

JUSTIFICACION DE LA SANCION PENAL. EL DEBATE DOCTRINAL EN
ITALIA Y ESPAÑA ENTRE LA POSGUERRA Y LOS AÑOS OCHENTA

TESIS DOCTORAL presentada por Josep Cid Moliné
y dirigida por el prof. Juan Bustos Ramírez.

Departament de ciència política i dret públic

Facultat de Dret

Universitat Autònoma de Barcelona



1.2.2.2.3. Fundamentación en la teoría de la reeducación en el marco de una concepción preventiva del derecho penal (Novolone)

Si bien es cierto que tras la caída del fascismo, y en concordancia con la aprobación de la Constitución, había surgido en la última jurisdicción italiana una concepción reeducativa de la pena que llegaba a propuestas de reforma en la legislación penal, resultaba que contribuciones tan significativas como las de Erispigni o Delitala adolecían de una falta de capacidad de presentarse como opciones universalizadoras por cuanto se mostraban excesivamente ancladas en sus respectivas filosofías informadoras, la positivista o la cristiana. Esta tarea de universalización de la concepción de la pena era, a mi entender, absolutamente necesaria para conseguir influenciar un debate destinado a realizarse en una sociedad que cada vez más tenderá al pluralismo en el plano cultural).

Seguendo el magisterio de aquellos autores, o mejor, de su tradición cultural, Novolone acometerá, en el curso de los años cincuenta, una obra en la que la asunción del espíritu de la nueva época, que caracterizaba la concepción reeducativa de Delitala, irá acompañada de una reflexión sobre la trascendencia del nuevo Estado en el Derecho penal. Para desarrollar esta tarea, el autor tomará como interlocutor al movimiento europeo de la Nueva defensa social, el cual, con sus

dos espíritus, el positivista, que lo llevaba a concebir la legislación penal como guerra contra la peligrosidad del individuo, y el humanista, que, en reacción al totalitarismo, se preocupaba de la consideración y respeto del individuo en la ejecución de la pena, proponía la subordinación del derecho penal a una política criminal cuyo objetivo fuera la lucha contra la delincuencia, realizada, cuando ello fuera posible, mediante la integración del individuo en la sociedad¹⁴¹. Nuvolone coincidiría con este movimiento cultural en considerar que la situación social creada en Europa tras la caída de los regímenes fascistas requería de una revisión de las bases del derecho penal¹⁴².

La conciencia del autor de que el método técnico-jurídico, dominante en la doctrina jurídico-penal durante la postguerra, no permitía desarrollar esta revisión, por cuanto sometía al jurista a la disciplina del derecho positivo, lo conducirá a proponer una nueva orientación metodológica, que denominará dirección crítica, dirigida a:

1. ... clarificar sobre todo el objeto de la ciencia, sus constantes y variables, las categorías lógicas entre las que se debe desarrollar, los elementos históricos que en ella pueden confluír¹⁴³.

Con esta concepción se ampliaba enormemente el objeto de investigación del jurista porque, como anunciaba Nuvolone, con

¹⁴¹ Al respecto, Ancel, La défense sociale nouvelle (Un mouvement de Politique criminelle humaniste), 1ª ed., Paris, Cujas, 1954, *passim*.

¹⁴² Nuvolone, "Il concetto penale", *cit.*, *passim*.

¹⁴³ Nuvolone, "Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale", en RIDP, 1949, p. 381.

no saber debería contribuir, primeramente, a que la política determinara concretamente aquellos bienes o intereses, esenciales o relativos a la situación histórica, que constituirían el objeto de protección del derecho penal¹⁴⁴.

Una vez delimitados estos bienes o intereses, el fin que, según el autor, debería proponerse el jurista había de ser el de concebir el sistema más idóneo para su tutela. Para ello, debería partir de la premisa de que las sanciones previstas por este sistema se fundamentarían en una categoría lógico-racional del derecho penal consistente, en primer término, en que el mandato jurídico fuera concebido, para quienes tuvieran capacidad de determinarse psíquicamente, como un contraempuje al mecanismo psíquico de la acción criminal¹⁴⁵ y, en segundo término, en que, respecto de los individuos incapaces de adecuarse al mandato de la ley y frente a quienes no hubiera sido efectivo el contraempuje, fuera actuada una prevención individual dirigida concretamente a evitar la realización de nuevos delitos¹⁴⁶.

El problema de la finalidad de la pena venía, entonces, resuelto, en su dimensión estructural, en el plano lógico-racional y, por tanto, era negada su conexión con el plano

144 Nuvolone, "Natura e storia nella scienza del diritto penale", en RIDP, 1951, pp. 235-236.

145 Nuvolone, "Natura e storia I...I", cit., nota anterior, p. 240 y, del mismo, "La prevenzione nella teoria generale del diritto penale", en RIDP, 1956, p. 26.

146 Nuvolone, "Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale", en SIJFP, 1957, p.13.

histórico¹⁴⁷. Desde trascendía (utilizando una expresión del autor: "la penosa realización histórica" en el contenido sustantivo de las sanciones, las cuales sólo estarían afectadas por la técnica o técnica lógica social del derecho penal en la ciencia), que habría de ser de carácter retributivo, pero en su contenido. En última instancia, y aún cuando Nuvolone no soluciona en estos años una discusión sobre las relaciones entre la prevención general y la especial, quedaba implícito en su obra que el mínimo retributivo esencial de la pena era la única trascendencia que la finalidad de prevención general debía tener la determinación y ejecución de la pena.

Seguidamente, Nuvolone pasaba a discutir el tipo de sanciones que debería integrar este derecho penal para que cumpliera con las finalidades de prevención que le asignaba. Afrontaba, en primer lugar, la cuestión de si junto a las medidas post-delictum habrían de prevverse medidas de seguridad ante-delictum, inclinándose por la solución afirmativa, en atención a la necesidad de evitar la perpetración de delitos por parte de individuos que diesen manifestaciones exteriores de una seria intención criminal o que tuvieran un substrato biopsíquico que les predispusiera al delito. El autor era consciente de los conflictos en que podían caer tales medidas

¹⁴⁷ Ibidem. La dimensión del problema será puesta a la luz por el propio Nuvolone en un artículo posterior de comentario a la obra de Romagnoli "Delitto e pena nel pensiero di G.B. Romagnoli", en *RIEPP*, 1961, p. 9651 donde analizaba la teoría de este autor sobre la función de *contraempuje* de la pena, señalando que Romagnoli ponía en relación la justificación de esta función con la actuación de medidas contra los factores exógenos de la criminalidad; Nuvolone consideraba que esta dimensión ideal de la teoría debía ser rechazada por cuanto siempre existiría un influjo negativo de la organización social sobre el delito. Es decir, aún cuando Nuvolone reconociera la importancia de la actuación de "sustitutivos penales", argüía que la iniquidad del sistema social no podía considerarse como circunstancia que relativizara la doctrina de la prevención general.

respeto del principio de legalidad, pero consideraba que:

(...) si nosotros aceptamos el principio de defensa social, no podemos garantizar que las medidas jurisdiccionales, limitadas a la libertad individual intervengan únicamente en cuanto un delito previsto por la ley total ha sido cometido¹⁴⁸.

Para que la libertad no fuera garantizada frente a posibles arbitrariedades del Estado, Nuvolone proclamaba que el presupuesto de aplicación de tales medidas fuera una norma que describiera conductas objetivas y, en el plano formal, exigía que ellas vinieran repetidas en un proceso de defensa social en el que, a través del juicio contradictorio, quedarán garantizados los derechos del individuo¹⁴⁹.

En relación a las sanciones post-delictum, el autor aludía, inicialmente, a las condiciones para la realización de la finalidad de prevención general que identificaba en el carácter cognoscible de la norma, pues sólo podía pretenderse el cumplimiento de un deber que fuera cierto en su contenido y límites, y en su especie de subjetivación, es decir, en la individualización por parte de ella de unas categorías que tuvieran en cuenta factores, como la inclinación al delito del individuo, las particularidades del objeto tutelado o las circunstancias de la acción, que permitieran realizar el principio de "a igual autodeterminación psíquica, igual pena"¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Nuvolone, "Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale", en RSCDP, 1956, p.240.

¹⁴⁹ Nuvolone, "Le principe de la légalité (...)", cit., p. 241.

¹⁵⁰ Nuvolone, "Natura e storia (...)", cit., p. 240.

La segunda exigencia (légal-cultural) de este derecho penal era la realización de "la finalidad de prevención especial: la contradicción entre esta finalidad y la realidad histórica de la pena es un hecho hacia que Nevulone pusiera énfasis en tal contradicción. El autor, haciéndose partícipe de aquel proceso cultural y social que había llevado a la reacción frente a las condiciones de vida de los reclusos, ponía como primer requisito de la pena el respeto a la persona humana y postulaba como única finalidad la reeducación y curación de los individuos.

Para dar contenido a esta inspiración político-cultural, Nevulone asumía las enseñanzas de aquella corriente cultural que, a partir del positivismo, había considerado que la ejecución penal debía consistir en un actividad dirigida a la curación de la predisposición biológica al delito y a la capacitación para resistir a los factores exógenos del delito¹⁵¹.

El proceso de reeducación o de curación debería partir de una observación del individuo realizada sobre bases científicas, a partir de la biología, la psiquiatría y la psicología, que permitiera conocer su personalidad, sus motivos de delinquir y, consiguientemente, sus posibilidades de reeducación. Los instrumentos de reeducación, siguiendo las indicaciones de la Comisión parlamentaria de vigilancia de las

¹⁵¹ Según explica Tagliarini ("Rapporti tra difesa sociale e orientamenti criminologici degli anni 30 ad oggi", en GC, 1976, pp. 308-311) tras la segunda guerra mundial, y señaladamente en el II Congreso Internacional de Criminología celebrado en París en 1950 abandona la criminología una concepción exclusivamente biológica del delincuente, asumiéndose que la personalidad venia integrada por factores exógenos y endógenos.

condiciones de los detenidos y, en el plano internacional, las reglas mínimas de la D.N.U. para el tratamiento de los detenidos¹⁵², sólo podían ser efectivas, según Nuvolone, si se aplicaban en un subsistema carcelario que respetara los derechos individuales del recluso y deberían consistir en el trabajo, realizado preferentemente en el exterior de la cárcel, en la instrucción y, respecto de aquellos individuos que mostraran una predisposición biológica al delito, en los tratamientos médicos requeridos. Estas actividades de reeducación, al igual que el mínimo retributivo de la pena, deberían venir limitadas, según Nuvolone, por el respeto a la persona humana¹⁵³.

La atribución de una finalidad reeducativa de la pena llevaba a que, en la concepción de Nuvolone, perdiera sentido un sistema de doble vía por cuanto él respondía a motivaciones ajenas a la prevención. Además de esta razón, a mi entender determinante, el autor argumentaba, para criticar este sistema, que la persona no podía ser dividida en compartimentos estancos, que tuvieran en cuenta separadamente su imputabilidad y su peligrosidad. En última instancia, y siguiendo los argumentos de Delitala, dado que la sanción propuesta por Nuvolone debía reunir las características de la pena, aún cuando sólo fuera en el mínimo retributivo, y de la medida de

152 Ensemble des règles minima pour le traitement des détenues, adoptado con resolución del I Congreso de la D.N.U. para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes, 30-VIII-1955, arts. 65 y ss. Sobre la Comisión parlamentaria v. infra 2.2.1.2.

153 Nuvolone, "Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena", en Iustitia, 1956, pp. 143-155, passim.

seguridad, en su concepto inductivo y curativo, era obvio que cualquier doble tratamiento carecía de justificación¹⁵⁴.

Si la pena iba a cumplir las finalidades de prevención especial que en un sistema de culpa se atribuyen a una medida de seguridad de duración indeterminada, surgía la pregunta de si debía nacer una pena estaría subordinada en su duración a la consecución del fin o, por el contrario, debería prevalecer el principio de legalidad de las penas. Nuvolone respondía razonando que la esencia lógica del derecho penal quería que el individuo supiera de la posibilidad de una pena si violaba la norma pero no hacía indispensable que conociera la duración de ella, la cual, por tanto, debería cesar cuando existiera la persuasión:

(...) de que el sujeto se haya psicológicamente fortalecido y materialmente preparado para resistir a las motivaciones que normalmente lo llevarían hacia los delitos de los que anteriormente se hizo culpable (...)¹⁵⁵.

Aun cuando Nuvolone consideraba que en este sistema las garantías para la libertad y la dignidad del individuo vendrían dadas por la judicialización de la ejecución penal, educó motivos de oportunidad política que no determinaba que aconsejaban una reducción de la indeterminación de la pena en base al establecimiento de unos límites máximo y mínimo fijados por el juez en el momento de la sentencia dentro de los marcos

¹⁵⁴ Nuvolone, "Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel contesto storico attuale", en RICPP, 1957, pp. 13-15.

¹⁵⁵ Nuvolone, "Le principe de la légalité (...)", cit., p. 239 y, lo anterior, passim.

establecidos por la ley.¹⁵⁶

La obra de Nuvolone adquirió notable importancia al vincular este autor su concepción de la pena con la Carta Constitucional; con ello introducirá un horizonte de investigación que mantendrá siempre abierta la puerta a la tensión entre el castigo (Pena y la Constitución) y que estará destinada a dar frutos significativos en la evolución doctrinal sucesiva¹⁵⁷.

El primer sector de conflicto que en los escritos de estos años el autor planteaba entre la legislación ordinaria y la Constitución era el de las medidas de seguridad predelictuales; Nuvolone consideraba este tipo de intervención necesaria para alcanzar la finalidad de prevención de delitos pero arguía que el respeto a la libertad y dignidad humanas, que habían tenido plasmación constitucional¹⁵⁸, obligaba a la judicialización de tales medidas y a que el presupuesto de su aplicación fuera la descripción de conductas objetivas de peligrosidad por parte de la ley, tal como establecía el art. 13-2 de la Constitución:

¹⁵⁶ Nuvolone, "Le principe de la légalité (...)", cit., p. 277.

¹⁵⁷ Nuvolone elevaba a opción metodológica lo que hasta entonces habían sido meros epílogos de las concepciones de los autores sobre la pena. Como se ha tenido ocasión de observar repetidas veces en el curso de este trabajo, todos los autores tenderán a interpretar la Constitución de acuerdo a sus concepciones particulares sobre el derecho penal y sobre la pena y, en particular, vincularán el art. 27-3 tanto a concepciones reeducativas como a retributivas. Aún cuando ello no tenga mucha importancia, no puede olvidarse que en el debate constitucional surgió afirmada una concepción reeducativa de la pena (Sobre ello v. infra 1.2.1).

¹⁵⁸ Reconocimiento de los derechos individuales del hombre (art. 2); respeto de la persona humana (art. 12), igual dignidad social de los ciudadanos (art. 1), por los cuales debía entenderse que los reclusos gozaban de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución con la única excepción de aquellos cuyo ejercicio no era compatible con el estado de detención: Nuvolone, "Il rispetto (...)", cit., p. 143.

El autor admite (159) la limitación de la libertad personal no sólo por parte activada de la autoridad "judicial" y sólo en los casos y modos previstos por la ley.

En base a ello, el autor no dudaba en calificar de inconstitucionales las diversas "prescripciones de las leyes de seguridad pública" (160) que previeran restricciones a la libertad, como el confinamiento, impuestas en base a un procedimiento de peligrosidad "administrativa", y aún que los estados de peligrosidad, que eran el presupuesto para la aplicación de tales medidas, fueran establecidas con rigor (161).

En relación a las medidas post-delictum y en la medida en que Nuvolone veía reflejada su teoría general de la prevención en el Texto Constitucional y, en particular, en el art. 27.3:

Con esta norma el principio de la prevención especial ha hecho su ingreso constitucional en el derecho penal positivo. Ello se quiere decir que la pena, como tal, pierda su esencia de retribución de un mal cometido; pero sí quiere decir que en la sanción vista bajo el nomen iuris de pena no está sólo comprendida la pena en sentido restrictivo como castigo sino también una serie de medidas inspiradas en necesidades distintas (162).

La primera vía de actuación para la previsión de un sistema

(159) Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. n.º 773 de 18-VI-1931), modificato parzialmente per d.leg.igt. de 10-XII-1944, arts. 180 y ss.

(160) La citada ley establecía que conductas de apreciación tan arbitraria como el ser difamado por la voz pública como peligroso social o delincuente, o de carácter tan genérico como el ser ocioso o vagabundo deberían dar lugar a una admonición al individuo por parte de la autoridad administrativa que en caso de ser incumplida, es decir, manteniéndose el individuo en su conducta, ocasionaría la aplicación de medidas de seguridad restrictivas de la libertad, como el confinamiento.

Nuvolone admitía que la judicialización, como garantía de la libertad del individuo, podía ser objeto de algunas limitaciones, como la supresión del juicio contradictorio, si las medidas de peligrosidad aplicables, de carácter preventivo o de recuperación, lo fueran puramente en interés del individuo (en "La prevenzione (...)", cit., pp. 14-15).

(161) Nuvolone, Le leggi penali e la Costituzione, 1953, p. 3.

basado en la prevención de la reincidencia en la modificación del régimen de detención por parte de la pena. Para ello, el autor concordaba con DeLittorio y Vasalli en que, principalmente, se debía proceder a la unificación del sistema sancionatorio por los legisladores¹⁶². Una vez unificado el sistema, el juez debería tener la posibilidad de determinar la pena, dentro de los límites aureos que debería prever la ley, entre unos límites máximo y mínimo, vinculando su determinación concreta, también de competencia judicial, a la efectiva consecución de la finalidad reeducativa¹⁶³.

Para que este sistema fuera efectivo se requería, en el ámbito de la ejecución de la pena, la reforma del Reglamento penitenciario. Se debería sustituir la concepción de la pena basada en el castigo propia de este Reglamento (insueneración, aislamiento, obligación de uniforme, prohibiciones de desplazamiento, obligación de silencio, limitaciones en las comunicaciones, censura de correspondencia, graves castigos) por una ejecución respetuosa de los derechos subjetivos del recluso (de todos aquellos que la Constitución reconociera a los ciudadanos y no fueran incompatibles con el estado de detención) y basada en la provisión de unos medios, como el trabajo, la educación y la asistencia social, dirigidos a la

¹⁶² Vasalli había abogado por el establecimiento de una medida única, adecuada a la personalidad del sujeto, para las tipologías de delincuente habitual y profesional, considerando que, en este supuesto, la garantía para la libertad y dignidad humanas, se daría gracias a la judicialización de la ejecución penal, a la eliminación de la peligrosidad presunta y a la restricción de la indeterminación a los casos más graves (en "Trattamento giuridico-penale dei delinquenti professionali e dei delinquenti abituali", en SP, 1953, p. 502).

¹⁶³ Napolone, "Le principe de la légalité (...)", cit., passim.

responsabilidad del individuo para resistir a los factores exógenos y endógenos que lo condujeron al delito.

El tratamiento, y, en definitiva, la efectiva duración de la pena, tendió a estar orientado, como en el Reglamento Rocca, a la adaptación del individuo al régimen de vida en la cárcel, "a la buena conducta carcelaria", sino a la adquisición por parte del penado "de unas formas de vida respetuosas de las normas sociales"¹⁵⁴.

1.2.2.7.7. Los fundamentos del tratamiento como superación de las causas del delito

El libro de Muvolone, al dar una dimensión universal a la concepción reeducativa de la pena, que se había demostrado tan arraigada en el panorama cultural de los primeros años de la Italia republicana, se convertía en punto de referencia obligado para los autores que se identificaban, en mayor o menor medida, con el paradigma reeducativo.

Muvolone había colocado la discusión sobre la pena bajo unos nuevos parámetros ya que a partir de su concepción, en que las exigencias de la prevención general se traducían en el mínimo retributivo de la pena que se constituía en presupuesto de la prevención especial, quedaban sin fundamentación las posiciones de autores, como Pannain o Allegra, que criticaban o ignoraban la finalidad reeducativa de la pena en nombre de la prevención general¹⁵⁵. En segundo lugar, de cara al debate posterior, al

¹⁵⁴ Muvolone, "Il rispetto (...)", *cit.*, *passim*.

¹⁵⁵ Allegra (en: "Utile ed etico a fondamento della pena", en AA.VV., Studi in memoria di Arturo Rocca, I, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 31-62) consideraba que la razón que determinaba el recurso del Estado a la pena era la utilidad, la necesidad social de defensa y conservación; frente a ella la retribución, en cuanto

ubicar la función de prevención general del Derecho penal en un plano establecimiento. Novolone eliminaba los problemas de fundamentación del Derecho penal a los que tradicionalmente está vinculada con una concepción punitivo-general.

Resultaba, entonces, que el horizonte de investigación que abrió la concepción de Novolone tenía como aspecto central el desarrollo de aquellos institutos de carácter reeducativo o de los instrumentos de carácter práctico, capaces de hacer posible la compatibilización entre el mínimo retributivo de la pena (o privación de libertad) y la finalidad reeducativa. Durante los años cincuenta, por los motivos a los que posteriormente se aludirá, la doctrina se interesó preferentemente por aquel contenido de la pena idóneo para realizar la función de prevención especial y, consiguientemente, sobre las causas de la delincuencia que habrían de ser combatidas por la ejecución penal¹⁶⁶.

Quienes, por su tradición cultural, manifestarán primero su

expresión de la moralidad atribuida a la ley, actuaba como justificación y como límite. La prevención especial venía vista como una consecuencia de las otras finalidades, pero ella no debía influir ni el tipo ni la medida de la pena.

Parnain, por su parte (en: "Il diritto penale e la morale", en AA.VV., Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini, Padova, Cedam, 1954, pp. 343-350) consideraba que la finalidad del derecho penal era la de defender a la sociedad contra el delito, para lo cual la pena debía venir concebida como un mal, primero amenazado y después concretamente impuesto y ejecutado, realizadas estas finalidades Parnain admitía que la pena pudiera perseguir la finalidad de corrección e enseñanza del condenado.

Como se observa, la diferencia entre las concepciones de Novolone y la de estos autores estriba en que mientras para el primero era posible que la pena sin abandonar su esencia retributiva cumpliera una finalidad de prevención especial, para los segundos, someter la pena a finalidades de prevención especial suponía abandonar su esencia de retribución y, por tanto, su idoneidad para cumplir la finalidad de prevención general.

¹⁶⁶ Esta inquietud por aplicar un tratamiento al detenido dirigido a corregir las causas que le habían llevado al delito era semejante a la que (como explica Padovani, L'utopia punitiva, cit., pp. 33-34) había originado la crisis de los modelos penitenciarios de Filadelfia y de Auburn ante la conciencia de que las desigualdades de la sociedad obstaculizaban una propuesta de cárcel basada en el mismo tratamiento para todos los individuos.

debidos por fijar el contenido de la pena en especial según los autores, que estableció en el artículo culto el de la revista "La scuola positiva", la cual en 1955 organizó un ciclo de conferencias sobre "delito y personalidad"¹⁶⁷ para reafirmar la importancia que la personalidad del individuo debía tener en la concepción de la pena.

El planteamiento general de esta concepción venía realizado por Gaspignu, el cual arguyó que ante el carácter socialmente peligroso de quien comete un delito era necesaria una reacción de defensa dirigida a readaptar al delincuente a la libre vida asociada¹⁶⁸. El autor resumiendo la llamada fase jurídica de la Escuela positiva no aceptaba, por tanto, que la peligrosidad ante delictum fuera el presupuesto de la intervención penal:

(...) antes que ser partidarios de una determinada orientación penalista, como juristas y como tales sentimos en un grado máximo la necesidad de respetar la libertad de los ciudadanos, excluyendo cualquier posibilidad de arbitrio (...)¹⁶⁹.

Si, como decía Gaspignu, delito y personalidad eran una misma cosa¹⁷⁰, se debería estudiar la personalidad del individuo como premissa para cualquier tratamiento dirigido a la readaptación y, consecuentemente, a la defensa de la sociedad. Para ello el Derecho penal habría de ser ayudado por la

167 "Delitto e personalità", ("Quaranta conferenze dei più eminenti criminologi italiani e stranieri"), en Sc, 1955, pp.

168 Gaspignu, "La personalità e il valore sintomatico del reato", en AA.VV., "Delitto e personalità", cit., p. 277.

169 Gaspignu, "La personalità (...)", cit., p. 266.

170 Gaspignu, "La personalità (...)", cit., p. 268.

En criminología, saber que un delito fue cometido por Di Tullio:

La moderna Criminología debe tender, por tanto, a devenir más individualista... La afirmación es una criminología clínica, con lo cual se debe entender la presencia de las conductas humanas, antijurídicas y criminosas, basada sobre la observación y el análisis porocentrado de casos individuales, sean normales o patológicos¹⁷¹.

Para investigar la etiología del delito se debía, según Di Tullio, abandonar el libre arbitrio y partir de la premisa de que éste era el producto de un fallo en el dinamismo de la inhibición psicológica; para saber por qué este mecanismo no había funcionado también que estudiarse la esfera biológica y psicológica del individuo (análisis morfológico de su personalidad, desarrollo psíquico general, funciones biológicas del individuo referidas al temperamento individual), la cual, bajo el contacto con las condiciones ambientales, produciría el carácter individual¹⁷².

Diagnóstico de la personalidad del reo, se llevaría a término un tratamiento terapéutico de la criminalidad, entendido como:

(...) el conjunto de actividades médicas, psicológicas, pedagógicas y morales que debían ser practicadas para la reeducación social y moral de cualquier delincuente¹⁷³.

El conjunto de estas actividades de tratamiento, entre las que Di Tullio daba especial importancia a la psicoterapia, debía cumplir el objetivo de normalizar la personalidad de

171 Di Tullio, "Sul metodo e sulla finalità della criminologia clinica", en AA.VV., "Delitto e personalità", cit., pp. 102-103.

172 Di Tullio, op. cit., pp. 104-105.

173 Di Tullio, op. cit., p. 104.

todas las condenados¹⁷⁴.

La idea de normalización, objetivo que estos autores compartían con la rehabilitación, era sintomática de que con la firma de los planes constituyeron ya de forma definitiva una orientación biopsicológica en sus concepciones sobre las causas de la delincuencia:

... porque toda actividad reactiva a la presión externa (al como la disciplina, sugiere o impone la propia personalidad biológica individual)¹⁷⁵.

Junto a esta primera tendencia, que daba prioridad a los factores bio-psicológicos en el tratamiento de la delincuencia, surgió, en la segunda mitad de los años cincuenta, los planteamientos de autores que se expresarán en la "Rassegna di studi penitenziari", revista penitenciaria ministerial fundada en 1951, de cuyos ambientes emanarán los proyectos de reforma penitenciaria de los años sesenta.

La circunstancia de que estos autores se expresaran en este medio oficial influyó que en sus concepciones reeducativas cobraron especial importancia los instrumentos de tratamiento previstos por el Reglamento Rocco, esto es, el trabajo, la instrucción y la religión.

La relación lógica entre los instrumentos del tratamiento y las causas de la delincuencia llevaba a Reale, a la sazón Director general de las Instituciones de prevención y de pena, a afirmar el carácter criminógeno de la desocupación y, consecuentemente, a atribuir gran importancia reeducativa a la

¹⁷⁴ De Tullio, op. cit., pp. 109-110.

¹⁷⁵ Niceforo, "Personalità e condotta criminale", en AA.VV., "Delitto e personalità", cit., p. 250.

trabaja como profesional y al 20 duro, considerando este último como medida contra los delincuentes¹⁷⁶. En sentido semejante, Garofalo, para liberar al individuo del trabajo como medio de readaptación, por el momento fundamenta la disciplina del individuo e impedir la adquisición de malas costumbres¹⁷⁷. Para que el trabajo penitenciario cumpliera estas finalidades habría de ser semejante al de la vida libre, esto es, preferentemente industrial, sometido en la comercialización de sus productos a las reglas de la oferta y la demanda y remunerado¹⁷⁸.

Cabe observar en las concepciones de estos autores una diferencia importante con los planteamientos de Nuvolone pues mientras este último consideraba a la retribución como una especie de pena que no debía trascender al fin, estos otros autores le atribuían un valor de finalidad. Así, Reale destacaba que el concepto de tratamiento no repudiaba una justa severidad en la ejecución de la pena¹⁷⁹, Garofalo sostenía que la remuneración del recluso no podría alcanzar la del trabajador libre¹⁸⁰ y Eula, a la sazón presidente del Tribunal supremo, arguía que en la tarea de formar hombres nuevos, honestos, de hacer trabajadores cualificados, útiles a la

176 Reale, "Rieducazione del condannato", en RSP, 1957, p. 466.

177 Garofalo, "Il lavoro come mezzo di ricupero sociale del detenuto", en RSP, 1957, p. 475.

178 Garofalo, op. cit., pp. 473-484.

179 Reale, "Rieducazione del condannato", cit., p. 455.

180 Garofalo, op. cit., pp. 480-481-

comodidad, sino precisamente la capacidad de una justa y adecuada compensación, consistente en la presencia de libertad, en el sistema más modernizado, en la privación de comodidad y de confort, en definitiva, en un sufrimiento en los límites tolerables de la naturaleza humana¹⁶¹.

Si a pesar de esta ampliación del mínimo retributivo incluyo a estos autores dentro de la corriente reeducativa es porque, al entender, en su obra, no dejaba de estar presente una influencia de reforma de la pena basada en su orientación a la reeducación. Las concesiones que realizaban en sus planteamientos a la concepción retributiva eran atribuibles a la mayor sensibilidad o sometimiento de estos autores a la práctica de las instituciones penitenciarias, en las cuales la concepción efectiva de la pena seguía siendo imperante.

La tercera tendencia también surgió de los ambientes oficiales de la Dirección general de las instituciones de prevención y de pena pero se distinguía de la anterior por su mayor vinculación con el movimiento de reforma surgido tras la II guerra mundial y, en especial, con las nuevas teorías de la defensa social basadas en el principio de concebir la ejecución penal como un proceso de integración del individuo en la sociedad, por ello, estos autores, no limitaban el objeto de reeducación a uno de los aspectos de la persona, como podía ser su formación o el trabajo, sino que pretendían conocer al individuo en su globalidad, para saber cuáles eran las

¹⁶¹ Eula, "Il lavoro carcerario nell'economia della espiazione, della purificazione, della redenzione", en *RSP*, 1958, p. 156.

características de su personalidad.

