

REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal 950

Este estudio, sustancialmente estadístico y no del todo preciso, me hace cavilar con optimismo que no sólo los acontecimientos del ayer, sino los tristes y lamentables sucesos del ahora (década de los ochenta, particularmente 1985), nos indican que el resurgimiento del auténtico cooperativismo disfruta, en nuestra patria, de una inmejorable coyuntura.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

DERECHO PENAL

MIR PUIG, Carlos, "La prisión abierta", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XXXVIII, fascículo III, septiembre-diciembre de 1985, pp. 767-806.

Esta institución de la prisión abierta, modalidad que nuestro ordenamiento penal contempla, existe en España a raíz de la nueva Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y del Reglamento Penitenciario (real decreto 1.201/981 del 8 de mayo de 1980). Ambas utilizan la denominación "establecimiento de régimen abierto", término explicativo del sistema de que se trata, ya que se sigue considerando la extinción de una pena, donde "los muros de la prisión clásica son reemplazados por los muros de la conciencia del interno" (p. 768). Es un establecimiento de mínima seguridad, donde el sujeto sigue preso porque no quiere evadirse, no porque no pueda hacerlo.

La prisión abierta nos dice el autor, constituye una alternativa a la prisión clásica para ciertos sentenciados, porque se requiere de éstos madurez y buena conducta. Es un intento serio y verdadero de hacer de la prisión una institución resocializadora, donde no caben ya las viejas ideas de retribución, venganza o expiación de las culpas. La individualización de la pena es otra de las aspiraciones que sí pueden lograrse a través de esta modalidad, ya que el sujeto elegido para cumplir su condena en un establecimiento de éstos, ve depositada en él la confianza de la sociedad, hasta el grado en que su prisión no tiene muros, rejas, ni policías armados. No es un regalo, sino un tratamiento basado en la confianza, que se otorga después de valorar una serie de requisitos que deberán existir; por ejemplo, tener sumisión voluntaria a la disciplina de la prisión. La experiencia ha demostrado que quienes mejor responden a este régimen son los reclusos de edad madura, los casados, o los que tienen elevadas responsabilidades.

La prisión abierta puede destinarse para cumplir condenas inmediatamente después de dictada ésta, o puede ser el último eslabón del régimen progresivo, como es el caso de nuestro país (*cf.* artículo 8 de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados). Al respecto, el profesor catalán refiere que para la mayoría de los países la prisión abierta es un instituto de prelibertad, vista todavía con recelo y destinada a personas que han pasado ya por los establecimientos tradicionales, sin que necesariamente deba ser así, ya que es factible su aplicación directa a los sentenciados.

Es muy importante para obtener buenos resultados, el que se haga una buena selección de los condenados, atendiendo a su aptitud para desenvolverse en una prisión abierta, como guardián de sí mismo, sin evadirse, así como la prontitud con que ella se realice.

Enseguida hace el autor amplios comentarios respecto a la nueva legislación española, y entre ellos es llamativo el que se refiere al trabajo penitenciario, que es considerado en la actual legislación penitenciaria española como "una actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, es decir, a hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal" (p. 791). El trabajo dejó de ser una pena en sí mismo, o sustitutivo de determinadas penas, o elemento esencial en la ejecución de las penas privativas de libertad, para ser considerado "integrante del trabajo en general y de la economía nacional". El interno tiene el deber de trabajar, y le es jurídicamente exigible, de acuerdo con el artículo 29.1 de la ley penitenciaria que establece lo siguiente: todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales. Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar en su caso, de los beneficios penitenciarios: *a)* los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta; *b)* los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos; *c)* los mayores de 65 años; *d)* los perceptores de prestaciones por jubilación; *e)* las mujeres embarazadas durante las 6 semanas anteriores a la fecha prevista para el parto y las 8 posteriores al alumbramiento; *f)* los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor.

El régimen abierto implica la idea de trabajo al exterior, así que el contrato de trabajo entre el interno y la empresa particular que le contrate, se regulará de acuerdo con la legislación laboral común.

Una institución sumamente llamativa la de la prisión abierta, sin duda.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "El derecho penal en España entre 1975 y 1980", *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Caracas, núm. 8, 1978-1983, pp. 175-197.

Como se advierte desde el título, el trabajo comenta el proceso que llevó a legislar un proyecto de reformas del Código Penal español, mismo que da el gran paso entre el fin de la dictadura franquista y la democracia. El 15 de junio de 1977 se celebraron las primeras elecciones generales después de 40 años de régimen dictatorial, y aunque en 1980 el autor afirmó que no se había conseguido todavía una convivencia democrática, mucho se había ya logrado en materia de libertades políticas, contando para ello con una nueva constitución.

