

ANTONIO BERISTAIN IPÍÑA

Catedrático de Derecho Penal.

Miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología.

San Sebastián.

**Un derecho fundamental de la persona todavía no
suficientemente reconocido: el derecho al perdón**

SUMARIO

1. DEDICATORIA.
2. UN NOMBRE NUEVO PARA UN DERECHO VIEJO.
3. ENFRENTAMIENTO SOCIOLOGICO ANTE LA REINSERCIÓN SOCIAL.
4. SOLUCION TEORICA: NECESIDAD DE LA SANCION Y DEL PERDON.
 - 4.1. Especiales motivos del perdón.
 - 4.2. Declaración Universal de 1948.
5. SOLUCION PRACTICA: EL PERDON EN LAS NORMAS DE LOS CONTROLES SOCIALES.
 - 5.1. Legislación policial y Código penal.
 - 5.2. Individualización judicial y procesal: *favor rei*.
 - 5.3. Beneficios penitenciarios y posteriores.
6. MODIFICACION DE LA DECLARACION UNIVERSAL DE 1948.

1. DEDICATORIA

Al catedrático Dr. José Antonio Sáinz Cantero, profesor y amigo incondicional, en agradecimiento por sus lecciones magistrales y su entrega generosa:

- en favor de una amplia viabilidad de la humana reinserción del delincuente en la sociedad,

- en favor de la asistencia a la víctima-individuo y a la víctima-grupo (“delito-masa”) de la criminalidad, no sólo a la víctima consumidor frente al fraude de alimentos,

- por su estima y conocimiento de las escuelas y personalidades hispanas que, desde siglos ha, vienen contribuyendo a la elaboración de la magna carta de la libertad que es nuestra ciencia y nuestro arte jurídico penal,

- en pro de los Institutos de Criminología “donde los haya”, de la investigación criminológica y de la docencia,

- para eliminar radicalmente la culpabilidad-responsabilidad objetiva, respetando la no exigibilidad de otra conducta,

- para introducir en nuestro ordenamiento penal el arresto de fin de semana y otras diversas sanciones sustitutivas de la privación de libertad,

— en su método de auscultar y colaborar al profundo cambio espiritual del hombre en lo que se refiere al delito y a los modos de reaccionar contra él,

— por la importante tarea que atribuye a las Comunidades Autónomas en la planificación y organización de las leyes de la Política criminal de hoy,

— por su epistemología ontológica de los problemas más allá de la ideología neokantiana, con cuidada atención a la naturaleza de las cosas, a la realidad del ser social,

— en su lucha intelectual por subrayar e intensificar la dimensión preventiva *versus* la represiva en el Derecho penal mirando a nuestro futuro inmediato.

2. UN NOMBRE NUEVO PARA UN DERECHO VIEJO

Diógenes con su candil encendido en su mano buscaba un hombre. Ahora yo no busco a un hombre. Busco algo más sencillo. Algo que creo existe ya entre nosotros, pero se oculta o permanece anónimo. Busco su nombre. Nada más y nada menos.

Encontrar o crear un nombre parece tarea fácil; pero, como explica Platón en su diálogo Crátilo, casi siempre resulta difícil. Así como la acción de tejer y otras actividades artesanales logran el resultado apetecido a través de un instrumento, de un artesano que lo emplea y de un fabricante que lo construye; de modo semejante, dice el filósofo griego, la acción de nombrar alcanza su meta a través de un instrumento —el nombre—, de un artesano —el dialéctico, el enseñante—, y de un fabricante —el legislador o nominador—. “El nombre es un cierto instrumento para enseñar y distinguir la esencia, como la lanzadera lo es

del tejido" (Platón, *Crátilo*, 388 c). La obra del legislador es "construir el nombre bajo la dirección del dialéctico", del enseñante, del investigador, del dialogante... (*Crátilo*, 390 d) (1).

Buscamos, pues, un nombre para un derecho que probablemente existe ya —desde hace siglos—, pero todavía no ha encontrado (o ha olvidado) su verdadero nombre, su renombre o su reconocimiento que merece a la luz de su esencia y a la luz de la esencia del hombre: el derecho al perdón, o el derecho a la conciliación generosa.

Para llegar a la conclusión deseada hemos de confrontar inicialmente la tesis de la sanción justa *versus* la gracia, después expondremos los motivos racionales y metarracionales, jurídicos y metajurídicos en favor de nuestra postura indulgente, y la desarrollaremos comentando algunos textos supranacionales y estatales así como algunos usos legales y supralegales que acogen el perdón policial, penal, procesal, penitenciario, y postpenitenciario; finalmente podremos concluir una proclamación más clara y eficaz del derecho fundamental al perdón.

En pocas palabras, deseamos caer en la cuenta de que como condensadamente escribió Sáinz Cantero (2): una Política criminal exclusivamente represiva está abocada al más completo fracaso y se encharca en la injusticia.

Ni la conciliación ni el perdón han estado ausentes en la historia del Derecho penal. Baste recordar,

(1) Platón, *Diálogos*, T. II, traducción J.L. Calvo, ed. Gredos, Madrid, 1983, pp. 339 ss.

(2) José Antonio Sáinz Cantero, "Criminología de los fraudes de alimentos", en *Estudios Penales y Criminológicos VI*, Ed. Universidad, Santiago de Compostela, 1983, p. 285.

por ejemplo, los antecedentes de la conciliación en España y en América Latina (3), o si subimos a América del Norte encontramos ampliamente extendida la *diversión*, la no-intervención, la *Plea-bargaining* como compromiso que puede abocar a tres soluciones: una sentencia menos severa de lo que exigiría la justicia estricta, un compromiso mutuo y, en otros supuestos, un relativo perdón (4). Ahora, en estas páginas queremos actualizar e intensificar estas instituciones de generosidad solidaria, sin caer en el extremo contrario (a veces) de ceder la toga a las armas, contra la acertada petición ciceroniana de que la fuerza se someta a la autoridad judicial, “cedant arma togae”. El control judicial-penal es necesario en la sociedad de personas para defender a las víctimas frente a la violencia y/o la astucia (5).

3. ENFRENTAMIENTO SOCIOLOGICO ANTE LA REINSENCION SOCIAL

El derecho al perdón como derecho fundamental de todas las personas y, por tanto, también de las autoras de faltas, de delitos y de crímenes graves, no está formulado expresamente en ninguna de las Declaraciones ni de los Pactos Internacionales, pero, según nuestra opinión y como se desprende de las consideraciones que exponremos ahora, debe reconocerse este derecho teórica y eficazmente, a nivel universal, nacional y local.

(3) Hein Kötz y Reynald Ottenhof, *Les conciliateurs. La conciliation. Une etude comparative*, Economica, Paris, 1983, pp. 176 ss.

(4) M. Cherif Bassiouni, *Criminal Law and its processes*. The Law of Public Order, Charles C Thomas, Springfield, Illinois, 1969, p. 459.

(5) Eduardo Correia, “As Grandes Linhas da Reforma Penal”, en *Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, p. 21.

Muchos estudios sociológico-jurídicos, muchos textos y usos legales, muchas prácticas jurídicas y extra-jurídicas brindan apoyaduras suficientes para que tal derecho se coloque junto a otros derechos fundamentales consagrados en nuestras Constituciones y en nuestra convivencia.

No pocas personas ante la criminalidad de algunos drogadictos, ante la inseguridad ciudadana, ante el terrorismo y la tortura, reaccionan con talante unidimensionalmente vindicativo por múltiples factores individuales y sociales, presentes e históricos, aprendidos y heredados; muchas personas auscultan y aplican o desean se apliquen a los infractores las respuestas jurídicas en sentido represivo, punitivo, sin excepción.