Se diferenciaba de la concepción positivista clásica y también, pero en menor medida, de los nuevos planteamientos de la Escuela positivista en que negaban que el ser humano pudiera ser reducido a un objeto biológico, vejiendo como patrimonio cultural lo que:

(...) los dos principales corrientes de pensamiento surgidos en Criminología en el curso del último siglo (el individualista y la sociológica) confían ahora en el método clínico, el cual parece ser el único capaz de realizar una sistematización lógica de la teoría de los factores múltiples (...) ¹⁸².

Pero existía continuidad con el positivismo en la metodología, dada la dimensión científica en la que estos autores ubicaban sus propuestas de observación y tratamiento. De tal manera, el tratamiento del individuo debería estar basada en una observación que incluyera un examen biográfico, consistente en reconstruir los episodios más destacados de los primeros años de su vida, en especial los del ámbito familiar, unos exámenes morfológicos, endocrinológicos y de carácter funcional, de los cuales debería deducirse la posible etiología de disturbios caracteriales y de personalidad, un examen psíquico, para valorar la inteligencia, el pensamiento y las características básicas de la personalidad y, por último, un examen comportamental, a partir de la observación de las actividades realizadas en el instituto ¹⁸³.

Se deducía lógicamente que estas disfunciones biológicas o

¹⁸² Di Genaro/Ferracuti/Fontanesi, "L'esame della personalità del condannato nell'istituto di osservazione di Rebibbia", en RSP, 1958, p. 376.

¹⁸³ Di Genaro/Ferracuti/Fontanesi, op. cit., pp. 371-379, passim.

estas orientaciones de raíz biológica, psicológica o sociofamiliar del individuo, podían ser comprendidas y aplicadas a través de un tratamiento penal individualizado.

El peso de estas tendencias, sobre las tres tendencias que, en el desarrollo de los años cincuenta, habían delimitado el objeto de la reeducación, ellas ocupaban prominentes de fondo que las identificaban. En primer lugar, todas ellas partían de una concepción plurifactorial de la delincuencia, pues atribuían su surgimiento a factores individuales y sociales. En esta relación, entre individuo y sociedad, el individuo siempre tendría un papel contribuyente, es decir, la importancia de causas exógenas nunca sería de tal envergadura que sin una predisposición del individuo, que no tenía que ser necesariamente biológica, ubicada en su personalidad, pudiera producirse el delito. En segundo lugar, esta concepción sobre la etiología de la delincuencia justificaba un tratamiento que no pretendía modificar el plano social (relaciones sociales, familiares, laborales) por cuanto se atribuía a la institución penitenciaria una omnipotencia para crear un hombre nuevo, capaz de resistir a cualquier influencia externa que le llevara hacia el delito.

Si bien estas tendencias suponían un desarrollo de la obra de Nivolone, al dotar de contenido, delimitando el objeto y los medios, a la pena reeducativa, se distinguían de los planteamientos de este autor en que asumían plenamente aquella circunstancia histórica de los primeros años de la República que había llevado a excluir cualquier control externo de la gestión ministerial de las instituciones penitenciarias (el

respecto véase infra I.2.2.1.2), y, por último, no incluían en sus propuestas la atribución de poder decisorio sobre la ejecución penal, en su contenido (ordenación), y su órgano ajeno a la Dirección general de instituciones de prevención y de pena, como poder con el poder judicial. Con ello reafirmaban la realización, que, por contra, pretendía ser contraria: en el ámbito judicial, y en la de aquellos autores que compartían sus premisas, o que el sistema sobre la pena fuera ajeno a la realidad de la institución penitenciaria.

I.2.2.3. Receptividad de la legislación y de los proyectos oficiales de reformas penal y penitenciaria hacia el paradigma reeducativo: Limitación de la reeducación a principio reformador, no determinante, de la ejecución penal

Junto a su irrelevancia a nivel doctrinal, la importancia de las tendencias analizadas en el último punto del subepígrafe anterior (I.2.2.2.1), que habían dotado de contenido a la pena reeducativa, radicaba en que sus premisas de fondo serían acogidas por una serie de proyectos y textos legislativos surtidos entre 1955 y 1960 que afectaban todos los ámbitos de la intervención penal: medidas de peligrosidad pre-delictuales, Tribunales de menores, Código penal y Reglamento penitenciario. El análisis de estos textos pretende exponer la sensibilidad de las instancias gubernamentales hacia las propuestas de reforma del sistema penal basadas en el principio de la reeducación y, también, verificar, a partir del dato de la incapacidad de alguno de estos proyectos para convertirse en leyes, la ubicación del paradigma reeducativo en la esfera política.

1.2.3.5.1. Judicialización de las medidas de seguridad individual.

Las primeras modificaciones sufridas por la Constitución en materia penal de la época fascista, tras las realizadas durante la República (véase infra 1.1.1.), fueron las relativas a la legislación de medidas de seguridad individual. En relación a esta última, como se ha notado más adelante, la doctrina había señalado la contradicción entre las restricciones a la libertad personal previstas por la legislación de policía de 1931¹⁸⁵ -aplicadas como consecuencia de atribuir a la autoridad administrativa una de las tipologías de peligrosidad previstas por la ley- y el principio de reserva judicial de las restricciones de libertad sancionado en el art. 13 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional apreciará, en sus primeras sentencias, la inconstitucionalidad de estas restricciones de libertad aplicadas por la autoridad administrativa¹⁸⁶ y obligará a la promulgación de la nueva ley de medidas de peligrosidad de 1956¹⁸⁷. La nueva ley mantenía, sin embargo, la potestad de la autoridad administrativa de amenazar ("diffidare") a quienes incurrieran en una de las conductas de

185 r.d. n.º 775, de 19-VI-1931. Testo unico delle leggi de pubblica sicurezza.

185 A) respecto de las sentencias (n.ºs 2 y 11 de 1956): Amato, "La libertà personale", en AA.VV., La pubblica sicurezza, Vicenza, Neri Pozza, pp. 168-169.

186 L. n.º 1423 de 27-XII-1956: Misure di prevenzione nei confronti delle persone per la sicurezza pubblica e per la pubblica moralità.

o peligrosidad preventiva por la ley (que, en los casos y circunstancias, mencionados, habiéndose hecho de oficio al fin de, primero, asegurar, de por vida, la distancia por su favor de vida con el sujeto del suceso del delito, en el caso motivo de ser peligroso para el sujeto, quienes fueron considerados como autores o complutadores de ciertas actividades delictivas (prostitución, venta de drogas) y, por último, quienes realizaban habitualmente actos contrarios a la moral pública y a las buenas costumbres¹⁸⁷ - con la aplicación de una medida de seguridad en caso de no cambiar de conducta. La autoridad judicial sería competente para aplicar las medidas restrictivas de la libertad (vigilancia especial con posible prohibición de residencia en un determinado lugar, obligación de residencia y otras prescripciones accesorias) cuando considerara que la amenaza hubiera sido desatendida¹⁸⁸. El incumplimiento de estas medidas de seguridad comportaba penas de privación de libertad¹⁸⁹.

Si bien la nueva ley cumplía con el requisito de la judicialización, difícilmente podía afirmarse que se sometía al principio de legalidad, que había sido reclamado por la doctrina, en particular por Nuvolone, puesto que, salvo la eliminación de la tipología de los difamados, mantenía hipótesis de peligrosidad semejantes a las de la ley de 1931,

¹⁸⁷ art. 1, l. nº 1423 de 27-XII-1956.

¹⁸⁸ arts. 3 y 5, l. nº 1423 de 27-XII-1956.

¹⁸⁹ art. 9, l. nº 1423 de 27-XII-1956.

que toleraban la misma criminalidad en su aplicación¹⁹⁰.

Durante estos años, la doctrina no se pronunció críticamente sobre estas medidas, por cuanto, en general, se abalanzó con libertad para analizar los temas de prevención de delitos. Autores que se identificaban con el paradigma reeducativo, como Nuvolone, tampoco ponían en discusión la eficacia preventiva especial de estas medidas de peligrosidad predelictivas (vigilancia especial, obligación de residencia, etc.) y en el supuesto de que el incumplimiento de la medida diera lugar a la imposición de una pena, se confiaba, lógicamente, en la superior eficacia preventiva de esta sanción.

1.2.2.7.2. El proyecto de Código penal de 1956

El primer estadio en el que las directrices del paradigma reeducativo, acogido por un sector de la doctrina penal, hubieran debido aplicarse era en el Código penal y, concretamente, en su sistema sancionatorio. El proyecto de 1956¹⁹¹ mantenía incólumes aquellos institutos del Código que mayores críticas habían recibido de la corriente reeducativa. Así, el sistema de doble vía, continuando la tendencia restrictiva del proyecto de 1949 respecto del de 1945, venía íntegramente mantenido, desoyéndose las voces de quienes postulaban su superación en atención a la común finalidad

190 Al respecto: *Amato*, *op. cit.*, pp. 170-171 y Favarini, "Il socialmente pericoloso nell'attività di prevenzione", en *REDPP*, 1975, pp. 415-421.

191 El articulado del proyecto y su exposición de motivos (reproducida parcialmente) se encuentran en *EP*, 1956, pp. 213-272.

reductiva de las penas y de las medidas de seguridad.

A partir de esta premisa de que no existía contradicción entre la concepción de la pena plasmada por la Constitución y la establecida por el Código Edoec. -premise que era legítima para el desarrollo político de una reforma basado en el cumplimiento de las disposiciones más innovadoras de la Carta Fundamental- el proyecto se limitaba, siguiendo en ella los directrices de los proyectos de 1945 y 1949, a suaves o moderadas reformas institutas que la gran mayoría de la doctrina había aceptado como normas rígidas o basados en criterios puramente defensionistas.

En tal sentido, atenuaba el criterio objetivista de la causalidad¹⁹², introducía el requisito del conocimiento para la aplicación de ciertas circunstancias agravantes¹⁹³, consideraba, a efectos sancionatorios, la distinta participación en el delito¹⁹⁴, la participación en un delito distinto del querido¹⁹⁵ así como la participación de extraños

192 Al corregir el régimen de la equivalencia de las condiciones (art. 41 c.p.) estableciendo que la pena podía ser disminuida si las causas preexistentes o simultáneas eran desconocidas por el culpable o si las causas sobrevinidas eran independientes de su acción u omisión (art. 9 proyecto).

193 art. 11 proyecto.

194 Al establecer el carácter obligatorio (y no facultativo: art. 114 c.p.) de la disminución de pena para aquellos partícipes que hubieran tenido menor importancia en la preparación o ejecución del delito (art. 11 proyecto).

195 Aún cuando no limitaba, como en los proyectos de 1945 y 1949, la responsabilidad del partícipe, en el delito diverso del querido, al supuesto de que el hecho le fuere imputable por culpa, establecía una obligatoria disminución de la pena (art. 11 proyecto).

de delitos propios¹⁹⁶, admitió que la embriaguez pudiera operar, sólo cuando no fuese consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor, como sucedió con el estrobinol¹⁹⁷, restituyó el contenido de responsabilidad objetiva por hecho ajeno en los delitos cometidos por medio de imprenta¹⁹⁸, definió la tentativa como realización de actos idóneos de ejecución del delito¹⁹⁹, introdujo el criterio de acumulación jurídica para el concurso ideal de delitos²⁰⁰. De la parte especial, destacaba la supresión de ciertos delitos contra la personalidad del Estado, repetidamente señalados como genuinos del régimen fascista²⁰¹.

La circunstancia de que el proyecto reformara sólo aquellos institutos sobre los que existía coincidencia en la doctrina en calificar de excesivamente rígidos y mantuviera aquellos que más discrepancias habían despertado era

196 Al establecer el carácter obligatorio (y no facultativo: art. 117 c.p.) de la disminución de la pena para aquellos partícipes en quienes no se dieran aquellas condiciones personales o relaciones con el ofendido que, afectando a uno de ellos, llevaban a cambiar el título del delito (art. 11 proyecto).

197 art. 11 proyecto.

198 La responsabilidad debería ser, como mínimo, por culpa, que surgiría cuando el director dejara de ejercitar sobre el contenido del periódico aquel control necesario para impedir que fueran cometidos delitos (art. 9 proyecto).

199 Pero la liberalización venía compensada con la previsión de un nuevo instituto que posibilitaba la aplicación de una medida de seguridad para quien hubiera cometido actos preparatorios de particular gravedad (art. 9 proyecto).

200 Art. 11 proyecto.

201 Arts. 276-274 c.p. (art. 19 proyecto).

auténtica de la que se inspiró el político con la que nació, como antipropiedad de la doctrina en la ausencia de debate con el que lo recogería la doctrina²⁰².

1.2.2.3.4. El nacimiento de la ley de Tribunales de menores de 1956

Los Tribunales de menores, regulados por la ley de tribunales de menores de 1956²⁰³, eran competentes, en materia penal, para los delitos cometidos por menores de 18 años²⁰⁴. Mientras que el Código penal estableció la inimputabilidad de los menores de 14 años (art. 97), respecto de los individuos comprendidos entre los 14 y los 18 años será el tribunal quien deberá determinar su imputabilidad, definida por el Código como capacidad de entender y querer (art. 98).

La competencia penal de los tribunales de menores debía ejercerse de acuerdo a las directrices del Código penal, el cual establecía una diferenciación del sistema sancionatorio en atención a la edad, consistente, en primer lugar, en la provisión de institutos suspensivos particulares para los menores, como el perdón judicial (art. 159 c.p.) o con mayores márgenes de aplicación, como la suspensión condicional (art. 167 c.p.) y, en segundo lugar, en la provisión de medidas de seguridad especiales para los menores, como el reformatorio

²⁰² Y en que, si sus pesquisas no son suficientes, no llegara ni siquiera a ser publicado íntegramente.

²⁰³ r.d.l. n.º 1404 de 20-VII-1934: Istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni.

²⁰⁴ A excepción de cuando el menor esté procesado junto a algún individuo mayor de 18 años (art. 9, r.d.l. n.º 1404 de 20-VII-1934).

industrial (art. 273 c.p.), y de establecimientos separados de los de los adultos para el cumplimiento de las penas, los cuales deberían estar destinados a la reeducación moral (art. 117 c.p.).

Este régimen particular del Código Penal respecto a los menores, por sí mismo, forma una orientación reactiva, según demostraba por la Ley de Tribunales de menores, la cual subordinaba la intervención sobre el menor a una verificación de sus antecedentes personales y familiares bajo el prisma físico, psíquico, moral y ambiental²⁰⁵. En el supuesto de que el menor fuera considerado imputable y no se beneficiara de la aplicación de una de las medidas suspensivas, la Ley preveía que en cualquier momento de la ejecución pudiera ser decretada por el ministro de justicia la libertad condicional²⁰⁶.

Las medidas aplicables a los menores que hubieren cometido un delito y que no fueren considerados ni imputables ni peligrosos se incluían en la competencia administrativa del Tribunal de menores que se ejercitaba, además, con los menores irregulares por conducta o por carácter, o abandonados, para los cuales se preveían las medidas de reformatorio judicial o de asignación a una familia²⁰⁷.

Durante la Epoca Republicana se procedía, en relación a esta competencia administrativa, a una enfatización del

²⁰⁵ Art. 11, l. r.d.l. n.º 1404 de 20-VII-1934.

²⁰⁶ Art. 21, l. r.d.l. n.º 1404 de 20-VII-1934.

²⁰⁷ Arts. 25 y 26, l. r.d.l. n.º 1404 de 20-VII-1934.

reeducativa de los menores delincuentes. Este proceso se iniciaría durante la gestión del Ministerio de Justicia por parte del democristiano Feltriguardo Zoli, el cual dictó una circular en 1951 que establecía nuevos instrumentos de carácter no institucional para afrontar la desviación de los menores.²⁰⁸

La reforma de 1956²⁰⁹ incidía en la competencia administrativa de los Tribunales de menores y, en continuidad con las circulares dictadas por el ministro Zoli, constituía el reformatorio judicial por unas instituciones nominalmente más reeducativas llamadas casa de reeducación e instituto médico psico-pedagógico y preveía, junto a ellas, una medida de carácter no institucional, denominada libertad asistida, en la que el tribunal establecía unas prescripciones, de carácter educativo, profesional, asistencial, de utilización del tiempo libre, a las que el menor debía adaptarse y cuya práctica efectiva sería garantizada por la oficina del servicio social.²¹⁰

Sólo cuando esta reforma no afectara el sistema de medidas adoptables frente a los menores que hubieran cometido un delito

²⁰⁸ La primera circular (n.º 3935/2405, de 8-II-1951, en Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena. Aggiornato con le successive circolari ministeriali, cit., pp. 243-247) constituía un servicio, compuesto por asistentes sociales, para realizar indagaciones sobre la personalidad del menor y para favorecer la libertad asistida y, además, creaba grupos educativos de convivencia de menores para los supuestos en que la familia no diera suficientes garantías de orden y moralidad. En una circular sucesiva (n.º 83/2581, de 1-VII-1952, en RSP, 1952, pp. 634-636) se hacía hincapié en que el internamiento en reformatorio judicial del menor abandonado debía tener carácter de última ratio.

²⁰⁹ L. n.º 888, de 25-VII-1956.

²¹⁰ Art. 27, l. l. n.º 888, de 25-VII-1956.

(salvo el supuesto de los imputables no peligrosos) daba una nueva regulación a unas medidas que eran asimilables a las que se adoptaban frente a los adultos que incurrieran en una de las tipologías de peligrosidad previstas por la ley, distinguiéndose de ellas en que, de acuerdo a los principios del paradigma reeducativo, eran más adecuadas, dado su contenido pedagógico, para lograr el fin de la reeducación.

La razón de que se produjera esta sustancial diferenciación entre los regímenes de menores y de adultos debe buscarse en la ideología de la Codificación realizada por Rocco, la cual partía de una distinción de los individuos en función de su capacidad, que se consideraba, con carácter general, disminuida para los menores. De ahí que cualquier desviación por parte de estos individuos fuera interpretada como una prueba de su inmadurez y se pretendiera que la respuesta frente a ella tuviera carácter educador.

La ley de 1956 mantenía este criterio, pues si acentuaba el contenido reeducativo de aquellas medidas era debido a que, ante la influencia del principio reeducativo en el ámbito de los adultos, era lógico que se produjera una reforma del régimen de los menores que mantuviera la diferenciación que daba sentido a todo el sistema.

I.2.7.7.4. El proyecto de reforma penitenciaria de 1960²¹¹

Aún cuando, por la falta de información, sea muy difícil

²¹¹ Sobre los planteamientos de reforma penitenciaria durante la Epoca republicana y, en particular, sobre este periodo, tomo como referencia crítica fundamental a: Neppi Modona, "Appunti per una storia parlamentare della questione criminale", *cit.*, pp. 335-341.

se instruir la práctica de las instituciones penitenciarias, las notas 27 que se encuentran del período 1951-1956 indican que en Argentina aquella orientación de humanización sistémica que se había iniciado había dado un salto al momento 2012, y que se había hecho efectiva en algunas de las cárceles fundadas en los últimos años de estos elementos de los reclusos y en mejorar los métodos de reeducación, había encontrado continuidad en la gestión de los sucesivos ministros, sino que, al contrario, las circulaciones ministeriales de este período son un indicio de que se volvió una práctica basada en la reafirmación del carácter de aflicción que el Reglamento Rocco atribuía a la pena²¹².

212 Además de la circular n° 4014/2473, de 1-VIII-1951, (cit.) que era la fundamental por su alcance humanitario general (v. infra I.2.2.1.3.) y de las circulaciones relativas a los menores a las que se ha aludido en el apartado anterior (v. infra I.2.2.3.1.), durante el mandato de este ministro se dictaron otras cuyo contenido fundamental era: fomentar la instrucción civil de los reclusos (circular n° 7932/2402, de 1-II-1951, en RSP, 1951, p. 469); limitar el uso de armas de fuego (circular n° 3483/2443, de 15-V-1951, en RSP, 1951, p. 602); aumentar la frecuencia en la limpieza del vestuario (circular n° 400/2457, de 23-VI-1951, en RSP, 1951, pp. 767-789); cumplimiento de las normas de calidad y cantidad de alimentación (circular n° 4038/2467, de 27-VII-1951, en RSP, 1951, pp. 784-787).

213 Este indicio se obtiene, en negativo, por la ausencia, durante este período, de circulaciones que prescribieran una humanización o un tratamiento de los reclusos finalizado a la reeducación y, en positivo, por la circular del ministro De Pietro sobre "Disciplina carcelaria" (n° 314/2804, de 24-II-1954, en Reglamento por el Instituto de Prevención e de la Pena [...], cit., pp. 192-195) que establece, como principio general para el tratamiento de los reclusos, lo siguiente:

La pena, aún debiendo tender, en base al precepto constitucional, a la reeducación del condenado, no puede ser privada totalmente, según las leyes y el sentimiento común, del carácter aflictivo, que la distingue de la medida de seguridad. Es por ello inexcusable que produzca sufrimientos por las limitaciones que ocasiona en la libertad de circulación, la libertad de trabajo -siendo esto un deber para el detenido y no un derecho- y la libertad de satisfacer como el hombre libre las diversas necesidades del orden material y espiritual. (p. 192)

A partir de este principio general, la circular establecía que debían limitarse ciertas audiciones radiofónicas, espectáculos cinematográficos, juegos deportivos y quedar absolutamente prohibidas las revistas de contenido erótico y la prensa política y de sucesos (pp. 194-195). Todo ello venía reafirmado con la siguiente interpretación del art. 27-3 de la Constitución:

Tengo conocimiento de que el precepto constitucional, según el cual las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado, es ya una norma sentida y practicada en los establecimientos penitenciarios; pero el sentido de humanidad (...) no puede tolerar culpables tolerancias y relajamientos en la disciplina. La humanidad más sensible queda y debe conciliarse con la exigencia de que el orden carcelario sea rigurosamente observado. (p. 193)

En relación a la segunda mitad de la década de los cincuenta, era la propia Dirección general de instituciones de prevención y de pena quien reconocía, en una memoria publicada en 1958²¹⁴, que sus realizaciones se habían limitado a la reorganización de la pena y que la actuación de la reeducación se había visto obstaculizada por el estado de los establecimientos, que impedían un tratamiento diferenciado en base a la personalidad, por las carencias del personal, por la poca productividad del trabajo penitenciario, por la falta de coordinación con la asistencia post-penitenciaria y, en el sector de los menores, por la inadaptación del personal a los nuevos métodos²¹⁵.

Puede sorprender, en una primera aproximación, que esta situación de conservación de las estructuras carcelarias, durante los primeros quince años de la Italia republicana, se viera acompañada por un proceso paralelo de elaboración de un nuevo Reglamento, que daría lugar al proyecto Gonella de reforma penitenciaria de 1960²¹⁶. El ministerio, para responder a la dinámica de críticas a las condiciones de las cárceles, que había tenido su momento culminante a finales de los años cuarenta, pero que no había dejado de estar presente en el panorama cultural de los años sucesivos, elaboró un proyecto

²¹⁴ Direzione generale per gli istituti di prevenzione e di pena, "Attività della Direzione generale per gli istituti di prevenzione e di pena nel periodo novembre 1956-agosto 1960", en RSP, 1960, fasc. IV, pp. 3-126.

²¹⁵ Direzione generale (...), "Attività (...)", cit., pp. 4-10 y p. 80.

²¹⁶ Ministero di Grazia e Giustizia, "Disegno di legge" sobre "Ordinamento penitenziario e prevenzione della delinquenza minorile", en RSP, 1960, fasc. IV, pp. 307-378.

pero necesariamente debía ser que, al punto de las directrices del penalógico, se debía llegar, por lo menos, al nivel de lo que la única ley reciente donde tal que había planteado una "idea de reforma" el "Decreto penitenciario".

En consecuencia, al "Las autoridades superiores, que servía de punto de partida del proyecto, la Dirección general se valía de la "Allegato" de sus funciones, una "metodología" de muchos años de gestión de las instituciones y "partir" del "Reglamento Rocco", para ello arguye que de hecho este Reglamento podía considerarse "andando" en sus institutos, "reorientar" estudios "tecnológicos" y las "nuevas orientaciones de los organismos internacionales" que "registrar" proceder a una "reforma" sustancial que instituiría la "concepción" del "tratamiento" reeducativo, eliminando las medidas puramente de "aflicción" no dirigidas a esta "finalidad"²¹⁷. A "partir" de esta "motivación" puramente "cultural" de la reforma (de "evolución" científica), la Dirección general se "culpaba" de haber "autorizado" durante tantos años un "Reglamento" que, desde "ciertos" sectores doctrinales y políticos, había "sido" objeto de "las" más "severas" críticas.

El "proyecto" acogía la "concepción" del "tratamiento" que "anteriormente" habían "postulado" las "tendencias" que habían "dotado" de "contenido" a la "reeducación" (v. infra 1.2.2.2.3.) y, en "particular", "partía" de la "premisa" de que, "aún" cuando las "causas" de la "delincuencia" fueran "individuales" y "ambientales", el "delito" era, en "última" instancia, un "fenómeno" de "no" "aceptación" de los

²¹⁷ Ministero di Grazia e Giustizia, "Disegno (...)", "Ordinamento penitenziario (...)", 1960, *cit.*, p. 13. Nappi Modona (en "Appunti (...)", *cit.*, pp. 378-379) destaca los límites que tal valoración del Reglamento Rocco suponía el texto de la reforma.

límites de la propia condición en la colectividad y de escasa disposición a resistir los estímulos que llevaban a la delincuencia²¹⁸. Al localizar la génesis inmediata de la delincuencia en las carencias de la estructura de la personalidad, resultaba que el tratamiento había de dotar al individuo de aquellas capacidades que posibilitaran su socialización. La cárcel se constituía en lugar para la adaptación de los individuos; éste era el concepto genérico que permitía integrar todas las actividades que en la Exposición de motivos del proyecto se consideraban idóneas para lograr el fin de la reeducación: la educación moral y la instrucción profesional, la psicoterapia para quienes se encontrasen afligidos por complejos perniciosos, la curación médica y la curación psiquiátrica para quienes estuviesen en condiciones de inferioridad a causa de enfermedades físicas o mentales²¹⁹.

Si de la exposición de motivos se pasaba a examinar el articulado concreto del proyecto se tenía la constancia de que sus diferencias con el Reglamento Rocco en cuanto a los instrumentos del tratamiento eran escasas: se mantenían la religión, la instrucción, y el trabajo²²⁰. Resultaba obvio que

218 Ministero di Grazia e Giustizia, "Relazione al disegno di legge" sobre "Ordinamento penitenziario e prevenzione della delinquenza minorile", en RSP, 1960, fasc. IV, p. 230.

219 Ministero di Grazia e Giustizia, "Relazione (...)", cit., p. 227.

220 Arts. 61-64 proyecto (Ministero di Grazia e Giustizia, "Disegno (...)", "Ordinamento penitenziario (...)", cit., f. En la exposición de motivos del proyecto (Ministero di Grazia e Giustizia, "Relazione (...)", cit., nota 216) se contemplaba a la religión como medio de elevación moral del individuo, a la instrucción como medio para combatir la ignorancia, dado su carácter criminógeno y del trabajo se decía que debía estar orientado a adaptar al individuo a una actividad productiva moralmente sana y socialmente útil (pp. 231-233).

La relación de una conciencia autónoma del recluso con el orden, de un tratamiento que, como se decía en la Exposición de motivos del proyecto, se basaba en el hecho de que "un hombre no puede ser que se le imponga un castigo sin haberlo merecido, sino como un conjunto de circunstancias conducentes al logro del fin de la reeducación"²²¹— dependió de la discrecionalidad de la Administración, y así, cuando en la propia Exposición de motivos se decía:

...A el inducir al detenido a aceptar la propia condición penitenciaria, que tiene carácter temporal, significa habituarlo mejor a la aceptación y al respeto de las necesidades que trascienden la esfera egoísta del sujeto²²².

En atención a todo lo anterior, puede concluirse que la relación del proyecto Gozzella con el paradigma reeducativo tenía un primer nivel de identificación y un segundo de distanciamiento. El primer nivel se realizaba en la medida en que el proyecto Gozzella concebía al recluso como un individuo cuyas carencias en la estructura de la personalidad le habían llevado al delito, por lo cual no se debía operar sobre él una pena basada en la aflicción sino un tratamiento que, dentro del orden de orden y disciplina de la prisión (mínimo retributivo), aunque ampliando este mínimo retributivo respecto a lo que establecía el paradigma reeducativo en cuanto existían muchas limitaciones añadidas a los que derivaban del estado de reclusión (comunicaciones, uniformidad, etc.)— le capacitará para resistir a cualquier estímulo que lo llevara al

²²¹ Ministero di Grazia e Giustizia, "Relazione (...)", *cit.*, pp. 228-229.

²²² Ministero di Grazia e Giustizia, "Relazione (...)", *cit.*, p. 230.

delito. El segundo nivel se daba en la medida en que el proyecto no preveía, en primer lugar, unos institutos que permitieran adecuar la duración de la pena a la consecución de la finalidad reeducativa -con las excepciones poco significativas del instituto de la libertad condicional, que no modificaba sustancialmente la regulación del código penal²²³, y del nuevo instituto de la semilibertad, cuyo goce se restringía a las penas menores de cinco años y en el último año de condena²²⁴, y, en segundo lugar, al no acceder a que un órgano externo a quien tuviera la gestión de la institución, como podía ser el juez de vigilancia, gozara de un poder determinante en la valoración del proceso de reeducación.

I.2.3.5. Conclusiones

Una aplicación estricta del paradigma reeducativo en el conjunto de estos textos y proyectos legislativos que acabo de analizar hubiera requerido que la intervención penal post-delictual, tanto en el ámbito de los menores como en el de los adultos, se basara en la previsión de una medida única de contenido reeducativo, subordinada en su duración, en el marco de unos límites determinados judicialmente, a la efectiva consecución de la finalidad reeducativa. Las razones de que el proyecto de Código penal de 1956 no superara en este sentido el sistema dualista, y, consecuentemente, tampoco el proyecto de

²²³ Antes de la reforma de 1962 (v. supra I.2.3.1.), la libertad condicional (art. 176 c.p.) venía admitida tras el cumplimiento de la mitad de la pena, o tres cuartos en caso de ser reincidente, y venía excluida en el supuesto de que el condenado debiera ser sometido posteriormente a medida de seguridad.

