

Confrontación del Derecho penal clásico con el de la defensa social

EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

(Informe presentado en ocasión de las XII Jornadas de «defensa social»)

ROGER MERLE

Profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Toulouse (Francia)

Traducción: Dr. Ruperto NUÑEZ BARBERO
Profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

La celebración del bicentenario del tratado *des délits et des peines* coincide con el décimo centenario del manifiesto de la *defensa social nueva* (1). Esta coincidencia no solamente dará satisfacción a los amigos de la paradoja. Porque no se podría elegir mejor ninguna otra ocasión para medir el camino recorrido por el pensamiento penal desde 1764 hasta 1964. Y todos los criminalistas sabrán agradecer a los organizadores de estas Jornadas el haber facilitado la confrontación serena del Derecho penal clásico engendrado por Beccaria —o de lo que hoy queda de él— con el Derecho penal de compromiso que preconizan las doctrinas contemporáneas.

Pero confrontar es ante todo definir; y en el enfrentamiento apasionado de las ideologías de nuestro tiempo, toda definición es, más que nunca, peligrosa. No me atrevería a resumir la doctrina francesa de la defensa social en los propios lugares donde se expande. Es tanto más conocido por todos cuanto que ha sido sistemáticamente expuesta con perfecta claridad por sus promotores. No puedo, sin embargo, eludir el poner rápidamente de manifiesto, para, tras de ello, oponerlos a la defensa social, los rasgos distintivos de este Derecho penal clásico que no ha sido jamás llevado hasta la síntesis doctrinal, y del cual tenemos propensión a estilizar los detalles por consecuencia de su ligazón con nuestras costumbres profesionales.

En efecto, el Derecho penal clásico puede definirse en una frase: es el que pone de manifiesto, entre las soluciones representativas del problema criminal, la solución retributiva. Pero su complejidad apa-

(1) Es, en efecto en 1954 cuando M. Marc ANCEL publicó, en las Ediciones Cujás, la primera edición de *La défense nouvelle, un mouvement de politique criminelle humanistique*.

rece cuando se trata de captar los múltiples aspectos —políticos, criminológicos y técnico-jurídico— que ha grabado en su estructura una larga evolución. Porque a los ojos de los juristas que lo aplican y que lo observan en 1964, el Derecho penal clásico no se puede separar de los aluviones que le han aportado las teorías neoclásicas sucesivas.

Beccaria, Bentham, Feuerbach han dotado a este sistema de su armazón político-liberal. Partiendo de las premisas del contrato social, han forjado íntegramente, o, en su caso, revigorizando, los principios constitucionales que han modificado la relación de fuerzas entre el Estado justiciero y los justiciables. El Derecho penal, tal como lo ha concebido Baccaria y lo han organizado los códigos del siglo XIX, se ha convertido en el escudo del ciudadano que protege a éste contra el desencadenamiento arbitrario de la fuerza. Su misión principal consistía no tanto en luchar contra la delincuencia, como en canalizar, limitar y controlar la distribución de sanciones. Tres palabras —tres místicas— resumían estas ambiciones nuevas: legalidad, utilidad, libertad.

Primeramente, legalidad. En adelante, ninguna individualidad podía ser castigada sin que, por sí misma y voluntariamente, se hubiese separado del cuerpo social por la ejecución de un acto del cual había previamente proclamado la ley el carácter reprobable.

Utilidad después. Porque la sanción no podía aplicarse más que en la medida que el interés social exigía y del modo más conveniente para la protección de la sociedad. La medida de esta sanción, proclamaba Beccaria, “es el mal que el crimen hace a la nación, mucho más que la intención del culpable”. Esta sanción no puede ser otra cosa más que una pena, porque sólo el sufrimiento impuesto favorece la expiación y la intimidación y, por consecuencia, la defensa eficaz del pacto social. Por tales caminos, los primeros clásicos se enlazaban de nuevo con la tradición cristiana de la Edad Media, y preparaban el desarrollo ulterior de la mística penitenciaria: mística de la penitencia y mística de la libertad, que iban a constituir el armazón criminológico del Derecho penal clásico del siglo pasado.