Así, quien leyendo *La lucha por el derecho*, de Rudolf von Jhering, escribiera: "El prototipo del *homo juridicus*, del hombre cuyo *pathos* dominante es la realización del derecho, de la justicia, es el de un hombre dispuesto a luchar por sus derechos y, a través de ellos, por el derecho. No es digno de alabanza, desde este punto de vista, aquél que cede en sus derechos, aquél que perdona las ofensas, sino aquél que lucha tenazmente por el respeto de lo suyo y por la justa sanción de los ofensores, porque esto es lo mejor, no sólo para él, sino también para el orden y el desarrollo saludable de la propia sociedad" (6). De modo parecido el catedrático V. Lamsdorff rechaza, con argumentos para él concluyentes, la presunción de inocencia, y pide que, contra la que se formula en varias Constituciones estatales, se presuma la culpabilidad del acusado (7).

(6) Cfr. J. Delgado Pinto, "El derecho como fuente de agresión...", en *Agresividad*, Salamanca, 1980, p. 108.

(7) V. Lamsdorff, "Presunción de inocencia y legítima defensa", en *Tapia*, Año V, núm. 28 (junio 1986), pp. 2 y 27.

Con semejante rigor desean se responda a la criminalidad muchas personas en Euskadi y fuera de Euskadi.

Parece oportuno, hoy y aquí, recordar brevemente un problema bicéfalo, un enfrentamiento en nuestra sociedad española contemporánea. En los tres últimos años 1983-86 algo más de 150 miembros de ETA se han acogido a la reinserción que establece el artículo 6 de la Ley de Bandas armadas y terroristas, de 1984 (8). Por otra parte, simultáneamente han sido absueltas diversas personas de la policía, de la guardia civil, etc., acusadas del delito de tortura con pruebas que (según algunos medios de comunicación) deben considerarse convincentes.

En España (9) gran parte de los medios de comunicación se han manifestado en sentido positivo, tanto respecto a la amnistía general tan amplia que se concedió a los condenados de ETA en 1977, como respecto a la posibilidad de reintegración social de la ley de 1984.

El día 17 de abril de 1986 salía de la cárcel de Nanclares de Oca (Alava) el eibarres Trokaola, tras haber sido indultado el día 11 de abril de 1986 por el Consejo de Ministros. Jesús Trokaola, de 56 años, se acogió a las medidas de reinserción social. Ha cumplido más de cuatro años de reclusión, de los 28 años a que fue condenado por la Audiencia Nacional, acusado de encubrimiento a dos miembros de ETA mili-

(8) Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de Bandas Armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución (BOE de 3 de enero de 1985).

(9) Miguel Bajo, "Mútua interacção entre ciências jurídicas e criminológicas, opinião pública e Direito positivo face à execução das penas de prisão", en *Documentação e Direito Comparado*, nº 13, Lisboa, 1983, p. 134.

tar que cometieron un atentado (mortal?) en Marquina.

Ante esta indulgente postura de la administración de justicia brotan quejas diversas y opuestas, como aparecen, por ejemplo, en algunos artículos de fondo de varios periódicos y en las Cartas al Director, como la publicada en *El País* del 21 de abril de 1986, firmada por Gregorio Martínez, de Almería, donde entre otras cosas dice: "Para terminar, sólo añadir que de los dos aspectos de la pena (disuasión-reinserción) es precisamente el primero el que es más aplicable a los terroristas, ya que su situación delictiva ha sido voluntariamente elegida".

De modo semejante, en el ABC del 29 de abril del 86, el jurista Ramón Hermosilla escribe: "Las raíces del terrorismo no se encuentran en los alegatos ideológicos... Sus raíces se hunden solamente en el fango de la bestialidad superviviente que la Humanidad y la civilización no han podido exterminar, y cuya desaparición es exigida, sin embargo, como requisito indispensable de progreso y de legítima defensa. Acariciar el lomo de una bestia de carga que sólo reacciona ante el látigo del arriero, con un libro de Aristóteles o de Platón, es improcedente. La ley Antiterrorista, la filosofía de la recuperación del delincuente por los medios hoy establecidos y ofrecidos, el propósito de reinserción social del arrepentido, lo mismo si se fundamentan en la amenaza como en el castigo, o en el perdón, o en la generosidad, no tienen virtualidad ni eficacia; esto es, no sirven. Las leyes y el derecho son, para el terrorista, como las margaritas para los puercos... Lo que debe hacerse es modificar contundentemente las leyes. O crear otras nuevas que consideren el fenómeno tal como es... En suma, que se vea al terrorista como lo que es: el antroipoide superviviente, el paleolítico apenas diferenciado del gorila".

Otros, en cambio, protestan porque no se indulta de manera similar a los delincuentes comunes, y especialmente a los delincuentes en el mundo de la drogadicción. Similares (no idénticas) (10) críticas brotan desde el polo opuesto (y aparecen en la prensa de otra orientación política) cuando comentan negativamente las sentencias absolutorias a personas como el policía comisario Ballesteros, absuelto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a finales de abril de 1986 (11).

Frente a quienes adoptan posturas tan tajantes contra estas "libertades" judiciales debemos reflexionar y saber que múltiples formas de gracia han existido siempre a lo largo de la Historia, y existen y deben existir en todos los campos de los controles sociales a lo largo del *iter* represivo: policial, judicial, penitenciario y postpenitenciario. Además, la diversidad genotípica y fenotípica de algunos delincuentes exige distintas formas o calidades de gracia. No olvidemos que la personalidad de los terroristas por una parte, y de los torturadores por otra, muestra rasgos diferenciales respecto a la mayoría de los delincuentes comunes. Estos "pobres diablos" han evidenciado a los especialistas de la moderna Política criminal la urgente necesidad de distinguir la delincuencia de bagatela frente a la criminalidad no-convencional, para despenalizar más y con más generosidad a los delincuentes comunes (12).

(10) Los hechos y las circunstancias del terrorista y del torturador difieren en muchos aspectos aunque coinciden en muchos otros.

(11) Perfecto Andrés Ibáñez, "Razones de la jurisprudencia y 'razón' de Estado", en *El País*, viernes, 2 de mayo de 1986, p. 20.

(12) J.A. Sáinz Cantero, "La enseñanza del Derecho penal y la Criminología a través del análisis de causas penales", en *Estudios penales y Criminológicos VIII*, Publ. Universidad, Santiago de Compostela, 1985, pp. 294 ss.

4. SOLUCION TEORICA: NECESIDAD DE LA SANCION Y DEL PERDON

La historia sociológica y la filosofía jurídica enseñan que sin sanciones penales resulta imposible la convivencia, al menos en los tiempos históricamente conocidos y en la actualidad. Quizás, y ojalá, las próximas generaciones puedan prescindir de la sanción penal. Nuestra generación no puede evitar las penas como respuesta a ciertos delitos. Hace ya siglos Platón, en su *Gorgias*, repite con diversas matizaciones: “el que ha sido injusto e impío debe ir a la cárcel de la expiación y del castigo que llaman Tártaro”, *Gorgias* 523 b.; “si alguno se hace malo en alguna cosa, debe ser castigado y satisfacer la culpa por medio del castigo”, (*Gorgias* 527 b).

En el mismo sentido se expresan posteriormente multitud de penalistas en todos los tiempos y lugares. Entre nosotros Manuel de Lardizábal y Uribe, Dorado Montero, Jerónimo Montes, Jiménez de Asúa, José Antón Oneca, Juan del Rosal, Julián Pereda, etc. Acertadamente indicó Sáinz Cantero que a veces conviene dar una amplia publicidad a los procesos judiciales y a las condenas de sus autores con objeto de establecer un cuadro de valores que destaque el contenido criminal de las acciones tipificadas, y convenza a los ciudadanos de la necesidad de sus castigos mediante sanciones criminales (13).

Sin embargo, esta necesidad de defendernos sancionando no significa que los criterios punitivos deban aplicarse siempre al pie de la letra. Todavía más, creemos necesario afirmar que los principios básicos

(13) J.A. Sáinz Cantero, “Criminología de los fraudes de alimentos”, en *Estudios penales y criminológicos VI*, Publ. Universidad, Santiago de Compostela, 1983, pp. 287 s.

represivos de los controles sociales admiten y *deben admitir excepciones y formas de gracia* en todos sus estratos. Lo contrario, el exigir que se apliquen sin dar cierta entrada al perdón, a la generosidad, a la indulgencia, sería suma injusticia como lo declararon hace más de XX siglos los romanos en su adagio "*summum ius summa injuria*".