²²⁴ Arts. 115-116 Ministero di Grazia e Giustizia, "Disegno (...)", "Ordinamento penitenziario (...)", *cit.*

reforma de 1969, parece que deben buscarse en el temor de los siguientes gobiernos de la institución penitenciaria a que ella significara afectar uno de los pilares fundamentales a partir de los cuales se había sustentado la institución penitenciaria: la "definitividad" y la "competencia exclusiva" de la Administración penitenciaria sobre la ejecución penal²²⁵.

La "centralización" de todo, aún reduciendo el paradigma reeducativo a un entorno informador, no determinante, de la ejecución penal, el proyecto Bonella no fuera aprobado es una muestra evidente de que el paradigma reeducativo vivía sólo en la mente de un sector doctrinal y en la de reducidos ambientes sociales (véase infra 1.2.2.1.2.) y de que si él era invocado en este proyecto de reforma se debía más a una necesidad de legislación que a un efectivo interés por realizar una reforma del sistema penitenciario. Y más, cuando se debía tener la experiencia, por las dificultades para la aplicación del paradigma reeducativo en el ámbito de los menores, de que la efectiva actuación de acuerdo a este paradigma en la ejecución penal era una línea que iba mucho más allá de las buenas intenciones, requiriendo de reformas estructurales del sistema penitenciario.

²²⁵ Sobre este "pilar": Neppi Modona, "Carcere (...)", *cit.*, *passim*. Las competencias que el Reglamento Rocco atribuyó al juez de vigilancia (art. 4) concernían especialmente a la asignación de los reclusos a los diversos tipos de establecimientos careciendo de otros poderes sobre el tratamiento del detenido.

I.2.2.3. Evolución del paradigma reeducativo: identificación de afinidades entre los fines de la pena y propuestas de superación.

I.2.2.4.1. Premisas: la diseminación de la idea reeducativa a finales de los años cincuenta a pesar de las críticas de la corriente retributiva.

Puede constatarse que a finales de los años cincuenta se produjo en la doctrina italiana un proceso de bipolarización en el debate sobre la finalidad de la pena. Ello se debió a que el paradigma reeducativo dejó de tener como adversario a concepciones preventivas, pues eran teóricamente comprendidas en él, siendo únicamente criticado a partir de las doctrinas retributivas.

El defensor más relevante de la concepción retributiva, que dará la pauta a los demás autores, será Bettiol, quien, sin alejarse nunca de la esencia de su pensamiento, ya expuesta en "Il problema penale"²²⁶, desplegará, durante estos años, un arsenal de ideas de notable consideración dirigidas contra la idea reeducativa.

En primer lugar, desde un punto de vista filosófico-político, el autor encuadrará la concepción reeducativa de la pena en una ideología totalitaria de inspiración marxista basada en la consideración del delincuente como un individuo con una conciencia social decaída que debería ser reconstruida en el proceso de reeducación. Con esta concepción se renunciaba, según Bettiol, a un concepto absoluto de persona, el cual era inmanente únicamente a una concepción retributiva de la pena, por cuanto ella no se atribuía ninguna finalidad de

²²⁶ Al respecto v. infra I.2.1.3.

La transformación del individuo, pretendiendo solamente establecer el orden social y jurídica violado con el delito²²⁷. Bettiol señalaba que el crítico se partía de la premisa de la existencia de los conceptos de bien y de mal, es decir, respecto a valores, en los valores protegidos por el derecho penal y en el delito, citaba plenamente sentidas en el espíritu de las humanidades, por lo cual, no podía suponer una manipulación, una modificación del concepto de persona, la imposición de un mal a quien hubiera obrado contra la ley penal²²⁸.

En segundo lugar, el autor señalaba que la concepción de la reducción llevaba necesariamente a reducir la pena indefinidamente y, por tanto, a una disminución de las garantías del individuo frente al Estado²²⁹.

Desde un punto de vista empírico, Bettiol consideraba, en tercer lugar, que no existía necesidad de reducir al delincuente ocasional, el cual sería consciente del mal cometido y continuaría admitiendo los valores éticos vulnerados; tampoco se daría esta necesidad respecto de los coincidentes, cuando lo fueran por motivos patológicos; no debía, por último, reducir al delincuente político, al adoptar éste, conscientemente, unos principios contrarios a los

²²⁷ Bettiol, "Sulla riduzione del condannato", en *RIDF*, 1958, pp. 637 y 640 y, del mismo, "Punti fermi in tema di pena retributiva", en AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Alfredo di Marsico*, I, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 62-63.

²²⁸ Al respecto de esta posición de Bettiol, v. infra I.2.1.3.

²²⁹ Bettiol, "Sulla riduzione (...)", *cit.*, p. 642.

del Ordenamiento del Estado²³⁰.

Pero estas críticas no eran suficientes para combatir la concepción reeducativa pues ella no partía de la premisa de que el individuo que cometía un delito necesariamente se colocara en una posición contraria a los valores expresados por la ley penal sino que existían unas causas que, aún cuando el individuo siguiera reconociendo los valores, se llevaban hacia la delincuencia. Ante esta insuficiencia del argumento de la manipulación del individuo para rechazar un proceso basado en el hecho de aquellos medios que le permitieran resistir a los estímulos hacia la delincuencia, Bettiol aportaba una nueva crítica:

(...) si la sanción punitiva desaparece y si es necesario que se tome una medida frente al delincuente, está claro que aunque la consecuencia sea una disminución en el goce, por ejemplo, del bien de la libertad personal, contemporáneamente esta medida se deberá manifestar, al menos en sustancia, en un crecimiento en el goce de un bien cualquiera, en una adquisición del mismo o en una mejora de una situación o posición cuya falta o deficiencia habrían podido empujar al delito²³¹.

Y la conclusión era que a partir de tal concepción el derecho penal se transformaba en derecho premial:

La pena deviene, entonces, verdaderamente, un premio para el delincuente, en la medida en que viene sometido a un tratamiento del que frecuentemente no goza quien no ha caído ni tiende a caer en el delito ¿Porqué esta sustancial discriminación entre el delincuente y el hombre honesto?²³².

Como ya se ha explicado anteriormente, era justamente la

230 Bettiol, "Sulla rieducazione (...)", *cit.*, pp. 643-644.

231 Bettiol, "Dal diritto penale al diritto premiale", en RIDPP, 1960, p. 707.

232 *Ibidem*.

"crisis de conciencia" surgida en el seno del sistema penal. La caída del fascismo que había llevado a un sector de la doctrina a sostener, como señal de superación de esta crisis, una concepción exclusivamente de la pena, basada en (diferencia) condonación de otros, se tradujo en general de las que anteriormente no había de permitir lo que permitía responder al interrogante que se planteara: "¿Por qué?" y la que se aplica porqué a pesar de la brillantez intelectual de sus posiciones, y las de aquellos autores que las compartían²³³, ellas no llegaron a alcanzar una posición dominante en la doctrina²³⁴.

1.2.3.4.7. Apertura hacia los instrumentos no basados en la privación de libertad para la consecución de la finalidad reeducativa

A finales de los años cincuenta, a la par de un proceso de mayor ecología de las concepciones reeducativas, con contribuciones de Raimieri²³⁵, Santoro²³⁶ y Malinverni²³⁷, se

233 En esta época destacaba la posición de Cavallo ("Il problema dei rapporti tra la pena e la misura di sicurezza", en AA.VV., Scritti giuridici in onore di Alfredo di Marsico, cit., pp. 249-286) quien criticaba la posición unificadora de la pena y medida a partir de las diferencias conceptuales entre ambas sanciones: el "deber ser" de la norma exigía que la pena fuera preferentemente retribución e intimidación general y secundariamente reeducación, mientras que la función reeducativa debería ser cumplida por la medida de seguridad. A partir de este "deber ser" criticaba aquellas posiciones que basaban su posición unificadora en la imposibilidad de distinguir prácticamente entre una y otra medida (pp. 251-258 y passim).

234 Todo la expresión "crisis de conciencia" de Baratta, quien la utiliza (en: Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza, Milano, Giuffrè, 1953, p. 15) para explicar la evolución de la ciencia jurídico-penal alemana hacia posiciones subjetivistas en el período de la República de Weimar por advertir el conflicto entre el Ordenamiento jurídico y la realidad social.

235 Raimieri, "Il 20 cpy. dell'art. 27 della Costituzione e il problema della rieducazione del condannato", en AA.VV., Scritti in onore de Giuseppe Morati, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 561-572. En donde el autor consideraba que la Constitución exigía que la pena se materializara preferentemente en un proceso de observación y de tratamiento de la esfera psíquica del individuo dirigidos a reconstruir su personalidad moral (pp. 569-570).

advertía una dinámica de autoinnovación del paradigma reeducativo. Una primera expresión de este proceso se tuvo en el Congreso organizado por el "Centro nazionale di prevenzione e di difesa sociale"²³⁶ -organismo que desde los inicios de la Epoca republicana se había caracterizado por sus propuestas de humanización del sistema penitenciario y de instauración de principios reeducativos²³⁷- en cuyas conclusiones, junto a las propuestas clásicas del paradigma reeducativo, como la unificación de penas y medidas -sobre lo cual, no obstante, se produjo un debate entre los autores más radicales de la Escuela de la defensa social, como Gramatica, partidario de sustituir la doble vía por un sistema único de medidas curativas y reeducativas²³⁸, y los defensores de la opción vencedora, modelado en base a la ponencia de Nuvoletti, que aceptaban el

236 Santoro, "Il tabù retribuzionistico della pena", en SP, 1959, pp. 50-57.

237 Malinverni, "Funzioni e natura della pena", en Studi economico-giuridici della Università di Cagliari, 1959-1961, pp. 3-18. El cual, a partir de una de las premisas fundamentales del paradigma reeducativo:

La utilidad general, esto es el bien común, corresponde, por tanto a la justicia. Un contraste entre estos dos términos, según nuestro parecer, no puede existir. Las divergencias surgen solamente en orden a la determinación mejor del bien común y de los medios más idóneos para alcanzarlo. (pp. 5-6)

arguía que dada la importancia de las condiciones ambientales e individuales en el delito, la sociedad, en cuanto responsable de estas condiciones o en virtud de la solidaridad humana, tenía el deber de intervenir para atenuar los efectos dañosos que se producían en la adaptación del individuo a la sociedad (pp. 11-12).

238 AA.VV., Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme di diritto penale, tomo I: "Le funzioni e i criteri di determinazione della pena e delle misure di sicurezza", Como-Bellagio, Milano, 24-27 abril 1958. Actas publicadas bajo el título homónimo, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 1-359.

239 El citado organismo había manifestado ya estos principios en un crítico informe al proyecto ministerial de reforma penitenciaria de 1950 (sobre él, v. infra 2.2.1.3.). Un resumen de este informe se encuentra en Erra, op. cit., pp. 670-678.

240 Gramatica, "Intervención" en AA.VV., Convegno nazionale [...], cit., pp. 287-290.

principio de la inmensidad como fundamento de la pena (en el sentido penal) y propiamente para captar el carácter capital del tipo de delito que se castiga. En consecuencia, la extenuación de la pena cuando el delito es "leve" y la reducción de la pena cuando la peligrosidad del delinente es débil, ante la presencia de una de las hipótesis biopsicológicas, se vinculan e incluyen en la "teoría de medidas". La reducción de las penas busca preservar la libertad a través de la potenciación del instituto de la suspensión condicional y de la provisión de nuevas medidas alternativas que no supusieran tal como la privación de libertad²⁴².

Un segundo aspecto de renovación manifestado en este congreso concernía a los medios para lograr la reinserción: se argumentaba que para combatir la capacidad a delinquir derivada de causas sociales, tanto las medidas alternativas a la privación de libertad (suspensión condicional), como las que se realizaban tras un período de condena (libertad condicional), al igual que la asistencia post-penitenciaria, debieron basarse en una ayuda social al individuo²⁴³.

Es cierto que estas propuestas renovadoras, la potición de medidas alternativas y la importancia dada a la recuperación social del condenado, nunca habían sido ignoradas por las autntas que se movían en una perspectiva reeducativa, pero en

²⁴¹ Nuvolone, "Funzioni e criteri di determinazione e di applicazione della pena e delle misure di sicurezza nell'attuale sistema penale e penitenziario", en AA.VV., Convegno nazionale (...), cit., pp. 47-48.

²⁴² Conclusiones de AA.VV., Convegno nazionale (...), cit., pp. 346-359.

²⁴³ *Ibidem*.

este congreso ellas eran puestas al mismo nivel que las referidas o que la ejecución penal en privación de libertad tuviera un contenido reeducativo. Por ello, en cierta medida, se abría una brecha en el principio de la omnipotencia de la institución penitenciaria para combatir la delincuencia.

1.2.3.4.3. Polifuncionalidad de la pena y medios para combatir su insuficiencia en la realización de la finalidad reeducativa (Vasalli)

En 1961 el panorama doctrinal italiano se veía notablemente enriquecido por una contribución debida a Vasalli, un penalista que desde los comienzos de la Época republicana se había significado por sus concepciones preventivo-especiales²⁴⁴, sobre las "funciones e insuficiencias de la pena"²⁴⁵, en donde realizaba una reflexión sobre la evolución que en el tema de la finalidad de la pena se había producido en Italia desde la guerra, en base a la cual presentaba una síntesis conceptual de los postulados del paradigma reeducativo que, por su importancia, se convertiría en punto de referencia obligado de la cultura jurídico-penal posterior.

Ya en las contribuciones de los otros principales representantes del paradigma reeducativo, Delitala y Nuvolone, había quedado establecido que la retribución no debía

²⁴⁴ La concepción preventivo-especial de Vasalli se había manifestado especialmente en su propuesta de reforma del régimen de la libertad condicional ("La riforma della liberazione condizionale", en RSP, 1951, pp. 977-1026) basada en sustituir el criterio de la buena conducta por el de la enmienda como presupuesto subjetivo de su concesión y en eliminar la exclusión de la concesión de la medida en el supuesto de que el condenado tuviera que cumplir finalizada la pena una medida de seguridad. Ambas reformas serían efectivamente acogidas, 10 años después, por la l. n.º 1634 de 25-XII-1962 (sobre ella, v. supra 1.2.3.1.).

²⁴⁵ Vasalli, "Funzioni e insufficienze della pena", en RIOPP, 1961, pp. 297-346.

complementar, como una finalidad de la pena, sino como una función de ella. Al igual que estos autores, Vasalli rechazaba esta concepción absoluta de la pena, por considerar que no se podía ser un final absoluto, sino que, desde parte de los delitos penales, en el Código existían vinculados con orden social y moral el elemento funcional y, en consecuencia, que el Estado no podía atribuir atributos esencialmente, incluyendo la pena en tanto a la culpa moral del hombre. Entonces, si el derecho penal sólo podía fundamentarse en la necesidad - aún cuando la justicia operase como límite- resultaba que lo único que podía dar sentido a esta necesidad eran las funciones de la pena²⁹⁶; y así lo planteaba Vasalli:

El problema que permanece abierto es el de ver en vistas de qué finalidades los ordenamientos asumen este particular medio de lucha contra el delito que es la pena retributiva.²⁹⁷

Así, como en los demás autores identificados con el paradigma reductivo, pero más claramente, la esencia retributiva de la pena venía independizada de cualquier explicación ontológica o racional y era justificada por la realización de las funciones atribuidas al derecho penal y, concretamente, a la pena.

La función primera y fundamental de la pena, que aún cuando no había sido teorizada por los autores más representativos del paradigma reductivo quedaba implícita en sus concepciones, era la reafirmación del derecho objetivo violado:

²⁹⁶ Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", *cit.*, pp. 297-317.

²⁹⁷ Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", *cit.*, p. 310.

Nosotros consideramos que la función de la pena sea sobre todo la reafirmación del derecho objetivo violado, realizado con una p[er]turbación, solemnemente descalificación social del hecho: reafirmación y descalificación que sólo a través de la imputación de un mal al autor (culpable) del hecho se considera, numéricamente, realizada en forma suficientemente clara y rigurosa²⁴⁸.

Las características de esta función que lo llevaban a ser la fundamental de la pena era, según el autor, su universalidad, pues no existía un sólo instituto del derecho penal que no la realizara, su generalidad al Derecho penal, pues otras funciones como la prevención general y la especial se daban también en otros ámbitos del derecho, y su capacidad para realizarse aún cuando la pena no fuera impuesta o cumplida²⁴⁹.

No se reafirmaba el derecho objetivo violado para reintegrar el orden moral sino sólo para restablecer el orden jurídico; tampoco era la justicia o el sentimiento de justicia lo que el Estado restauraba con la pena -dada la ya señalada relativa independencia del orden jurídico-penal respecto del orden ético- sino el orden jurídico que la sociedad consideraba necesario para su funcionamiento²⁵⁰. Sólo a través de la pena (retributiva) -aún cuando no necesariamente debiera ser impuesta o aplicada- era posible cumplir esta función²⁵¹.

En segundo lugar:

(...) la pena públicamente impuesta por un acto

248 Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", cit., p. 311. El subrayado es del autor.

249 Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", cit., pp. 311-312.

250 Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", cit., pp. 315-317.

251 Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", cit., nota 243, pp. 311-312.

voluntariamente de parte del sujeto, y el mismo ejemplo para todos aquellos que poseen un temperamento débil.²⁵²

Esta función de prevención general (253) se consigue mediante el efecto de intimidación de la pena, además del efecto de desagravio de la conducta del sujeto normal, 254, y conduce con él a la conclusión de que las penas se imponen a los que habrían de cometer un delito y a los que se les atribuye un delito.²⁵⁵ Vasalli sigue en ella la concepción de Delitala, pero quien la pena retributiva era el medio que usó la imposición de la pena con la finalidad de prevención general.²⁵⁶

Las funciones de reafirmación del derecho objetivo violado y de prevención general eran las premisas del desenvolvimiento de la idea reeducativa. La prevención especial, tercera función de la pena, se especializa no sólo a partir del efecto educativo o retributivo propio de la prevención general en cuanto la pena fuera aplicada concretamente por el individuo, sino principalmente a partir del conjunto de medidas dirigidas a cambiar la peligrosidad del reo, de carácter positivo (reeducación y readaptación a la vida en comunidad) y de carácter negativo (segregación del reo del consorcio humano).²⁵⁷

Hasta aquí, Vasalli se había referido a las funciones de la pena; para pasar a abordar el segundo nivel de su contribución,

²⁵² Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", cit., p. 318.

²⁵³ Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", cit., pp. 318-319.

²⁵⁴ Sobre esta concepción de Delitala, v. *infra* 1.2.1.3.

²⁵⁵ Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", cit., pp.

El de las insuficiencias de la pena, no parece necesario señalar que, a mi entender, el autor refería el concepto de función tanto al plano del ser como al del deber ser. Es decir, Vasalli razonaba a partir de la realidad existente, planteando cuáles eran las funciones que en la sociedad italiana de aquel momento histórico, dados su sistema social y su ordenamiento jurídico, cumplía el derecho penal: en tal modo, desinteresándose por las funciones del derecho penal en una sociedad distinta, identificaba el plano del deber ser con el del ser (o, en otro sentido, excluía que fuera función del jurista razonar a partir de la separación de los planos del ser y del deber ser).

Si, a pesar de ello, incluyo a Vasalli en la corriente reeducativa, que operaba con un paradigma anclado en el deber ser, es porque, en el segundo nivel de su contribución, pero recogiendo un momento siempre presente a lo largo de su obra, introducía el criterio de insuficiencia en relación a la incapacidad de la pena retributiva, adecuada siempre para cumplir las finalidades de reafirmación del derecho objetivo y de prevención general, para realizar en ciertos supuestos la finalidad de prevención especial: plantearse, simplemente, las formas de superación de esta insuficiencia era desplazar el discurso hacia el plano del deber ser, asumiendo, por tanto, la tradición del paradigma reeducativo.

La insuficiencia de la pena que señalaba Vasalli -la posible oposición entre el medio retributivo y la finalidad de prevención especial-, que no era obviamente un descubrimiento -ello había sido constatado, respecto de la época analizada en

En 1943, con el número número 451 de "Il punto" sobre los penales (italianos de 1943), infra 1.2.3.1.2.3), en algunas de las penales de este tipo se aplicó el "ambiente de aislamiento" de 1937²⁵⁶ como la "zona de aislamiento" del centro de penales, lo que el "ambiente de aislamiento" de penales de "de faja blanca", al que sobre todo se le ha hecho referencia (infra 1.2.3.4.2.1) a lo largo de los años. Por el contrario, los centros de aislamiento no habían generado nunca, al contrario, era un punto central en los debates, que la realización de la finalidad reeducativa requiere de profundas reformas, fundamentalmente en el sistema penal italiano, pero sobre todo, y en general la doctrina que había construido el paradigma reeducativo, habían mantenido como hipótesis que una vez realizadas estas reformas la finalidad de prevención especial no sería incompatible con el mínimo retributivo de la pena. Vasalli, en cambio, partía de la hipótesis de que el mínimo retributivo (la privación de libertad en la cárcel) podía ser insuficiente para lograr la finalidad de prevención especial, de ahí que dijera:

La idea reeducativa debe guiar al juez y anteriormente al legislador en la previsión de otras sanciones penales que mejor que la privación de libertad puedan en ciertos casos realizar la finalidad inscrita en la Constitución: tales como un sistema más riguroso de penas pecuniarias, el sometimiento a un régimen de libertad controlada por un tiempo determinado y sobre todo el trabajo obligatorio con otras prestaciones de utilidad pública en régimen de libertad o de semilibertad personal²⁵⁷.

256 AA.VV., *L'ambiente carcerario*. Actas de la "II settimana di studio per Direttori, medici e capellani delle carceri", Saronno, 15-19 octubre 1957, publicadas bajo el título homónimo, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 308. De las cuales destacaba, por la modernidad de sus planteamientos críticos respecto de los efectos negativos de la institución sobre los reclusos, la contribución de Giobbi, "Studio dell'ambiente carcerario e della sua azione strutturale sul detenuto", pp. 14-52.

257 Vasalli, "Funzioni e insufficienze...", *cit.*, p. 339.

Vasalli no admitía una insuficiencia total de la privación de libertad para conseguir los fines de prevención especial y de ahí que asumiera el conjunto de reformas del sistema penal²⁵⁸ y penalitenciario tradicionalmente postuladas por el paradigma reeducativo²⁵⁹, pero sí una insuficiencia parcial que, aun cuando el autor no lo dijera explícitamente, sólo podía ser resuelta completamente, en base a la sustitución de la pena privativa de libertad por otras sanciones, en conductas castigadas con penas cortas privativas de libertad, por cuanto respecto de aquélla las exigencias de prevención general eran menores²⁶⁰.

1.3.3.4.4. Conclusiones

La apertura manifestada en esta época hacia las sanciones alternativas, ante el reconocimiento de que en ciertos supuestos el medio retributivo podía estar en oposición con la finalidad reeducativa, no suponía una ruptura sino una renovación del paradigma reeducativo, posible por la dominación que la idea reeducativa ejercitaba a finales de los años cincuenta; al ser generalmente aceptado que el carácter retributivo de la pena no era un principio ajeno a sus funciones sino, al contrario, totalmente derivado de ellas,

²⁵⁸ Vasalli, "Funzioni e insufficienze (...)", *cit.*, pp. 339-344.

²⁵⁹ Antón Oneca (en su artículo de notable interés "Las teorías penales italianas de la postguerra", en *ACPEP*, 1967, pp. 41-42) observaba que Vasalli enfatizaba respecto de autores anteriores representantes lo que he venido en llamar paradigma reeducativo, la prevención general. Es cierto que Vasalli admitía la dificultad de compatibilizar prevención general y prevención especial y que, en base a ello, no sacrificaba la prevención general, pero, según mi interpretación, lo característico de la intervención de este autor, y lo que lo identificaba con el paradigma reeducativo era su voluntad de reducir, en determinados supuestos, el mismo retributivo para satisfacer ambos fines.

podría darse el peso debido de considerarse que en cambio
representa el número más probable de la serie, necesario para
explicar sus fluctuaciones, más que la necesidad de la
presencia de totalidad que podría restringirse a partir de
datos más débiles para seguir el fin de la producción.

1.2.7. Estancamiento del paradigma reeducativo en los años sesenta por la conservación del sistema legislativo y por el rechazo del paradigma reeducativo por parte del Tribunal Constitucional

1.2.3.1. La inmovilidad del sistema legislativo como razón de fondo del estancamiento del paradigma reeducativo

Aunque durante los años sesenta el panorama político italiano experimentara fuertes convulsiones, por los notables progresos sociales y electorales de las fuerzas de izquierda, que derivarían en la apertura de la Democracia cristiana hacia la colaboración con el ala moderada de aquellas fuerzas y a pesar de que los gobiernos de centro-izquierda, surgidos a partir de 1962, supusieran una acentuación de la política reformista en diversos sectores, la normativización de la pena, en sus ámbitos penal y penitenciario, se mantuvo sustancialmente incólume durante la década de los sesenta²⁶⁰.

La única reforma que durante estos años innovó el sistema legislativo de acuerdo a las premisas del paradigma reeducativo fue la modificación de 1962 del régimen de libertad condicional. La nueva ley suprimía como requisito para la concesión de la medida que el condenado no debiera ser sometido a una medida de seguridad una vez finalizada la pena: si bien ello suponía superar en cierta medida el sistema dualista -al atribuir mayor potencialidad reeducativa a la pena- seguían existiendo unos requisitos de carácter objetivo para el goce del instituto, basados en el tiempo de condena cumplido, que contradecían el tipo de ejecución más flexible reclamado por el

²⁶⁰ Las fuentes históricas de las que me valgo para analizar este periodo son: Pinanzi, op. cit., pp. 2620-2734; Galli, op. cit., pp. 182-186; Carocci, 'L'Italia del centro sinistra', en Storia d'Italia dall'Unità ad oggi, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 331-363; Salvatore, Storia dell'età contemporanea, Torino, Loescher, 1976, pp. 1208-1218.

para el primer periodo de prueba²⁶¹. El artículo 21 de la Ley, en su párrafo 1.º, de una ordenación homogénea de los procedimientos de trabajo con el recluso, fundó el finero de la condena en la posibilidad de conceder la libertad condicional²⁶². El procedimiento de la condena se reguló en el artículo 20 del Reglamento penitenciario. Antes de esta Ley se había establecido una obligación del recluso de cumplir la condena por un periodo de prueba para obtener una segunda suspensión de pena que, si la primera condena hubiera sido de pena pecuniaria y el condenado hubiera satisfecho el importe de tal pena o se encontrara en situación de insolvencia²⁶³.

A pesar de esta reforma, inspirada en la prevención especial, quedaban vigentes los principios básicos del sistema carcelario que se había diseñado la doctrina identificada con el paradigma reeducativo, como eran el régimen de determinación oficial de la pena, el cual no venía regulado en base a un principio reeducativo ni se difería la determinación al momento de la ejecución, el sistema de doble vía que, aún con la corrección aportada por la nueva ley de libertad condicional, llevaba a no acoger con carácter general y desde el inicio de la ejecución de la pena un sistema tendente a la reeducación, y el Reglamento penitenciario, basado en una concepción afflictiva de la pena²⁶⁴.

²⁶¹ Art. 21, nº 1634, de 05-XI-1962.

²⁶² L. nº 171, 24 Abril 1962.

²⁶³ Las circulares del período 1960-1967, aún estando inspiradas en criterios asistenciales y reeducativos, no afectaban sustancialmente esta concepción del Reglamento Rocca; las más significativas fueron: la circular nº 1196/3657, de 11-XI-1961 (en RSP, 1961, p. 864) que prescribía que la actividad asistencial de los Consejos del Patronato (el organismo que tenía encomendada la asistencia post-penitenciaria) abarcara las necesidades de los hijos de los reclusos; la nº 1022/3683, de 20-II-1962 (en

El interés de las fuerzas políticas por la reforma del sistema penal se reducía, siguiendo la tónica de la década precedente, a declaraciones de intenciones, bajo la etiqueta de proyectos de ley, en los que existía un moderado reconocimiento de los principios del paradigma reeducativo.

En este sentido, el proyecto de 1963 de delegación legislativa para la reforma de los códigos²⁶⁴ establecía, en cuanto a la reforma del Código penal, el criterio de conceder mayor discrecionalidad al juez en la determinación de la pena para adaptarla a la personalidad del reo. Además, se refería a una modificación de las tipologías de peligrosidad destinada a valorar el aspecto subjetivo en todos los supuestos de aplicación de medidas de seguridad. Por último, ampliaba el instituto de la libertad condicional arguyendo, en la exposición de motivos, que la esperanza de la libertad facilitaba el logro de las finalidades reeducativas²⁶⁵.

Sorprendentemente, el proyecto aludía expresamente al mantenimiento del sistema de la doble vía, reconociendo que él presuponia una distinción de las penas y de las medidas de

RSP, 1962, p. 260) que mandaba a las administraciones penitenciarias realizar todas aquellas actividades idóneas para elevar el espíritu de los reclusos, como el trabajo, la asistencia, el recreo, la formación religiosa y moral, con el objetivo de prevenir los suicidios entre ellos; la nº 1292/2752, de 25-I-1963 (en RSP, 1963, pp. 160-161) que prescribía, ante la publicación de un decreto de amnistía e indulto, que los Consejos de patronato llevaran a término un plan basado en la adopción de medidas asistenciales, subsidios y favorecimiento de la inserción en el mundo del trabajo respecto de los liberados de la cárcel con el fin de impedir que se agravase su situación social y la circular nº 1406/3464, de 18-III-1964 (en RSP, 1964, p. 381) que prescribía una mayor utilización del instituto del trabajo en el exterior.

264 "Dissegno di lege", "Delega legislativa al Governo della Repubblica per la riforma dei codici", presentado a la "Camera dei deputati" el 10-X-1963, en RDEP, 1964, pp. 138-162.

265 "Dissegno di lege", "Delega (...)", cit., pp. 141-151.

seguridad, basada en el "carácter re-aflictivo" de la pena²⁶⁶, y la "trabazón" que, como resultado de la desorganización que atribuye el castigo, produce al ser humano "una transformación obligada, forzosa y laudable" que "le hace olvidar el pasado de que el proyecto ha nacido" y el "perjuicio fundamental del patológico" (es decir, dice, por ejemplo, el autor de la distribución en el "fin de la pena" que en todos los casos que persiga el "fin de la reeducación" a la vez que "precautelando el cumplimiento de las obras fructíferas preventivas del Derecho penal").