Las virtudes medicinales de la penitencia expiatoria, la elección de la penitencia en relación con la naturaleza del pecado o de la infracción, la gama de las penas elegidas en función de sus propiedades curativas correspondientes, todo ello había sido claramente entrevisto por Montesquieu (2) y provenía en línea directa de una separación inconsciente y poco hábil del Derecho canónico.

No obstante, el penitente del Derecho penal clásico no es el pecador de los cristianos, oscilante entre la pesadumbre y la gracia. Es el violador lúcido del pacto social. Es admitido como dueño de sus actos cuando rompe este pacto, como lo era cuando lo concertó. Y en el ejercicio de esta libertad presunta se le supone siempre igual a su esencia original, es decir, totalmente libre y totalmente responsable,

(2) *L'esprit des lois*, tomo II, capítulo IV.

de modo que la pena es siempre idéntica en calidad y en cantidad para todos los autores de un mismo tipo de infracción.

No hay, por tanto, que asombrarse de que estas rigurosas abstracciones hayan contribuido a engendrar un Derecho penal en el cual la técnica jurídica y la obsesión jurídica han dejado de lado la psicología dando lugar a una "especie de álgebra", como lo ha hecho observar atinadamente el magistrado M. Ancel (3).

Hecho extraño a primera vista, pero, sin embargo, perfectamente explicable, este algebrismo ha sido llevado hasta su límite por los primeros neoclásicos, por aquellos mismos que quisieron introducir un poco de realismo en tal sistema y que iniciaron el movimiento de individualización de la pena.

La famosa fórmula "ni más de lo que es útil, ni más de lo que es justo", iba en efecto a permitir el corregir la abstracción del sistema clásico, a pesar de que desarrollase paradójicamente la aritmética represiva. La escuela neoclásica del siglo pasado ha puesto las cosas a punto en lo que concierne la relatividad de la libertad humana. Ha llamado la atención sobre la responsabilidad atenuada y sobre la diversidad de las responsabilidades propias a cada delincuente. Y gracias a las penas flexibles, a las circunstancias atenuantes o agravantes, el juez recibió el poder de imponer a cada delincuente una penitencia justamente suficiente para compensar su culpabilidad (4). La escuela neoclásica devolvió a Temis sus balanzas, sus pesos y sus medidas, pero no pudo, pese a todo, desatar la venda que, por los siglos de los siglos, oculta a sus miradas la personalidad del delincuente.

A despecho del movimiento positivista y del desarrollo posterior de los estudios criminológicos, es esta imagen de la Justicia penal la que está estampada en los códigos que nos rigen y que todos están de acuerdo en criticar.

Estas críticas, que unen a los penalistas contemporáneos antes de dividirlos, son demasiado conocidas para que se insista en ellas. Los penalistas clásicos perseguían dos ambiciones. La primera era la de proteger a los ciudadanos, inocentes o culpables, contra la arbitrariedad de la represión: este objetivo ha tenido éxito porque se ha realizado en tal sentido un innegable progreso en relación con el Antiguo Régimen. La mecánica judicial ha sido notablemente perfeccionada. Pero los clásicos tenían también la ambición de utilizar hacia fines de perfectibilidad esta mecánica punitiva y retributiva. Estas ambiciones de perfeccionamiento no fueron al fin más que puramente verbales y abstractas. A pesar de todos los esfuerzos de la escuela penitenciaria, la pena ha subsistido como un simple castigo fundado en la responsabilidad, sin relación alguna con las causas concretas de la delincuencia, con pérdida de su fuerza de intimidación en la medida en que la individualización judicial de su duración borraba la ejemplaridad intrínseca de las disposiciones legales.

(3) M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 5. 51.

(4) Sobre la escuela neoclásica del siglo pasado: Ver SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, pp. 61 ss.

Y por eso mismo se encuentra claramente planteado el problema de hoy: ¿Es capaz el derecho criminal punitivo de realizar los objetivos de perfectibilidad que pretende promover? ¿Se puede realmente transformar el porvenir de un condenado aplicándole una pena elegida y calculada en función de su pasado y sin referencia real a su personalidad?