4.1. Especiales motivos del perdón

Múltiples *motivos* pueden aducirse para que los criterios punitivos admitan excepciones en todos sus campos y especialmente en el policial, el procesal y el carcelario. Ahora, me limito a esbozar algunos criterios generales.

Las leyes (y más si están sistematizadas en Códigos) penales nunca son actuales en el pleno sentido de la palabra, y nunca describen —tipifican— exactamente el caso concreto. Todos comprendemos que las normas vigentes se elaboran y aprueban en tiempos pasados y con fórmulas generales. Lógicamente, siempre en cada caso concreto resulta necesaria una interpretación progresiva, como reconoce el art. 3.1. del Código Civil. Esta pauta heurística, con cierta frecuencia, exige el perdón para evitar una flagrante injusticia.

Mérito de la Criminología crítica ha sido desvelar la parcialidad de la mayoría de las leyes ya desde su proceso de elaboración y después en el momento de ponerlas en práctica pues sus autores y principales ejecutores pertenecen generalmente a un determinado *status* social, económico, ideológico, etc., no neutral. A la cárcel van a parar casi únicamente los "pobres diablos" que no tienen dónde caerse muertos. La moderna ciencia penitenciaria y la moderna episte-

mología tienen todavía mucho que investigar y corregir en este aspecto (14).

Las normas penales, como todas las instituciones humanas, adolecen de finitud y de “culpabilidad” (Paul Ricoeur). Nunca logran la plena madurez, objetividad e imparcialidad; nunca arriban a la cumbre. Estas limitaciones y “suciedades” inherentes en muchos aspectos de creación y aplicación de la ley lleva a que, muchas veces, el remedio sea peor que la enfermedad, si no lo corrige el perdón, si no se evita el paso al acto de la norma punitiva.

Si profundizamos un poco en la sustancia convivencial (más allá de las limitaciones externas formales) encontramos que la solidaridad de todos los ciudadanos miembros de la gran familia humana descubre que, cuando un delincuente infringe la ley, con él la infringimos, más o menos, todos los ciudadanos. Nadie tiene las manos sin mancharse de sangre fratricida.

Como dice Dorado Montero (15), el ambiente social en que vivimos es mucho menos sano y perfecto de lo que probablemente pudiera ser y de lo que sería de desear que fuese. Si se exceptúa un puñado, bien reducido por cierto, de hombres de gran superioridad moral... los restantes, es decir, la casi totalidad de ellos ha alcanzado todavía a estas horas un nivel moral bien poco elevado... Piénsese, por ejemplo, en el ansia de mando, de “ser algo” y de “figurar”, que

(14) Mariano Corbi, *La necesaria relatividad cultural de los sistemas de valores humanos: mitologías, ideologías, ontologías y formaciones religiosas*. Análisis Epistemológicos de las configuraciones axiológicas humanas, Ed. Univ. Salamanca, Inst. Científico Interdisciplinar de Barcelona, Salamanca, 1983, pp. 234 ss., 378 ss.

(15) P. Dorado Montero, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Sucesores de M. Soler, Editores, Barcelona, 1902, pp. 19 y ss.

a casi todo el mundo domina; téngase en cuenta cuáles sean los propósitos a que de ordinario se hace servir el ejercicio de todo poder y autoridad, y no se olvide la carencia de escrúpulos que acompaña a eso que hoy se denomina *arribismo*...

De donde claramente resulta que, de hecho, todo el mundo somos inmorales e injustos, y por consecuencia delincuentes, autores de injusticias sociales; aunque unos lo seamos en mayor proporción que otros.

Bellamente lo muestra Gibran Khalil Gibran en "*El Profeta*" cuando escribe:

"Igual que el santo y el justo no pueden elevarse más arriba de lo que hay de más elevado en vosotros,
igual el perverso y el débil no pueden caer más abajo de lo que hay de más bajo en vosotros.

Y de la misma manera que una sola hoja no puede ponerse amarilla sin el silencioso consentimiento de todo el árbol,

así el malhechor no podrá hacer el mal sin el consentimiento secreto de todos vosotros.

Y cuando uno de vosotros cae, cae por los que le siguen, pues no les ha prevenido contra la piedra traicionera.

Sí, y cae por los que le preceden, que, aunque de pies más rápidos y seguros, no se dieron tiempo para apartar ellos la piedra traicionera" (16).

De modo semejante sentía el poeta Joan Maragall el año 1909:

"¿El corazón no os mueve a ir a solicitar el perdón —se refiere a la petición de indulto— de rodillas, si hace falta, y

(16) Gibran Khalil Gibran, *El Profeta*, Ed. Pomaire, Barcelona, 1976, p. 52 s.

los más ofendidos primero, por estos nuestros hermanos en desamor que por odio querían derribar esta misma ciudad, que nosotros les dejamos abandonada por egoísmo?.

La cuenta está saldada, pues. ¿Y tienen ellos que pagar sólo porque su acción cae bajo un código, cuando nuestra inacción está tan baja que no puede ya caer en parte alguna?.

Id a pedir perdón por ellos a la justicia humana, que será pedirlo por vosotros mismos a la divina, ante la que sois, quizá, más culpables que ellos”.

Podemos recordar ahora la atinada afirmación de Phil Bosmans: “Todo el mundo quiere juzgar, acusar, encontrar responsables” (17). El contexto, o, mejor dicho, la respuesta de Bosmans a esta apetencia de tantas personas puede abrir horizontes nuevos a algunos juristas y criminólogos. Dice así:

“Me asombra la increíble incapacidad de los hombres para ser felices juntos. Para escucharse, comprenderse, amarse. La prensa, la televisión y la radio proporcionan a diario una dosis casi mortal de guerra, violencia, homicidios, estupideces, espectáculos insensatos.

Nos ahogan. Las conferencias, los anuncios, las protestas, las manifestaciones, no parecen hechos capaces de mejorar el mutuo entendimiento. A su modo, cada uno pretende ser un mantenedor de la paz, un profeta de un mundo mejor. Nadie, sin embargo, parece dispuesto a *perdonar*, a *hacer las paces*. Nadie parece decidido a corregirse a sí mismo. Todo el mundo quiere comenzar por los demás... ¿Por qué no probamos, aunque sólo sea una vez, a hacer en nosotros un poco de silencio?...”

Muchos miran al Derecho penal y a la Criminología

(17) Phil Bosmans, *La alegría de vivir*, trad. de P. Juan Bautista Bertrán, Ediciones 29, Barcelona, 1982, pp. 78 y s.

como un instrumento unidimensional para juzgar, acusar y encontrar responsables. Sin embargo, en el fondo, debería verse el Derecho penal y la Criminología como la protección de los criminales, la magna carta de la libertad y el arte de comprender, de perdonar, de solidaridad, de mutua creación.

El perdón brota de (y aboca a) lo más excelso de la persona y de la comunidad porque significa una acción valiente y audaz del hombre maduro, convencido, que prefiere sufrir la injusticia a cometerla.

Quien perdona realiza un acto de libertad. Es libre si puede perdonar y no se deja dominar por la tendencia animal de la venganza. La lógica del odio y la espiral de la violencia se superan y corrigen mediante la generosidad y el perdón, creadores de paz y armonía, desde la nada y desde la injusticia.

Perdonar debe ser un acto concreto, no general. Como el de Xalbador cuando en el frontón de Anoeta de San Sebastián fue abucheado, y sin embargo él contestó: "Txistuak jo dituzute bainan/maite zaituztet orainik!" (Me silbáis y me abucheáis/pero yo os amo entrañablemente)".

Frente al vengador que cierra la puerta a la comunicación y a la participación, el perdonador la abre y crea un futuro de más noble calidad.

