



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 7 - 1993.

Presentación en el año del Congreso Internacional 7

IV JORNADAS PENITENCIARIAS VASCO-NAVARRAS

- **F. Bueno Arús.** La prisión y la sociedad 17
- **R. Cario.** El trabajo de interés general en Francia 41
- **J.L. de la Cuesta.** Instituciones probatorias en el P.C.P. 1992 55
- **A. Giménez Pericás.** Victimación terciaria 63
- **E. Giménez-Salinas** Penas privativas de libertad y alternativas 73
- **M. Jabardo Quesada.** La mujer y sus hijos en prisión 93
- **J. Jiménez Villarejo.** Régimen disciplinario y beneficios 107
- **A. Messuti de Zabala.** Sustitutivos de la prisión 123
- **E. de Miguel.** Alternativas a la cárcel. Probation 131
- **B. San Martín Larrinoa.** Los voluntarios 139
- **R. Santibáñez.** ¿Reformar la ley o reformar la realidad? 147
- **G. Arocena.** Vivencias de los funcionarios penitenciarios 157

CURSO DE VERANO

- **G. Picca.** La Sociología criminal 169
- La Criminología clínica 177
- **A. Viqueira.** Síndrome de Estocolmo 193

MISCELANEA

- **E. Echeburúa. Paz de Corral** Variaciones y ofensas sexuales 215
- **A. Giménez Pericás** Para una sociología del narcotráfico 235
- **F. Goñi.** Aspectos paracientíficos de la tecnología del DNA 245
- **J.L. Munoa.** Presentación de Laín Entralgo 253
- **P. Laín Entralgo.** Ante la muerte: lo que podemos esperar 257
- **E. Ruiz Vadillo.** Derecho penal económico y proceso penal 269
- **F. Savater.** Opinable e intolerable 281
- **P. Waldman.** Etnorregionalismo 283
- **A. Beristain.** La declaración de una ética global 299
- **Miembro de Honor y VI Promoción de Criminólogos** 315
- **Memoria del IVAC-KREI** 329

EGUZKILORE

Número 7.
San Sebastián
Diciembre 1993
63 - 71

VICTIMACION TERCIARIA Y NECESIDAD DE REFORMA

Antonio GIMENEZ PERICAS

Magistrado
Audiencia Provincial de Gipuzkoa

Resumen: Los condenados a penas de cárcel, tanto como los Jueces que dictaron sus sentencias, saben que un sistema penitenciario cuyo eje es la cárcel consolida el estatus criminal del condenado y se convierte en fuente de victimación de victimarios.

Laburpena: Bai presondegi zigorrari behartuta daudenek, bai haien epaiak eman zituzten epaileek badakite gartzelako sistema batek, zeinen ardatza espetxea da, zigortuaren gaizkile status-a sendotu egiten duela eta biktimarioen biktimazio iturria bihurtzen dela.

Résumé: Les condamnés à des peines de prison, aussi bien que les Juges qui dictèrent leurs sentences, ils savent qu'un système pénitentiaire dont l'axe est la prison, consolide l'état criminel du condamné et cela devient l'origine de la victimation des victimaires.

Summary: People convicted to a prison penalty, as well as the Judges who pronounced their sentences, know that a penitentiary system whose core is prison, consolidates the criminal status of the convicted, and it becomes a source of victimation for the victimizers.

Palabras clave: Justicia, Sanción penal, Victimización, Victimización terciaria, Reforma penitenciaria.

Hitzik garrantzizkoenak: Justizia, zigor penala, biktimazioa, biktimazio hirurena, gartzelako berriztea.

Mots clef: Justice, Sanction pénale, Victimization, Victimization tertiaire, Réforme pénitentiaire.

Key words: Justice, Penal Sanction, Victimation, Tertiary Victimation, Penitentiary Reform.

I. LA OTRA VICTIMACION Y LA REFORMA DEL SISTEMA

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 seria 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”¹.

Al criminal 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 apetitivos, 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 preventi-

1.- 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.

va, cuando no los errores de los jueces— hasta la victimización carcelaria e incluso la postpenitenciaria².