Entre las inevitables consecuencias de la mudanza a un régimen de apertura, están los comentarios de los renuentes a todo cambio, quienes se encargan de hacer desmedida publicidad a los hechos de alteración del orden público, problema que durante la época franquista también se presentaba, sólo que se mantenía oculto; y sin que olvidemos que a ello contribuyó también la actitud represiva policíaca que tuvo la dictadura para con los disidentes políticos. La práctica de suspensión de garantías, el retirar o no conceder pasaportes para los contrarios al régimen, los juicios políticos a través de un tribunal especial imponiendo penas de multa, eran algo común para los residentes españoles de entonces. La situación actual enfrenta problemas de crisis económica, inflación, los actos terroristas que exceden ya de la región vasca, los cambios en otros terrenos como el social, la participación política y desde luego el que nos importa aquí, en el poder punitivo del Estado.

Una nueva situación comenzó con la supresión del Tribunal de Orden Público y la Ley de Orden Público. Ambas instituciones eran contrarias al Estado democrático de derecho que se pretendía instaurar, porque con base en dicha ley, el incumplimiento de multas administrativas acarrearba privación de libertad hasta por tres meses, y el Tribunal había venido ocupándose de la represión de la delincuencia política.

En 1977 el Código Penal se vio seleccionado entre las primeras leyes a reformar, y de común acuerdo entre los participantes en la vida política española se hicieron modificaciones en el área penal, básicamente respecto de la huelga y los juegos ilícitos, que de esta forma dejaban de ser considerados delitos, modificóse la edad de la mujer en los delitos de estupro y raptó, se tipificó el delito de tortura y se suprimieron los delitos de reunión y asociación.

Después de frecuentes debates surgió una idea diferente: se hacía necesario un nuevo código punitivo que regulara la nueva realidad so-

cial que vivía el país. Para ello, en abril de 1978 el Ministerio de Justicia designó una comisión encargada de redactar un anteproyecto de Código Penal. El texto completo fue entregado al citado ministerio en marzo de 1979, misma época en que tuvieron lugar las elecciones parlamentarias, hecho que veremos fue determinante en la suerte del anteproyecto. Se eligió un nuevo ministro de justicia, quien rehusó dar a conocer el trabajo, seguramente porque fue resultado de un trabajo de autores de diferentes corrientes políticas, que introducía instituciones progresistas en materia de aborto, delitos económicos y duración de las penas privativas de libertad, mismas que no iban a ser bien recibidas por el grupo gobernante, menos aún presentarlo como propio.

Meses después se dio a conocer lo que llamaron proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, que se basó en aquel anteproyecto pero con sustanciales cambios, y prueba de ello es el análisis que de él hace el profesor Muñoz Conde, enfocando la atención en dos principios fundamentales: el de intervención mínima y el de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. Ambos son los principios fundamentales del derecho penal moderno, y del primero podemos decir que refleja una preocupación fundamental de la política criminal actual, consistente en dejar a esta rama del derecho una función subsidiaria. Este principio no es tomado en cuenta por el proyecto, ya que sigue penalizando el escándalo público, en forma de tipo abierto en el que caben todas las conductas contrarias a la moral oficial, y además sigue condenando el aborto provocado, olvidando que el derecho penal no es la solución al problema. Su prohibición tiene efectos negativos ya que lejos de disuadir a las mujeres las envía con personal no capacitado para realizarlo en forma clandestina.

El proyecto puede calificarse de progresivo en cuanto a que contempla la existencia de un título dedicado a los delitos económicos, protegiendo de esta forma bienes realmente importantes para la comunidad. En materia de autoría se introduce una fracción que permite el castigo para quienes actúan en nombre y representación de una persona jurídica que no es responsable. Con referencia al catálogo de penas, éste se reduce a penas privativas de libertad (la pena de prisión va de seis meses a veinte años, y el arresto desde 1 a 24 fines de semana), privativas de derechos, y multa. La novedad para todos —incluidos los encargados de su aplicación— es el arresto de fin de semana, por ser una sanción extraña a lo legislado con anterioridad. El proyecto impone las penas privativas de libertad a partir de los seis meses, y en su defecto impone arrestos de fin de semana, con la idea de evitar la estancia en la prisión por un tiempo corto. Las penas mayores de seis meses de

prisión, e igualmente la suspensión de la condena, pueden ser sustituidas por multa. Otro avance consiste en haber eliminado los supuestos de peligrosidad predelictual, y dispone únicamente aplicar medidas a los casos de peligrosidad posdelictual comprobada, adjunta o alternativamente con la pena.