Jesucristo, contra lo que algunos piensan, ni fue ni es un vengador sino un redentor, un pastor de ovejas malheridas. No buscó un eterno dualismo de condenados frente a benditos, sino que auguró el Reino de Dios que cubre, perdona y reúne a todas las ovejas de todos los rebaños (18). Su "Padre, perdónales porque no saben lo que hacen" cubría a todos como la

(18) Johannes B. Brantschen, "Verzeihen heisst Zukunft eröffnen", en *Orientierung*, nº 5 (Zürich, 15 marzo 1986), p. 49.

gallina madre cubre a todos sus polluelos. Ensanchó —milagrosamente— la infinita entrañable ternura y misericordia de Yahvé del Antiguo Testamento, que, como afirma el Salmo 102, “Yahvé perdona todas tus culpas, te colma de gracia y de ternura,/cuando hace justicia defiende a todos los oprimidos,/es compasivo y misericordioso,/no nos trata como merecen nuestros pecados/ni nos paga según nuestras culpas./ Como se levanta el cielo sobre la tierra/se levanta su bondad sobre sus fieles;/como dista el oriente del oca-so,/así aleja de nosotros nuestras culpas./Como un padre siente ternura por sus hijos,/siente el Señor ternura (maternal) por todos sus fieles;/porque él conoce nuestra masa,/se acuerda de que somos barro...”

Para terminar este capítulo quiero recordar brevemente lo que Cervantes nos dice refiriéndose a los delincuentes: “Hay que poner los ojos en sus penas y no en sus bellaquerías”, con la glosa de Unamuno a estas palabras: “Oh, mi señor Don Quijote, y cuándo llegaremos a ver en cada galeote, ante todo y sobre todo, un menesteroso, poniendo los ojos en la pena de su maldad y no en otra cosa alguna. Hasta que a la vista del más horrendo crimen no sea la exclamación que nos brote ¡pobre hermano! por el criminal, es que el cristianismo no nos ha calado más adentro que el pellejo del alma”.

Ya que no se puede —ni se debe— sancionar a todos los real y materialmente culpables, hay que admitir cierto perdón también a todos los formalmente culpables.

4.2. Declaración Universal de 1948

El estudio de la evolución progresiva de los diversos textos básicos y no básicos elaborados a lo largo de

los siglos acerca de los derechos humanos patentiza la fuerza dinámica y creadora de la historia humana y nos obliga a esperar que en un mañana próximo serán reconocidos y formulados nuevos derechos de la persona que los textos actuales sólo en germen contienen.

Atinadamente Enomiya-Lassalle (19), después de exponer el avance multisecular desde la conciencia mágica a la conciencia mítica y posteriormente a la mental y de ésta a la nueva conciencia y nueva estructura de percepción, insiste en la necesidad de ordenar e integrar nuestros impulsos todos sin reprimirlos de manera que “al integrar de forma armónica las anteriores estructuras de conciencia, éstas se trascienden, se vuelven transparentes y dejan de ser opresoras. Cuando sucede esto, el camino a la nueva conciencia queda abierto.

Esto que puede tener lugar a nivel individual debe darse también a nivel de pueblos y naciones”.

Desde nuestro punto de vista, en la línea de Enomiya-Lassalle, podemos afirmar que la nueva conciencia propia de nuestro tiempo en el campo de los controles sociales (20) va abriendo el camino para llegar pronto a reconocer solemnemente el derecho al perdón y a la generosidad hacia todos, también hacia los condenados por los tribunales de justicia.

Ahora nos limitamos a hurgar un poco en la Declaración Universal de 1948 para desenterrar algunos gérmenes de estos futuros derechos básicos. Gérmenes que yacen entre líneas, que se repiten y se matizan

(19) Hugo-M. Enomiya-Lassalle, *¿A dónde va el hombre?*, ed. Sal Terrae, Santander, 1982, pp. 132 ss.

(20) E. Correia, “As Grandes Linhas da Reforma Penal”, en *Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, p. 20.

tanto en el Preámbulo como en los diversos artículos: la fraternidad, la justicia y la debilidad.

A la *fraternidad* se refiere ya el Considerando primero cuando mira a todos los ciudadanos “como miembros de la familia humana”. También el art. 1º cuando dice que “Todos los seres humanos... deben comportarse *fraternalmente* los unos con los otros”.

Esta cosmovisión de todas las personas constituyendo solidariamente una familia nos recuerda las consideraciones de algunos penalistas y criminólogos, por ejemplo Dorado Montero, Jescheck, los delegados de los Ayuntamientos franceses, etc. (21). Dorado Montero en sus *Bases para un nuevo Derecho penal* (22) dice: “Es preciso que todos los hombres seamos hermanos de hecho y que nos tratemos como se tratan entre sí los miembros de cada familia. Cada uno de éstos se siente solidario de todos los demás y estima que el bien o el mal que sobre los otros recaiga le afecta a él igualmente sin remedio. Como en la familia es todo común...”.

En toda familia cada uno se siente solidario de todos los demás, también de los “garbanzos negros” que en ningún hogar faltan.

Por lo tanto, si todos formamos una familia, entre todos tejemos el delito... y también entre todos debemos tejer el contrapeso del perdón, sin el cual no cabe ni familia, ni fraternidad.

(21) *Face à la délinquance: prévention, répression, solidarité*, Rapport au Premier Ministre, La documentation Française, Paris, 1983. Germano Greganti, “Tre riflessioni sul tema “Le droghe e la prigione””, en *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Número especial 1982, “La droghe e la prigione”, Roma, 1982, pp. 397 ss.

(22) P. Dorado Montero, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Manuel Soler, Editor, Barcelona, 1902, p. 176.

La justicia, alfa y omega de la Declaración Universal, es una justicia preñada de equidad, de paz, de tolerancia y de amistad. El Considerando primero habla de la justicia y la paz; el art. 23 exige la equidad, mejor dicho, las “condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo...” El art. 26 propone la tolerancia y la amistad como objetivo de la educación que debe recibir toda persona. También el Considerando cuarto se refiere a las “relaciones amistosas”.

Muchos siglos antes Esquilo, al juzgar a Orestes, logra que entren en Atenas las Erinias, pero que cambien su nombre antiguo de Erinias “vengadoras” por el nuevo de las Euménides, las beneficiosas, las protectoras. La justicia de antaño castigaba pero ahora debe proteger. En sentido parecido Francisco Suárez, el “doctor eximio”, hace ya cuatro siglos hablando de la justicia afirmó y comentó con seria argumentación que el sancionar nunca es virtud. En muchos supuestos será obligación del juez imponer una pena. Pero, nunca es virtud. La virtud siempre pide perdonar. Y, como dice Juan Pablo II (23), la misericordia es un elemento esencial indispensable en la justicia de hoy y de mañana.

Jesús en el pasaje evangélico de la adúltera rompe el *iter*, el planteamiento y el método de la justicia humana. Ante la acusación contra la delincuente, Jesús desplaza el problema de su delito, y apela a la conciencia de cada uno y de todos, a la complicidad. Manifiesta comprensión y amor a esta mujer sin caer en la complicidad indulgente respecto a él mismo. Le brinda posibilidad de dialogar, que le habían ne-

(23) Juan Pablo II, Encíclica *Dives in misericordia*. Idem, *La réconciliation et la pénitence dans la mission de l'Eglise d'aujourd'hui*, ed. Cerf, 1984, pp. 40 y ss. Roger Merle, *La pénitence et la peine*, Théologie-Droit Canonique-Droit Pénal, Cerf/Cujas, Paris, 1985, pp. 35 ss.

gado quienes la querían lapidar. Le da confianza en que puede en el futuro hacer el bien y amar. Mira al mañana más que al pasado (24). Me refiero al comportamiento evangélico porque considero que ya es hora de superar el dualismo esquizofrénico tanto de los teólogos (incluido el Vaticano que en sus documentos más jerárquicos y autorizados tan solo contiene notas y citas teológicas, sin notas y citas “seculares”) como de los científicos no-teológicos que suelen referirse a solo la teología o solo la no-teología, o cuando excepcionalmente hacen una intromisión en el “otro” campo siempre lo hacen contraponiéndolos, como cuando hablan de “la iglesia y la sociedad”, “la iglesia y la ciencia”, “la iglesia y la economía”... totalmente separadas, “*säuberlich geschieden*”, como escribe Karl Gabriel, “Zur Sozialform des neuzeitlichen Katholizismus”, en *Orientierung*, 1986, pp. 153 ss. (julio 1986). En verdad las religiones y las iglesias son partes integrantes de la sociedad por lo que no debe hacerse estudio serio de una parte sin referirse a la otra, según las circunstancias. No se las debe considerar como dos totalidades, como dos *societates perfectae*.