Es todo el problema de los criterios de la condena penal y del tratamiento penitenciario, en derredor del cual se enfrentan las doctrinas de defensa social y el neoclasicismo contemporáneo.

Este neoclasicismo contemporáneo no tiene nada de "passéiste" (5) porque rompe resueltamente con su antepasado del siglo último; y para afirmar bien su modernismo, reivindicaría de buen grado la denominación de "neoclasicismo nuevo" si este pleonasma no ofendiese las exigencias del lenguaje.

Tal neoclasicismo se expresa por tanto con prudencia y discreción, al menos en Europa. Algunas frases significativas ocultas en unas notas de jurisprudencia o en algunos tratados, algunos artículos de revistas, una o dos monografías casi confidentiales, todo lo cual termina por dejar presentir la actitud de un importante número de criminalistas franceses y extranjeros (6) que se oponen a la defensa social en la medida en que preconizan el conservar a la condena penal sus caracteres retributivos tradicionales (I) y que se unen a la defensa social en un estadio ulterior al procedimiento penal recomendando asentar el tratamiento penitenciario sobre la personalidad del delincuente (II).

(5) Este reproche ha sido recientemente hecho por M. ANCEL ("Défendre la défense sociale", Rev. de Science criminelle et de Droit pénal comparé, 1964, p. 196).

(6) Por más difuso que sea, este movimiento neoclásico contemporáneo no se ha escapado a los observadores de la evolución de las ideas; ver en particular, CONSTANT, *Manuel de droit pénal belge*, 7 ed., 1959, p. 41 ss.; LEAUTÉ, "Le neoclasicisme", en *La responsabilité pénale, Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et pénitentiaires de Strasbourg*, Dalloz, edit., 1961, p. 351. Se podrían, al parecer, reunir en esta tendencia las opiniones expresadas en los trabajos siguientes (aunque sus autores quizá no estuviesen muy de acuerdo con ello): RICHARD, *La mission méconnue de la justice pénale* (edición de Levain, 1957); FRANCHIMONT, "Incertitudes et espérances des pénalistes", Rev. dr. pén. et crim., 1960, p. 3 y s.; LARGUIER, *Le droit pénal* (col. "Que sais-je?", p. 12 y s.); LEVASSEUR, en *Rev. Sc. Crim.*, 1954, p. 431; BATESTINI, en *Rev. pénitentiaire*, 1966, p. 420; PATIN, "Le problème de l'organisation des cour d'assises" (*Mélanges Donnedieu de Vabres*, p. 228); LEAUTÉ, "Les tendances du droit pénal français et du droit pénal contemporain" (*Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1958, spéc. p. 65); LEAUTÉ, "La responsabilité pénale des adultes en droit français" en *La responsabilité pénale*, p. 465); VOÛIN, "Code pénal et politique criminelle" (*Mélanges Donnedieu de Vabres*, especialmente p. 75); CHAVANNE, en *Rev. Sc. Crim.*, 1962, p. 307. La Escuela de Utrecht se aproxima igualmente a esta tendencia. Hemos sostenido personalmente este punto de vista, al mismo tiempo que el señor Quintano-Ripollés en un informe sobre "L'évolution du droit pénal moderne" en las terceras Jornadas franco-españolas de Derecho comparado de 1967 (*Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1958, t. VI, fasc. 1, p. 121 y s., 132 y s.).

Es a través de estas dos posiciones fundamentales del neoclasicismo actual como examinaremos rápidamente los puntos neurálgicos del conflicto doctrinal contemporáneo.

I

Antes de ser innovadores, los neoclásicos son conservadores. Pero este conservadurismo se ha afirmado dentro de una perspectiva moderna, por consecuencia de una oposición meditada contra ciertos principios de defensa social que recordaré en pocas palabras.

