendencia de hipertrofia cuantitativa o cualitativa de la pena. Ahora bien, creen que la proporcionalidad es una consecuencia obligada de la motivación o de la prevención general.

En efecto, Gimbernat, a quien sigue muy de cerca en esta cuestión Luzón, entiende que la pena sólo se justifica en cuanto pueda motivar la no comisión del hecho, de lo cual se reducen las siguientes consecuencias. En primer lugar, la irresponsabilidad de los inimputables y de los que padecen error invencible de prohibición, ya que frente a tales sujetos la pena carece de efectos inhibitorios de control. En segundo lugar, resulta obligada la proporcionalidad según la gravedad del hecho y según concurra dolo o culpa. “Pues si la tarea que la pena tiene que cumplir —explica Gimbernat— es la de ... crear y mantener en los ciudadanos unos controles ... (éstos) han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento”. De otro lado, la conducta culposa no puede castigarse más severamente porque una mayor pena no puede producir un mayor control de inhibición, dado que en la culpa el sujeto no cree que el resultado llegue a producirse y por tanto “todo sujeto que se comporta peligrosamente piensa que la prohibición de la *causación* imprudente no va con él”. En tercer lugar, explica suficientemente que no sea punible la producción objetiva (fortuita) de un resultado, porque la pena no puede motivar la inhibición de una conducta imprevisible o inevitable.

Pese a estos intentos de conciliar las exigencias de proporcionalidad de la pena con su carácter motivador de prevención general, tal conciliación no se consigue. No se consigue porque son presupuestos irreconciliables. La función de motivación se puede conseguir fielmente sin necesidad de proporcionalidad. Puede muy bien ocurrir que una pena, agravada para evitar la repetición del delito, nazca con un efecto inhibitorio de conductas eficaz. La función de motivación explica que haya existido el delito llamado por Quintano de “truchicidio” que castigaba conductas dañosas para la pesca con la misma pena del homicidio. Y explica que se quieran castigar severamente los incendios forestales. Y en tales casos no hay proporcionalidad.

La función de motivación tampoco explica que al autor se le castigue con pena más grave que al partícipe. La motivación es idéntica en ambos casos y la necesidad de castigo puede ser mayor frente al que

simplemente participa, por ejemplo, encubriendo al delincuente. Estaría justificado castigar más severamente al encubridor, por ser el obstáculo más importante a la actuación judicial, que al ejecutor directo del hecho, es decir, por una mayor necesidad de hacer desaparecer tales conductas.

En realidad, se puede decir que las preocupaciones de estos autores en orden a las garantías del ciudadano frente al derecho represivo, son las mismas que las de la dogmática tradicional. Lo que ocurre es que no les satisface la idea de retribución o expiación y tienen serias dudas sobre si el libre albedrío, que resulta indemostrable en el caso concreto, puede ser utilizado para fundamentar una idea de reproche jurídico penal. Ni siquiera admiten la culpabilidad como límite de la pena, porque pretenden “desenmascarar la culpabilidad (por lo menos, su constatabilidad) como un prejuicio”. El principio de culpabilidad no sirve como garantía alguna. En primer lugar, dice, porque “se puede propugnar un Derecho penal basado en el libre albedrío y, no obstante, partir de una ideología fascista insensible a los valores fundamentales de la persona”. En segundo lugar, porque “aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible es demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito”.

Respecto a la primera observación bastaría aquí con recoger las recientes palabras de Correia:

los abusos y violencias legales que en nombre de un Derecho penal basado en la culpa se han hecho a través de los tiempos son verdaderas negaciones del Derecho penal, en relación a las cuales importa encontrar medios jurídicos de reacción, como puede ser la declaración de su inconstitucionalidad. De otra manera se reduce el derecho a puro voluntarismo, a mero positivismo legal sin válvula alguna por donde penetre la idea de justicia.

Frente a la segunda observación debe señalarse que, efectivamente, no es humanamente experimentable si una persona ha actuado con libre albedrío, es decir, que no se puede tener un conocimiento similar al de las ciencias naturalísticas, cuando se trate de examinar si una persona ha podido actuar en el caso concreto conforme al valor y sentido que la norma impone. Pero tampoco la ciencia del derecho, como ninguna ciencia del espíritu, puede aspirar a un conocimiento de esta clase, es decir, a un conocimiento comprobable mediante la experimentación objetivo-naturalística, sino sólo a un conocimiento por aproximación. Lo que el derecho, como regla de conducta, trata de adivinar es si el sujeto

REFLEXIONES SOBRE EL SENTIDO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD 109

ha obrado libremente en el sentido de que, según nuestra experiencia del obrar humano, otro en su lugar hubiera actuado de otra manera de aplicar la fuerza de voluntad necesaria. Este proceso generalizador e indiferenciador en apariencia puede considerarse por ello mismo inválido, pero dado que el conocimiento en las ciencias que tienen como objeto el hombre sólo puede operar por aproximaciones, no podemos dejar de ver ahí un proceso individualizador, al menos en la mayor medida permitida a las propias limitaciones humanas. Sí, dentro de estas limitaciones que impiden conocer de modo absoluto (experimentalmente) la libertad con que cada uno obra, es posible reprochar una conducta, es ya más un problema ético que jurídico.