La Declaración Universal tiene muy en cuenta la *debilidad*. Por eso, el art. 14 dice que “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. (Nuestra Constitución Española, como la portuguesa y tantas otras, también reconoce este derecho). En sentido parecido, los artículos 22 y 25 se refieren más o menos directamente a la debilidad cuando exigen “cuidado y asistencia especiales” a la maternidad y a la infancia; y para todos “el derecho a la seguridad social”, “los servicios sociales necesarios...”.

(24) Evangelio de San Juan, Capítulo 8.

Al leer estos artículos, los penalistas y los criminólogos no podemos menos de acordarnos del Código de Hammurabi y su lema capital de que el Derecho penal debe proteger al débil contra el fuerte. Dorado Montero también desarrollaba este talante cuando (25) criticaba el principio retribucionista de “a cada uno según sus obras”, y erigía como norma para las relaciones de justicia entre los adultos el principio de “a cada uno según sus necesidades”. Este concepto reclama que a los delincuentes se les preste so pena de faltar a la justicia todos aquellos medios que por su especial situación de inferioridad necesitan. Este principio es el equivalente entre los hombres al de la misericordia divina de la que los teístas hablan, como indica el catedrático salmanticense.

La semántica y la sociología del lenguaje muestran en la seguridad social, en el servicio, en los cuidados, algo muy propio del Derecho penal. Actualmente algunos congresos nacionales e internacionales de Derecho penal, por ejemplo el VI Seminario Internacional de Estudios sobre “*La droga y la prisión*”, con los Informes de la señora Sepe, de Roma, y la señora van der Vaart, de Amsterdam (26), conceden especial audiencia a las (y los) asistentes sociales, por esta importancia de la debilidad humana y su incidencia en el campo del Derecho penal y de la Criminología.

Por lo tanto, frente y junto a la meritocracia coexiste la debilidad y/o deficiencia como una de las bases en que se apoya la comprensión altruista.

(25) P. Dorado Montero, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Manuel Soler, Editor, Barcelona, 1902, p. 196.

(26) Conseil de l'Europe, Atti del VI Seminario Internazionale di Studio “*La droghe e la prigione*” (Messina-Palermo, 6-10 dicem. 1982), pp. 129 ss., 143 ss.

5. SOLUCION PRACTICA: EL PERDON EN LAS NORMAS DE LOS CONTROLES SOCIALES

Si desde esta perspectiva realista estudiamos, aunque sea someramente, la normativa legal y la práctica de nuestros controles sociales, veremos que todos admiten más o menos el perdón. Puede probarse este tema tanto en el texto de nuestra Constitución de 1978, como en el Código penal, en la Ley General Penitenciaria, en la Ley de Policía, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Jurisprudencia de nuestros Tribunales, etc.

5.1. Legislación policial y Código penal

No se concibe una *policía* en la sociedad democrática sin concederle un amplio poder discrecional, un abanico de situaciones en las que pueda simular no haber visto a tal o cual infractor.

En esta línea avanza, aunque no suficientemente, el espíritu y la letra de nuestra reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (BOE 14 de marzo). Su exposición de motivos habla en varias ocasiones de ese sentido. Por ejemplo, cuando se refiere a “el servicio permanente a la comunidad”... Por encima de cualquier otra finalidad, la Ley pretende ser el inicio de una nueva etapa en la que destaque la consideración de la Policía como un servicio público dirigido a la protección de la comunidad... Esta protección, lógicamente, muchas veces exigirá la indulgencia, como ya lo escribió, desde otra perspectiva, nuestro Dorado Montero en su libro *El derecho protector de los criminales*.

Continúa la Exposición de motivos indicando la necesidad de “moderación y excepcionalidad” al utilizar

“la coacción jurídica”, y exige a los policías tratar “correcta y esmeradamente a los miembros de la comunidad”.

Del articulado de la ley merecen citarse aquí algunos preceptos del artículo quinto (en el Capítulo II, “*Principios básicos de actuación*”). En él se pide “absoluto respeto a la Constitución” y ya sabemos que ésta acoge la generosidad en varios aspectos. De modo semejante, el número 2 B) pide “Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger...”; y añade además a renglón seguido: “c) rigiéndose al hacerlo (ejercicio de sus funciones) por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”.

Desde otro punto de vista, la misma Ley mantiene la armonía de la sanción con la indulgencia, al regular su régimen disciplinario. Por ejemplo, el art. 28 admite que “podrá acordarse la cancelación de aquellas anotaciones a instancia del interesado que acredite buena conducta desde que se le impuso la sanción” (las anotaciones de las sanciones disciplinarias no canceladas quedan constatadas en el expediente personal). La cancelación produce el efecto de anular la anotación sin que pueda certificarse de ella, salvo cuando lo soliciten las Autoridades competentes para ello y a los exclusivos efectos de su expediente personal, según indica el art. 28, en su número 2.

El mismo art. 28, en su nº 4, concede a la autoridad facultad para suspender el cumplimiento de las sanciones disciplinarias impuestas legalmente a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que de suyo son “inmediatamente ejecutivas”, cuando

la ejecución de la sanción impuesta “pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”.

También en otros países, por ejemplo en Portugal, se reconoce la necesidad de que la policía cuente con amplio campo de discreción, según los criterios oportunos (27), sin necesidad de aplicar siempre el procedimiento oficial.

Si pasamos a la legislación punitiva vemos que todos los códigos penales entre sus rígidas normas intercalan suaves matices de generosidad. Así, por ejemplo, el Código penal español perdona a los culpables de infracciones contra la propiedad y el patrimonio dentro del ámbito familiar (art. 564), y perdona a los encubridores de muchos delincuentes, excepto cuando éstos habrían cometido un crimen muy grave, como terrorismo (Ley de 1984), traición, homicidio contra el Jefe del Estado o su sucesor, parricidio, asesinato, detención ilegal bajo rescate (art. 17).

En algunos delitos concretos, los llamados delitos privados (como estrupo, rapto y abusos deshonestos) el perdón del ofendido mayor de edad o el de sus representantes legales extingue la acción penal si se produce antes de que recaiga sentencia en la instancia (art. 443). En el delito de abandono de familia (art. 487) el perdón expreso o presunto del ofendido extingue la acción penal, es decir impide la condena. En la calumnia e injuria (art. 467) el perdón del ofendido releva al culpable de la pena ya impuesta. El juez en algunos delitos, atendidas algunas circunstancias del hecho y/o del autor, puede aplicar la pena

(27) Henrique de Freitas, “Commentaire sur l'ensemble de Regles Minima relatives à la justice pour mineurs par rapport su système juridique portugais”, en *Documentação e Direito Comparado*, nº 19, Lisboa, 1984, p. 151.

inferior en uno o dos grados a la señalada en el Código (art. 554 tipificador de los estragos), etc.

Además de los artículos del Código penal que perceptúan o regulan el perdón propio de la individualización que podemos llamar *legal*, hemos de recordar también otros supuestos de perdón que podemos llamar propios (eficaces a lo largo) de la individualización *judicial*.

5.2. El perdón en la determinación judicial de la sanción

Los problemas de la determinación judicial de la pena cuentan en España con pocos estudios, por lo que, como dice Gallego (28), la ciencia de la determinación de la pena no va más allá de los comienzos. Además, estos comienzos se limitan casi exclusivamente a los aspectos de técnica dogmática con poca atención a las tendencias de la moderna Política criminal. Esta avanza lentamente pues, en general, se fija sí en las circunstancias del delito y en las del delincuente, pero no da suficiente importancia a la antropología cultural y a los datos del futuro. Las dificultades que los criminólogos encuentran en la prognosis (29) hace que no se tomen debidamente en consideración la incidencia del futuro en la actualidad, contra lo indicado por la doctrina antropológico-filosófica posterior a E. Bloch.