La defensa social nueva se caracteriza por un antidogmatismo seductor. Rechaza toda metafísica y todo apriorismo jurídico. Se niega a construir el derecho criminal a partir de una opinión preconcebida sobre el libre arbitrio o el determinismo. Preconiza la política de tabla rasa. Con cada delincuente, el juez debe partir de cero, descubrir su personalidad real, poner en evidencia la etiología de su criminalidad propia y elegir, en función de tal diagnóstico, la medida más apta para provocar la resocialización de este delincuente preciso. Esta medida de defensa social semejará, según los casos, a aquello que los positivistas llamaron una medida de seguridad, o a lo que los clásicos llamaron una pena. Pero si se asimila a una pena será separándose de toda idea de censura (7) o de retribución para no obedecer más que a unos principios curativos. Para reproducir una expresión de M. Ancel la justicia penal de mañana ya no será justiciera, sino concebida, ante todo, como una acción social.

Esto no quiere decir, como algunos lo han pretendido —yo no figuraba entre ellos (8)—, que la defensa social nueva pretenda eliminar las nociones de responsabilidad, de falta o de libre arbitrio. Los promotores de este sistema pretenden, por el contrario, introducir en la acción social de la justicia criminal una verdadera “pedagogía de la responsabilidad”, emprendida desde el primer día del proceso, continuada a lo largo del procedimiento, y que, al final del tratamiento penitenciario, desarrollará en el delincuente la noción del deber del hombre hacia sus semejantes y la de una conducta en relación con el sentimiento íntimo y colectivo de la responsabilidad (9). En suma, el concepto de responsabilidad moral no es aquí ni el postulado ni el punto de partida de la construcción del derecho criminal, sino que está previsto como la meta, como el punto de llegada de la acción social anti-criminal.

Es manifestando sus reticencias respecto a este programa lleno de

(7) “Lo esencial es no dar en adelante a la calificación de “pena” su antiguo contenido, de abandonar la idea de reprobación y la de referencia al juego de la responsabilidad moral para adoptar resueltamente como objeto de la acción social, la prevención contra las actitudes criminales” (M. ANCEL, *La défense sociales nouvelle*, p. 131).

(8) Ver *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1958, t. VI, fac. 1, especialmente p. 140.

(9) Ver ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, p. 101 y s.

esperanzas como ciertos criminalistas se han convertido en neoclásicos casi sin darse cuenta de la transformación. No han dejado de objetar que es quizá contradictorio al pretender restituir al delincuente el sentido de la responsabilidad empezando por eliminar el hecho de reprobar su conducta (10). Han hecho igualmente notar que la defensa social no evita el dogmatismo, sino que postula la disparidad de las personalidades criminales y lleva a su extrema significación la expresión célebre de Eugenio de Guérin que afirmaba que "cada hombre es un género humano", e implica una confianza ilimitada en el rigor de las técnicas de observación humana.

Los neoclásicos no continúan pese a todo adscritos a una concepción poleolítica del Derecho penal. Pero estiman, en cambio, que tras las abstracciones del sistema clásico se ocultan algunas realidades profundas que guardan un carácter de validez en nuestro tiempo.

La primera de estas realidades había sido claramente prevista por Rousseau, Montequieu y Beccaria; pero ha sido perdida de vista con frecuencia posteriormente: es el valor de la enseñanza y de moralización de la condena penal retributiva, que no hay que confundir con el carácter intimidante de la pena. El decano M. Richard ha demostrado magistralmente que la justicia penal había sido concebida por los primeros clásicos como una "justicia de advertencia" destinada a ser el "monitor moral" de la nación (11). En adelante el Estado iba a sustituir con sus propias advertencias morales las de la religión. Trazando a cordel los límites de lo permitido y de lo prohibido, previniendo a los ciudadanos sobre el grado de reprobación moral que alcanzaría tal o cual actividad, el legislador proponía al pueblo una línea de conducta. Y el juez, aplicando la ley y retribuyendo la infracción, iba por su parte a participar públicamente en esta empresa de instrucción popular haciendo una justicia comprensible por todos. Esta concepción conserva, ante los ojos de numerosos penalistas, todo su valor en la hora presente. Una justicia de defensa social, cuyas sentencias variarían no solamente en cantidad, sino en calidad, respecto a cada delincuente, correría el riesgo de desconcertar al público, de falsear la escala de los valores sociales y de embotar el sentimiento popular de la responsabilidad.