Ya para finalizar, respecto de los menores, se reduce la mayoría de edad penal a los 15 años, y podrán imponérseles sanciones del tipo de medidas rehabilitadoras de hasta diez años. Volvemos a insistir en que con la idea "rehabilitadora" de las medidas se quiere encubrir su verdadera función de control social; el resultado es el mismo: segregar a la persona de la comunidad y privarle de su libertad deambulatoria.

En resumen, el proyecto de Código Penal pudo ser mejor del que en estos momentos se tiene, de haberse matenido separados la política partidista y el sistema punitivo, ya que esa última parte del proyecto contradice el carácter progresivo y humanitario esperado de un código punitivo de fines del siglo XX.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

OUVIÑA, Guillermo J., "Indagación sobre la pena", *Boletín Informativo del Instituto de Derecho Penal de la Universidad Nacional de La Plata*, La Plata, núm. 6, s/a, pp. 31-45.

El artículo de que ahora nos ocupamos gira alrededor de dos interrogantes, la razón por la que una persona debe sufrir un mal, consecuencia del que ella causó primero, y el porqué la suma de ambos males es un bien y no un mal. Al indagar sobre la motivación de la pena que se impone a quien ha delinquido, hace un análisis histórico de la evolución del delito y de la pena, encontrando como primer fundamento la idea de venganza. Era difícil en esa época distinguir al criminal de la víctima, y del verdugo. La venganza, de la que el autor dice que "es una compulsión del ánimo de quien padece el dolor del delito", no tiene razones, y por lo tanto no debe servir para justificar la imposición de una pena. El delito dejaba ya de ser una simple fuente de obligaciones civiles, que otorgaba a la víctima o a sus herederos la acción inherente al acreedor, para transformarse en un hecho punible a través del cual quedaban relacionados patrimonialmente el autor del hecho y su víctima. El sujeto activo del delito era merecedor de la pena aun en el

supuesto de que el acreedor renunciara a la sanción civil. El delito no era aún la acción típica, antijurídica y culpable, sino una ilicitud ejecutada a sabiendas con intención de dañar a la persona o derechos de otro, así que quien cometía un delito estaba sujeto al deber de reparar sus daños y perjuicios.

No se conoce la fecha del nacimiento de la pena asociada al delito, sólo sabemos que es bastante avanzada. Lo realmente importante es conocer si estaba sustentada en un sentimiento o en una razón.

La segunda época que el autor aborda es la época de la pena de expiación, sosteniendo la íntima vinculación ontológica entre la persona y su acto, "y a través de tal puente hace transitar la pena, desde el criminal que la padece hasta el acto que purifica", para concluir que al igual que la pasión vindicativa, las fantasías purificadoras de la reparación expiacionista no justifican la imposición de una pena.

Como tercera etapa en el desarrollo encontramos la pena como reflejo del crimen, la fórmula talional.

La pena debe ser consecuencia del crimen y así aparece en los modernos sistemas penales no autoritarios bajo el apotegma *nulla poena sine crimen*. Sin embargo, la pena como reflejo puede pecar por exceso o por defecto, y presentarse como si se tratara de un crimen inverso donde la víctima sea el penado y la contraofensiva la emprenda el verdugo porque el Estado ha sustituido al ofendido.

Por último tenemos a la pena como advertencia, donde aparece como un mensaje destinado a todos los habitantes, cuyo contenido tiene la funcionalidad de las promesas. Es un instrumento político que intenta proteger bienes jurídicos, evitando la comisión de crímenes que atenten contra ellos. "Habrá pena allí donde los habitantes sepan que sólo los delitos son hechos punibles, lo que importa tanto sentir temor porque el Estado puede penarlo, como seguridad de que no habrá de desamparar a los inocentes".

El artículo concluye respondiendo a las interrogantes afirmando que la pena es un bien; su objetivo es disuadir de la comisión de delitos, pero si no cumple con dicha función, la pena se aplica para ejemplo de los restantes miembros de la comunidad. La pena aparece en dos tiempos: en un plano abstracto como amenaza, y en un plano ejecutivo, como cumplimiento de una sanción. Si la pena no se aplicara, el Estado estaría dejando desprotegidas a las víctimas, y el que la padezca sentirá el efecto disuasivo, para actos futuros (efectos preventivo general y especial).