Históricamente hablando debe criticarse el *abuso*

(28) Manuel Gallego Díaz, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, Ed. ICAI, Madrid, 1985, p. 4.

(29) Conseil de l'Europe, *Septième Colloque Criminologique*. Thème: "La responsabilité pénale et le traitement psychiatrique des délinquants malades mentaux", Strasbourg, 25-27 novembre 1985.

del arbitrio judicial del Antiguo Régimen, pero no en su dimensión indulgente, sino todo lo contrario (30). Hemos de reconocer que gracias al arbitrio judicial, especialmente en el campo del Derecho canónico (31), se ha logrado ir mitigando la crueldad de las penas establecidas en tantas leyes penales unilateralmente inmisericordes.

Actualmente nadie piensa desterrar del Derecho procesal el principio multisecular de favorecer al acusado en caso de duda: *in dubio pro reo*. El juez, ante la inseguridad de si el que se mal-sienta en el banquillo es delincuente o inocente, no debe condenarle.

En cierto sentido, parece oponerse a este principio el art. 68 del Código penal según el cual “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos”. Pero, este artículo regula el conflicto de leyes, no los supuestos tradicionalmente cubiertos por el *in dubio pro reo*; se refiere a supuestos en los cuales el juez no duda, sino que sabe con certeza que los hechos concretos están ciertamente tipificados en varias leyes. Ante esta disyuntiva, el Código le obliga al juez a escoger el camino más severo.

Nuestra Constitución da un paso más adelante en dirección indulgente al reconocer como derecho fundamental la presunción de inocencia de toda persona

(30) M. Gallego, *op. cit.*, pp. 18, 30 ss., 505. José A. Sáinz Cantero, “El proyecto de Código penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Ed. Universidad, Santiago de Compostela, 1980, p. 176. Agustín Fernández Albor, “Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código Penal de 1980”, en *La Reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 223 y ss.

(31) Maggiore, *Diritto Penale*, vol. I, P.G., tomo II, p. 530.

antes de ser condenada por un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (Constitución Española, art. 24.2).

Reiteradas veces el Tribunal Constitucional, a partir de la Sentencia 31/1981, de 13 de agosto, considera que “la presunción de inocencia queda desvirtuada únicamente si existe una mínima actividad probatoria de cargo que permita al Juzgador valorarla en conciencia de acuerdo con el principio de la libre apreciación de la prueba recogida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” (32).

Con fundamento, la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal (Madrid 1983) amplía el arbitrio judicial en ciertos campos, sobre todo en los que posibilitan una mayor prevención especial (o repersonalización, diríamos nosotros) acogiendo nuevas instituciones individualizadoras y nuevas sanciones sustitutivas de la privación de libertad, concediendo al juez más campo para su generosidad (art. 74 y ss.) (33). Acertada parece la división de la pena en su mitad superior e inferior que con frecuencia —pero no siempre— aumenta el arbitrio judicial cuando el marco de la sanción legal es amplio. Afortunadamente, cuando concurre sólo una circunstancia atenuante el

(32) Cfr. Sentencia de 22 de febrero de 1985. R.A. 534/83.— BOE de 27 de marzo de 1985.— Ponente: Angel Latorre Segura.

(33) Sáinz Cantero se queja del muy tímido intento de incorporar sustitutivos a la privación de libertad en el Proyecto de Código penal de 1980. Cfr. José A. Sáinz Cantero, “El Proyecto de Código penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Ed. Universidad, Santiago de Compostela, 1980, p. 189. Santiago Mir Puig, “El sistema de sanciones”, en *Documentación Jurídica*, vol. I. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto de Nuevo Código Penal, nº 37/40 (1983), pp. 183 ss.

Tribunal no podrá rebasar la mitad de las penas que fija la ley (art. 63.2).

El juez penal, como indica Fernández Albor (34), “no puede estar por entero ligado al precepto legal, ha de considerar humanamente el girón de vida que ante él se presenta”.

En resumen, el arbitrio judicial debe tener más acogida en nuestro ordenamiento y debemos depositar más confianza en el poder judicial (35). La necesaria y por todos pedida descriminalización del Derecho penal y de la Criminología puede y debe hacerse también a través de la liquidación de condena con especial consideración de los acortamientos de las mismas por el ejercicio del derecho de gracia (36), y entre los medios de sustituir y evitar la cárcel debemos tomar en consideración el perdón judicial, mediante el que el juez perdona al sujeto después de declararlo culpable, perdón que ha sido incorporado en Holanda (37).

5.3. Beneficios penitenciarios y posteriores

Después que los jueces han condenado al autor de un delito y le han impuesto una sanción penal to-

(34) A. Fernández Albor, “Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales”, en *Homenaje dedicado al P. Julián Pereda*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, pp. 380 y s.

(35) José A. Sáinz Cantero, “El Proyecto de Código Penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Publ. Universidad, Santiago de Compostela, 1980, p. 197.

(36) J.A. Sáinz Cantero, “La enseñanza del Derecho penal y la Criminología a través del análisis de causas penales”, en *Estudios penales y criminológicos VIII*, Universidad, Santiago de Compostela, 1985, p. 294.

(37) J.A. Sáinz Cantero, *op. cit.*, 1980, p. 176.

davía ha de quedar espacio para el perdón en las dos siguientes etapas (que no es sólo una): cumplimiento de la sanción y reingreso en la sociedad. Aquí la generosidad debe tener amplios campos de aplicación, principalmente en lo relativo a los autores de delitos convencionales.

Puede, ante todo, concederse el perdón en el instante mismo de la sentencia, también durante el cumplimiento de la sentencia y, aunque parezca paradójico, no menos (en otro sentido) inmediatamente después del cumplimiento de la sentencia.

Ya en el momento de dictar la sentencia, el Tribunal puede aminorar la rigurosa aplicación de la ley penal. Por ejemplo, puede aplicar el párrafo 2º del art. 2 (anticonstitucional?) y, a la luz del art. 92, puede conceder al condenado la remisión condicional, es decir dejar en suspenso la ejecución de la pena impuesta, si concurren determinadas circunstancias:

- que la pena sea privativa de libertad de una duración menor de dos años, y
- que el reo haya delinquido por primera vez.

La Fiscalía General del Estado, en repetidas ocasiones, insiste en la importancia del principio del *favor rei* en el momento de interpretar cualquier norma de naturaleza penal, como el hecho de si debe concederse o no la libertad condicional a personas cuando los beneficiarios hayan sido sentenciados a varias penas de arresto mayor (de un mes y un día a 6 meses) que en conjunto sobrepasan el año de privación de libertad (38).

Durante el cumplimiento de la sanción es necesario ayudar a la mayor viabilidad de la reinserción del

(38) Cfr. Consulta nº 9/1985, de 11 de noviembre.

delincuente en la sociedad, como lo pide Sáinz Cantero (39). Todo el régimen penitenciario debe orientarse hacia la reintegración de los internos en la sociedad, y por lo tanto debe estar coloreado con el clima de indulgencia. También, en otros países, por ejemplo en Portugal (40), la ejecución de las sanciones privativas de libertad tienen esta meta. Concepción Arenal repetía atinadamente que odiamos al delito, pero amemos al delincuente. También hoy en España y fuera de España personas con larga experiencia en la dirección de Instituciones Penitenciarias, como Antonio Sánchez Galindo, se declaran rotundamente en favor de “los cauces del humanitarismo... en un Derecho penal cada vez más moderado y menos represivo...” (41). El Informe de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del año 1984 recuerda que el funcionario de prisiones debe ser consciente de que él trabaja para servir y atender al preso más que a la justicia y al poder (42).

(39) J.A. Sáinz Cantero, “La enseñanza del Derecho penal y la Criminología a través del análisis de causas penales”, en *Estudios penales y criminológicos VIII*, Universidad, Santiago de Compostela, 1985, p. 286.

(40) José Manuel Santos Pais, “La prevention criminelle comme expression dynamique du nouveau système de justice criminelle Portugais”, en *Documentação e Direito comparado*, nº 19, Procuradoria Geral da Republica, Lisboa, 1985, pp. 7 ss. Contribución portuguesa al Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

(41) Antonio Sánchez Galindo, “Criminología y derecho de ejecución penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma de Nueva León (julio-septiem. 1982), pp. 333 ss., especialmente, p. 349.