Consideraciones análogas acerca del proyecto de reforma penitenciaria de 1966²⁶⁷ en el que, siguiendo las directrices del proyecto de 1960²⁶⁸, se configuraba la ejecución penal como un proceso dirigido a la adquisición de valores y a favorecer la evolución social del individuo (mediante la instrucción, el trabajo, y otros medios de tratamiento) para capacitarle frente a "los estímulos criminosos"²⁶⁹. No obstante, esta concepción de la ejecución sería limitada por la afirmación de que el carácter "aflictivo" que conllevaba la propia condición penitenciaria era funcional a la reeducación pues permitía que el individuo trascendiera su esfera egoísta: con ello, los "beneficios del proyecto descubrirían sus perplejidades hacia una

²⁶⁶ "Disegno di legge", "Delega (...)", cit., p. 144.

²⁶⁷ "Disegno di legge" sobre "Ordinamento penitenziario e prevenzione della delinquenza minorile", aprobado por el "Consiglio di Ministri", el 14-XII-1965, publicado en RSP, 1966, pp. 5-239.

²⁶⁸ Al respecto, v. infra 1.2.2.3.4.

²⁶⁹ Exposición de motivos del proyecto, en "Disegno di legge (...) Ordinamento penitenziario (...)" (1966), cit., pp. 56-65.

ejecución totalmente anclada en la reeducación²⁷⁰. En el mismo sentido, aún cuando el proyecto introducía institutos nuevos como la semilibertad o la libertad anticipada, que eran reconocidos por el paradigma reeducativo, ellos venían regulados de tal forma que sólo muy limitadamente permitían una adaptación de la pena, en especie y duración, al proceso de reeducación²⁷¹.

La razón por la que estos proyectos legislativos, que al parecer, aún cuando fuera limitadamente, los principios reeducativos mostraban la influencia cultural del paradigma reeducativo, no llegaron a materializarse en leyes era que la cuestión de la reforma penal, y, en particular, del contenido de la pena privativa de libertad, continuaba inmersa en aquel estado de despolitización al que había llegado en los últimos años de la década de los cuarenta y primeros de la de los cincuenta tras apagarse la conciencia, surgida del antifascismo militante, de la necesidad de reforma de las cárceles (infra 1.2.2.1.2.).

Si analizamos el debate que se producía durante los años sesenta sobre la finalidad de la pena nos encontramos con una

270 Exposición de motivos del proyecto, en "Disegno di legge (...) Ordinamento penitenziario (...)" (1966), *cit.*, p. 62.

271 El régimen de semilibertad (art. 120 proyectal -consistente en transcurrir parte del día fuera del establecimiento penitenciario para participar en actividades de trabajo e instrucción- se preveía tanto para los condenados a penas privativas de libertad como para los sometidos a medidas de seguridad (colonia agrícola, casa de trabajo o reformatorio judicial). Para los condenados a pena la adhesión a la semilibertad estaba limitada a los últimos seis meses de ejecución, en caso de condena a pena inferior a cinco años, a los últimos doce meses, para condenas a penas de entre cinco y diez años, y a los últimos dieciocho meses para penas superiores a diez años. El régimen de libertad anticipada (art. 123 proyectal) consistía en el descuento de pena hasta un máximo de 10 días por cada semestre de pena cumplida. Ambos institutos precribían, además de estos presupuestos objetivos, el requisito subjetivo basado en los progresos en el tratamiento.

La ley de 1960 del "Egido" se dio un giro al abordar en la ley de 1961 el problema de la "libertad condicional" que se planteó en los diversos congresos celebrados durante el período que siguió en torno a ella. Como antes están conculcadas las intenciones del "sistema penal de liberación" los protagonistas de la ley de 1961 se dedicaron a:

1. La creación en 1961 del "Centro nacional de prevención y de rehabilitación" con el fin de plantearse los problemas del derecho penal y procesal penal, los penales en materia penitenciaria, Alcatraz, De Gennaro y Vasalli²⁷², postularán una ejecución penal entendida como "lucha contra las causas del delito, realizada a partir de un tratamiento que creara en el individuo nuevas actitudes de vida en su actuación. Con el tratamiento se pretendía modificar, progresivamente, la personalidad del sujeto, introduciendo primer los institutos que permitieran flexibilidad a la ejecución para adaptarla al nivel de maduración del individuo"²⁷³.

El apoyo que estos autores daban al proyecto Goella de 1960 de nuevo "Ordenamiento penitenciario"²⁷⁴ encontrará matizaciones en algunos sectores de la doctrina que no serán reflejados en tal proyecto. Todas sus aspiraciones hacia un tratamiento reeducativo. Así, Ragno, en un congreso organizado en 1961 por

272 Altavista/ Di Gennaro/ Vasalli, "Progressione del trattamento, semilibertà, liberazione condizionale, grazia", ponencia al congreso "Problemi attuali di diritto e procedura penale", Como-Bellagio, 29-IV a I-V de 1961, en GSF, 1962, pp. 3-14.

273 Altavista/ Di Gennaro/ Vasalli, op. cit., pp. 18-23.

274 Altavista/ Di Gennaro/ Vasalli, op. cit., pp. 5-7. En posición semejante a la de estos autores, reclamando que la observación de la personalidad se realizara en base a una metodología clínica: Ponti, "Osservazioni in tema di classificazione dei delinquenti nel ambito penitenziario", en GSF, 1961, pp. 56-59.

la "Unione dei giuristi cattolici italiani" sobre los problemas de la ejecución penal²⁷⁵, a partir de su concepción de que la pena desde un punto de vista católico no podía ser entendida como un medio para el bienestar de la sociedad sino como un proceso dirigido a la reeducación ética del individuo, criticó tanto el estado material de las cárceles, como las medidas sancionadoras de la depresión moral del individuo, como aquellos institutos del Reglamento Rocco basados en la aflicción; frente a esta situación, valoraba positivamente las reformas del proyecto Bonella pero denunciaba sus limitaciones respecto de la previsión de institutos que permitieran flexibilizar la ejecución, como la semilibertad, las licencias y la libertad condicional²⁷⁶.

En el congreso sobre "Crisis y futuro de la pena privativa de libertad"²⁷⁷ se continuarán denunciando las restricciones impuestas por el Reglamento penitenciario a la libertad de comunicación, de trabajo, a la libertad religiosa, como contrarias a la Constitución, en particular a su art. 27-3²⁷⁸. Se destacará la ineficacia reeducativa de las penas cortas

²⁷⁵ Ragno, 'Le posizioni subietive del condannato', en Iustitia, 1962, pp. 209-267.

²⁷⁶ Ragno, op. cit., pp. 244-261. En concreto, el autor consideraba que el requisito establecido por el proyecto Bonella para la concesión de la semilibertad de ser calificado cinco años como bueno llevaría a una adaptación utilitarista al régimen carcelario y que, en la aplicación del instituto, la medida de libertad vigilada obstaculizaría el proceso de reeducación; las mismas críticas, sobre los controles inadecuados a la reeducación, realizaba a los institutos de la libertad condicional y de las licencias.

²⁷⁷ AA.VV., 'Crisi ed avvenire della pena carceraria', Bari, 4-6 mayo 1963. Las ponencias están publicadas en Corti di Bari, Lecce e Potenza, 1963-1964, pp. 368-403.

²⁷⁸ Así: Ruggiero, 'La crisi della pena carceraria come crisi della istituzione', en AA.VV., 'Crisi ed avvenire (...)', cit., pp. 381-390.

El autor de que el precepto constitucional de la reeducación era una norma de efecto inmediata, y no meramente programática, que obligaba a concebir la ejecución penal como un proceso de lucha contra aquellas causas, preferentemente las individuales, que hubieran determinado el acto delictivo, para lo cual sería necesario no sólo una reforma del régimen de determinación de la pena y del Reglamento penitenciario, que posibilitaran la adecuación, en sentido cualitativo y cuantitativo, de la pena al proceso de reeducación, sino también la previsión de institutos que permitieran realizar la ejecución en régimen de total o parcial libertad²⁸⁴.

A partir de la ponencia de Nuvolone, se articulaba la contribución de Bricola, en la que se argumentaba la inconstitucionalidad de las penas privativas de libertad de carácter fijo por impedir que se realizara el presupuesto de la reeducación: la adaptación de la pena a las condiciones personales del sujeto²⁸⁵. A partir de premisas semejantes, Calvi denunciaba el sistema de clasificación de los individuos previsto por el Código Rocco (arts. 141 y ss. y 216 y ss.) por basarse en criterios puramente tipológicos y condicionaba la posibilidad de recuperar a la sociedad a quien hubiera violado la ley penal a que existiera un sistema de clasificación

284 *Ibidem*.

285 Bricola, "Pene pecuniaria, pene fisse e finalità reeducativa", en AA.VV., Sul problema (...), cit., pp. 191-216.

pedagogica²⁸⁶.

Desde la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, los dos grandes autores de la doctrina penal italiana (Mazzari y Calvi) se han ocupado de tal modo que durante la última quincena de años del siglo XX (supra, I, 2, 7, 24) se ha formado una cultura penal basada en la interpenetración conceptual funcional, en materia penal, de la filosofía de la pena, la filosofía de la pena propiamente dicha, la filosofía jurídica, la filosofía política. También, en esta ocasión, además de un avance conceptual al paradigma reeducativo: la "determinación de categorías de tipos de delitos como referente del derecho penal. Hacia la crisis de este derecho, el carácter totalitario de la idea pedagógica y la ineficacia de la reeducación ante el carácter ontológico del delito"²⁸⁷.

El congreso de Bresciana era significativo de la escasa variedad en las posiciones doctrinales de los autores que postulaban una finalidad reeducativa de la pena respecto de las concepciones elaboradas durante la década de los cincuenta. Las razones de este estancamiento -una vez que durante los años cincuenta las concepciones reeducativas habían gozado de una legitimidad que les había permitido imponerse culturalmente a las concepciones retributivas- se encuentran, a mi parecer, en

²⁸⁶ Calvi, "Istanza criminal-pedagogiche e vincolo tipologico nella classificazione esecutiva", en AA.VV., Sul problema (...), cit., pp. 282-302.

²⁸⁷ Mazzari, "Il problema dell'unificazione della pena e delle misure di sicurezza nella Costituzione Italiana", en AA.VV., Sul problema (...), cit., pp. 158-189.

²⁸⁸ Accali, "Osservazioni in ordine all'art. 27 della Costituzione considerato sul piano del diritto positivo", en AA.VV., Sul problema (...), cit., pp. 217-224.

²⁸⁹ Bettiol, "Il mito della reeducazione", en AA.VV., Sul problema (...), cit., pp. 1-17.

La propia estructura del paradigma reeducativo que, habiendo sido construido sobre la premisa de una reforma del sistema sancionatorio, para delimitar la necesidad necesariamente que, en alguna medida, se produjeran nuevos institutos, como por ejemplo los relativos a la determinación de la pena, destinados a alcanzar tal finalidad reeducativa: mientras ello no ocurriera, la existencia de un nuevo objeto de reflexión condenaría a la doctrina a repetir las posiciones de antaño.

1.2.3.2. La incompatibilidad de los fines de la pena en la interpretación del Tribunal constitucional²⁹⁰. El debate doctrinal sobre la interpretación de la Constitución

No contradice la hipótesis del estancamiento del paradigma reeducativo, el que durante este periodo se produzca una renovación en el debate sobre la finalidad de la pena derivada de la sensibilidad de la doctrina hacia la interpretación constitucional).

En 1956 había entrado en vigor el Tribunal constitucional; la doctrina jurídica advirtió las enormes posibilidades de renovación del sistema legislativo que se abrían con la creación de este órgano institucional y, en particular, la doctrina más sensible a la necesidad de reforma del derecho penal depositó en esta institución unas esperanzas que se veían continuamente frustradas en el terreno político. No es de extrañar, por tanto, que durante los años sesenta, coincidiendo

²⁹⁰ Sobre los criterios del Tribunal constitucional en el tema de la finalidad de la pena ve valgo, como fuente crítica, del análisis de Pasella: "Osservazioni sugli orientamenti della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena", en IP, 1977, pp. 313-322.

En las primeras sentencias del Tribunal sobre la finalidad de la pena, se cuestionó la validez de la distinción en interés por el delito. La cuestión de fondo es la ley "ordinaria" y la "beneficencia".

La primera sentencia es la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la finalidad de la pena dada de 1947²⁹¹; la cuestión se centró en una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación a la exclusión del beneficio de la suspensión condicional de la pena, previsto con carácter general por el Código penal (art. 163), para los delitos de esta clase, por violar los principios de igualdad (art. 7 Const.) y de reeducación (art. 27-3 Const.), por cuanto ellos obligaban, según el Tribunal que planteaba la cuestión, a que el legislador no pudiera desconocer respecto de un tipo de delitos "beneficencia" reconocidos con carácter general y a que cualquier individuo pudiera gozar del régimen más apto a su recuperación social.

El Tribunal Constitucional rechazó la cuestión arguyendo que el principio de igualdad no impedía que el legislador regulara con normas especiales situaciones especiales y que el ámbito de aplicación del principio reeducativo estaba limitado a los ámbitos de ejecución de pena. Respecto de este último principio continuaba argumentando la sentencia aún cuando se acogiera la tesis planteada extensiva del art. 27-3 ampliando el ámbito de influencia del principio reeducativo hasta la determinación de

²⁹¹ Sentencia nº 48, de 29-V-1962, en Dassano/Macagno / Ronco (ed. a su cargo), Le sentenze della Corte Costituzionale sugli artt. 2 c., 29 e 31 e 27 c. 19 e 39 (1956-1975), Torino, Giappichelli, 1976, pp. 570-574.

La pena no podía reconocerse una inconstitucionalidad en aquella norma por cuanto, así como el legislador excluyó el beneficio de la suspensión condicional para penas que superasen una determinada cuantía, también podía excluir la aplicabilidad del beneficio respecto de delitos cuya naturaleza requiriese que la pena impuesta desarrollara sin limitaciones sus funciones de intimidación y de reintegración del derecho²⁹².

En 1966 el Tribunal tendrá ocasión de pronunciarse por segunda vez al resolver una cuestión de inconstitucionalidad referida a ciertas leyes especiales que castigaban la infracción de normas de trabajo con penas pecuniarias, por violar el precepto de la reeducación ya que la pena pecuniaria al resolverse en el pago de una suma de dinero proporcionada a la gravedad del delito tendería exclusivamente a un fin retributivo.

El Tribunal constitucional rechazaba la cuestión de inconstitucionalidad arguyendo que el art. 27-3 ("Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado") si prohibía tratamientos contrarios al sentido de humanidad era porque la reeducación del reo continuaba inserta en un tratamiento penal verdadero y propio, luego el principio de reeducación debía actuar en concurso con las otras funciones de la pena²⁹³. A partir de esta premisa, el Tribunal constitucional se cuestionaba la existencia de penas inidóneas

292 Sentencia nº 48, de 29-V-1962, en Cassano/ Macagno/ Ronco, Le sentenze (...), cit., pp. 573-574.

293 Sentencia nº 12, de 4-II-1966, en Cassano/ Macagno/ Ronco, Le Sentenze (...), cit., pp. 582-583.

2. El sentido de la función de la pena

En consecuencia, con los cambios normativos de la Constitución (arts. 27-74) se quiere que el principio de la reducción de la pena, entendido, por tanto, en el sentido de "reintegración social", funcione al lado del principio de proporcionalidad formal, pero con la finalidad de liberar al sujeto de la carga de la culpabilidad de los delitos cometidos, de sus consecuencias, de su pena privativa de libertad y de su situación de desventaja social, económica y familiar. Y ello, desde el punto de vista de la consideración de las otras funciones de la pena que, desde el punto de perspectiva de la "reintegración social", son: reintegración para la tutela de los ciudadanos y de la orden jurídica contra la delincuencia, y de los delitos de "banda" (la delincuencia misma de la vida social)²⁹⁴.

Aún cuando formalmente con las citadas sentencias el Tribunal constitucional aparece a un concepción polifuncional de la pena, no queda ya el dilema por autores identificados con la concepción reeducativa, desde el punto de vista de las relaciones que se establecían entre las diversas finalidades la polifuncionalidad del Tribunal constitucional se distanciaba totalmente de la concepción de la pena construida por el paradigma reeducativo.

En efecto, hasta la contribución de Vacalli de 1961, la doctrina que se identificaba con el paradigma reeducativo consideraba que el fin de la reeducación y el medio reeducativo, que garantizaba el cumplimiento de los demás fines, no debían estar, una vez realizadas las requeridas reformas en los ámbitos de la determinación y de la ejecución de la pena, en oposición. Vacalli, aún considerando que los fines de reafirmación del derecho objetivo violado y de intimidación eran prioritarios respecto de la reeducación y que

²⁹⁴ Sentencia nº 12, de 4-11-1966, en Dassagno/ Macagno/ Ronco, Le Sentenze (....), cit., p. 583. El subrayado es mío.

de la posibilidad de que por el medio que garantiza el cumplimiento de los diversos fines fueran incididos por el carácter del fin que se buscaba la intensidad de la pena; debe tenerse presente, en ciertos supuestos, pudiera ser superada la contradicción, como cuando se buscaba el afianzamiento relativo a un tipo de sanción no basada, al menos absolutamente, en la privación de libertad.

Con ello, también profundizaba en uno de los principios fundamentales del paradigma reeducativo: buscar los medios para hacer compatibles los diversos fines; este era, a mi entender, la instancia reformada contenida en el paradigma reeducativo. También el Tribunal Constitucional advertía la posible contradicción entre los fines penales, a diferencia del paradigma reeducativo, no consideraba superable esta contradicción. Si el Tribunal Constitucional no resolvía esta contradicción, obligando a la reforma de aquellas normas del código penal o del Reglamento penitenciario contrarias al fin reeducativo, era, a mi entender, porque partía del presupuesto de que tales reformas habrían condicionado la realización de los otros finalidades de la pena: en última instancia, el Tribunal Constitucional partía de la incompatibilidad de los fines de la pena.

Las esperanzas que la doctrina había depositado en la actuación del Tribunal Constitucional llevaron a que durante los años sesenta el panorama doctrinal se enriqueciera con un conjunto de artículos y de monografías que analizaban la trascendencia de la Constitución en el derecho penal.

Fu el anterior de la ley anterior y reduciéndose y restringiéndose la responsabilidad de los funcionarios públicos por "Nucleones" (v. infra) (1961, 1962) después de la ley de Brancati, que en 1961 en el Congreso de "Bologna" (noviembre de 1962) que había manifestado, contrario a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación, por manifestar que el principio de la responsabilidad no exigía necesariamente que la pena se adaptara a la personalidad del agente, por lo cual consideraba inconstitucionales los arts. 175 y 176 del C.P. que establecían la determinación de la pena pecuniaria en proporción a la gravedad de la falta a partir de un índice fijo de "responsabilidad".

En consecuencia esta concepción sobre la trascendencia de los principios constitucionales en el ordenamiento penal en una obra más posterior dedicada a la "discrecionalidad en el Derecho penal"²⁹⁶ en donde estudiaba las diversas situaciones de discrecionalidad que el código Rocco y las leyes penales especiales planteaban al juez para la aplicación de la ley. En particular el autor se interrogaba sobre el precepto que establecía en el Código la determinación judicial de la pena, el art. 17²⁹⁷, considerando que el solo establecía los elementos

²⁹⁵ Bricola, "Pene pecuniarie, pene lesse e finalit  rieducativa", cit., pp. 191-216. El autor consideraba que las penas pecuniarias, de por sí, consistiendo en una simple privación de una suma de dinero, no podían considerarse incluidas en el art. 27-I por ser ajenas a cualquier tratamiento u obra de educación (p. 205).

²⁹⁶ Bricola, La discrecionalit  nel diritto penale, Milano, Giuffrè, 1965.

²⁹⁷ [En el ejercicio de su poder discrecional indicado en el artículo precedente, el juez deberá tener en cuenta la gravedad del delito deducida: 1) de la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción; 2) de la gravedad del daño o del peligro ocasionado a la persona ofendida por el delito; 3) de la intensidad del dolo o del grado de la culpa. El juez deberá tener también en cuenta la capacidad de delinquir del culpable deducida: 1) de los motivos a delinquir y del carácter del río; 2) de los precedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y

para el otorgamiento de la pena³⁰⁰.

Sólo en aquellas suposiciones de gran gravedad, como en ciertos delitos de alta peligrosidad o en los supuestos de reincidencia grave el juez puede tener facultad para el planteamiento del aumento de la pena³⁰¹ o la disminución de la pena³⁰² o la fijación de la pena³⁰³. A la consecuencia de sólo en el momento de la ejecución³⁰⁴, a excepción de los casos en que puede ser objeto de modificación alguna de las penas y de la que no había referencias anteriores, de los que el cumplimiento de los fines de prevención general y de afirmación del derecho objetivo violado llevaban a detenerse en la facultad de prevención especial, la adaptación de la sanción a la personalidad del individuo no podía verse limitada³⁰⁵.

Con ello el autor se oponía a la interpretación de la Constitución mantenida durante este período por la jurisprudencia del Tribunal constitucional, que subordinaba la facultad de reducción al cumplimiento de otras funciones, alegando no sólo la declaración expresa del art. 27-3, que exigía la adaptación de la sanción a la personalidad del reo llevarla, salvo las excepciones a las que se ha hecho alusión anteriormente, a la inconstitucionalidad de las penas privativas de libertad de carácter fijo, sino también el art. 27-1 que, al prescribir el carácter personal de la

³⁰⁰ Bricola, La discrezionalità (...), cit., pp. 92-93.

³⁰¹ Bricola, La discrezionalità (...), cit., pp. 363-365.

³⁰² Bricola, La discrezionalità (...), cit., pp. 91-93.

la posibilidad penal, significó que, en el momento de la promulgación de la parte final de la Ley 13.000 respecto de la gravedad del hecho y la tipología del infractor el legislador que, como se dijo, siguiendo el planteamiento de Brucola, pudo haber optado por la exclusión de la responsabilidad penal de los infractores delictivos alientando, por cuestiones de política criminal, la gravedad del delito, se guió por la pena de la infracción y que, sin embargo, como consecuencia concluyente en la sentencia n.º 48, de 29-V-1980) y sugirió que en el momento de la determinación el contenido y la finalidad de la sanción tuvieran como referencia al sujeto³⁰³.

El interés de la doctrina por la relación entre la Constitución y el Derecho penal no fue exclusivo de los autores identificados con el paradigma reeducativo sino que también autores que se fundamentaban en concepciones retributivas apropiaban con este nuevo lenguaje sus concepciones sobre la pena. La crisis de este sector de la doctrina, que también afectó a la enorme importancia del Tribunal Constitucional, se vio sin duda impulsada por la circunstancia de que las resoluciones de este organismo llevaban a consecuencias muy semejantes, en cuanto a la conservación del sistema legislativo previsto por el Código Rocco, a las que se derivaban de sus excepciones retributivas.

La desaprobación de las disposiciones constitucionales en materia penal que realizaban estos autores partía, como muestran las siguientes palabras de Spasanti, de las

³⁰³ Brucola, La discrezionalità (...), cit., pp. 85-86.

de la pena por su naturaleza, por haberse mantenido tradicionalmente

504) así:

«... La pena es un fenómeno humano, nacido de la naturaleza de que el ser humano es libre. La culpabilidad del reo es el presupuesto necesario de la pena, y la culpabilidad de ella es el presupuesto necesario de la pena. La pena es un fenómeno humano que justifica su existencia en la necesidad racional de una reacción social, y la culpabilidad del reo es el presupuesto necesario de la pena. La pena es un fenómeno humano que justifica su existencia en la medida en que contribuye a una retribución del mal social del reo y, por consiguiente, que es un fenómeno de la idea de derecho como voluntad y la voluntad culpable del reo»³⁰⁴.

305) Si bien entendido que el contenido de las disposiciones en la Asamblea Constituyente (infra 1.1.2.)- sólo en su primer párrafo la pena podía explicar la interpretación de los preceptos constitucionales que realizaban estos autores (y ello también es válido para quien interpretaba la Constitución desde el paradigma reeducativo pero con la matización de que estos autores conectaban con la sensibilidad de la Asamblea Constituyente hacia la reforma del sistema punitivo). Los argumentos se versaban, en primer lugar, sobre el propio lenguaje de la Constitución: las expresiones "Nadie puede ser castigado..." (art. 25-2), "El imputado no es considerado culpable..." (art. 27-2), "Las penas no pueden consistir..." (art. 27-3) venían consideradas significativas de una concepción en que la pena mantenía su naturaleza tradicional de castigo»³⁰⁵.

Si la Constitución se argumentaba en segundo lugar- realizaba la distinción entre penas y medidas de seguridad

³⁰⁴ Spasari, Diritto penale e Costituzione, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 128-129.

³⁰⁵ En este sentido: Molari, op. cit., pp. 169-171.

posibilidad de hacer, sea el propio sujeto o los asistidos, el tipo penal de un tipo de medidas. En otro ordenamiento, como el alemán, como las medidas de seguridad, se emplean palabras, porque quería referirse al autor de la conducta de la pena³⁰⁶.

Con relación al art. 27-3, que era la fundamentación constitucional de los autores del paradigma resocializador, se establece que sólo por fuerza obligatoria la adopción de una pena es reeducativa, pues al establecer en su primer párrafo que las penas no profieren sus efectos antes del sentido de humanidad más favorable prescribiendo una pena castigo. Con ello, la reeducación quedaba supeditada como parámetro para la determinación de la pena y limitada en la ejecución a un efecto deseable referido exclusivamente al fuero interno del individuo³⁰⁷.

Además, el precepto que fijaba el carácter personal de la responsabilidad penal (art. 27-1 const.) no debía interpretarse como prohibición de responsabilidad por hecho ajeno que era el sentido que se le había dado en las discusiones constitucionales (véase 1.2.) sino como responsabilidad por la culpabilidad moral cuya consecuencia debía ser la sanción personal afflictiva³⁰⁸.

Ciertamente, con tal interpretación de la Constitución

³⁰⁶ En este sentido: Molari, op. cit., pp. 169-171 y Grosso, voz "Responsabilità penale", en MDI, vol. IX, 1968, p. 719.

³⁰⁷ Asumen tal interpretación: Molari, op. cit., pp. 169-171, Spasari, op. cit., pp. 74-75 y Grosso, op. cit., p. 719.

³⁰⁸ Así: Spasari, op. cit., pp. 72-73 y Grosso, op. cit., pp. 717-718.

1.2.3. Conceptos de la doctrina de la pena de la fundación de la pena privativa de libertad como consecuencia de la actividad

1.1.1. La concepción del delito y de la pena privativa de libertad como consecuencia de la actividad del sujeto activo.

Según la doctrina neoscholástica, en el capítulo primero, la explicación de la doctrina de la fundación de la pena privativa de libertad de la actividad del sujeto activo, se fundamenta en la necesidad de la legitimación del sistema punitivo heredado de otros sistemas, lo cual es la medida en que la doctrina italiana adoptó de una falta la capacidad política y cultural para reformar aquel sistema, se entendería como uno de los sustos de la discusión que durante los siguientes años plantearía la doctrina penal (pero no sólo aquella universitaria) sobre aquellas instituciones, como la pena privativa de libertad, cuya realidad venía determinada por la regulación normativa de la codificación de Pavia.

La única vía de reforma que en la Asamblea Constituyente se había sabido delimitar frente a aquel sistema punitivo fue la configuración de una respuesta penal, de una pena, que tuviera carácter reeducativo. Cuando un sector de la doctrina, cuestionando la crisis de legitimación del sistema penal heredado del fascismo, se identificara con esta vía de reforma estaría construyendo el primer pilar de lo que definiría como paradigma reeducativo, por el cual, la actividad doctrinal del penalista no participara de esta corriente portaria de la práctica de la necesidad de reformas del sistema penal (como problema) actuada a partir de la instauración de una concepción reeducativa de la Pena (como solución).

La razón de que las concepciones reeducativas fueran siendo progresivamente más dominantes se encontraba en esta respuesta

a la "crisis de legitimidad del sistema punitivo de la que surgió la decadencia de las concepciones retributivas (y preventivas) generalistas, por la incapacidad para plantear una reforma, en el contexto de la época republicana".

Esta crisis reinterpreta el distanciamiento de la hipótesis actualizada por Fossone, en el sentido de que fue la propia evolución social y económica producida en Italia en la segunda mitad de los años cincuenta la que determinó la pérdida de la hegemonía de las concepciones retributivas (y preventivas) generalistas de las reeducativas, ya que no observo una discontinuidad sustancial en las concepciones de los autores debido a este proceso (aún cuando no discuto que él fuera importante para la consolidación de las concepciones reeducativas)³¹⁹.

Frente a esta deslegitimación del sistema punitivo de la época fascista, el debate del período de la Reconstrucción había degenerado (por razones políticas pero también reflexiones) la superación integral del sistema punitivo; el paradigma reeducativo constituirá también su segundo pilar a partir de esta circunstancia histórica del período de la Reconstrucción por cuanto concebirá el derecho penal, a aquel derecho penal que se había formado históricamente, como necesario para la subsistencia de la sociedad.

³¹⁹ Fossone, *op. cit.*, pp. 31-38 (en especial pp. 87-91).

19.4.2. La doctrina sobre el fin educativo sobre los fines de la pena del paradigma reeducativo.

La concepción sobre el fin educativo de la pena elaborada por la doctrina identificada con el paradigma reeducativo (Vassalli, Gattolisi y De Santis) por la doctrina del paradigma reeducativo y del paradigma penalista, los autores que han tratado el estudio y el debate por una parte, los autores reeducativos de la pena en la segunda mitad del siglo XX (Mazzolani, De Santis y Gattolisi) de la evolución del derecho objetivo (Vassalli) y de prevención general, en especial de Vassalli, sobre la transformación en este momento de la práctica sobre la necesidad del derecho penal; en segunda lugar, la descripción de aquellos instrumentos normativos o de aquellos instrumentos prácticos capaces de configurar la ejecución penal como un proceso promocional para el individuo (de expresión a la necesidad de superar el sistema penal heredado del fascismo).