En el fondo, los partidarios de la teoría de la motivación se han dejado cegar por prejuicios contra la tesis culpabilista, sin percatarse que coinciden sustancialmente en sus postulados fundamentales. En efecto, la pena para ellos es un castigo. Su error estriba en que, pese a concebirla así, parten de un ataque radical a los principios de reproche y retribución que, sin embargo, son consecuencia ineludible de concebir la pena como castigo.

Se ve que conciben la pena como castigo en multitud de ocasiones. En primer lugar, cuando explican la forma de operar la pena para lograr los fines de prevención mediante la referencia al psicoanálisis donde demuestra que la prevención se consigue con el castigo y no sólo con medidas pedagógicas o educativas. Esto se compagina perfectamente, y es la segunda ocasión en que podemos observar que se concibe la pena como castigo, con la distinción entre pena y medida de seguridad. Gimbernat explica que se imponga a los inimputables la medida de seguridad diciendo que dado que “es mucho más efectiva la imposición de una medida de seguridad, la ejecución de un *castigo* es perfectamente innecesaria”. Pero lo más destacable es que además se concibe la pena como castigo retributivo porque sólo se la concibe proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. Esto es, sin duda, una concepción retributiva de la pena, y lo ha visto con claridad Muñoz Conde, uno de los seguidores de la teoría de la motivación, al no dudar en definir la pena como “retribución” (Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 37).

Pero, además, al concebir la pena como castigo proporcionado, es decir, como retribución (por mucho que entiendan lo contrario), están colocando el principio de culpabilidad en la base de la pena, pese a que el origen de toda la construcción sea el de romper con los princi-

pios de retribución y culpabilidad. En algunos autores, lo nuevo de su posición consiste en desligarse de la concepción normativa de la culpabilidad que concibe ésta fundamentalmente como “poder obrar de otro modo” y presupone el libre albedrío. Sin embargo, construyen un concepto de culpabilidad, lo cual ya implica una contradicción interna de la teoría de la motivación, y la conciben como “posibilidad de motivación normal” (Luzón Peña, p. 45). A mi juicio, llegamos al mismo objetivo por caminos distintos porque sólo puede ser *normalmente* motivado quien se encuentra en circunstancias normales que le permiten un proceso normal de motivación de su voluntad, lo cual constituye la base de la concepción normativa de la culpabilidad.

A este respecto, alguien tan poco sospechoso de posturas reaccionarias como Pasukanis, auténtico realizador del Proyecto Krylenko, advirtió que sólo las medidas pedagógicas de defensa social son ajenas a la proporcionalidad y a la culpabilidad, y que una pena proporcional al hecho y a la malicia del autor presupone la idea de culpa. Lo que Pasukanis considera un prejuicio irracional no es el del libre albedrío sino el de proporcionalidad al que juzga de burdo, brutal e irracional. Pero es consciente de que toda proporcionalidad implica la aceptación de los postulados culpabilistas y de que el principio de proporcionalidad pertenece a una concepción del mundo, la concepción liberal. Pasukanis vio con claridad que sólo se puede mantener una concepción liberal del derecho penal bajo los principios de reproche, retribución y proporcionalidad.

El error de los penalistas y progresistas —dice— reside en creer que, cuando critican las llamadas teorías absolutas del derecho penal, se encuentran en presencia únicamente de concepciones erróneas, de extravíos del pensamiento que pueden ser refutados por la simple crítica teórica. En realidad, esta forma absurda de equivalencia no es una consecuencia de los extravíos de algunos penalistas, sino una consecuencia de las relaciones materiales de la sociedad de producción de mercancías de la que se deriva.

El error de Pasukanis, y por eso seguimos nosotros manteniendo los principios de proporcionalidad y culpabilidad, es no haber tenido en cuenta que la arbitrariedad del poder se controla con el principio absurdo, irracional y grotesco de la proporcionalidad, es decir, con el principio de retribución por el hecho cometido.

IV. CONCLUSIÓN

Comenzábamos estas páginas diciendo que la pena privativa de libertad implica la supresión de la libertad de una persona por tiempo determinado en proporción a la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, supresión de la libertad que se impone por razones de utilidad.

En este sentido, nuestra posición se dirige en la dirección de concebir la pena como “castigo proporcionado”, porque sólo así se puede asegurar la vigencia de los principios de certeza y seguridad jurídica como exigencias políticas de una concepción liberal del hombre, del Estado y del derecho. La proporción de la pena está en función del merecimiento del autor por la gravedad del hecho cometido y su culpabilidad.

Sin embargo, hay que reconocer que las palabras “retribución” y “culpabilidad” tienen hoy mala prensa y se explica el renacimiento de concepciones preventistas bienintencionadas y de carácter humanitario. El error de estas concepciones estriba, en el caso de la prevención especial, en minusvalorar el poder que se concede a la administración penitenciaria para la manipulación del delincuente y, por tanto, su posible utilización para eliminar enemigos políticos, y, en el caso de la prevención general tal y como la quieren concebir los partidarios de la teoría de la motivación, en creer que se están oponiendo a los conceptos de retribución y culpabilidad cuando en realidad están manejando su mismo sentido con terminología diversa.