(42) Una vez más ha de hacerse hincapié en que la principal obligación de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias “es la de ayudar y asistir al interno, objetivo primero, razón de ser y de existir de la Institución Penitenciaria”, Juan José Martínez Zato, en *Memoria-Circular de las actividades de esta Dirección General en 1983 y Proyectos de actuación en 1984*, Madrid, 13 de febrero de 1984, p. 4.

Como indica acertadamente Marc Ancel, en la segunda mitad del siglo XX, los sistemas penitenciarios europeos coinciden en tres principios fundamentales:

— La pena privativa de libertad debe consistir estrictamente en sola la privación de esta libertad sin sufrimientos algunos añadidos,

— La ejecución de la pena debe tender principalmente a la reeducación y a la reinserción del delincuente,

— El régimen y la acción penitenciaria deben asegurar el respeto a los derechos fundamentales del hombre (43).

En nuestra opinión, a estas tres notas esenciales puede y debe añadirse una cuarta que quizás ya está incluida en la segunda y tercera; pero, no basta esta "inclusión presunta". Conviene explicitarla y resaltarla: el derecho a la generosidad y al perdón de todo condenado a sanciones privativas de libertad.

Tanto la legislación española como la de todos los otros países contienen algunas normas en este sentido de *humanidad* hacia el condenado. Así, según el Código penal y algunas otras normas (como el artículo 6 de la Ley Antiterrorista) (44) la duración de la pena

(43) Marc Ancel, "Les systèmes pénitentiaires en Europe occidentale" en *La Documentation française*, n^{os}. 4645-4646 (10 décembre 1981), p. 17.

(44) El artículo 6 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de Bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, que regula las posibilidades de la denominada reinserción social de los terroristas dice: "Artículo 6.

Atenuación de penas en el desistimiento con propósito de reinserción social.

1. En los delitos comprendidos en el artículo 1^o. serán circunstancias cualificativas para la graduación individual de las penas:

privativa de libertad después de haberse iniciado su cumplimiento, puede abreviarse por la redención de penas por el trabajo, por la amnistía, por el indulto o por otros “beneficios” similares. El art. 100 del Código penal concede al condenado la posibilidad de redimir su pena con el trabajo (dentro y/o fuera de la prisión) desde que aquélla sea firme. Se puede abonar para el cumplimiento de la privación de libertad un día por cada dos de trabajo. En la práctica algunos llegan a abreviar su tiempo de cárcel más de una tercera parte.

La amnistía que extingue por completo la pena y todos sus efectos punitivos (Código penal, art. 112) suele otorgarse con ocasión de importantes cambios

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo 3º. Asimismo podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de las bandas terroristas o rebeldes y siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los números 1º y 2º del artículo 420 del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley.

3. El integrante, colaborador o cooperador de grupos o bandas armadas que se encuentre en prisión condenado por sentencia firme podrá obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el apartado 1, b), de este artículo y hubiese cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta”.

en el régimen gubernamental y/o por razones políticas que afectan a un número notable de personas.

El indulto de que habla, entre otros, el art. 112, nº 4, del Código penal, consiste en la remisión total o parcial (o en la conmutación) de la pena privativa de libertad que todavía no ha sido cumplida. El indulto puede basarse en motivos parecidos a la amnistía; en ciertos acontecimientos históricos, por ejemplo el nombramiento de una persona para un cargo de relevante importancia internacional (en tiempo del General Franco, la elección de un nuevo Sumo Pontífice); pero, generalmente son más individuales. La petición de indulto puede formularla tanto el mismo penado, como sus familiares y/o cualquier otra persona en su nombre. Frecuentemente lo piden el Tribunal y/o el Fiscal.

Según el art. 62 de la Constitución, el Rey tiene el derecho de gracia pero sólo puede conceder indultos personales, no indultos generales que se concedían en épocas anteriores.

José Antonio Sáinz Cantero aplaude los acortamientos de la condena mediante el ejercicio del derecho de gracia, aunque hace una crítica de la política de los indultos seguida en España desde la terminación de la guerra civil del año 36-39 (45).

Especial atención merece la *normativa penitenciaria* según la cual durante —y después de— el cumplimiento de la sanción privativa de libertad el interno tiene también ciertos (llamémosles) derechos al perdón y/o a la generosidad. Estos derechos subjetivos

(45) José Antonio Sáinz Cantero, "La enseñanza del Derecho penal y la Criminología a través del análisis de causas penales", en *Estudios penales y criminológicos VIII*, Universidad, Santiago de Compostela, 1985, p. 294.

innegables de los internos, obscuramente reconocidos por el legislador (46), se encuentran desperdigados en la Ley General Penitenciaria y su Reglamento. Los teóricos van logrando cada vez más su debida sistematización (47).

Podemos indicar ahora algunas, no todas, de estas normas en la legislación actual española.

Básica ha de calificarse la posibilidad del juez de Vigilancia que, según el art. 76 letra G de la Ley Orgánica General Penitenciaria, debe “acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos”.

Hemos de recordar que el art. 25 de la Constitución reconoce a los internos todos los derechos fundamentales a excepción (únicamente) “de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria” (art. 25.2.).

E. Pérez Ferrer (48) estima que los llamados bene-

(46) José Luis Manzanares Samaniego, “Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia”, en *Anuario de Derecho Penal*, Fasc. I (enero-abril 1984), pp. 81 y ss.

(47) Francisco Bueno Arús, “Derechos de los internos (Art. 3)”, en *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 59 y ss. Miguel Polaino Navarrete, “Sistema de recompensas en el régimen penitenciario (Art. 46)”, en *op. cit.*, tomo VI, vol. 2º, Madrid, 1986, pp. 671 y ss. Concepción Carmona Salgado, “Los permisos de salida”, en *op. cit.*, tomo VI, vol. 2º, Madrid, 1986, pp. 693 ss. Agustín Fernández Albor, “La evolución del tratamiento (I) (Art. 65)”, en *op. cit.*, tomo VI, vol. 2º, Madrid, 1986, pp. 965 ss. Joaquín Martín Canivell, “Título V: Del Juez de Vigilancia. Introducción”, en *op. cit.*, tomo VI, vol. 2º, Madrid, 1986, pp. 1089 y ss.

(48) Eduardo Pérez Ferrer, “Derechos humanos de los reclusos”, en *La cárcel*, Cáritas Española, Madrid, 1984, pp. 13 ss.

ficios penitenciarios quizás se puedan incluir entre los derechos fundamentales (“su estimación como derechos fundamentales” es discutible, escribe). Me parece que, a la luz del art. 10 de la Constitución, según el cual los derechos fundamentales “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales” ratificados por España, debemos considerar como derechos fundamentales algunos de (si no todos) los beneficios penitenciarios que regulan la Ley Penitenciaria, especialmente en los artículos 73 y 74 (49), así como su Reglamento, en los arts. 105, 106, 127, 169, 175, 394, 310.1, 211, 256, 257, por su relación- semejanza con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, principalmente con dos de ellos: el derecho a ser indultado por el Rey y el derecho de asilo.

Según el art. 105 del Reglamento, a los internos que por sus actos pongan de relieve su buena conducta, su espíritu de trabajo, su sentido de responsabilidad en el comportamiento, su participación positiva en las actividades de cualquier tipo que se organicen en el establecimiento, deben concederles algunas recompensas, como pueden ser:

a) Propuesta al Juez de Vigilancia a efectos de valoración por el mismo en la concesión de beneficios penitenciarios.

b) Premios en metálico.

c) Donación de libros y otros instrumentos de participación en actividades culturales y recreativas.

d) Notas meritorias, con anotación en el expediente personal del interno.

(49) Concepción Carmona Salgado, “La asistencia penitenciaria (I)”, (Art. 73), en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo VI, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 1055 y ss.

Termina el artículo dejando la puerta abierta a “cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores”.