El paradigma reeducativo atravesó por dos fases: en su etapa de formación, de la cual son características las concepciones de Mazzolani y Nevolone, dada su necesidad de enfrentarse dialécticamente a teorías que acusaban al fin reeducativo de conducir a una negación de las funciones de reafirmación del sentimiento de justicia o de intimidación, partía de considerar no problemática la realización contemporánea de todos los fines de la pena (y, entre ellos, de la reeducación, que traducía la exigencia de superar el sistema penal de la época fascista). Su segunda fase vino determinada por la dominación cultural que fueron adquiriendo, en el curso del tiempo, las concepciones reeducativas entre la doctrina jurídico-penal y se significó por la conciencia a la que llegó la doctrina de la dificultad de satisfacer en todas las supuestas a partir de la privación

de tales conflictos, en función de la distribución del deber ser de la pena y de la percepción de la finalidad reeducativa con la que se debe actuar a partir de ella. En términos de los posibles alcances entre los usos de la pena, los autores que se abocaron a esta cuestión, y de fundamentos variados, propugnaron la implementación de sanciones alternativas (no basadas totalmente en la privación de libertad), que permitieran garantizar en los supuestos, en base a esta selección del mínimo retributivo, el cumplimiento de todas las finalidades atribuidas al Derecho penal. A mi entender, esta evolución debe ser interpretada como una recuperación, favorecida por la situación de dominación cultural de la concepción reeducativa, de la tradición reformista de aquella doctrina del siglo XIX que había postulado la sustitución de las penas con las privaciones de libertad³³³.

1.3.1.3. La incoherencia a nivel político del paradigma reeducativo como causa de su estancamiento

El "deber ser" immanente al paradigma reeducativo sometió su desarrollo teórico a la actuación por parte del poder político de aquellas reformas del sistema penal y penitenciario que posibilitaran el cumplimiento de la finalidad reeducativa de la pena. En la realidad, a pesar de que la crisis de conciencia frente al sistema heredado del fascismo hubiera sido sentida inicialmente por la esfera política (de ahí la plasmación en la Constitución del principio de reeducación), la cuestión penal se vino progresivamente excluida de la dimensión política,

³³³ Al respecto: Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., passim.

conflicto de la "Lucha Social" entre la República Democrática, lo que Neppi ha denominado "guerra" entre cárcel y sociedad civil³¹².

El análisis crítico político de la cuestión penal determinó que el paradigma reeducativo fue invocada por el poder político, cobijado en los proyectos legislativos que se fueron suscribiendo durante este período, en atención a la necesidad de legitimación que surgió de la crisis de conciencia y fe, socialmente, en virtud justificada por la interpretación de la Constitución otorgada por el Tribunal Constitucional, en detrimento durante las dos décadas en las que dominó el paradigma reeducativo una actividad reformista que establecieron sus principios.

Se verificó, en última instancia, no sólo que la desigualdad social y lo que se vio asociada la cuestión penal en los primeros años de la República había llevado al aislamiento absoluto de la cárcel respecto de la sociedad y, por tanto, a que las teorías de la pena derivadas del paradigma reeducativo fueran elaboradas sin un conocimiento real del objeto de análisis sino además a que, dada la exclusión de cualquier reforma que hubiera puesto a prueba las concepciones reeducativas, el paradigma reeducativo careciera de elementos que posibilitaran su renovación.

1.2.7. Bibliografía

1.2.7.1. Bibliografía original

³¹² Al respecto Neppi Modena, "Carcere (...)", cit., passim, en concreto sobre la Epoca republicana, pp. 197-198 y también "Argenti (...)", cit., pp. 319-342.

1951, pp. 451-460.

- " ", "Sulle rivedute carceri del condannato", en RIDFF, 1950, n. 3:73-84.

- " ", "Pene ferme in tema di pena retributiva", en AA.VV. - 1960, Scritti giuridici (...), cit., pp. 57-71.

- " ", "Dal diritto penale al diritto premiale", en RIDFF, 1950, pp. 701-713.

- " ", "Il mito della rieducazione", en AA.VV.-1964, Sul problema (...), cit., pp. 1-17.

- FRICOLÀ, Franco, "Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa", en AA.VV. - 1964, Sul problema (...), cit., pp. 191-216.

- " ", La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni e aspetti costituzionali, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 73-116 y 327-422.

- CALAMANDREI, Piero, "Sulla riforma dei codici", en la Nuova Europa, II, n.º 9, 4 Marzo 1945 y n.º 10, 11 Marzo 1945 (Reproducido en Scritti e discorsi politici, ed. Norberto Bobbio, Firenze, La Nuova Italia, 1966, pp. 86-99.

- CAVALLO, Vincenzo, "Il problema dei rapporti tra le pene e le misure di sicurezza", en AA.VV.- 1960, Scritti giuridici (...), cit., pp. 249-286.

- CALVI, Alessandro Alberto, "Istanze criminalpedagogiche e vincolo tipologico nella classificazione esecutiva", en AA.VV.- 1964, Sul problema (...), cit., pp. 282-302.

- CARNELUTTI, Francesco, Il problema della pena, 2ª ed., Roma, Tumanelli, 1945, pp. 87.

- " ", "La lotta del diritto contro il male", en EI, 1944-1946, IV-I, pp. 1-15.

- CONTENTO, Gaetano, "Osservazione sui limiti naturali e funzionali della pena carceraria nella civiltà moderna" en AA.VV.- 1963-1964, Crisi ed avvenire (...), cit., pp. 368-390.

- DEL VECCHIO, Giorgio, "Sul fondamento della giustizia penale" en La giustizia, 1946, pp. 89-106.

- " ", "Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena", en AA.VV., Studi in onore di Francesco Carnelutti, 1950, I, Padova, Cedam, pp. 335-344.

- DELL'ANDREO, Renato, "I diritti del condannato". Ponencia al XIII Congreso Nacional de la UCCI sobre "La justicia penal", Roma, 7-9 Diciembre 1960, en Iustitia, 1963, pp. 258-279.

- BELITOLA, Giacomo, "Sul progetto preliminare del libro primo del codice penale", in RIDE, 1950, pp. 160-181.
- " ", "Riforma della legge penale", in AA.VV.- 1950, "Atti del secondo convegno (...)", citt., pp. 94-97.
- DI SENARO, Giuseppe, FERRACUTI, Franco, FONTANESI, Mario, "Sulla crisi della personalità del condannato nell'istituto di osservazione di Cagliari", in RSP, 1958, pp. 371-389.
- DI TULLIO, Benigno, "Sul metodo e sulle finalità della criminologia clinica", in AA.VV.- 1955, in "Delitto e personalità", citt., p. 101-110.
- FERRO, Carlo, "La riforma carceraria in Italia", in RSP, 1951, pp. 645-678.
- FULA, Ernesto, "Il lavoro carcerario nella economia della aspirazione, della purificazione, della redenzione", in RSP, 1958, pp. 153-160.
- GAROFALO, A., "Il lavoro come mezzo di recupero sociale del condannato", in RSP, 1957, p. 473.
- GIOBI, Aldo, "Studio dell'ambiente carcerario e della sua azione strutturale sul detenuto", in AA.VV.- 1958, L'ambiente carcerario, citt., pp. 14-52.
- GRISPIGNI, Filippo, "La trasformazione del diritto penale e l'indirizzo tecnoscientifico", in SP, 1947, pp. 62-75.
- " ", "Retroscio di un secolo nella legislazione penale", in SP, 1949, pp. 329-363.
- " ", "Le probleme de l'unification des peines et des mesures de sûreté", in RIDE, 1953, pp. 789-804.
- GROSSO, Carlo Federico, vox "Responsabilità penale", in NDI, 1968, XV, pp. 707-731.
- GUARNIERI, Giuseppe, "Osservazioni al progetto preliminare del codice penale", in SP, 1950, pp. 242-259.
- LEONE, Giovanni, "Sulla riforma del primo libro del codice penale", in RIDE, 1950, pp. 182-200.
- LOMBARDO RADICE, Lucio, "Il sistema dei carcerieri", in Il Ponte, 1949, pp. 344-349.
- MAGIDRE, Giuseppe, Diritto penale, 53 ed., Bologna, Zanichelli, 1949, pp. 675-691.
- MALINVEFNI, Alessandro, "Funzioni e natura della pena", in Studi economico-giuridici de la Universidad de Cagliari, 1959-1961, pp. 3-18.

- MOLARI, Alfredo, "Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella costituzione italiana", in AA.VV.- 1964, Il problema (...), cit.,

- NICEFORDO, Alfredo, "Personalità e condotta criminale", in AA.VV.- 1955, Delitto e personalità, cit., pp. 317-361.

- NUVOLONE, Felice, "Introduzione o un indirizzo critico nella scienza del diritto penale", in RIDP, 1949, pp. 377-394.

- " ", "Natura e storia nella scienza del diritto penale", in RIDP, 1951, pp. 235-245.

- " ", La legge uguale e la Costituzione, 1953, pp. 1-44.

- " ", "Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena", in Iustitia, 1956, pp. 143-155.

- " ", "Le principe de la legalité ed le principe de la defense sociale", in RSCDFC, 1956, pp. 231-242.

- " ", "La prevenzione nella teoria generale del diritto penale", in RIDP, 1956, pp. 13-26.

- " ", "Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale", Ponencia al Congreso en conmemoración del nacimiento de Enrico Ferri, Mantova, 29 Septiembre 1956, in RIDPF, 1957, p. 3-23.

- " ", "Funciones e criteri di determinative e di applicazione delle pene e delle misure di sicurezza nell'attuale sistema penale e penitenziario", in AA.VV.- 1961, Congreso nazionale di studio (...), cit., pp. 47-68.

- " ", "Delitto e pena nel pensiero di G.D. Romagnosi", comunicación al Congreso de Estudios en motivo del bicentenario del nacimiento de G.D. Romagnosi, Sassomaggiore Terme, 1 Octubre 1961, in RIDPF, 1961, pp. 959-966.

- " ", "Il problema della rieducazione del condannato", in AA.VV.- 1964, Sul problema (...), cit., pp. 347-361.

- PANNAIN, Renzo, "Osservazioni sul progetto preliminare di codice penale", in AP, 1950, I, pp. 318-330 y 374-379.

- " ", "Il diritto penale e la morale", in AA.VV., Scritti giuridici in onore di Vinicio Manzini, Padova, Cedam, 1954, pp. 343-360.

- PETROCELLI, Biagio, "La concezione normativa della colpevolezza", in RIDP, 1949, pp. 16-37.

- " ", "Retribuzione e difesa nel progetto di codice Penale del 1949", in RIDP, 1950, pp. 573-623.

- " ", "La pena come emenda del reo", in Studi in

- memoria di Antonio Ranajo, II, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 315-343.
- "", "Metodi e risultati di un Congresso", in RIDPE, 1951, pp. 66-71.
- REB XII, "Intervento in un 2° Congresso internazionale de Asociación Penal", Roma, 3 Ottobre 1953, in AP, I, 1953, p. 421.
- RENTI, Giulio, "Osservazioni in tema di classificazione dei delinquenti nell'ambito penitenziario", in RSE, 1961, pp. 67-68.
- ROGNÒ, Giuseppe, "La posizione subiettiva del condannato". Ponencia al Congreso de estudios sobre "I problemi della esecuzione penale" organizado por la UGCI, Finale Ligure, 6 Ottobre 1962, in Iustitia, 1962, pp. 269-267.
- RAINIERI, Silvio, "Il secondo capoverno dell'art. 27 della Costituzione e il problema della rieducazione del condannato", in AA.VV., Scritti in onore di Giuseppe Monotti, 1957, Milano, Giuffrè, p. 561.
- REALE, Nicole, "Rieducazione del condannato", in RSE, 1957, pp. 445-472.
- ROSSI, Ernesto, "Quello che si potrebbe fare subito", in Il Ponte, 1949, pp. 417-420.
- RUGGIERO, Giuseppe, "La crisi della pena carceraria come crisi dell'istituzione", in AA.VV.- 1963-1964, "Crisis ed Aspiraciones (...)", cit., pp. 381-390.
- SANTORO, Arturo, "Il tabù retribuzionistico della pena", in SP, 1959, pp. 50-57.
- SPASARI, Mario, Diritto penale e Costituzione, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 1-6.
- VASALLI, Giuliano, "Sul trattamento penale e penitenziario del delinquente semi-infermo di mente e sulla necessità di una riforma del codice vigente", in GP, 1950, I, 140-145.
- "", "La riforma della liberazione condizionale", in RSE, 1951, pp. 997-1086.
- "", "Trattamento giuridico-penale dei delinquenti professionali e dei delinquenti abituali". Ponencia al "VI Congresso dell'Associazione Internazionale di Diritto penale, Roma, Ottobre 1953, in SP, 1953, pp. 487-503.
- "", "Funzioni ed insufficienze della pena", in RIDPE, 1961, pp. 297-346.

- ANASTO, Giuliano, "La libertà personale", in La pubblica sicurezza, Vicenza, Neri Lanza, 1967, pp. 157-180.
- ANTONI DNECA, José, "Las teorías penales italianas en la postguerra", en AGPCP, 1967, pp. 17-43.
- BRICOLA, Franco, "Promesse storiche ed ideologiche del diritto penale vigente", in BRICOLA, Franco, SEUBERT, Filippo, Gianni, et al., Il corso di istituzioni di diritto penale, 1931-1992, 1993, Bologna, ed. de los autores, pp. 68-83.
- CARROCCI, Giampiero, Storia d'Italia dall'Unità ad oggi, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 351-364.
- DOUGINI, Emilio, La commisurazione della pena. La pena detentiva, Padova, Cedam, 1978, pp. 77-152.
- FAGNONE, Elvio, La pena detentiva in Italia dal '800 alla riforma penitenciarica, 1980, Bologna, pp. 71-90.
- GALLI, Giorgio, Storia della democrazia cristiana, Bari, Laterza, 1978, pp. 95-300.
- HOGAN, Norman, Storia politica dell'Italia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 1982, pp. 15-277.
- MUGCO, Enzo, Le misure di sicurezza detentive. Profili storici e costituzionali, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 62-66.
- NEPPI MODONA, Guido, "Carcere e società civile", en Storia d'Italia, V-II, Documenti, Torino, Einaudi, 1973, pp. 1986-1995.
- " ", "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenciarica", en QC, 1976, pp. 319-328.
- PASELLA, Roberto, "Osservazioni sugli orientamenti della Corte Costituzionale in tema di funzioni della pena", en IP, 1977, pp. 311-322.
- PAVARINI, Massimo, "Il 'socialmente pericoloso' nell'attività di prevenzione", en RIDPP, 1975, pp. 396 a 454.
- PIASENZA, Paolo, "Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza", en PQ, 1979, pp. 309-316.
- FINANZI, Carlo, "L'Italia repubblicana", en RAGIONIERI, Ernesto, Storia d'Italia, vol. V; Dall'Unità a oggi, t. III: La storia politica e sociale, Torino, Einaudi, 1976, pp. 2493-2720.
- TAGLIARINI, Francesco, "Rapporti tra difesa sociale e orientamenti criminologici degli anni 30 ad oggi", en QC, 1976, pp. 289-352.

- SALVADORI, Massimo, Cinque decenni di politica contemporanea. Dalla restaurazione all'eurocomunismo, Torino, Loescher, 1976, pp. 751-1231.

1.1.5.3. Altra bibliografia

- ANCEL, Marc, La défense sociale nouvelle. (Un mouvement de politique criminelle humaniste), Paris, Cujas, 1954, pp. 184.

- BODATTA, Alessandro, Coltivazione giuridiche e conflitto di poteri, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 179.

- PACCIANI, "Il mito della pena", in AA.VV., "Carcere e pena", congresso celebrato in 1962, ponencia mecanografiada.

- HANT, Immanuel, Metaphisik der Sitten, Königsberg, bei Friedrich Nicolovius, 1797 (2ª ed. 1798) (traducción española de Felipe González Vieja, Introducción a la teoría del Derecho, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959).

- PADOVANI, Tullio, "Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza", en RIPEP, 1973, p. 563 ss.

- " ", L'ideologia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 212-231.

- RUSCHE, Georg, FÜRCHHEIMER, Otto, Punishment and social structure, New York, Columbia University Press, 1939 (traducción castellana de Emilio García Méndez, Pena y estructura social, Bogotá, Temis, 1984, pp. 215-237).

1.2.5.4. Legislación

1.2.5.4.1. Legislación penal

- Progetto preliminare del codice penale. Libro primo. Relazione e testo, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1949.

- Progetto preliminare del codice penale. Libri secondo e terzo. Relazione e testo, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1950.

- "Proyecto de código penal", 1956, exposición de motivos (parcialmente reproducida) y articulado en RP, 1956, pp. 913-972.

- l. n.º 288, 25 Julio 1956 (Reforma r.d.l. n.º 1404, 20 Julio 1974, convertido en l. n.º 375, 27 Mayo 1975. Instituciones e funcionamiento del tribunal para menores).

- P. n.º 1122, 27 Diciembre 1955. "Misure di prevenzione nei confronti della delinquenza per il 1956 per la sicurezza e per la pubblica moralità".

- P. n.º 191, 24 Abril 1942 (Reforma suspensiones condicionales).

- P. n.º 1673, 25 Noviembre 1932 (Reforma libertad condicional).

1.1.5.3.2. Legislación penitenciaria

- P. n.º 3671/20109, 10 Febrero 1949, en Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena. Aggiornato con le successive circolari ministeriali, Roma, Ed. Poligrafiche dello Stato, 1972, pp. 173.

- P. n.º 3932/2402, 1 Febrero 1951, en RSE, 1951, p. 449.

- P. n.º 3935/2405, 9 Febrero 1951, en Regolamento (...), cit., pp. 243-247.

- P. n.º 348372443, 15 Mayo 1951, en RSE, 1951, p. 602.

- P. n.º 400/2459, 27 Junio 1951, en RSE, pp. 787-789.

- P. n.º 4008/2467, 27 Julio 1951, en RSE, 1951, pp. 784-787.

- P. n.º 4014/2477, 1 Agosto 1951, en Regolamento (...), cit., pp. 174-178.

- "Relazione della Commissione parlamentare di vigilanza sulle condizioni dei detenuti", 21 Dicembre 1950 (reproducción parcial), en RSE, 1951, pp.147-175.

- "Commissione parlamentare di vigilanza sulle condizioni dei detenuti", Informe sobre el proyecto de Reglamento penitenciario elaborado por el comité restringido de la Comisión ministerial de reforma penitenciaria, (reproducción parcial), en Enna, op. cit., pp. 659-669.

- P. n.º 83/2581, 1 Junio 1952, en RSE, 1952, pp. 634-636.

- P. n.º 314/2804, 24 Febrero 1954, en Regolamento (...), cit., pp. 192-195.

- D.N.U., "Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus", resolución del I Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes, 30 Agosto 1955.

- "Relazione del Direttore generale al Ministro di grazia e giustizia" sobre "Attività della Direzione generale per gli Istituti di prevenzione e di pena nel periodo novembre 1956-Agosto 1960", en RSE, 1960, I, suplemento Julio-Agosto 1960, pp. 3-125.

- "Disegno di legge" sobre "Ordinamento penitenciaro e prevenzione della delinquenza minorile", aprobado por Consejo de ministros, 11 Junio 1960, en RSE, 1960, I, suplemento Julio-Agosto 1960, pp. 175-178.

- L. nº 1126/3657, 11 Noviembre 1961, en RSE, 1961, p. 864.

- L. nº 1070/523, 19 Febrero 1962, en RSE, 1962, p. 260.

- L. nº 1070/2752, 25 Enero 1963, en RSE, 1963, pp. 160-161.

- L. nº 1406/5444, 18 Marzo 1964, en RSE, 1964, p. 381.

- "Disegno de legge", sobre "Ordinamento penitenciaro e prevenzione della delinquenza minorile", aprobado por Consejo de ministros, 18 Diciembre 1965, en RSE, 1965, pp. 5-259.

I.2.5.5. Jurisprudencia constitucional)

- SCC nº 48, 29 Junio 1962, en DASSAGNO, F./MACAGNO, G./RONCO, M. (edición a su cargo), Le sentenze delle Corte Costituzionale sugli art. 25 c., 29 e 30 e 27 c.19 e 30 (1956-1975), Torino, Giappichelli, 1976, pp. 570-574.

- SCC nº 12, 4 Febrero 1966, en DASSAGNO/MACAGNO/RONCO, op. cit., pp. 582-583.

1.3. RENOVACION DEL PARADIGMA REEDUCATIVO EN ATENCION A SU VINCULACION A UN MODELO CONFLICTUAL DE SOCIEDAD (1968-1974)

1.3.1. Proceso de formación de un nuevo paradigma reeducativo (paradigma reeducativo conflictual)

1.3.1.1. Dominación en la realidad político cultural italiana de un modelo conflictual de la sociedad, que permitía vincular la desviación a los procesos de exclusión de una sociedad capitalista y que propugnaba la lucha política como medio de superación del problema

Concluía el capítulo anterior afirmando que era la irrelevancia política del paradigma reeducativo lo que determinaba su estancamiento; ciertamente este juicio tenía muy en cuenta aquello que pasaría en los años sucesivos, en los cuales, se producirán notables convulsiones culturales, sociales y políticas que motivarán cambios sustanciales en el paradigma reeducativo a la vez que una mayor influencia de sus postulados en la realidad jurídica.

El cambio hacia el nuevo paradigma se inicia con la contestación estudiantil acontecida en Italia entre 1968 y 1969, pero que se prolongará por diversos años, la cual, en concordancia con la oposición juvenil que se había producido en los EE.UU. a la guerra del Vietnam y a la discriminación racial y a los movimientos europeos, a comenzar por el mayo francés, ponía en cuestión a la sociedad burguesa en nombre de una nueva sociedad cuyos principios se extraían de las indicaciones clásicas del marxismo respecto de una sociedad sin clases, actualizada con la experiencia igualitaria de la revolución cultural china, de la revitalización por parte de la Escuela de Frankfurt, y en especial por Marcuse, del concepto marxista de trabajo no alienado y también de las indicaciones de esta Escuela, pero también de otras corrientes de pensamiento, para

un tipo de sociedad no autoritaria. La especificidad italiana respecto de los movimientos de contestación de otros países -a los cuales Italia podía ser asociada por haberse producido un proceso de industrialización capitalista y por darse las condiciones de democracia que permitían el desarrollo de la contestación- se manifestó en que las protestas estudiantiles se vieron acompañadas por un amplísimo proceso reivindicativo protagonizado por los trabajadores industriales, que se encontraban en condiciones distintas de los demás trabajadores de la Europa comunitaria, por la cuantía de los salarios, por las discriminaciones salariales entre norte y sur y por los derechos sindicales en la empresa, cuyo momento culminante fue el "otoño caliente" de 1969¹.

Las razones de que, a diferencia de la evolución de otros países occidentales, el espíritu conflictual que expresaban estos movimientos sociales se extendiera a diversos ámbitos de la sociedad, alguno de ellos, como el de la cultura jurídica, tradicionalmente inmunes a visiones conflictuales de la sociedad, se encuentran en el clima político cultural anterior a la contestación, basado en la experiencia del centro-izquierda, que no había podido realizar su objetivo declarado de conciliar la reforma económica y el favorecimiento de los

¹ Hago este resumen general de la contestación estudiantil y obrera de finales de los años sesenta en atención a los siguientes textos: Colletti, "Le ideologie dal 68 a oggi", en Tramonto dell'ideologia, Roma-Bari, Laterza, 1980 (4ª ed. 1981), pp. 3-85; Galli, Storia della democrazia cristiana, Roma-Bari, Laterza, 1978, pp.303-319; Siglichianco/Salvati, Il maggio francese e l'autunno caldo italiano: la risposta di due borghesie, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 41-77; Kogan, Storia politica dell'Italia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 1982, pp. 279-303; Pinanzi, "L'Italia repubblicana", en Ragionieri, Storia d'Italia, vol. IV: Dall'Unità a oggi, t. III: Storia politica e sociale, Torino, Einaudi, 1976, pp. 272-276.

trabajadores².

La circunstancia de que el sistema de poder democristiano hubiera obstaculizado la primera experiencia histórica, exceptuando el período de la reconstrucción, de colaboración entre fuerzas políticas que representaban intereses contrapuestos, esto es, de un tipo de cambio social basado en la mediación de los conflictos, abría grandes perspectivas a una nueva forma de entender el cambio social que en vez de la colaboración resaltaba el conflicto entre las fuerzas políticas y que no veía el espacio parlamentario como lugar privilegiado de la lucha política³.

Esta nueva forma de entender el desarrollo social iba indisociablemente unida a un protagonismo de nuevos sujetos en la esfera de la política; comenzaba a ser dominante la idea de que la categoría de la politicidad afectaba a todos los espacios sociales, se rechazaba la delegación del poder y, en consecuencia, se depositaba mucha confianza en las potencialidades transformadoras de una lucha que debería empezar a darse en la propia familia y continuaría en la escuela, en la universidad, en el trabajo. Con ello, como ha advertido un historiador atento a los movimientos sociales de la Italia Unida, se recuperaba el espíritu democrático de la Resistencia, se volvía a creer en el protagonismo directo del ciudadano -concepto que volvía a adquirir vitalidad- en la

² En tal sentido Gigliobianco/Salvati, op. cit., pp. 41-44

³ La hipótesis por la que la contestación de 1968-1969 negaba posibilidad a un cambio social derivado de una progresiva reducción de la conflictividad social la sacó de Costa, "L'alternativa presa sul serio: manifesti giuridici degli anni settanta", en ibid., 1987, I, pp. 19-56.

construcción de su propia historia⁴.

Estos nuevos sujetos de conflicto aparecían en los diversos ámbitos en los que se articulaba la sociedad; ya me he referido a los dos más importantes, la escuela superior y la universidad -donde se exigían libertades políticas y métodos de educación no autoritarios⁵- y la fábrica -donde nacían espontáneamente comités de base como mecanismo de participación más directo que el de las representaciones sindicales, lo cual exigía que los sindicatos se adaptaran a estos instrumentos unitarios y democráticos de participación⁶.

Paralelamente a la contestación surgían nuevas agrupaciones políticas, en general a la izquierda del PCI, por distanciarse de este partido en ser partidarias de transformaciones revolucionarias de la sociedad.

A los partidos tradicionales de la izquierda se les cuestionaba desde diversos puntos de vista su liderazgo. El PSI reaccionaría con un distanciamiento del centro-izquierda, exigiendo más por su participación, intentando con ello no alejarse de unos movimientos que afectaban a su base social⁷. Para el otro partido de la izquierda, el partido comunista, la contestación supuso problemas no menores, por una parte ponía en crisis la hegemonía de este partido en la capitalización de

⁴ Me refiero a Ragionieri, op. cit., pp. 2390-2394.

⁵ Inf. extraída de Benot, L'autre Italie 1968-1974, Paris, Maspero, 1976, pp. 140-144. La reivindicación de libertades políticas en los centros de enseñanza, y en particular del derecho de reunión, está referida a las Escuelas superiores.

⁶ Inf. extraída de Asor Rosa, 'Dieci tesi sul dopo autunno', en AA.VV., Intelletuali e politica, Firenze, La nuova Italia, 1973, pp. 415-427.

⁷ En este sentido Gigliobianco/Salvati, op. cit., p. 74.

la oposición política al régimen dominado por la democracia cristiana, además se ponía en cuestión su línea política seguida desde la reconstrucción, basada en un proceso gradual hacia el socialismo con la utilización preferente de los mecanismos institucionales; ello puede dar una explicación de la actitud ambivalente adoptada por tal partido: crítico respecto de las fracciones más radicales del nuevo movimiento pero asumiendo muchos de los temas ideológicos que él proponía⁸

Desde finales de los años sesenta hasta mediados de los setenta diversos factores permitían tener grandes esperanzas en los procedimientos conflictuales revitalizados por la contestación: se asistía a una evolución de los sindicatos hacia la reivindicación no sólo de cuestiones salariales sino también, sin practicar la delegación a los partidos, de las reformas sociales; por otra parte, las luchas estudiantiles y de los trabajadores mostraban cierta efectividad, se llevó a cabo la reforma de la universidad, que liberalizaba los programas de estudio y los mecanismos de evaluación, la emanación del estatuto de los trabajadores, que garantizaba el ejercicio de los derechos sindicales en la fábrica y establecía mecanismos de participación que, a diferencia del modelo alemán, se estructuraban en base a un modelo conflictual de relaciones empresario-trabajador, la ley del divorcio. Además la mayor confrontación de los partidos de la izquierda tradicional con el poder democristiano -aún cuando también en la DC existieron sectores de su izquierda más abiertos hacia

⁸ Sobre la influencia del movimiento del 68 en el PCI se baso fundamentalmente en Colletti, op. cit., pp. 66-71.

los nuevos movimientos- en su oposición a las iniciativas de éste, o de sus sectores dirigentes a tratar las nuevas formas de lucha como un problema de orden público, fue bien acogida a nivel electoral. Todo ello permite hacer una lectura de este período histórico basada en considerar prioritarios los factores que resaltaban una concepción del cambio social como resultado del conflicto frente a aquellos otros factores de la realidad ,opuestos a este modelo de sociedad, en particular las opiniones de determinados sectores culturales y políticos que ponían el acento en el desorden al que se llegaba con tales conflictos, y que defendían una pacificación social como condición del desarrollo social".

Lo que denomino modelo conflictual de sociedad no era un proyecto unívoco, sino que tenía versiones distintas de acuerdo a los objetivos y a los medios de quienes lo ponían en funcionamiento -y valga como ejemplo los distintos objetivos que podían existir entre las luchas antiautoritarias de los estudiantes y las reformas salariales o sociales que dieron sentido al "otoño caliente"- pero que, en su conjunto, contribuía a delimitar un marco de referencia -el conflicto como forma de desarrollo social- para quienes en esta época se interesaban por los problemas de la pena y de su reforma⁹.

Para plantear la influencia de este modelo conflictual en nuestro objeto de estudio es conveniente tomar en consideración

⁹ Respecto de todo lo anterior me he basado en las obras citadas en la nota 1.