Este sentimiento de la responsabilidad popular es otra realidad sociológica que mantiene la atención de los neoclásicos dentro de una perspectiva muy modernista y en manera alguna metafísica. Todos los neoclásicos no comparten necesariamente la opinión, expresada por la Escuela de Utrecht, a tenor de la cual "el crimen es un acto humano que pertenece al reino de la libertad" (12). Porque el error de los teóricos clásicos ha consistido quizá en ligar de modo indisoluble la responsabilidad penal a la responsabilidad moral y la responsabilidad

(10) Comp. LEVASSEUR, *Revue Sc. Crim.*, 1954, p. 431.

(11) RICHARD, *La mission méconnue de la justice pénale*, du Levain, 1957.

(12) Ver POMPE, "L'homme criminel", en *Une nouvelle école de science criminelle: l'Ecole d'Utrecht*, édit. Cujas, p. 72.

moral al libre arbitrio. Un oscuro trabajo de renovación de estos conceptos está, según parece en marcha.

La responsabilidad penal, condicionada primeramente por la culpabilidad material y moral (esta última definiéndose por referencia al concepto de intención criminal que no tiene nada que ver con el libre arbitrio), aparece cada vez más claramente como la aptitud para sentir la necesidad del castigo, para soportarlo y para sacar un beneficio de él. Y esta nueva noción de la imputabilidad tiene también escasa relación con el libre arbitrio. La evolución del Derecho penal de los menores es instructiva a este respecto: para imponer una pena a un menor de trece a dieciocho años, el juez ya no tiene que preocuparse ni del discernimiento ni del libre arbitrio, sino que se decide en función de la "oportunidad", dicho de otro modo, en consideración de lo que se podría llamar "la aptitud penitenciaria" del menor. Y ciertos psiquiatras de vanguardia se separan aún más profundamente de la dogmática del libre arbitrio, cuando sostienen que los dementes mismos son aptos para la responsabilidad penal (13). Sin ir más lejos, aparece entonces que no sólo se puede mantener la condena penal sin hacer referencia a la abstracción del libre arbitrio, sino que, sobre todo, se la debe mantener en la medida en que corresponde al sentimiento natural de la responsabilidad.

Hay, en fin, un tercer aspecto del Derecho penal clásico del que la doctrina penal neoclásica se complace en subrayar la preciosa utilidad. El Derecho penal clásico está naturalmente encerrado en un "corsé jurídico" (14) del que la defensa social quisiera hacerlo salir, y que es a los ojos de muchos juristas la mejor garantía de la libertad individual. La distribución de las sanciones penales, estrechamente condicionada por la mecánica retributiva, puede perderse apenas en el dominio de lo arbitrario. Sin duda, la política de "desjuridización", preconizada por la defensa social nueva, pretende limitarse a la eliminación de las ficciones abstractas. No contiene por ello menos virtualidades que siguen siendo temibles para ciertos criminalistas (15). Es suficiente con poner de manifiesto los poderes extraordinarios puestos en manos de los jueces para menores en el campo civil tanto como en el campo penal para medir los peligros que comportaría un tal sistema si se generalizase a los mayores.

Por todas estas razones, la doctrina neoclásica continúa siendo partidaria de mantener la condena penal tradicional fundada sobre unos

(13) Ver BLAISOT, *La désaliénation sociale du malade mental a travers l'expérience de Lannemezan*, Tesis (medicina), Toulouse, 1963.

(14) La expresión es de M. ANCEL.

(15) M. ANCEL pretende conjurar estas virtualidades con los objetivos fraternales de la política de defensa social (*Rev. de science crim. et droit pén. comp.*), 1964, p. 195). El seguirlo despierta cierta aprehensión cuando declara que no hay que "situar o concebir al individuo contra el Estado, sino dentro de la comunidad social" (p. 195), porque no hay que olvidar que las leyes penales, aun cuando se digan fraternales con respecto al delincuente, amenazan la libertad de todos, más gravemente quizá en un sistema de defensa social que en un sistema clásico.

criterios puramente jurídicos y retributivos. Está, por el contrario, resuelta a favorecer la adopción de criterios científicos y personalistas en la organización del tratamiento penitenciario: "El pronunciamiento de la pena debe ser ejemplar, las modalidades de su ejecución pueden inspirarse en consideraciones diferentes", escribía, hace algunos años, el primer presidente Battestini (16), resumiendo de este modo lo esencial del neoclasicismo contemporáneo.