Los arts. 256 y 257 regulan (aunque con algunas imperfecciones técnicas) nuevos beneficios penitenciarios. Importante debe considerarse el adelantamiento del período o grado de libertad condicional que podrá concederse de manera amplia, pues puede llegar a cuatro meses de adelantamiento por cada año de cumplimiento de prisión efectiva. Los requisitos para estos beneficios son tres: buena conducta, actividad laboral normal y participación en la actividad de reinserción social.

Más importante es aún el indulto particular que podrá solicitar (tramitar) el Juez de Vigilancia (artículos 256 y 257), si la buena conducta, la actividad laboral normal y la participación en las actividades de reeducación y reinserción social organizadas en el establecimiento se cumplen de un modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario.

Otra muestra del derecho a la generosidad y al perdón durante la privación de libertad, y también posteriormente al cumplimiento de la misma, se encuentra en el Título VII del Reglamento y en las normas posteriores referentes a la Comisión de Asistencia Social, principalmente el Real Decreto 1415/1983, de 30 de marzo (BOE núm. 129, de 31 de mayo), Real Decreto 2141/1983, de 22 de junio (BOE núm. 192, de 12 de agosto), y Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1983 (BOE núm. 285, de 29 de noviembre). Para nuestro intento basta espumar un par de líneas de los arts. 258 y 260 del Reglamento. El primero establece que esta Comisión de Asistencia Social debe prestar a los internos y a sus familiares “la

asistencia social necesaria”; y el segundo formula entre sus funciones la de “colaborar de forma permanente con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de los internos y al tratamiento de los excarcelados existentes en el lugar donde radiquen los Establecimientos Penitenciarios”. Este párrafo faculta a las instituciones de carácter benévolo (religioso o no) para ayudar a los internos y a los excarcelados...

Por otra parte, si el art. 25.2. de la Constitución reconoce como derecho fundamental de los internos el “desarrollo integral de su personalidad”, indirecta pero claramente, reconoce también el derecho a la generosidad y al perdón, ya que la convivencia y la maduración continua propia del hombre implica también el derecho a ser perdonado, dada la cualidad inherente a toda persona de su finitud y su culpabilidad... y de su radical característica de cambio conductual y personal (la androgénesis).

Recuerdo a este respecto aquella página del clásico español, el P. Alonso Rodríguez, en sus *Ejercicios de perfección y virtudes cristianas*: Un hombre y una mujer que habían llevado vida muy viciosa se encontraron después de algún tiempo. El la invitó a que le acompañase a los lugares de sus vicios diciéndole: “Yo soy aquél”, a lo que ella se negó respondiendo: “yo no soy aquélla”.

Sobre estos temas penitenciarios el Consejo de Europa se manifiesta en su documento publicado este año 1986 con el título *Los regímenes en las instituciones penitenciarias*. Comenta principalmente la necesidad de desarrollar la participación de los internos en todos los campos posibles. Considera conveniente dialogar con los condenados para determinar de común acuerdo la fecha de su ingreso en la cárcel, y —en lo que respecta a nuestro tema— ha-

bla expresamente del derecho de gracia cuando aconseja que en la entrevista con los sancionados se debe llamar su atención sobre las posibilidades de gracia, de fraccionar el cumplimiento de la sanción, de aplicar la detención durante los fines de semana, etc. (p. 19). Algunas páginas después, la 31, insiste en la necesidad de aumentar el contacto con el mundo exterior para evitar los efectos nefastos de la prisión y para lograr que el cumplimiento de la pena sea más *humana* (50) y pide que se le facilite al interno la posibilidad de correspondencia escrita, de usar el teléfono, de lecturas, de radio, de televisión, de música rock, de deportes, etc. Concretamente, solicita la ayuda de benévulos que, entre otras cosas, aportarían a los condenados "*el calor*" que los funcionarios no pueden aportar tan fácilmente, por estar desbordados por sus ocupaciones.

En la p. 36, de paso, al hablar de la vida religiosa del preso, indica algo muy importante: los internos también ejercitan ellos el derecho a la generosidad y el perdón respecto a los demás cuando, como detalla el informe, participan en las actividades de las instituciones locales del exterior de la cárcel para ayudar a los ancianos, a los enfermos, a los minusválidos...

(50) La Convención Europea acerca de la protección de los animales vertebrados utilizados para fines experimentales o para otros fines científicos, del 18 de marzo de 1986, en su artículo primero exige que cuando los animales deban ser sacrificados se emplee un método humanitario. Entiende por tal el que "implique un mínimo de sufrimiento físico y mental... los métodos menos dolorosos aceptados en la práctica moderna"... art. 1º. letras c. y j. Estas formulaciones recuerdan el principio humanitario tal como se formuló en la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada en Viena el año 1965. Aplaudivo esta Convención Europea de 1986, pero me sonroja constatar que a millones de personas tratamos peor que lo exigido en el trato a los animales vertebrados.

La Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (Serie de Tratados Europeos nº 112) del Consejo de Europa, insiste también en el derecho de gracia (51).

6. MODIFICACION DE LA DECLARACION UNIVERSAL DE 1948

A la luz de lo indicado y de lo que otros especialistas más autorizados han estudiado, me atrevo a pedir que en la Declaración Universal de Derechos Humanos podría añadirse un Considerando y un artículo, con el texto siguiente:

- Considerando que la finitud inherente a toda persona le impide cumplir como sería deseable todos sus deberes respecto a la comunidad y todas las exigencias de la moral y del bienestar general...
- Art. 28 bis. Toda persona tiene derecho a que se responda a sus infracciones con humanismo generoso y —en cuanto sea posible— con perdón.

También debería modificarse —ampliando su indulgencia— los artículos 61 i y 102.3 de la Constitución Española de 1978, según los cuales:

“Corresponde al Rey... ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”...

“La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo” (102), que en sus números 1 y 2 habla de la responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno.

(51) Cfr. Erik Harremoes, “Subir sa peine chez soi: Une nouvelle convention du Conseil de l'Europe”, en *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, 1982, p. 263.

Como observación final recuerdo que en el documento presentado al Defensor del Pueblo, Joaquín Ruiz-Giménez, por la Asociación pro Derechos Humanos de España, en junio de 1985, preparado por la profesora de Derecho penal, Rocío Cantarero Bandrés (52), se pide que la futura normativa de las infracciones cometidas por los menores introduzca la creación de la Institución del Perdón Judicial para los no reincidentes y en los casos de delitos menos graves.

También convendría introducir una enmienda en la Convención Europea de Salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, de Roma, 4 de noviembre de 1950, ratificado con reservas por España (BOE de 10 de octubre de 1979). En su proemio podría introducirse la palabra *equitativo*, entendiendo por equidad, como dice el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, "Justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva", "Bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley". Además, podría añadirse un párrafo al final del artículo sexto para hacer referencia al principio de humanidad, interpretándolo, a la luz de la conocida XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Viena el año 1965 y de la ya citada Convención Europea acerca de la protección de los animales vertebrados utilizados para fines experimentales o para otros fines científicos, de 18

(52) Rocío Cantarero Bandrés, "Ley de Tribunales Tutelares de Menores (Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1984) y Constitución", en *Anuario de Derecho Penal*, Fasc. I (enero-abril 1986), pp. 113 ss.

de marzo de 1986, como la manera de comportarse con otros (personas y/o animales) de modo que se les evite al máximo los sufrimientos físicos o mentales.

El texto enmendado diría así: “Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa... Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados Europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas, de respeto a la libertad y preeminencia del derecho *equitativo*, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de cierto número de derechos enunciados en la Declaración Universal...”

“Artículo sexto... 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: ... f) *Ser tratado con humanidad generosa*”.

Las fórmulas más solidarias, fraternales, comprensivas y perdonadoras en las normas nacionales e internacionales deben ir fermentando y ambientando el clima de la convivencia cotidiana en la administración de la justicia formal y en los controles sociales informales, desde los laborales a los familiares pasando por los deportivos (COUNCIL OF EUROPE, *European convention on spectator violence and misbehaviour at sports events and in particular at football matches*, Strasbourg, 19.VIII.1985).