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 delinquentes.

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 arts. 10 y 64 de la LOGP y a sus complementarios del Reglamento, en espectacular y generalmente asentido escamoteo de la presunción constitucional de inocencia del art. 24.2 de la CE. Véase cómo 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 de un nuevo Código Penal.
2. Reducción hasta el extremo inevitablemente mínimo de la victimización terciaria. El extremo que se detiene en la definición aflictiva de la pena.
3. Separabilidad de la noción de pena respecto de la noción y práctica del castigo.

II. EL OPTIMISMO DE LA RESOCIALIZACION

Defensa social y aflicción son motivación última y efecto consiguiente, inseparables e inevitables, que conlleva la institución de la pena. Cualquier pena despoja-

2.- Terminología extraída del sistema del Profesor Gerardo LANDROVE DIAZ en su *Victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 131 a 150.

da de carácter aflictivo es una contradicción en sus propios términos, un mero no-men, un sinsentido.

La ineludible aflictividad 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 procuraron 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 despliegan 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, a un lado del tipo de delito por cuya comisión fueron privados de libertad³.

3.- Así Carlos GIMENEZ VILLAREJO: “¿Delincuentes jóvenes y cárcel: es posible la reinserción?” en *Poder judicial* n.º 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 ARUS: “La dimensión jurídica de la pena de prisión” en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo XV, fascículo I, enero-abril 1987, p. 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. 1.109.

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”⁴.

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 le 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?” Bien que él mismo se responde que la LOGP no tiene como misión cambiar a la sociedad “sino la de regular qué es lo que hay que hacer con las personas que la sociedad mete en la cárcel”. “Y en este sentido —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”⁵. 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”⁶.

III. CASTIGO Y ESTRATEGIA DE LA AUTORIDAD

Esta contradicción que subyace en la pedagogía de la libertad a través de la privación de la libertad es el nudo gordiano de la cuestión penitenciaria, que será irresoluble desde las reformas ceñidas sólo a la legislación penitenciaria. Ya lo refle-

4.- 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.

5.- F. MUÑOZ CONDE, *opus cit.*: p. 108.

6.- En “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, *Comentarios a la Legislación penal*, tomo IV, vol. 1.º, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986, p. 32.

jó de otra manera D. Antonio Beristain partiendo de la cita de Leonard 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, inflige 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”⁷.

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 insatisfactorios 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”⁸.

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”—⁹.

Parece que si los tiempos han cambiado, sus contenidos, en ciertos temas límite, no demasiado, aunque se desplieguen semejantes sensibilidades desde concepciones filosóficas antípodas. Así, por ejemplo, el juicio general sobre la cárcel de 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

7.- En *Ciencia Penal y Criminología*, A. BERISTAIN, Tecnos, 1986; la cita está en la p. 107 y la propuesta se desarrolla en el cap. IV pp. 103 a 123.

8.- A. BERISTAIN, *opus cit.*: pp. 110, 115 y 118.

9.- J. L. MANZANARES: “La ejecución conforme al sistema de individualización científica” en *Comentarios a la legislación penal*, T. VI, vol. 2, Madrid, 1986, p. 1.041, e *Individualización científica y Libertad Condicional*, Madrid, 1984, pp. 163 y ss.

representar como normalidad las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, para su reproducción material e ideológica”¹⁰.

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”¹¹. 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.

IV. 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”¹².

El castigo a los detentadores de estas subculturas urbanas es injusto e inútil y su victimización 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”¹³ no será posible prescindir ni siquiera de la prisión de máxima seguridad para delincuentes que no son precisa-

10.- Alessandro BARATTA: “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della lege penal” (en *Il diritto penale minimo. La questione criminale tariduzionismo e abolizionismo. Dei delitti e delle pene*, ano III, n.º 3) p. 443.

11.- TOCQUEVILLE: *Oeuvres complètes*, Tome IV, vol. I, Ed. Perrot, París Gallinard, 1984, p. 176.