II

No hay ya ni un solo penalista que tenga todavía el valor de sostener que las prisiones deben ser exclusivamente lugares de sufrimiento, purgatorios para los reprobados. El sufrimiento expiatorio es una terapéutica del alma. Requiere la adhesión y la colaboración de un penitente selecto. Respecto a los delincuentes no es suficiente para llenar la función de prevención especial que se le atribuye tradicionalmente. En cuanto a la prevención general, sería excesivo el afirmar que no juega papel alguno. Pero yo creo personalmente, como el magistrado M. Ancel, y como Montesquieu, que la intimidación está ligada a la obligación de comparecer ante un juez, mucho más que a la perspectiva dudosa de la ejecución de un castigo (17). Todo el mundo está, por consecuencia, de acuerdo en admitir que, bajo la corteza afflictiva de una pena privativa de libertad, dentro de una escena represiva, el condenado debe sufrir un tratamiento adaptado a su personalidad y a su criminalidad propia: un tratamiento científico y evolutivo bajo el control y la dirección del juez encargado de la dirección de las penas. Todo esto está en la lógica del Derecho penal clásico mismo, en el cual los teóricos habían asignado a la pena un objetivo "correcional".

La doctrina "neoclásica", sin romper con su encadenamiento clásico, se une, por tanto, en tal punto, a la defensa social nueva. Pero la defensa social es reticente.

La objeción mayor que opone a este sistema se plantea inmediatamente en nuestro cerebro: ¿Cómo podría el tratamiento penitenciario ser adaptado a la personalidad del condenado, si la pena que lo ha determinado se ha pronunciado sin referencia a esta personalidad y en función de consideraciones puramente retributivas?

Sería ciertamente fácil el dejar de lado esta objeción y de satisfacer aparentemente todas las tendencias, aceptando la famosa división del proceso penal en dos fases: una primera fase jurídica que llegase a una declaración de culpabilidad y una segunda fase científica, dominada por el examen de la personalidad y terminada por el pronunciamiento de la sanción. Pero esto conduciría, inevitablemente, a falsear el carácter retributivo de la condena. Porque la segunda fase del proceso penal perdería esta función punitiva y moralizadora a la que los neoclásicos permanecen firmemente adheridos. Además, en la óptica

(16) *Rev. pénitentiaire*, 1965, p. 420.

(17) Marc ANCEL, *Rev. de Sc. crim. et de Droit pén. comp.*, 1964, p. 190.

de la defensa social nueva, la "sanción" perdería en la forma, y con más frecuencia en el fondo, su aspecto penal reprobador (18).

De tal manera que la objeción debe ser abordada de frente, en la situación del procedimiento tradicional en que está planteada. La respuesta es, por tanto, sencilla. Había sido entrevista por Saleilles, cuyas ideas se sitúan en el paso del neoclasicismo de la Restauración al neoclasicismo contemporáneo.

Saleilles esimaba, en efecto, que el juez dispone, en el estado puramente represivo de la causa, de unos elementos de clasificación suficientes para elegir el tipo de pena apropiado a cada delincuente. Sin que sea necesario el adoptar la clasificación un poco abstracta que proponía Saleilles (19), la idea que había expuesto conserva todo su valor.