¹⁰ Al hablar de este marco de referencia sigo utilizando la hipótesis de Costa, (op. cit. pp. 24-26), a la que me he referido en la nota 3, que él considera fundamento de un sector de la cultura jurídica.

particularmente una obra aparecida en 1968 pionera de un planteamiento de los problemas de la desviación inspirada culturalmente en este nuevo modelo. "La institución negada"¹¹, en el que se narraba la experiencia de transformación de la institución iniciada por un conjunto de psiquiatras que constituyeron a partir de 1960 el equipo directivo del manicomio de Gorizia. Se encontraron con una institución que basaba su funcionamiento en la pura custodia de los internos, lo cual comportaba una cesión de poder por parte de los médicos a los enfermeros, quienes realizaban una actividad de pura contención de los individuos recluidos, en base al principio de que el enfermo carecía de cualquier derecho que debiera ser respetado, para lo cual era funcional una división del Hospital por secciones incomunicadas entre si. El nuevo equipo, encabezado por Franco Basaglia, planteó una reforma global de la institución que inicialmente se basó en una presencia de los médicos en las secciones, la supresión de medios punitivos de contención, la práctica de nuevas formas de rehabilitación (como la ergoterapia), la distribución de pequeños privilegios en forma no discriminatoria. La segunda fase de la reforma se basó en abrir ciertas secciones del hospital, posibilitando que existiera libertad de movimientos de los internos en el interior del hospital. Una vez atribuida una esfera de derechos a los internos, y principalmente su libertad física en la institución, se llegó a la formación de la primera comunidad terapéutica, basada en la participación de los internos en la

¹¹ AA.VV., L'istituzione negata. Rapporto di un ospedale psichiatrico, Torino, Einaudi, 1968, pp. 385.

gestión de la comunidad, en el fomento de la comunicación entre los miembros de la sección, en el autogobierno de algunos de los servicios y en la admisión de la crítica a la institución. El proceso con el que finalizaba la experiencia, la realizada hasta 1968, era la apertura de todas las secciones, generalizando la organización de comunidad terapéutica¹².

Los autores del libro, a la vez que daban cuenta de todo el proceso de reforma de la institución basado en la sustitución del modelo de custodia por el de comunidad terapéutica, ofrecían en el libro una reflexión teórica sobre su actividad que esclarecía los orígenes de esta reforma y sus pretensiones. Su praxis reformista se originaba en un posicionamiento crítico respecto de lo que calificaban de psiquiatría tradicional, arguyendo que no era posible sostener una relación de causa a efecto entre la más o menos hipotética disfunción cerebral y el modo en que el enfermo consiguiera relacionarse con los demás; con ello se cuestionaba la visión tradicional de la enfermedad mental como un problema individual y se aludía a la necesidad de comprenderla en el marco interindividual del sujeto¹³.

En la medida en que se ponía en cuestión enfermedad mental-imposibilidad de vivir con los demás, que era la justificación tradicional de la institución psiquiátrica, los autores se interrogaban sobre las razones que llevaban a determinados

12 Al proceso se alude, en general, en los diversos artículos que constituyen el libro (L'istituzione (...), cit.), que incluye, además, reproducción de diálogos entre internos, enfermeros y médicos, que se daban en el seno de la comunidad terapéutica y, en particular, en el artículo de Slavich, "Mito e realtà del autogoverno", (en AA.VV., L'istituzione (...), cit., pp. 179-201).

13 Jervis, "Crisi della psichiatria e contraddizioni istituzionali", en AA.VV., L'istituzione (...), cit., pp. 308-309.

individuos a los manicomios públicos, arguyendo que ellas debían buscarse en la violencia ejercitada contra los más débiles en una sociedad basada en la represión y en la competitividad. Sólo sobre aquellos que carecían de poder contractual, por sus condiciones sociales y económicas, operaba el poder destructivo del hospital psiquiátrico. Para ellos, ésta era su única alternativa. Con este análisis se establecía un primer nivel de conexión con el modelo conflictual de sociedad, en cuanto se realizaba una crítica a la sociedad existente, por sus mecanismos discriminatorios de asignación al hospital psiquiátrico¹⁴.

El segundo nivel de su discurso concernía al análisis de la institución manicomial tradicional -aquella que habían encontrado al inicio de su gestión- de la que destacaban la relación de prepotencia y de violencia que se establecía entre el personal de la institución y los internos. Con tal situación de poder, que se legitimaba por la calificación científica del interno como enfermo, se buscaba que éste aceptara su condición de objeto de la violencia, carente de cualquier poder contractual. Con ello se verificaba el proceso -señalado por Goffman¹⁵- de asunción por parte del interno del concepto de sí mismo que le atribuía la institución¹⁶. También con este análisis se procedía a una conexión con el modelo conflictual de sociedad por cuanto se ponía de manifiesto la existencia de

14 Basaglia, Franco, "L' istituzione negata", en AA.VV., L' istituzione (...), cit., pp. 123-124 y 144.

15 Su libro Asylums, (New York, Doubleday Company, 1961), fue traducido en 1968 por Franca Basaglia (Asylums, Torino, Einaudi, 1968), y fue muy influyente, como se verá, en el análisis de las instituciones totales, como el manicomio y la cárcel, que se realizaba en aquellos años.

16 Este análisis venía realizado en Basaglia, op. cit., pp. 116-123

instituciones que, respecto de un conjunto de individuos, agrandaban los obstáculos al ejercicio de los derechos de la persona que el sistema capitalista ponía para una mayoría de individuos.

Las razones por las cuales los psiquiatras de Gorizia rechazaban el sistema tradicional de hospital psiquiátrico basado en la anulación del individuo no eran puramente humanitarias pues tras esta crítica a la institución estaba la idea de que la rehabilitación del interno debería basarse en fomentar en él un sentimiento de oposición al poder y, en primer lugar, al poder de la propia institución. Este objetivo, que puede parecer tan poco verosímil -fomentar desde el poder la lucha contra el poder-, adquiría sentido si se advertía que para los autores el tratamiento de la enfermedad mental requería afrontar la cuestión de una nueva organización social capaz de dar una respuesta a los problemas que estaban en la base de la enfermedad mental. De ahí que para ellos la comunidad terapéutica -la reforma alcanzada- sólo podía considerarse un paso para la abolición del hospital psiquiátrico¹⁷. En ello me parece ver la conexión definitiva con el modelo conflictual de sociedad: si se quería un individuo crítico, con poder de reacción, de conflicto y la meta final era una nueva organización social que diera sentido a la abolición del manicomio, era porque se pensaba que la mejor manera de llegar a esta transformación sería a través del desarrollo de la contradicción, privilegiando el protagonismo de aquellos que sufrían la exclusión social. Este era el

¹⁷ También este análisis está realizado en Basaglia, *op. cit.*, pp. 116-125.

sentido de un poder que fomenta el contrapoder.

Puede sorprender que se haya dedicado tanto espacio a una obra que no abordaba directamente los problemas de la pena o concretamente de la cárcel. Ello obedece a dos motivos: el primero, porque será una obra ejemplar, además de muy influyente, del tipo de planteamientos que durante los años sucesivos comenzarán a ser dominantes en el debate cultural sobre la pena, y, el segundo, en la medida en que en el análisis de las sanciones pase a ser privilegiado su contenido real, la cultura penal prestará cada vez mayor atención a aquellas instituciones que sin ser formalmente penas presentaban, desde el punto de vista de su contenido, caracteres comunes¹⁸.

Así como el libro "La institución negada" surgía de una experiencia práctica realizada con anterioridad, también la literatura que afrontará en estos años la problemática de la pena estará influida, al menos aquella que durante estos años tenderá a ser dominante, por la dinámica de las protestas de los presos que a partir de 1968 se producirán, sin solución de continuidad, hasta 1977. En las revueltas -que bien pueden ser explicadas atendiendo a la contradicción real entre el proceso de socialización política que se vivía en el exterior y los mecanismos de aislamiento actuantes en la institución¹⁹- los reclusos pedían la actuación de un conjunto de reformas de la

¹⁸ Era el mismo Basaglia quien en un artículo posterior ("La giustizia que punisce. Appunti sulla ideologia della punizione", en AA.VV., "L' uomo e il carcere", en 06, 1971, pp. 460-463), hacía un análisis unificado de la institución psiquiátrica y de la institución carnicornial por considerar que ambas buscaban dar una justificación científica de los procesos de exclusión.

¹⁹ Esta es la tesis de Rauty, "Lotte carcerarie e problemi dell' informazione e della riforma", en 06, 1976, pp. 471-489.

institución penitenciaria -semejantes, muchas de ellas, a las que los autores del paradigma reeducativo habían considerado necesarias para que la pena cumpliera una función reeducativa²⁰ basada en las mejoras de las condiciones de vida y en el respeto a los derechos del interno en cuanto ciudadano. Se quejaban de que 20 años de Constitución republicana no hubieran sido suficientes para abolir el Reglamento Rocco y su manifiesta concepción aflictiva de la pena²¹.

Quizás en otro momento histórico tales revueltas, de haber surgido, hubieran sido reprimidas sin mayor trascendencia, pero en los años en que comenzó a ser dominante una concepción conflictual de la sociedad, las luchas de los presos eran una más de los conflictos, coincidente con los otros por poner en cuestión uno de los instrumentos de sometimiento de la sociedad industrial capitalista²².

Que esta dinámica de conflictos en el interior de las instituciones no era una experiencia aislada del resto de la sociedad se demostraba por el florecimiento durante estos años de una literatura²³, cuyo objeto era la institución penitenciaria, que estaba en interacción con las reivindicaciones planteadas por los detenidos y que suponía una

20 v. infra cap. 2.

21 Sobre ello v. infra I.2.2.1., en especial notas 93, 94, 107 y 115.

22 Mi información sobre las revueltas está extraída de la literatura que cito en la nota siguiente.

23 Las obras que he tomado en consideración son, por orden cronológico: Salierno, La spirale della violenza. Memoriale di un detenuto, Bari, De Donato, 1969; De Dono, Il sesso nelle carceri italiane, Milano, Feltrinelli, 1970; Sanna, Inchiesta sulle carceri, Bari, De Donato, 1970; Ricci/Salierno, Il carcere in Italia, Torino, Einaudi, 1971; Valeriani, Scuola e lotta in carcere, Bari, De Donato, 1972; Invernizzi, Il carcere come scuola di rivoluzione, Torino, Einaudi, 1973. Un panorama más completo de las obras aparecidas de esta orientación puede verse en Mosconi, "Il carcere nella recente pubblicistica italiana", en QC, 1976, pp. 538-569.

voluntad de mediación comunicativa entre los reclusos y aquellos sectores interesados en la transformación social. La característica más sobresaliente de estas obras es que asumía el punto de vista de quien estaba dentro, ya que sus autores o habían padecido la cárcel, o habían trabajado en ellas, o habían conocido prácticamente las instituciones; ellas superaban la tradicional separación del teórico respecto de su objeto de estudio, dejando en muchos casos que fueran los reclusos quienes hablaran de sí mismos. Y ello era, a mi entender, lo que daba a tales obras una vitalidad de la que había carecido la crítica abstracta de la cárcel; lo que se ganaba en subjetividad les daba más susceptibilidad para producir en el lector una sensación de repugnancia frente a las condiciones de vida de los reclusos en las cárceles italianas.

Siguiendo el esquema que he utilizado para exponer los argumentos de la obra "La institución negada", la citada literatura era bastante coincidente, en primer lugar, en considerar que la cárcel era un resultado de los procesos de exclusión que desarrollaba la sociedad²⁴, en segundo lugar, en dar una imagen global de las instituciones penitenciarias italianas constituida por la negación de los derechos más elementales del ciudadano²⁵, la decrepitud de las condiciones

24 Consideración a la que pueden reconducirse las opiniones de Salierno en el sentido de que a la criminalidad se llegaba por factores ambientales y psicológicos vinculados a las estructuras sociales (op. cit., p. 46); de Sanna, para quien el retrato medio del recluso italiano era bajo grado de instrucción, desocupado o trabajador dependiente y meridional y de Ricci/Salierno e Invernizzi, en el sentido de que la desviación debía ser interpretada como una reacción de una parte del subproletariado a la opresión del sistema social y económico, v.gr. a la desocupación, a través de la ilegalidad (op. cit., pp. 430-440 y 4, respectivamente).

25 Privación de derechos que hacía más insufrible la vida en la prisión: imposibilidad de poseer objetos personales, restricciones en las lecturas, censura en la correspondencia y en los coloquios, exclusión radical de relaciones afectivas heterosexuales. Sobre todo ello insistían todas las obras citadas

materiales de vida²⁶, y los mecanismos de violencia específicos frente a la falta de adaptación a la disciplina de la prisión²⁷, a tales condiciones atribuían la violencia por parte de los reclusos que se producía contemporáneamente en las cárceles italianas, valiendo para ellos lo que había dicho Bobbio en el prólogo a una de estas obras:

Fero la violencia para que sea legítima debe ser antes que nada necesaria y como tal debe ser planteada como extrema ratio. Esto quiere decir que la violencia de las instituciones para contraponerse justificadamente a la violencia individual debe ser autorizada, reglada, controlada y continuamente puesta en discusión. Si no es igual a la violencia individual²⁸.

La alternativa de estos autores a lo que Bobbio llamaba la violencia de las instituciones pasaba, en primer lugar, por una toma de conciencia de los presos sobre su situación de oprimidos²⁹. Esta premisa era indispensable para su revitalización como sujetos de conflicto en la perspectiva de una lucha de tales individuos que se sabía que no podría estar limitada a la mejora de las condiciones de vida en la cárcel sino que debería extenderse hasta abarcar la superación de las

en la nota 23.

26 Al recluso no sólo no se le garantizaban aquellos derechos relativos al desarrollo de su personalidad y de su vida afectiva e intelectual sino que, según denunciando esta literatura, tampoco veía protegido su desarrollo físico; se quejaban estos autores de la falta de asistencia sanitaria, de la alimentación insuficiente y de las deficientes condiciones de higiene (en este sentido, por ejemplo, Salierno, op. cit., pp. 175-187).

27 Sobre ello era de particular interés la experiencia a la que aludían Ricci/Salierno en el sentido de la existencia de sanciones como la cama de contención y de violencias informales de los agentes de custodia hacia los reclusos, en forma de palizas, y, en última instancia, el traslado a las cárceles de rigor (op. cit., pp. 105-139).

28 Bobbio, "Prefazione" a Invernizzi, op. cit., p. IX.

29 Una práctica que algunos realizaron concretamente mediante la Escuela penitenciaria, como Pier Giorgio Valeriani (quien narra su experiencia en op. cit.).

condiciones sociales de exclusión, la integración de tales individuos en las organizaciones sociales y políticas orientadas a la transformación del sistema social³⁰.

Este era, en resumen, el panorama que abría tales obras; con ellas iniciaba una visión de las instituciones penitenciarias en el marco de una concepción conflictual de la sociedad. Tal concepción no podía considerarse un modelo acabado del tipo de sociedad a alcanzar y de los medios a utilizar. Respecto de lo primero, se dilucidaba una sociedad genéricamente socialista, basada en mayor medida en la igualdad y por tanto con más capacidad de evitar los procesos de exclusión social, respecto de lo segundo, se privilegiaban las relaciones conflictuales, pero se suscitaban grandes polémicas sobre los medios a utilizar.

Con la nueva perspectiva, se recuperaba el horizonte transformador que había inspirado la elaboración de la Constitución de 1948 y no era casual que uno de sus artífices, el socialista Lelio Basso, recordara en 1971 que la Constitución en la medida en que obligaba, en su art. 3, a hacer efectivas la libertad y la igualdad de los ciudadanos estaba diciendo que aún no se habían realizado los principios de las demás normas constitucionales basadas justamente en la democracia y la igualdad y obligaba, por tanto, a luchar por su

³⁰ Particularmente representativas de esta opción de valorar la concienciación política del recluso en la perspectiva de su oposición política al sistema socioeconómico son las obras citadas de Ricci/ Salierno y de Invernizzi.

consecución³¹, una lucha que sería vista como imprescindible para transformar las instituciones, y en particular las penitenciarias, por cuanto, como demostraría Neppi en un trabajo de 1973, el simple paso del régimen autoritario al democrático no había alterado la naturaleza de las instituciones penitenciarias y sólo la lucha por los contenidos de la democracia podría conseguir tal objetivo³².

1.3.1.2. Influencia de este modelo conflictual de sociedad en el paradigma reeducativo: de un modelo individual y consensual de reeducación a otro de tipo social y conflictual

En el proceso de elaboración del paradigma reeducativo, expuesto en el capítulo anterior, se había dado respuesta a dos interrogantes básicos que planteaba necesariamente esta nueva concepción de la pena: ¿Cómo reeducar? ¿reeducar a qué?. El primer interrogante había recibido una respuesta explícita por parte de los autores identificados con este paradigma: las reformas definidas de los sistemas penal y penitenciario deberían hacer posible una pena cuyo contenido fuera una capacitación del individuo que le pusiera en condiciones de querer y poder respetar la ley penal finalizada la pena. A esta concepción la llamo reeducación individual por cuanto asumiendo una visión omnipotente de la institución, partía de la posibilidad de crear un individuo nuevo, capaz de superar cualquier obstáculo de los que anteriormente habían dificultado

31 Basso, "Giustizia e potere. La lunga via al socialismo", en OC, 1971, pp. 644-659 (en particular p. 654).

32 Neppi Modona, "Carcere e società civile", en Storia d'Italia, vol. V, t. II, Documenti, Torino, Einaudi, 1973.

su participación en la vida social con respeto a la legalidad³³. El segundo interrogante sólo venía respondido en forma implícita; en la medida en que uno de los pilares del paradigma reeducativo era la necesidad del derecho penal para la subsistencia de la sociedad, en cuanto capaz de evitar la comisión de delitos por parte de los individuos, y el otro la configuración de una pena reeducativa, parece lógico derivar que esta pena reeducativa era el mejor medio para la evitación de delitos y que, por tanto, se reeducaba al respeto a los valores protegidos por la ley penal. A esta concepción la llamo reeducación consensual, porque no ponía en cuestión los valores protegidos por la ley penal.

En la medida en que una parte de la cultura penal -y debe decirse que durante estos años los juristas de cátedra perderían el monopolio del saber sobre la pena, debiendo competir no sólo con otros juristas del sector judicial, especialmente activos durante estos años, sino también con otras personas formadas en diversos ámbitos de las ciencias sociales- entre en contacto con el modelo conflictual de sociedad, al que me he referido en el subepígrafe anterior, se producirá un proceso de puesta en cuestión y posterior superación del paradigma reeducativo -que por claridad denominaré a partir de ahora: viejo paradigma reeducativo- el cual vendrá sustituido por un nuevo paradigma -que denomino nuevo paradigma educativo-.

En este proceso de puesta en cuestión del viejo paradigma

³³ He desarrollado este apartado en supra I.2.2.2.

reeducativo es muy relevante la oposición de una parte de la doctrina a las directrices de reforma penitenciaria que emanaban del Ministerio de justicia. Pionero de esta nueva corriente fue Neppi Modona quien en sus escritos de esta época se manifestó críticamente respecto del proyecto Gonella de 1968³⁴ -el cual seguía las directrices del de 1960³⁵- en atención a razones en parte semejantes a las esgrimidas por los autores de viejo paradigma reeducativo y en parte novedosas respecto de ellas. En lo concerniente a las primeras, el autor rechazaba las restricciones al ejercicio de derechos individuales no incompatibles con la privación de libertad que tal proyecto plasmaba. Afirmaba que sólo una institución respetuosa de tales derechos podría atribuirse funciones de reeducación, como demostraban las luchas de los reclusos, quienes planteaban la violencia de las instituciones como causa de su violencia³⁶ y lamentaba que no se previeran sanciones no basadas en la privación de libertad o medidas suspensivas de la pena con mayor virtualidad para realizar la función reeducativa³⁷. Las razones novedosas eran las que abordaban los

34 "Disegno di legge" de "Ordinamento penitenziario", presentado al Senado el 28 octubre 1968, publicado en IP, 1969, pp. 410-443.

35 Respecto del cual v. infra.

36 Neppi hacía hincapié en las restricciones de este proyecto a la libre correspondencia, a los coloquios, al libre acceso a la cultura (a lo cual me referiré formalmente en infra I.J.J.) en "Il carcere tra rivolte e riforme", en QE, 1970, pp. 105-109.

37 En op. cit. nota anterior y en "I rischi di una riforma settoriale. In margine al disegno di legge sull'ordinamento penitenziario", QE, 1971, pp. 465-474. Las nuevas sanciones no venían previstas en el proyecto de código penal ("Disegno di legge n.º 351 de riforma del Codice penale", presentado al Senado el 19-XI-1968, publicado en RIDPP, 1969, pp. 303-410.

derechos sociales y políticos del recluso en la institución. Lamentaba el autor que no fuera admitido un libre acceso a la información y a la cultura, que consideraba instrumental para el ejercicio de otros derechos, que tampoco venían reconocidos, como el de reunión, la admisión de reivindicaciones colectivas, la autogestión de servicios penitenciarios de interés común:

Se trata de crear ex novo estructuras que, complementariamente a los tradicionales medios reeducativos de la instrucción, el trabajo y la religión, permitan desarrollar en la vida de los reclusos un mínimo de autorresponsabilidad, mediante la actuación de opiniones libres y de decisiones libres, alcanzadas mediante el uso de formas democráticas de confrontación de las ideas y con los normales instrumentos de la vida en grupo³⁸.

La posibilidad de vida colectiva no debía estar limitada a la institución sino que habría de extenderse en atención a la vinculación que debería posibilitarse entre el mundo del recluso y el mundo exterior:

Hacer vivir socialmente al recluso (...) presupone que sean los reclusos, a través de un sistema asambleario o representativo, asistidos por un servicio criminológico adecuado (...) los que individualicen en todos los niveles -cultural, político, sindical, recreativo e instructivo- los contactos con el mundo exterior que vengan considerados necesarios para la vida social; se requiere, en una palabra, la transformación de la cárcel de lugar de segregación y de aislamiento en un experimento de vida comunitaria, aún cuando sea coactiva³⁹.

Para analizar el alma innovadora de esta propuesta de Neppi conviene tener en cuenta, en primer lugar, que si el autor reclamaba los derechos políticos del preso en la institución es

³⁸ Neppi, "I rischi (...)", *cit.*, p. 470. Respecto de lo anterior: Neppi, "Il carcere tra riforme e rivolte", *cit.*, p. 108-111 y "I rischi (...)", *cit.*, pp. 469-470.

³⁹ Neppi, "Il carcere tra riforme e rivolte", *cit.*, p. 111.

porque creía que la toma de conciencia de su situación de excluidos de la sociedad⁴⁰, podría llevar a la búsqueda de soluciones no limitadas a la reforma de la cárcel, ya que las raíces de los problemas de la exclusión estaban primariamente en la sociedad. De ahí que Neppi afirmara:

El recluso es la mayoría de los casos, un potencial opositor al orden constituido, que él ha violado con la comisión de un delito: es necesario canalizar su propuesta en formas legales y democráticas, con la conciencia de que sólo el crecimiento civil y político de la colectividad de los reclusos y la adquisición de conciencia sobre su posición de marginados sociales podrá hacerles capaces de una recuperación positiva en la sociedad libre⁴¹.

Y en segundo lugar, que esta toma de conciencia de los reclusos y esta disposición para superar su situación sólo podría tener efectividad si existía una articulación entre los reclusos y aquellas organizaciones sociales y políticas que en la sociedad libre luchaban por la transformación social, como los comités de barrio o los consejos de fábrica, que debían ser el punto de referencia para los reclusos y el canal de comunicación entre ellos y la colectividad⁴².

Con ello puede concluirse que la propuesta de Neppi alteraba sensiblemente aspectos sociales del paradigma reeducativo: se descartaba la posibilidad de una reeducación individual que devenía implantable en la medida en que se asumía, de acuerdo

40 En "Carcere e società civile", *cit.*, Neppi había mostrado que históricamente la cárcel cumplió la función de resolver contradicciones sociales en base a la exclusión.

41 Neppi, "Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario", en AA.VV., Giustizia penale e riforma carceraria in Italia, Roma, Riuniti, 1974, p. 28.

42 Neppi, "Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario", en AA.VV., Carcere e società, Padova, Marsilio, 1976, p. 71.

al modelo conflictual de sociedad, que los problemas de exclusión tenían raíces sociales y que, por tanto, el problema no estaba en crear un "hombre nuevo" que, solo, pudiera superar aquellos problemas que le habían llevado a la delincuencia, sino una "sociedad nueva", capaz de evitar los procesos de exclusión.

También la pregunta de qué reeducar? venía respondida de forma muy distinta, puesto que si bien era cierto que se debería respetar la legalidad, se pensaba que existirían motivos reales para ello cuando la sociedad fuera capaz de evitar la exclusión de un sector de sus miembros y ello sólo podría conseguirse mediante la lucha política de quienes sufrían esta exclusión, de ahí que la reeducación sólo pudiera estar dirigida al fortalecimiento del penado como sujeto de conflicto.

Esta nueva forma de entender la reeducación, de la cual la obra de Neppi era ejemplar, tendría gran trascendencia en el debate cultural italiano de la primera mitad de los años setenta. Por primera vez se planteaba una concepción de la pena que tenía una directa dimensión política y en ello se distinguía del viejo paradigma reeducativo. Este no desconocía la necesidad de una intervención del poder político para realizar sus planteamientos, pero no planteaba su concepción como realizable exclusivamente por una determinada opción política sino por una sensibilización de la sociedad en su conjunto.

De la nueva dimensión es significativo el congreso que organizaba en Febrero de 1973 el "Centro para la reforma del

Estado" -institución dependiente del P.C.I.- bajo el título "Justicia penal y reforma penitenciaria en Italia"⁴³, con el objetivo de construir unas directrices de reforma penitenciaria que la izquierda, y en particular el P.C.I., pudieran defender en el Parlamento donde se estaba discutiendo la reforma del Reglamento Rocco.

La línea dominante en este congreso fue la que consideraba que la reforma del ordenamiento penitenciario debería realizar el principio constitucional de la reeducación, posibilitando, mediante el ejercicio de los derechos constitucionales la adquisición de conciencia política por parte del recluso⁴⁴, la cual, consideraba la mayoría de los participantes en el congreso, se conseguiría mediante la participación del recluso en las condiciones de vida de la clase obrera. Y si es esta clase la que hacía surgir conciencia en el trabajo asalariado, se quería que todo recluso fuera un trabajador, que cárcel y fábrica, desde la perspectiva de la producción, del salario y de los derechos sindicales no se distinguieran⁴⁵. Otros

43 Cit. en nota 40.

44 Insistían en ello: Meppi Modona, al que se he referido anteriormente; Accattatis, quien hablaba de la transformación del recluso en base a la adquisición de conciencia (p. 151); Cavallari, para quien la toma de conciencia dependería de un reconocimiento en los institutos penitenciarios de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce al ciudadano y de un contacto con las organizaciones políticas, sindicales, entes públicos, centros culturales ("Il processo penale e la tutela della personalità del condannato", p. 81) y también Lugnano, parlamentario del P.C.I. y portavoz en la discusión parlamentaria del ordenamiento penitenciario, quien también aludía a que la intervención fuera entendida como una adquisición de conciencia política ("Il nuovo ordinamento penitenziario nel disegno di legge in discussione al Parlamento", p. 36).

45 Defendían una "reeducación objetiva" del recluso Melossi/Pavarini, quienes afirmaban: (...) en la medida en que el recluso devenga proletario, podrá, a través de la progresiva maduración de una conciencia de clase y a través de "la lucha de la fábrica" poner las bases de su propia emancipación al igual que cualquier otro proletario ("Diritti costituzionali negli istituti carcerari", p. 269).

En el mismo sentido, Pecorella consideraba que la única reeducación admisible era

autores, aún cuando no rechazaban esta perspectiva de trabajo penitenciario, presentaban las sanciones no basadas en la privación de libertad como medio más favorable para realizar una obra reeducativa basada en el trabajo⁴⁶.

Esta problemática de la opción entre la sanción privativa de libertad y otros tipos de sanciones no se planteaba todavía en estos años como una disyuntiva radical. Es cierto que un congreso sucesivo, que bajo el título "Cárcel y sociedad" se celebró en Venecia en Febrero de 1974⁴⁷, serán más los autores -en particular profesores de derecho penal en contacto cultural con el movimiento europeo de reforma del sistema punitivo- que centrarán su intervención en las sanciones no privativas de libertad y en las medidas alternativas a la privación de libertad (medidas suspensivas). Se reflejaba en tales posiciones más pesimismo sobre la posibilidad de que el marco carcelario pudiera ser objeto de transformación depositándose más confianza en que la obra reeducativa, basada en contactos entre el individuo y la sociedad civil, se diera en la propia

(...) poner al subproletariado en el mecanismo productivo, consintiéndole la reeducación que deriva inevitablemente de ser proletario, de trabajar en el interior del mecanismo productivo (p. 165).

Respecto a la petición de igualdad entre trabajador libre y trabajador-recluso, destacaba la opinión de Neppi criticando el proyecto aprobado por el Senado en 1971 (sobre él v. supra [I.I.I.]) por no fijar la remuneración del trabajo penitenciario con bases iguales a las tarifas sindicales ("Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario", p. 18) y de Gianquinto, senador del P.C.I., para quien se debía reconocer el derecho de huelga en las cárceles (p. 125).

⁴⁶ Relevante en este sentido era la posición de Pulitano, para quien la privación de libertad era la opción más inadecuada para una educación a la libertad, postulando sanciones no privativas de libertad, en cuya ejecución tuvieran un protagonismo las fuerzas sociales vinculadas al mundo del trabajo y las fuerzas democráticas capaces de reinsertar al marginado a esa posición social correcta y activa (pp. 233-234).

⁴⁷ op. cit., en nota 42.

sociedad⁴⁸. No debe pensarse que tal defensa de medidas sancionatorias en libertad no fuera compartida por el resto de los autores que defendían también el trabajo penitenciario como instrumento de reeducación⁴⁹, lo que sucedía es que estos últimos autores tenían más fe en el nuevo paradigma y de ahí que generalizaran su ámbito de operatividad a todos aquellos que sufrían una condena penal y que pertenecían al sector social de los excluidos.

Novedad de este congreso fue la presentación de diversas ponencias que defendían la participación de los Ayuntamientos y de las Regiones, con su competencia en materia asistencial y de

48 Reiteraba esta posición Pulitano, para quien la resocialización en la cárcel debería venir limitada a aquellos individuos que con sus actos delictivos manifestaran una oposición a las exigencias de base de la comunidad social ("Magistratura e sistema penale", pp. 49-50). También Violante aludía a la necesidad de reformar el c.p. introduciendo un amplio abanico de sanciones en libertad que realizara, cuando fuera necesario, la exigencia de introducir al individuo en el aparato productivo ("Sulla riforma del sistema sanzionatorio", pp. 29-36).