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

13.- I. MUÑAGORRI LAGUIA: “Tecnología de la irrealidad, cárceles de máxima seguridad, incomunicabilidad y sublimación autoritaria”, en *Homenaje al Prof. Beristain*, pp. 1.095 y ss.

mente gestores de una subcultura alternativa o desviada, y es dudoso que quisieran, en uso de su derecho, ser sometidos a instancias clínicas ni pedagógicas.

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 ideológicas 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 idénticos¹⁴ y además son distintos en sus génesis proyectivas.

Sí, 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 terrorista¹⁵.

V. CONCLUSION

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 Valencia¹⁶, la reforma penitenciaria de 1979 se hizo sin haber abolido el Código Penal del antiguo régimen¹⁷. Quizás no se pudo ir más lejos porque no existían con-

14.- Antonio BERISTAIN: "Los límites del perdón". Artículo publicado en *El Diario Vasco* de San Sebastián, 14 de junio de 1992.

15.- En el libro colecta de Gonzalo MARTINEZ 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. Quizás 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...".

16.- Luis GONZALEZ GUITIAN: "Sagra, Montesinos y Engels" en *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, pp. 1.083.

17.- Aventura legislativa quizás necesaria y gestada en la voluntad neorregeneracionista de la transición, como viene a decir la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley General Penitenciaria que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes n.º 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

diciones políticas para ello: pero desde luego, no era la voluntad —ni siquiera remota— del legislador la supresión de la institución carcelaria¹⁸.

Catorce 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. Véase también cómo los vendavales domésticos han agostado la imprescindible reforma penal. Seguiremos teniendo cárceles para rato.

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 último, frustrado por la última disolución de las Cortes Generales, las diferencias sobre la sustitución de penas son sensibles, parece que, al menos, se abre paso un sano excepticismo sobre la eficacia de la prisión y se vislumbran mecanismos para evitar el castigo desocializador, —extensión de la gama de sanciones económicas, “probation”, libertad condicional prevista también para 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.

La culminación de un nuevo Código Penal sería el requisito imprescindible y previo para acometer la reforma de la legislación penitenciaria. Esta precedencia parece también deducirse del epígrafe VII.4 del Informe del Consejo General del Poder Judicial al último Anteproyecto de Código Penal cuando dice: “La regulación de la pena de prisión precisa, como necesario complemento, algunas reformas en la Ley Orgánica General Penitenciaria...”. Seguramente que mucho más que un remiendo para que la Ley Penitenciaria no sea un tratado de represalia y estigmatización.

en un contexto general de renovación de nuestra legislación, del que cabe destacar muy especialmente las reformas 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, sustitutivos penales, extensión de la remisión condicional de la pena y de la libertad condicional e instituciones análogas...”.

18.- Carlos GARCIA VALDES: *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 21. También Enrique GIMBERNAT ORDEIG, en el Prólogo a esta obra, p. 11.

PROLOGO DE LARDIZABAL

I. Nada interesa mas á una nacion, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitucion y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar á su entera perfeccion la legislacion criminal.

II. Las pasiones siempre vivas de los hombres, y la malicia infinitamente variable, que encierra en sus profundos y tortuosos senos el corazon humano, producen naturalmente la perfidia, el dolo, las disensiones, la injusticia, la violencia, la opresion, y todos los demas vicios y delitos, que al paso que perturban el sosiego y seguridad de los particulares, tienen en una continua agitacion y peligro á la república.

III. Contener, ó prevenir estos malos efectos : encadenar la fuerza y la violencia con lazos suaves, pero fuertes : sujetar las voluntades de los hombres sin perjudicar su justa libertad : conciliar el interes comun de la sociedad con los derechos particulares de los ciudadanos : combinarlos de suerte, que no se destruyan mutuamente con su oposicion: dirigir y manejar con destreza las pasiones de los hombres, haciéndolas servir tambien, si fuere necesario, al bien público, son los verdaderos objetos y el noble fin de toda legislacion criminal.

Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782.