Tres grandes tipos de penas principales caracterizan en la hora actual el derecho penitenciario francés: las penas pecuniarias, la privación firme de la libertad y la privación de la libertad con suspensión simple o con una puesta a prueba. Las disposiciones legales son tales que, en materia correccional, el juez tiene, en la mayoría de los casos, la posibilidad de elegir entre estos tres tipos de castigos. En materia criminal la incidencia de las circunstancias atenuantes es tal que puede igualmente elegir entre todas las modalidades de la privación de libertad. Por tanto, para decidir entre la prisión firme, la prisión con suspensión de pena y la prisión con puesta a prueba, no es en modo alguno necesario que el juez esté en posesión del expediente de personalidad. ¿Puede sostenerse verdaderamente que en la mayoría de los casos la comprensión de la historia de un delincuente requiera absolutamente la intervención de un psicólogo profesional, de un psiquiatra y de un psicotécnico? ¿Hay quién crea verdaderamente que los abusos del "juridicismo" son de tal naturaleza que ciegan sistemáticamente la perspicacia de los magistrados?... y ¿no se teme que la observación llamada científica traiga consigo otros abusos u otras deformaciones no menos temibles? ¿Los instrumentos tradicionales del juez son verdaderamente tan imperfectos? La calidad del delincuente primario o del reincidente, la edad del delincuente, su manera de vivir, y, en lo que concierne a los reincidentes, su pasado penal, constituyen a los ojos de los neoclásicos unos criterios suficientes. Es solamente después de una condena firme cuando las autoridades penitenciarias determinarán, tras un examen concienzudo de la personalidad del condenado (como lo hacen actualmente), las modalidades del tratamiento penitenciario.

Es cierto que este tratamiento penitenciario se compromete con frecuencia a causa de la brevedad de la detención ordenada por el juez. Pero el abuso de las penas cortas, tan frecuentemente denunciado, es imputable a una mala comprensión de los principios del Derecho penal

(18) Ver ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, p. 145 ss.

(19) SALEILLES, *De l'individualisme de la peine*, p. 126 y s., p. 208, 255 y 262.

clásico. Habitándose a contabilizar todos los factores de la responsabilidad moral, los tribunales han terminado por desmoralizar la represión. La combinación de las circunstancias agravantes y de las circunstancias atenuantes ha falseado completamente el juego de la reincidencia. Las circunstancias atenuantes se han convertido en la cláusula de estilo en todos los juicios correccionales. Esta deformación está dentro de la lógica de un derecho penal esencialmente punitivo y vindicativo. No sería ya concebible en la perspectiva de un Derecho penal de perfeccionamiento. Porque no es en modo alguno ineluctable el proporcionar la duración de la extensión teórica de la responsabilidad moral. La responsabilidad penal moderna es la aptitud a asimilar el castigo, a aprovechar la punición. El delincuente que comete una infracción se pone en la situación de sufrir el tratamiento necesario para su reeducación durante todo el tiempo requerido para el éxito de tal tratamiento. Nada se opone, en consecuencia, a que los tribunales, que en cualquier caso deben fijar la duración máxima de la sanción (la defensa social rechaza también las sentencias indeterminadas), impongan unas penas suficientemente largas que pueden, desde luego, ser abreviadas, en caso necesario, durante el curso del tratamiento por el juego de la gracia o de la liberación condicional.

* * *

Tales son los principales puntos neurálgicos en derredor de los cuales se afrontan las doctrinas contemporáneas en este período tenso que precede siempre a la fusión transaccional de los antagonistas. El dilema que estas doctrinas se esfuerzan en resolver no tiene, por tanto, nada de actual. Tal dilema torturaba ya a San Agustín, quién, meditando, hace dieciséis siglos, sobre la aflicción de la lucha contra la herejía, el antiguo ladrón de peras convertido en obispo de Hipona, se halló también, con antelación al problema, ante la encrucijada del Derecho penal clásico y la defensa social: "¿Cuando se trata de castigar o de no castigar, qué dilema!... ¿No ocurre... que castigando al culpable, con frecuencia se le pierde y que dejándolo impune con frecuencia se pierde a otro? Confieso que en estas materias me equivoco todos los días... ¡Ah, cuántas cuestiones ante las cuales hay que temblar y qué tinieblas!" (20).

¡Que las Jornadas que dan comienzo puedan contribuir a dar alguna luz en estas tinieblas seculares!

(20) SAN AGUSTÍN. Carta 95,3-4, *Choix d'écrits spirituels de saint Agustin* (Ed. Gabalda).