49 La perspectiva de una reeducación del recluso que fuera resultado de su participación en el mundo del trabajo era de nuevo planteada por diversos autores desde varios puntos de vista. Así, Pochini Fedrari defendía la presencia de las fuerzas sindicales en el interior del instituto ("Il lavoro subordinato nel vecchio e nuovo ordinamento penitenziario", p. 115-116); Melossi ("Il lavoro in carcere: alcune considerazioni storiche") y Pavarini ("La rilevanza del fattore lavoro nell'organizzazione carceraria inglese" insistían en una reeducación objetiva haciendo

(...) de la realidad carcelaria un aspecto de la situación más general de la clase obrera superando así la concepción de la institución separada de la realidad y dando un alternativo pero real contenido al concepto de reeducación (Pavarini, p. 159);

Ichino, exigía que el trabajo carcelario participara de los derechos y deberes del trabajo libre, consideraba que la excarcelación no debía constituir una causa justa de despido ("Sindacato e questione carceraria", pp. 133-134); Romagnoli era crítico respecto de la capacidad reeducativa -en el sentido de formación de la personalidad- del trabajo industrial pero era favorable a la igualación de derechos entre el trabajo penitenciario y el trabajo libre (y en ello se identificaba con el nuevo paradigma reeducativo, cuya defensa del trabajo era en el sentido de participación del individuo en las condiciones de explotación de la clase obrera para que se concienciara de la necesidad de luchar, también, por un nuevo tipo de trabajo) ("Il lavoro nella riforma penitenziaria", pp. 101-105); quien sí manifestaba una posición crítica respecto a la nueva concepción de la reeducación era Muccio, representante de la federación de sindicatos, quien afirmaba:

(...) una relación de conflictividad debe presuponerse ausente en una organización del trabajo que tenga como objetivo la reeducación social de los trabajadores y no su explotación (...) ("Le organizzazioni sindacale di fronte alla riforma penitenziaria", p. 125)

Quien, implícitamente mostraba una desconfianza hacia la plena participación de los reclusos en las condiciones de la clase obrera planteando que primero fueran reeducados. Pero esta era una opinión aislada en el congreso, por lo cual no la tomo como momento de ruptura del paradigma conflictual.

formación profesional, en el proceso de reeducación del condenado que entendían como una salida del individuo de sus condiciones de marginación. Las Regiones y los Entes locales -y se tenía en mente aquellos gobernados por la izquierda- deberían impulsar la participación del condenado y del ex-condenado en la vida social y económica, fundamentalmente a partir de su inserción en el mundo del trabajo⁵⁰. Algunos autores manifestaban reticencias a tal posición, por cuanto argüían que ella suponía una desviación respecto de la concepción conflictual, ya que de ella podía deducirse que la organización social, mediatizada pero no transformada por la intervención del Ente local y de la Región era capaz de intervenir positivamente sobre los procesos de exclusión social⁵¹. Pero tal posición no suponía, al menos en aquel momento histórico, una ruptura del paradigma conflictual por cuanto no sólo nadie se oponía a la intervención del Ente local

⁵⁰ En este sentido Gizzi criticaba el proyecto del Senado de ordenamiento penitenciario de 1973 (sobre él, v. infra I.3.3.1) por no atribuir a los servicios sociales territoriales la competencia en materia sanitaria y asistencial con lo que se evitaría que las estructuras asistenciales conservaran los estigmas marginadores de la prisión. El núcleo de la intervención del ente local debería ser la introducción del individuo en el mundo del trabajo ("Il ruolo regionale nella riforma penitenziaria", pp. 203-211), con el siguiente objetivo:

Confortado y ayudado, y si así se requiere, controlado por esta comunidad (fábrica, explotación agrícola, oficina y escuela), garantizándole un salario, un tenor de vida igual al de sus compañeros de trabajo, él debería reinsertarse en la sociedad, reforzar sus vínculos con ella, anular la herencia excluyente (nacimiento, emigración, desocupación, etc.) que le separaba de ella y eliminar, por tanto, las causas de su desviación (p. 213)

Insistía en esta necesidad de un único servicio territorial con competencia también en las instituciones penitenciarias, Biondi "Situazione dell'ordinamento penitenziario e politica regionale", pp. 187-193.

⁵¹ Concretamente Mosconi, partiendo de la premisa de que la desviación suponía la creación de un ejército industrial de reserva que servía para controlar la fuerza de trabajo ocupada, obligando a aceptar las condiciones de trabajo, consideraba que la única política que podía oponerse a tal tendencia era la igualación del trabajo penitenciario al del resto de los trabajadores. De ahí que la única política asistencial que aceptara fuera la que realizara reformas estructurales consistentes en el aumento del empleo, incluyendo a sectores marginales, y que actuara una redistribución de los recursos en favor de las clases trabajadoras ("Per un rapporto organico tra lavoratori e detenuti", pp. 177-181).

sino que tampoco quienes concretamente la destacaban excluían que tal intervención fuera un paso intermedio hacia la meta de transformación de la sociedad.

Recapitulando, el viejo paradigma reeducativo, que fatigosamente se había construido a lo largo de más de 20 años de historia republicana, venía sustancialmente afectado por la irrupción de un modelo conflictual de sociedad, que veía en la organización social la fuente de los procesos de exclusión, de los que derivaba aquella desviación que la cárcel contribuía a consolidar. En la medida en que los procesos de exclusión eran sociales la reeducación no podía ser individual, siendo la sociedad la que debería transformarse para hacer posible la reeducación y en cuanto se confiaba sólo en el conflicto como forma de desarrollo social, la reeducación no podía ser consensual, había de educarse al individuo a ser sujeto de conflicto.

1.3.1.3. Aspectos de continuidad entre el viejo y el nuevo paradigma reeducativo: posibilidad de utilización positiva de medios punitivos

Puede surgir la duda, en atención a lo explicado en el subepígrafe anterior, sobre la validez de seguir llamando con el mismo nombre de paradigma reeducativo a un modelo de reeducación que era culturalmente tan distinto del que había sido dominante en la cultura jurídico-penal italiana hasta 1968. Si asumo esta opción es porque pienso que entre el viejo y el nuevo paradigma reeducativo puede establecerse un vínculo de continuidad, en relación a lo que he considerado como

"pilares" del paradigma reeducativo.

Respecto del primer pilar del paradigma reeducativo y la necesidad del derecho penal -que se había formado en la incapacidad que expresó la sociedad italiana, a la caída del fascismo, de llevar a término una reforma de la legislación y del sistema penal heredados de este régimen- debe decirse que a partir del modelo conflictual de sociedad surgían perspectivas de reforma que, en efecto, no se limitaban a la reforma de la pena sino que planteaban una revisión del derecho penal de acuerdo a los principios constitucionales -que afectaría a los bienes jurídicos- a la vez que una reducción de la esfera de actuación del derecho penal, por cuanto, en la medida que explicaba la delincuencia por los procesos de exclusión social, daban prioridad a una política criminal basada en la transformación social⁵².

Ahora bien, el nuevo paradigma reeducativo no renunciaba a conceder un espacio importante -aún cuando desde luego más reducido del que le daba el sistema vigente- a una política penal, lo cual se demostraba en su voluntad de refuncionalizar la sanción penal a la nueva concepción de la reeducación. La trascendencia de ello se manifestaba en su concepción de la pena, ya que los autores identificados con el nuevo paradigma reeducativo no desconsideraban la necesidad de dotar de un contenido aflictivo a la sanción que satisficiera la necesidad de prevención general, necesidad que sólo implícitamente era

⁵² Como se ponía de manifiesto en el debate "Una política criminal para el movimiento obrero", que servía para inaugurar *La Questione Criminale*, revista que realizaba un tratamiento de los problemas de la desviación y del control social netamente inspirado en el modelo conflictual de sociedad (AA.VV., "Una politica criminale per il movimento operario", en *QC*, 1975, pp. 485-514)

expresada por algunos autores, en su opción por la sanción reeducativa -pero sanción- frente a otras posibles vías no sancionatorias de enfrentarse a la desviación, pero que era explicitada por aquellos juristas que, como se dirá más adelante, asumirían la función de revisar todo el sistema del derecho penal bajo el estímulo de la nueva concepción conflictual.

El segundo pilar del paradigma reeducativo era la configuración de una pena con finalidad reductiva; es manifiesto, como he intentado mostrar en el subepígrafe anterior, que la reeducación adquiere un contenido distinto al que tenía en el viejo paradigma reeducativo pero el nuevo y el viejo paradigma coinciden en el plano abstracto de ver posible la utilización positiva de medios punitivos.

Ya me he referido a que los autores identificados con el nuevo paradigma reeducativo consideraban que ello sería posible merced a la capacidad de la sociedad civil de responsabilizarse de la ejecución de estos medios punitivos, invirtiendo la función tradicional de exclusión de las sanciones penales a partir de la integración del condenado en aquellos movimientos sociales que asumían una actitud de conflicto frente a la organización social. Para que ello fuera posible se necesitaba superar dos grandes obstáculos: la tradicional desconfianza del movimiento obrero respecto de sectores sociales que estaban en los márgenes de la sociedad⁵³ y el también tradicional carácter

⁵³ Sobre la necesidad de vencer los prejuicios de movimiento obrero como premisa para la actuación del nuevo modelo reeducativo insisten Melossi/Pavarini, "Diritti costituzionali (...)", *cit.*, pp. 292 y 293 y Mosconi, "Per un rapporto organico (...)", *cit.*, pp. 100-101.

cerrado de la institución penitenciaria, que siempre había sido reacia al acercamiento a la sociedad³⁴. Pero los autores del paradigma reeducativo creían que ambos obstáculos eran vencibles (y puede decirse, aunque parezca paradójico, que los más identificados con el nuevo paradigma reeducativo eran los que más creían en la posibilidad de refuncionalizar todas las instituciones punitivas, y en particular la cárcel, a las directrices del nuevo paradigma, mientras que el mayor escepticismo respecto a tal posibilidad era sintomático de una menor confianza en el modelo conflictual de sociedad) dado que existían, y en la medida en que existieran, un conjunto de movimientos sociales que luchaban por implantar el nuevo modelo.

Por lo que concierne al tipo de sanción que habría de realizar la finalidad reeducativa, el nuevo paradigma reeducativo asumía un idéntico modelo para las sanciones privativas de libertad y para aquéllas que se cumplía en libertad (sanciones no privativas de libertad o medidas alternativas a la privación de libertad); ambas deberían basar su carga reeducativa en la integración del condenado en las organizaciones conflictuales, aun cuando ciertamente se consideraba más apta para esta vinculación entre el individuo y la sociedad civil a aquellas medidas que no hacían necesario el marco coactivo de la cárcel. Aun cuando fueran pocos los autores que abordaban explícitamente la cuestión, había continuidad con el viejo paradigma reeducativo en considerar

³⁴ Neppi Modona había mostrado que la política penitenciaria, desde la Unificación, siempre había pretendido separar la cárcel de la sociedad (en "Carcere e società civile", cit., passim).

que la opción por uno u otro tipo de sanción no sólo podría estar influida por motivos de prevención especial sino también por consideraciones de prevención general (que podrían llevar a excluir sanciones no privativas de libertad o medidas suspensivas para delitos que afectaran gravemente a los bienes jurídicos protegidos)⁵⁵.

Debe señalarse, por último, que la nueva concepción de la reeducación que surgía veía limitado su radio de acción a aquella delincuencia que tenía su origen en los procesos de exclusión social. De esta limitación no escapara totalmente el viejo paradigma reeducativo, el cual en la medida en que basaba su objetivo en la utilización de un conjunto de medios, como el trabajo, la instrucción, la cultura, la asistencia psicológica, que había de suplir a posteriori las deficiencias individuales y sociales que originaba el delito, parecía limitar su ámbito a aquellas personas que adolecieran de tales carencias; pero la limitación no era tan rígida, por cuanto la confluencia de factores individuales y sociales en la explicación del delito podía permitir que cierta delincuencia se explicara con base preferente en los factores individuales, operando respecto a ellos la reeducación⁵⁶. En cambio, el límite sí que afectaba plenamente al nuevo paradigma reeducativo y de ello serían muy conscientes los juristas que, inspirados por el modelo conflictual de sociedad, asumirían la misión de construir una

⁵⁵ En este sentido, Pulitano, "Magistratura (...)", *cit.*, pp. 49-50 y Neppi, "Vecchio e nuovo nella riforma (...)", *cit.*, p. 67.

⁵⁶ Sobre ello, v. *supra* 1.2.2.2.3.

concepción capaz de dar respuesta no sólo a la delincuencia que era fruto de los procesos de exclusión sino a la cuestión criminal. Con esta denominación se quería integrar no sólo a otros tipos de delincuencia, y en particular a aquella atribuible a sujetos en situaciones de poder en los ámbitos económico y político, sino también a aquellos comportamientos que afectando a los bienes jurídicos merecedores de tutela no venían adecuadamente prevenidos o reprimidos. Esta operación de mayor alcance que protagonizará un sector de la cultura jurídica, no significaba romper con los pilares del paradigma reeducativo, pero sí que implicaba tomar en consideración que el modelo conflictual de sociedad proponía la transformación social como fin del conflicto, dando posibilidad a que la nueva sociedad tuviera un derecho penal distinto.

1.3.2. El debate en la cultura jurídico-penal sobre el nuevo Paradigma reeducativo: formulación de un proyecto jurídico racionalizador del modelo conflictual de reeducación por un sector de la doctrina penal (Bricola)

La irrupción de un modelo conflictual de sociedad en el panorama político y cultural italiano generará también una fase de ruptura en la cultura jurídico-penal. El viejo paradigma reeducativo había agrupado a una mayoría de los penalistas italianos bajo la consigna de una progresiva implantación de una pena reeducativa. Ahora, tal concepción debía confrontarse con una teoría que atribuía la desviación a los procesos de exclusión de una sociedad capitalista, rechazando, por tanto, que esta sociedad tuviera capacidad, aún cuando llevara a

término las reformas esperadas de los sistemas penal y

penitenciario, de superar los problemas de exclusión social.

Detrás del viejo paradigma reeducativo había una teoría consensual de la sociedad -una sociedad que progresa gracias a la reducción de los conflictos (v.gr. haciendo que la pena capacitara al individuo para la integración en la sociedad)- tras el nuevo paradigma reeducativo estaba un modelo conflictual que afirmaba que sólo la enfatización de conflictos podía garantizar el progreso. La distancia entre ambos modelos presagiaba la ruptura de la unidad que el viejo paradigma reeducativo había dado a la mayoría de la doctrina penal italiana.

En las obras que analizaré a continuación, focalizaré la atención en la posición asumida frente al modelo conflictual de sociedad y al nuevo paradigma reeducativo que de él surgía; si privilegio este punto de vista es porque parto de la premisa de que la irrupción del modelo conflictual de sociedad, con todas sus consecuencias para la teoría de la pena, es un hecho que no puede dejar de ser tenido en cuenta si no se quiere estar en los márgenes de un debate.

Buena parte de la doctrina que había construido el paradigma reeducativo reaccionará a los nuevos acontecimientos con el silencio. Era esta una posición lógica si se tiene en cuenta que así como era difícil seguir con los planteamientos del viejo paradigma reeducativo, también lo podía ser la asunción de un paradigma nuevo que comportaba una cierta identificación con un proyecto basado en la transformación social. Las posiciones emergentes en aquel periodo toleran la siguiente clasificación: a) posiciones -en aquel periodo minoritarias-

basadas en la crítica radical al modelo conflictual de sociedad; b) posiciones vinculadas a los ambientes oficiales que planteaban algunas directrices de reforma no inspiradas en el nuevo paradigma reeducativo, pero tampoco incompatibles con él; c) posiciones que planteaban una estrategia reformista inspirada en el nuevo paradigma reeducativo y d) posiciones no identificadas con el nuevo paradigma reeducativo, pero coincidentes con él en algunas vías de reforma.

a) De la primera posición, de crítica al nuevo paradigma reeducativo, se hace defensor uno de los autores que junto a Delitala y Vasalli, había dado vida al paradigma reeducativo. Nuvolone responderá tempranamente⁵⁷ al nuevo paradigma reeducativo rebatiendo, en primer lugar, su premisa de considerar a los procesos de exclusión social como responsable de la delincuencia arguyendo, con referencia explícita a las teorías de la anomia y de las subculturas pero implícita a toda teoría etiológica de base social, que existía una predisposición biológica a la criminalidad que no podía ser olvidada, aún cuando confluyera con otros factores sociales y culturales⁵⁸ y censurando, en segundo lugar, su confianza en el conflicto social como forma de llegar al progreso social y, en última instancia, a la superación de la desviación por considerar que tal concepción era, contrariamente, generadora de criminalidad. Decía Nuvolone:

Los tiempos actuales, en muchos países, son

⁵⁷ Nuvolone, "Comportamento deviante, prevenzione e repressione", en IP, 1972, pp. 217-229.

⁵⁸ Nuvolone, "Comportamento deviante (...)", cit., pp. 222-224.

particularmente propicios, a la irrupción de la criminalidad, incluso en sujetos que sólo están marginalmente predispuestos⁵⁷.

Y consideraba que las razones de ello estaban en la crisis de valores, derivada de la falta de reconocimiento de la validez sustancial de la norma en vigor, en la crisis de la sociedad, ya que la aspiración de sustituir las estructuras sociales con otra organización fomenta la aversión, sobretudo de los jóvenes en el debilitamiento progresivo del Estado, que llevaba a la crisis de la fuerza intimidadora de la ley, en la crisis del modelo familiar, que hacía más débil la eficacia preventiva de la educación⁵⁸.

De la posición de Nuvolone, netamente crítica respecto de los medios y las metas del nuevo paradigma reeducativo, debe resaltarse, como se pondrá de manifiesto en un artículo suyo posterior, que en su crítica al modelo conflictual de sociedad se recuperaron argumentos que el viejo paradigma reeducativo había notablemente redimensionado como el de finalidad intimidatoria de la pena⁵⁹, lo cual era sintomático de las

57 Nuvolone, "Comportamento deviante (...)", *cit.*, p. 224.

58 Nuvolone, "Comportamento deviante (...)", *cit.*, pp. 224-226.

61 No quiero decir con esto —evidentemente—, que el viejo paradigma reeducativo no tuviera en cuenta la finalidad de prevención general de la pena, pero sí que en la retórica de los autores inspirados en este paradigma se había considerado como realmente problemática la realización de la finalidad de prevención especial, dando por descontada la finalidad de prevención general, Nuvolone parece que ahora quiera reafirmar la importancia de la prevención general como si fuera el principal problema a resolver. Es sintomático, en este sentido, su afirmación de que la función reeducativa de la pena

No quita, evidentemente, que la pena como categoría lógica mantenga siempre su esencia de sanción punitiva, si la esencia punitiva debiera desaparecer, está claro que no podríamos hablar de derecho penal en ningún sentido: podríamos hablar de un derecho penal de la prevención criminal (en "Riflessioni introduttive allo studio del diritto penale", en *IP*, 1973, pp. 12-13)

Repito que por el momento, esto no suponía una renuncia al paradigma reeducativo, pero sí un cambio de tono que tendrá consecuencias muy importantes en los años posteriores (v. infra cap. 1.4).

conclusiones que causaría la irrupción de un modelo conflictual de sociedad⁶².

b) La segunda posición es la que, en alguna medida, supone una respuesta de las esferas ministeriales a la situación que se había creado en las cárceles con las reivindicaciones de los presos y con la sensibilización hacia ellas expresada por las fuerzas progresistas. La respuesta por parte de estos autores es claramente la reforma penitenciaria, una reforma futura de la que privilegiaban la implantación de medidas alternativas, a la privación de libertad y, en particular, del instituto de la probation, que no se conocía en la legislación penal⁶³, de los cuales se resaltaba su virtualidad reeducativa ya que su contenido de control y de asistencia, a la vez que permitía capacitar al individuo para su inserción social podría evitar los efectos negativos de la prisión⁶⁴. Estas propuestas⁶⁵, que

62 En la línea de la posición de Nuvolone sólo podría señalar -pero en una posición mucho más moderada- un artículo de Malinverni en el que se relativizaba la finalidad reeducativa de la pena:

Asignar a la ejecución penitenciaria una función exclusiva de recuperación social parece abrir una vía que lleva a la negación de la pena privativa de libertad. El Estado de segregación de la sociedad y la vida en la cárcel constituyen factores de desocialización y también de agravación de las tendencias criminales preexistentes. Por lo cual puede resultar imposible realizar objetivos de readaptación del sujeto a una vida asociada libre y contemporáneamente obligarlo a vivir en la cárcel. Parecería un trato inevitable reconocer que la función reeducativa de la pena encuentra un límite en la exigencia de protección de la sociedad realizable sólo mediante sanciones de privación de libertad ("Esecuzione delle pene detentive e diritti del individuo", en IP, 1973, p. 18).

63 Sólo la legislación de menores, pero en supuestos muy limitados, establecía una posibilidad de tratamiento en libertad (al respecto, v. supra [2.2.2.3.]

64 Asumía esta defensa de la introducción del probation Di Gennaro, alto funcionario de la institución penitenciaria, en "Il probation", en QCC, 1970, pp. 51-70 y en la "Prefazione" a AA.VV., Probation, Roma, tipografía dell'antellate, 1972, 1972, pp. III-IV, en el cual autores de diversos países ofrecían un panorama comparado de tal institución, del cual podía extraerse la conclusión de que el probation "sería" un mejor sistema que la privación de libertad, de cara a la reducción de la reincidencia, a condición de que se aumentaran los medios asistenciales para los sometidos a probation, los asistentes sociales, las instituciones para acoger a los sometidos a prueba, etc.

anticipaban la regulación futura de tales instituciones por parte de la ley penitenciaria de 1975⁶⁵, no asumía en ningún momento la concepción conflictual pero defendía la introducción de institutos que bien podían ser funcionalizados en una dimensión conflictual, y que posibilitaban, por tanto, el diálogo que efectivamente se tendrá en la discusión parlamentaria de la ley penitenciaria.

c) La siguiente orientación de la doctrina jurídico-penal que analizo es aquella que tuvo capacidad de ser sensible con el modelo conflictual de sociedad. Sus orígenes culturales se encuentran en aquella evolución de la cultura jurídica italiana, que se inicia a principios de los años sesenta, tendente a concebir la actividad del jurista, en cuanto intérprete del derecho, no como una mera función técnica y neutra sino como una actividad que contribuía a la creación del derecho y que, por tanto, tenía un valor político. Esta conciencia cultural entrará en interacción, a finales de la década de los sesenta, con los movimientos conflictuales de aquella época, llevando a un sector de la clase jurídica a reivindicar la politicidad de su función social y a plantear, consecuentemente, criterios de interpretación de las normas y propuestas de reforma de la legislación, tomando como referencia el dato constitucional, que le vincularán a aquellos

⁶⁵ A las que también podían reconducirse las contribuciones de Boscarelli, "Appunti in tema di probation", en RIDPP, 1971, pp. 674-679 y Bartulli, La sospensione condizionale della pena, Milano, Giuffrè, 1971.

⁶⁶ Era concretamente anticipador el artículo de Coco "Parole e 'probation': ipotesi e prospettive", en RSP, 1972, pp. 387-448 respecto de la institución de la asignación al servicio social que fue aprobada por el Senado en 1973 (respecto a tal proyecto, v. infra I.3.3.)

sectores sociales que propugnaban y practicaban el conflicto social como medio para alcanzar las transformaciones sociales. Es esta vinculación al modelo del conflicto social el dato que, junto a la vitalidad cultural que manifiesta⁶⁷, criterio necesario pero no suficiente, permite, considerar a tales tendencias dominantes durante un determinado período de tiempo⁶⁸.

En el ámbito específico del derecho penal, existió una corriente doctrinal que sentará las bases para que pudiera establecerse un puente entre quienes habían renovado las críticas a las instituciones totales en base a su función excluyente y el mundo de los iuspenalistas. Un mundo que durante toda la historia republicana había sido fiel a una hipótesis que veía el derecho penal como un problema de la relación individuo-Sociedad y que, en consecuencia, expresaba perspectivas de reforma que no tomaban en consideración la posibilidad de que la sociedad, en atención a la diversidad de intereses y grupos sociales que integraba, fuera también plural respecto de la previsión de reformas. La novedad de la nueva corriente doctrinal estaba justamente en plantear unas directrices de reforma de la legislación penal y con la conciencia explicitada de que sólo aquellos sectores sociales

67 De lo que da prueba el gran número de revistas que surge en esta época comprometidas con proyectos transformadores: "Politica del diritto", "Quale Giustizia", "Democrazia e Diritto" (nuova serie), "Critica del Diritto", "Diritto e Società". Más adelante, pero en una óptica semejante, "La Questione Criminale".

68 Las fuentes de las que me sirvo para conocer la evolución de la cultura jurídica que se produce desde mediados de la década de los setenta son Rodotà, "Dal ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto", en *PD*, 1986, pp. 3-12, Tarello, "Politiche del diritto e strategie dei giuristi. In margine alle considerazioni di Rodotà", en *PD*, 1986, pp. 249-252 y Costa, *op. cit.*

interesados en la transformación social podían defenderlas y de que sólo una dinámica conflictual de las relaciones sociales podía servir para llevarlas a término.

Bricola es el autor que, a mi parecer, sienta las bases para una concepción del derecho penal informada en el modelo conflictual de sociedad. Un autor que se había formado en el paradigma reeducativo⁶⁹ y que en estos años realizará una operación semejante a la que Nuvolone había desempeñado en la década de los cincuenta: construir un modelo doctrinal capaz de abrir directrices de trabajo para juristas sensibles a la evolución de la sociedad, tomando como referencia la Constitución, con la diferencia de que así como Nuvolone hacía una lectura consensual de la Carta constitucional, que era coherente con su punto de vista, en armonía con la nueva defensa social, de ver a la sociedad unida frente a la criminalidad, Bricola rescataba de ella su naturaleza de texto que daba satisfacción a las diferentes aspiraciones políticas que habían contribuido a su creación y, por tanto, hacía hincapié en aquellos artículos que expresaban directrices de transformación social.

Cuando Bricola escribía en 1973 su "Teoria generale del reato"⁷⁰ consumaba una ruptura con el tecnicismo jurídico que había iniciado el propio paradigma reeducativo, en la medida en que se había confrontado a la legislación existente en demanda de una pena que tuviera función reeducativa, pero que sólo será

⁶⁹ He dado cuenta de su obra de este período en supra I.2.J.2.

⁷⁰ Bricola, voz "Teoria generale del reato", en MDI, vol. XIX, 1973, pp. 7-93.

integral cuando se atribuya a la Constitución una virtualidad para determinar todos los aspectos relevantes del derecho penal: desde los bienes jurídicos, hasta la política criminal para su protección, pasando por los principios directrices del ilícito penal⁷¹.

Puede pensarse que esta apelación a la Constitución sea un positivismo jurídico de nuevo cuño no tan distinto del tecnicismo jurídico, pero debe tenerse en cuenta que la Constitución de 1948 es fruto de una época histórica distinta a la que había dado lugar a la legislación ordinaria, que en buena parte seguía estando vigente en aquel momento y que, en consecuencia, el constitucionalismo de autores como Bricola sólo es explicable si se toma en consideración que la Constitución, en la interpretación que de ella hacían estos autores, prescribía una regulación de las relaciones sociales, y consecuentemente una normativa jurídica, más avanzada que la existente, de lo cual resultaba una posición radicalmente distinta al tecnicismo jurídico que en ningún caso había previsto la existencia de una norma constitucional con criterios opuestos a los de la legislación ordinaria.

Pero tampoco puede decirse que la propuesta de Bricola dejara al jurista desamparado -y en esto conectaba con el positivismo jurídico- ya que le ofrecía un punto de referencia normativo, como era la Constitución, -lo que suponía rechazar que ella tuviera un mero carácter programático- a partir del

⁷¹ Es cierto que el programa de Arturo Rocco no desconocía la función crítica de la ciencia jurídica pero un análisis histórico de la Escuela técnico-jurídica permite poner de manifiesto que la carga crítica de esta Escuela se dirige justamente hacia aquellas escuelas que habían criticado con argumentos extrajurídicos el ordenamiento punitivo. En este sentido, Bricola, "Teoria generale (...)", *cit.*, pp. 11-12, nota 11.

cual el jurista debería argumentar su interpretación de la legislación ordinaria y sus propuestas de reforma. Bricola rechazaba con ello el que la Constitución fuera una norma que tolerara diversas interpretaciones, dirigiendo sus críticas- pues era un hecho que la Constitución venía interpretada de diversas formas- hacia aquellas posiciones que negaban la carga innovadora de la Constitución respecto de la legislación ordinaria.

El primer nivel en que el autor planteaba esta reforma del derecho penal era el relativo a la delimitación de los bienes jurídicos. En la medida en que el nuevo paradigma reeducativo hacía una propuesta de transformación social, que Bricola encontraba ya modelada en la Constitución, era consecuente que también aquellos bienes que la nueva sociedad debería tutelar fueran justamente los que se encontraban delimitados por la Constitución. Frente a un código penal vigente que, pese a la reforma de 1944, regulaba las relaciones individuo-Estado en forma netamente autoritaria, que protegía una determinada moral católica, que tenía una raíz clasista, pues castigaba más gravemente aquellos delitos contra la propiedad que eran cometidos normalmente por quienes carecían de propiedad, y que no protegía adecuadamente intereses que afectaban a una colectividad⁷², Bricola presentaba una Constitución basada en el respeto de los derechos individuales y políticos, en la libertad ideológica y en la afirmación de bienes no sólo

⁷² Bricola, "Caratteri fonamentale del sistema penale italiano vigente", en Bricola/Sgubbi, Dispensa per il corso d'istituzione di diritto penale, I parte, Bologna, ed. de los autores, 1982, pp. 68-83.

individuales sino también colectivos⁷³, principios que desde finales de 1960 habían sido reivindicados por los movimientos sociales y políticos y a los que Bricola encontraba un reconocimiento constitucional⁷⁴.

La Constitución fijaba una obligación estatal de tutelar tales bienes jurídicos constitucionales y delimitaba los mecanismos de tutela. La Constitución obligaba a considerar, siempre según el autor, las razones que explicaban la afección a bienes jurídicos, ya que cuando la afección a bienes jurídicos individuales, como la vida, la libertad, la propiedad, que encontraban reconocimiento constitucional, pudiera explicarse en atención a situaciones de marginación o exclusión social, deberían actuar mecanismos de tutela que tuvieran en cuenta lo establecido en el art. 3-2 de la Constitución que obligaba a los poderes públicos a remover los obstáculos de orden económico y social que limitaban de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos. Con ello se legitimaba constitucionalmente el empeño del movimiento y de las fuerzas democráticas de la sociedad, a quienes concretamente Bricola apelaba, para hacer posible tal política

73 V. de la Parte I de la Constitución el título I, respecto de los derechos individuales y políticos de los ciudadanos y respecto a la libertad ideológica y los títulos II y III respecto de los intereses colectivos.

74 La reivindicación de los derechos individuales y políticos, frente a los que se pedía el respeto del Estado, eran la principal reivindicación de los movimientos sociales ya que ellos eran la base de su desarrollo. Por lo que se refiere a los intereses colectivos, ellos habían sido objeto de reivindicación en las luchas de los trabajadores quienes, v.gr., se habían movilizado por la seguridad del trabajo en las fábricas.

También había sensibilidad hacia ellos por parte de los partidos políticos, así el P.C.I. en su XIII congreso hablaba de privilegiar los consumos sociales frente a los consumos individuales. Datos que obtengo en Benot, *L'autre Italie 1968-1976*, Paris, François Maspero, 1976, p. 110-111 y 140-148.

social⁷⁵.

Por lo que se refiere a la protección de intereses colectivos, es decir, de aquellos intereses que también encontraban reconocimiento constitucional pero que no encontraban adecuada tutela, al poder conceptuarse como intereses que se veían afectados por el poder económico y que surgían en la medida en que las agrupaciones sociales perjudicadas demandaran su protección⁷⁶, Bricola también consideraba que el primer mecanismo de tutela que debía actuarse, de acuerdo a la Constitución, era el control de la producción por parte de aquellas agrupaciones sociales, como los sindicatos, con intereses contrapuestos a los de la política de empresa⁷⁷.

Delimitada como "prima ratio" de tutela de los bienes jurídicos constitucionales, esta política preventiva de carácter social en el ámbito de los intereses individuales y esta participación en el proceso productivo, en el marco de los

75 Bricola, "Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali delle prevenzioni", en AA.VV., Le misure di prevenzione, Milano, Giuffrè, 1975, p. 74; Bricola, "Intervenzione", en AA.VV., "Per una politica criminale (...)", cit., pp. 481-490, Bricola, "Politica criminale e politica penale del ordine pubblico", en QC, 1975, p. 284.

76 Bricola distinguía el concepto de interés colectivo que él asumía (en "Partecipazione e giustizia penale. Le azioni e tutela degli interessi collettivi", en QC, 1976, pp. 7-72) del que anteriormente había acuñado Sgubbi ("Tutela penale di interessi diffusi", en QC, 1975, pp. 439-481) en exigir para la existencia de este interés no sólo que se generara en el ejercicio de un poder económico y que afectara a una colectividad de individuos, sino, además, que se hubiera formado un poder antagónico al poder económico que exigiera su defensa; así, v.gr., el "interés difuso" a la salud sería sólo "interés colectivo" en cuanto, por ejemplo, existiera una agrupación de trabajadores que lucharan por garantizar la prevención de infortunios en las fábricas. Pero me parece que esta distinta concepción sólo era relevante respecto del interés de Bricola de posibilitar la participación en el proceso penal de los grupos afectados por la lesión o puesta en peligro del interés colectivo.

77 Bricola, "Partecipazione (...)", cit., p. 60; Bricola, "Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale", en RIDPP, 1977, pp. 75-76.

colectivos, Bricola consideraba los medios sancionatorios como instrumentos secundarios de tutela y dentro de ellos al derecho penal como "extrema ratio". "Extrema ratio" significaba en la concepción del autor que sólo habría legitimación constitucional para usar los institutos penales cuando contemporáneamente fueran llevadas a cabo las medidas de tutela preventiva señaladas y en la medida en que no fuera suficiente la tutela mediante medios sancionatorios no penales.

Para pasar al segundo nivel de la propuesta del autor, el de los medios de tutela sancionatorios y concretamente de los penales, conviene fijar una premisa: "instrumento penal" era para Bricola aquel que afectaba directa o indirectamente, en forma restrictiva o privativa, a la libertad personal, cuando tal privación o restricción tuviera un contenido de desvaloración para el autor⁷⁸. Bricola consideraba que la Constitución atribuía un valor preeminente a la libertad personal -la "inviolabilidad de la libertad personal" es una declaración que la Constitución hace en el primer capítulo de la parte relativa a los "Derechos y deberes de los ciudadanos"- y que, consiguientemente, cualquier restricción a este bien sólo podría estar justificada como extrema ratio de tutela de

⁷⁸ Hago esta deducción en atención a la opinión del autor de aceptar la legitimidad constitucional de medidas que podían privar o restringir la libertad en el caso de tratamiento sanitario (art. 32 Const.) y de educación de menores (art. 30), sólo en la medida en que tales restricciones fueran puramente funcionales a la cura o la educación y no comportaran ninguna aflicción para el individuo. Si tales medidas causaban aflicción y tenían un contenido desvalorativo para el individuo deberían considerarse penales, lo cual obligaba a someter su aplicación a la garantía que la Constitución establecía para tal mecanismo de tutela (en Bricola, "Forme di tutela ante delictum (...)", *cit.*, pp. 77-80).

Digo "directa o indirectamente" porque el autor consideraba también penales a aquellas sanciones pecuniarias convertibles, en caso de incumplimiento, a la privación de libertad y que prejuzgaba la futura libertad a través del instituto de la reincidencia (al respecto, Bricola, "Teoria generale del reato", *cit.*, p. 16).

otros bienes dotados de relevancia constitucional

(...) la máxima restricción de la libertad personal, como es la que se opera por vía efectiva o potencial a través de la sanción penal no puede ser actuada sino como extrema ratio (...) la sanción penal sólo puede ser adoptada en presencia de la violación de un bien, el cual aun cuando no sea de grado igual respecto del valor (libertad personal) sacrificado, esté al menos dotado de relevancia constitucional. O sea, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de otro valor constitucionalmente relevante⁷⁹.

Un valor, que sería constitucionalmente relevante en cuanto estuviera asumido por la Constitución, en forma implícita o explícita⁸⁰, podría ser objeto de tutela penal siempre que fuera protegido en su exacta dimensión constitucional⁸¹. En la medida en que el ilícito penal afectaba a la Libertad personal, cobraban sentido las demás garantías que la Constitución establecía para la creación y aplicación de tales ilícitos, a diferencia de lo que preveía para el ilícito administrativo o para el ilícito civil. En este sentido, el autor deducía de los arts. 25 y 27 de la Constitución los principios de reserva legal, de antijuridicidad formal, de taxatividad, de lesividad, de personalidad, de reeducación y de presunción de inocencia⁸².

⁷⁹ Bricola, "Teoria generale (...)", cit., pp. 15-16.

⁸⁰ Reconocimiento implícito significaba bien que fuera presupuesto necesario del ejercicio de otros bienes (v.gr., la vida respecto de la libertad).

⁸¹ Bricola, "Teoria general (...)", cit., pp. 16-17. Es decir, el legislador penal debería respetar la jerarquía de los bienes jurídicos establecidos por la Constitución. Además, el legislador debería someterse estrictamente a la Constitución al precisar las conductas delictivas.

⁸² Los artículos a los que Bricola se refería eran:

Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya estado en vigor antes del hecho cometido (Art. 25-2)

La responsabilidad penal es personal (Art. 27-1)

El imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva (Art. 27-2)

Las penas (...) deben tender a la reeducación del condenado (Art. 27-3)

La trascendencia de esta interpretación de la Constitución estaba no sólo en fijar directrices de reforma de la legislación ordinaria y criterios de interpretación de la misma, sino además, en considerar inconstitucionales todas aquellas medidas restrictivas o privativas de libertad, con contenido desvalorativo, cuyo presupuesto no fuera la lesión o puesta en peligro⁸³ de los bienes jurídicos constitucionales relevantes o que fuera aplicada sin el respeto a todas las garantías que la Constitución establecía para el ilícito penal. Por cuanto, si la libertad personal sólo podía afectarse para sancionar ilícitos penales, las restricciones que el art. 13

Del art. 25-2 el autor deducía los principios de exigencia de ley formal en la constitución de ilícitos penales, de antijuridicidad formal (con prohibición de extensión analógica de las causas de justificación), de taxatividad de la norma penal (prohibición de analogía, de analogía anticipada con fórmulas elásticas, extensión de la taxatividad a los elementos normativos de derivación extrapenal). Del art. 27-1 derivaba la prohibición de responsabilidad penal por hecho ajeno previendo responsabilidad por el hecho propio culpable (que exigía la posibilidad de conocimiento de la ley penal). Del art. 27-3 derivaba: el principio de lesividad, en cuanto, la reeducación sólo podría darse respecto a un desconocimiento de los valores constitucionales que únicamente podría manifestarse con la lesión del bien jurídico (frente a la pura peligrosidad de un sujeto o la pura actitud interior contraria al bien jurídico jugaba el principio liberal que la Constitución proclamaba en este artículo, pero también en el 25-2, en la medida en que hablaba de "hecho" y en los artículos que implícitamente reconocían la libertad moral del ciudadano, de responsabilidad por el hecho y no por el mero pensamiento o conducta. Este era el sentido que, a mi entender, había que darle a su alusión a la finalidad retributiva de la pena que consideraba implícita en el art. 27-3, en voz "Teoría generale del reato", cit., p. 82). Además el art. 27-3 impedía establecer sanciones que prejuzgaran la finalidad reeducativa de la pena. Por último, el art. 27-2 prohibía los ilícitos penales en que venía invertida la carga de la prueba (he hecho un resumen general de Bricola, voz "Teoría generale del reato", cit.). Como conclusión de su obra daba la siguiente definición de delitos:

(...) hecho previsto en forma taxativa por la ley, de realización exclusiva del agente o reconducible al mismo a partir de una actitud culpable (dolosa o culposa), idónea para ofender un valor constitucionalmente significativo, amenazado con una pena proporcionada también a la significatividad del valor tutelado y estructuralmente caracterizado del teleologismo atribuido a la sanción penal y, en fin, intolerante respecto a cualquier articulación probatoria que haga recaer en algún modo sobre el imputado la carga de la prueba (o el riesgo de la falta de alegación) de elementos de orden probatorio que configuraran la estructura (p. 92).

⁸³ El autor consideraba inconstitucionales por falta de contenido lesivo (u ofensivo al bien jurídico los delitos de peligro presunto (abstracto) ya que en ellos no se probaba sino que se presumía iuris et de iure la puesta en peligro del bien jurídico. La lesividad respecto del bien jurídico se producía, en la concepción de Bricola, tanto por la lesión en sentido estricto como por su puesta en peligro concreto (Bricola, "Teoría generale (...)", cit., pp. 84-87).

establecía a la inviolabilidad de la libertad personal sólo estarían justificadas en cuanto estrictamente necesarias para el ejercicio de la función punitiva penal⁸⁴.

A partir de tal identificación Bricola podía considerar inconstitucionales todas las medidas de seguridad predelictuales previstas en las leyes de 1956 y de 1965 (la ley antimafia) ya que ellas establecían medidas que afectaban al bien de la libertad personal, sin que los comportamientos en ella previstos afectaran a valores constitucionales o respetaran las garantías previstas para el ilícito penal⁸⁵. La única prevención constitucionalmente admisible, a la vez que obligatoria, era la que se operaba merced a los sustitutivos penales, en el sentido de medidas de transformación social, o la que se efectuaba mediante medidas asistenciales; sólo sería admisible, subsidiariamente, la prevención realizada mediante ilícitos administrativos, es decir, no afectantes a la libertad personal.

Debe señalarse, respecto a esta cuestión, por último, que, dado que la Constitución sólo fijaba una obligación de tutela de bienes jurídicos, pero no una obligación de tutela penal, la interpretación del autor abría un camino hacia la

84

No se admite ninguna forma de detención, de inspección o registro personal, ni ninguna otra restricción a la libertad personal, sino por un acto motivado de la autoridad judicial y sólo en los casos y modos previstos por la ley (Art. 13-2).

En casos excepcionales de necesidad y urgencia, indicados taxativamente por la ley, la autoridad de seguridad pública puede adoptar medidas provisionales, que deben ser comunicadas en 48 horas a la autoridad judicial y que, si ésta no la convalida en las sucesivas 48 horas, se consideran revocadas y carentes de cualquier otro efecto (Art. 13-3).

La ley establece los límites máximos de la prisión preventiva (Art. 13-5).

85 Sobre la ley de 1956, v. supra I.2.2.3.1.

despenalización de todas aquellas conductas que, aún afectando a bienes jurídicos de relevancia constitucional, pudieran ser suficientemente tutelados, a la vez que con el recurso a medidas preventivas, con la previsión de ilícitos de carácter administrativo o civil⁸⁶.

En este espacio limitado de última ratio a la protección exclusiva de bienes jurídicos de relevancia constitucional, también la sanción penal debería operar como medio de tutela. Para delimitar los fines de la sanción, el autor se inspiraba en los planteamientos del nuevo paradigma reeducativo, aportando soluciones a la protección de intereses colectivos, tema este que en el proceso de formación del nuevo paradigma había sido bastante olvidado en atención a la prioridad de dar una respuesta a las reivindicaciones de los reclusos respecto de la exigencia, que también había sido manifestada por los movimientos sociales, aunque quizás con menor intensidad, de evitar aquellos atentados a intereses como la salud, el ambiente, el suelo urbano, que venían afectados por el ejercicio de situaciones de poder en las esferas económica y política y cuyos ofensores venían favorecidos por los procesos

⁸⁶ La tutela de bienes jurídicos podría realizarse a partir de estos ilícitos, administrativo y civil, a los que la Constitución, en la medida en que no sacrificaran bienes de tanta relevancia como la libertad personal, no obligaba a tantas garantías como el ilícito penal: en este sentido Bricola aludía a la posibilidad constitucional de que el ilícito civil se estructurara en base al principio de responsabilidad por riesgo, sin asumir el principio de responsabilidad por el hecho propio culpable; también era constitucionalmente admisible que tal ilícito no se basara en una determinación taxativa del resultado dañoso y de las modalidades de causación del daño (Bricola, "Teoria generale (...)", *cit.*, p. 50 y 52). También el ilícito administrativo podía constitucionalmente desconocer el principio de responsabilidad personal -salvo la excepción, que Bricola decía poder deducirse del art. 28 de la Const. respecto de la actividad de los funcionarios públicos violadores de derechos del ciudadano-; además, este ilícito podía ser utilizado para sancionar conductas de peligro presunto respecto de los bienes jurídicos (Bricola, "Teoria generale (...)", *cit.*, pp. 53-54 y 83).

de inmunización primarios o secundarios⁸⁷.

Con carácter general, y continuando con ello el autor la tradición del viejo paradigma reeducativo, cualquier sanción penal debería cumplir una finalidad de prevención general, que el legislador habría de tener en cuenta en el momento de la conminación y que vendría garantizada con una ineliminable esencia retributiva de la sanción penal⁸⁸.

Admitida esta caracterización general, en sentido preventivo, de la sanción penal, el autor distinguía los tipos de sanciones, su contenido y sus fines, en atención a las posibles tipologías delictivas que tomaba en consideración. Respecto de aquella delincuencia contra bienes jurídicos individuales Bricola propugnaba, en primer lugar, un enriquecimiento de las sanciones en base a un mayor ámbito de aplicación de la pena pecuniaria, graduada a las condiciones económicas del individuo y a una nueva sanción consistente en el trabajo civil. En segundo lugar, una enfatización de las medidas suspensivas atribuyéndoles un contenido reeducativo⁸⁹. Estas sanciones, para cuya opción debería tenerse en cuenta la

87 Por procesos de inmunización entiendo: atentados a intereses colectivos que no encuentran reconocimiento en la ley penal (inmunización primaria) o que existiendo reconocimiento no son objeto de represión (inmunización secundaria).

88 Bricola, "Teoria generale (...)", *cit.*, p. 17 y "Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma", en AA.VV. *Giustizia penale e riforma (...)*, *cit.*, p. 74. Repito que Bricola hablaba de "finalidad retributiva" pero que en el contexto de su discurso sólo podía entenderse como esencia retributiva, esto es, como medio necesario para garantizar el fin de la prevención general.

89 Bricola, "Il sistema sanzionatorio (...)", *cit.*, pp. 57-60.

gravedad del interés ofendido⁹⁰ habrían de tomar en consideración, cuando se refirieran a sujetos cuya delincuencia fuera explicable en atención a procesos de exclusión social, el principio reeducativo del art. 27 Const., el cual debería ser interpretado a la luz del art. 3-2 Const., que llevaría a considerar la reeducación como un plus de garantía social para el individuo⁹¹. Esta reeducación no debería entenderse como un encuadramiento de los condenados en la lógica del sistema, pues:

Una más consciente reconstrucción en clave marxista del concepto [de reeducación] no excluye la ecuación referida [reeducación-reinserción social] a condición de que la reinserción tenga como parámetro final una sociedad que vaya desarrollándose hacia la realización más concreta de sus presupuestos constitucionales⁹².

Y consideraba que esta concepción de la reeducación concordaba con un proceso de maduración social y política del subproletariado⁹³. Lo cual suponía valorar al individuo como sujeto de conflicto.

Para aquella delincuencia contra intereses colectivos, que

90 Bricola, "Teoria generale (...)", *cit.*, p. 18-19 y nota 9 en tales páginas.

91 Bricola, "Le misure alternative (...)", *cit.*, p. 69. Bricola no aludía a la finalidad reeducativa de las penas pecuniarias. Dado que tales penas serían aplicables a las ofensas menos graves a los bienes jurídicos de menor relevancia constitucional parece lógico pensar que aún cuando tuvieran que ser aplicadas a sujetos cuya delincuencia fuera explicable en atención a procesos de exclusión, debería renunciarse a la finalidad reeducativa en aras de no causar al individuo perjuicios no justificados por la ofensa cometida (ya que la pena pecuniaria venía considerada medio de tutela suficiente). Y nada excluía el derecho del individuo a exigir que se removieran aquellas condiciones que dificultaban su integración social. Téngase en cuenta que, de toda forma, Bricola consideraba la reeducación como un derecho del individuo correspondiente al deber del Estado de posibilitarla pero no como deber del individuo.

92 Bricola, "Il sistema sanzionatorio (...)", *cit.*, p. 73.

93 *Ibidem*.

derivaba de situaciones de poder, fundamentalmente en el ámbito económico, realizada por individuos perfectamente insertos en el contexto social y económico, Bricola planteaba en forma distinta la concepción de los fines de la pena. En la medida en que toda sanción debería tener una eficacia preventiva y que los atentados a intereses colectivos tenían suficiente relevancia constitucional se debía eliminar la monetarización de la responsabilidad penal, ineficaz desde el punto de vista de la prevención general, haciendo que la pena pecuniaria viniera acompañada de pena privativa de libertad, aún cuando fuera de corta duración. Por lo que se refiere al principio de la reeducación, ésta no podía interpretarse en el sentido de la reinserción social -no cabía la apelación al art. 3-2 de la Const. al no haber obstáculos que remover sino exclusivamente como favorecimiento específico de la legalidad (obsérvese que aquí la legalidad del poder económico era justamente el objetivo transformador); para ello deberían introducirse formas de probation, consistiendo la prueba en la eliminación por parte del titular del poder económico de aquellas condiciones que generaban el atentado a los intereses colectivos, atribuyendo el control a las propias organizaciones de trabajadores. El éxito positivo de la prueba, debería llevar a la extinción de la pena privativa de libertad pero no de la pena pecuniaria, para mantener el desvalor penal del hecho. Cuando a través de la sanción penal, y a causa del principio "societas delinquere non potest" no se pudiera afectar a los actos de decisión de la política de empresa, Bricola propugnaba

la adopción de medidas de seguridad basadas en la vigilancia⁹⁴.

Me parece que el mérito de esta construcción de Bricola estaba sobretodo en haber planteado una visión global del problema punitivo, enraizado en el modelo conflictual de sociedad, que bien podría constituirse en referencia cultural para aquellos juristas que optaron por realizar su trabajo en armonía con el modelo conflictual de sociedad. Este jurista, comprometido con el movimiento de transformación debería mostrarse abierto a todas las disciplinas jurídicas, pues la ubicación constitucional del problema de los bienes jurídicos obligaba a la opción entre diferentes medios de tutela y también hacia las ciencias sociales, y en particular a la criminología, porque para la elaboración de estrategias de política criminal debería conocer los procesos de exclusión social, los mecanismos de ofensa a intereses colectivos y las funciones de los órganos de control social y de los diversos tipos de sanciones. Sería bajo este programa de colaboración entre ciencias jurídicas y sociales, que surgiría en 1975 la revista "La Questione Criminale" de la cual Bricola sería codirector⁹⁵.

⁹⁴ Bricola, "Le misure alternative alla pena (...)", *cit.*, pp. 69-74.

⁹⁵ En el ámbito estricto de la cultura jurídico-penal, me parece que, durante este período, también auspician un proyecto de reforma jurídica coincidente en muchos aspectos con el de Bricola: Pulitano, quien planteaba una reforma del sistema sancionatorio coincidente con las directrices del paradigma reeducativo conflictual, al interpretar el art. 27-3 Const. en función del art. 3-2 de la misma ("Intervención", en AA.VV., *Giustizia penale (...)*, *cit.*, p. 233), y Neppi Modona, de quien además de tenerse en cuenta su contribución esencial a la formación del paradigma reeducativo (sobre ello, v. supra 1.3.1.2.), debe considerarse su artículo "Tecnicismo giuridico e scelte politiche nella riforma del codice penale", en *LD*, 1977, pp. 661-684, donde auspiciaba que la Constitución fuera asumida como referente de una reforma del derecho penal, postulando, en concreto, que, respecto a la protección de intereses colectivos, el derecho penal asumiera una función de promoción social (pp. 680-689).

Si me he centrado en la obra de Bricola es porque me parece que es la elaboración más global de las que en estos años defienden este proyecto reformista.

d) Una cuarta y última posición doctrinal que se desarrolla en este periodo es la que proponiendo un modelo de reforma del sistema punitivo muy semejante al postulado en la anterior tendencia considerada, muestra cierta distancia respecto del modelo conflictual de sociedad, que era su fundamento cultural.

De tal posición me parece representativa la contribución de Marinucci⁹⁶ quien planteaba una reforma del sistema punitivo coincidente con la de Bricola en la consideración del derecho penal como instrumento subsidiario de tutela de bienes jurídicos de reconocimiento constitucional, en la defensa de la política social -dado el carácter criminogénico del modelo social- como mejor medio de protección de bienes jurídicos y, en la previsión de una sanción penal, como extrema ratio en la protección de bienes jurídicos, con una finalidad de prevención general -que debía ser tenida en cuenta sólo en la fase de la conminación pero cuya eficacia estaría condicionada a la efectiva aplicación de la ley penal- y de prevención especial. Una compatibilidad entre ambos fines que debería exigir un superación de las penas breves en base a una reafirmación de la pena pecuniaria y a la adopción de medidas suspensivas, con o sin prueba, en función de la necesidad de prevención especial⁹⁷.

Si se observa con detenimiento la concepción de Marinucci se advierte que el autor asumía sus propuestas de reforma del

⁹⁶ Marinucci, "Politica criminale e riforma del diritto penale", en *DD*, 1975, pp. 61-103.

⁹⁷ Marinucci, "Politica criminale (...)", *cit.*, *passim*.

sistema punitivo sin vincularlas como presupuesto necesario, a la dominación de una concepción conflictual de la sociedad. Especificando, el autor no decía que una "política social como mejor medio de política criminal" sería sólo alcanzable con la dominación de las organizaciones del movimiento obrero y de otras fuerzas progresistas en una dinámica de confrontación entre las fuerzas sociales, lo cual puede ser explicado atendiendo a que si bien Marinucci destacaba el carácter criminogénico de la sociedad no lo hacía en la perspectiva del modelo conflictual de sociedad que consideraba los procesos de exclusión como genuinos de la sociedad capitalista, sino en atención a la concepción mertoniana, que toleraba mecanismos de contención de la desviación basados en favorecer la integración social y cultural, pero en una dimensión que veía a la sociedad capaz de avanzar racionalmente, resolviendo sus problemas en la medida en que existiera una conformidad mayoritaria de los individuos respecto de los objetivos a alcanzar y respecto de los medios institucionales; y que tampoco asumía la perspectiva conflictual respecto del objetivo de favorecer la integración social, a partir de la reducción de las desigualdades sociales⁹⁸. Y de ello derivaba el que Marinucci viera en la prevención especial el medio más apto para favorecer la reinserción social -y de ahí su insistencia en las sanciones no privativas de libertad y en las medidas suspensivas a prueba- pero que no aludiera a la reeducación como medio para

⁹⁸ La referencia de Marinucci a Merton era explícita (en "Politica criminale (...)", *cit.*, p. 1). Para hacer esta valoración tomo en consideración, de Merton: "Estructura social y anomia", en Teoría y Estructuras sociales, FCE, 1964, pp.

concienciar al individuo hacia la necesidad de expresar su conflictividad no individual sino socialmente, que era uno de los elementos fundamentales del paradigma conflictual. Pienso que, en última instancia, la posición de Marinucci era muy abierta a una concepción social de la reeducación pero que creyendo en la capacidad de la sociedad de resolver sus propios problemas no asumía una dimensión conflictual que, por el contrario, sólo creía en una sociedad nueva como medio para evitar la desviación.

Esta posición de Marinucci, a la que me parece que pueden ser reconducidas otras contribuciones de Musco⁹⁹, de Dolcini¹⁰⁰

99 Musco planteaba (en Bene giuridico e tutela dell'onore, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 122-123) un criterio de corrección del concepto de bien jurídico diseñado por Bricola en base a la consideración de que el art. 27-3 en cuanto atribuían una finalidad reeducativa a la pena en un tipo de sociedad que la Constitución preceptuaba pluralista, exigía que la reeducación tuviera como objeto exclusivamente aquellos bienes jurídicos constitucionales que tuvieran como objeto el respeto a las formas básicas de la vida en común.

100 Dolcini planteaba en su monografía sobre la medición de la pena (La conminazione della pena, Padova, Cedam, 1978) una concepción inspirada en los planteamientos de Roxin de 1966 (en "Sentido y límites de la pena estatal", en Problemas básicos del derecho penal, Madrid, Reus, 1976, pp. 11-36), que distinguía entre los diversos momentos de la pena, considerando que en la conminación la pena estaba justificada por la persecución de finalidades de prevención general (pp. 110-112); en su aplicación, la culpabilidad por el hecho debería operar como límite de justicia a la vez que como condición de eficacia a la consecución de las finalidades preventivas (pp. 111-113 y p. 174); y en el momento de su aplicación, debería perseguir un fin de prevención especial, siendo el mínimo retributivo de la pena el que permitiría la satisfacción de la prevención general (pp. 175-176).

Tal posición, vista abstractamente, no sería discontinua respecto de los planteamientos del viejo paradigma reeducativo (salvo quizás en el hecho de que el autor considera que el límite de la culpabilidad hiziera justa a la pena -p. 174- ya que en el viejo paradigma reeducativo se había defendido la proporción de la pena al mal causado, en su sentido objetivo y subjetivo, pero a tal proporción no se le atribuía el fin de la justicia sino que ello operaba como "mínimo retributivo" necesario para la satisfacción de la prevención general). Esta continuidad con el viejo paradigma reeducativo se observa también en las reformas que el autor entendía necesarias para conseguir la finalidad reeducativa: instituciones más reeducativas, personal idóneo, estructuras que facilitasen el trabajo penitenciario (pp. 190-193), las cuales eran reformas que el nuevo paradigma reeducativo no rechazaba, al contrario, pero que Dolcini no asumía en la misma dimensión que los autores que habían optado por el nuevo paradigma. Pues, concretamente, si es cierto que en la obra de Dolcini había una defensa de un tipo de reeducación social (v.gr., en su defensa como medio de reeducación del trabajo en el exterior, igualdad al trabajo libre, y con responsabilización de las organizaciones sindicales, pp. 204-207), parecía que el autor no lo veía como incompatible con un modelo de reeducación individual (ya que el autor defendía como medio de reeducación para personas con problemas de personalidad, la psicoterapia y la pedagogía de grupo, pp. 210-217). Son estas aperturas hacia la reeducación social, aunque con la matización señalada, lo que permite, a mi entender, agrupar la

y de Violante¹⁰¹, aún cuando no puedan ser integradas en el nuevo paradigma reeducativo, son fruto de la nueva época, y por tanto están en discontinuidad con el viejo paradigma reeducativo, al distinguirse por sus propuestas de reforma del derecho penal tomando como referencia los bienes jurídicos constitucionales, su enfatización de la política social como primera ratio de la tutela de bienes jurídicos, y por la defensa de un modelo social de reeducación.

1.3.3. Limitada receptividad al nuevo paradigma reeducativo por parte de las instancias políticas: apertura hacia un modelo social de reeducación (Proyecto senatorial de nuevo Ordenamiento penitenciario de 1973)

Antes de entrar a analizar la recepción del nuevo paradigma en el nivel estrictamente político, en base a considerar los procesos de reforma penal y penitenciaria, conviene tomar en consideración la actuación de la Corte Costituzionale, a la cual el nuevo paradigma reeducativo ofrecía un nuevo filón de interpretación, al fundamentar todo su proyecto reformista en una determinada interpretación de la Constitución. Durante este periodo, entre 1968 y 1974, la C.C. tendrá ocasión de pronunciarse diversas veces sobre la legitimidad constitucional de determinados artículos del código penal, con ocasión de cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas por representantes del poder judicial, sensibles a los

contribución de Dolcini a la de Marinucci.

(10) Quien (en "Sulla riforma del sistema sanzionatorio", en AA.VV., Carcere e Società, cit., pp. 28-36) aún cuando defendiera la introducción de sanciones en libertad que tuvieran en cuenta las exigencias de introducir al sujeto en el proceso productivo, como garantía para el individuo, no daba elementos suficientes para considerarlo dentro del nuevo paradigma reeducativo.

planteamientos de reforma del nuevo paradigma reeducativo¹⁰².

La argumentación de estos jueces se basará en destacar que ciertas instituciones del código penal suponían un obstáculo para la realización de la finalidad reeducativa y por tanto debían ser considerados inconstitucionales. Se aludía al art. 314 del c.p.p. que impedía realizar un conocimiento profundo del imputado¹⁰³, al art. 216 c.p. que al establecer que la medida de seguridad de la colonia agrícola o de la casa de trabajo se fundaba en el trabajo, y al deberse considerar que el trabajo era en este supuesto el medio de realizar la finalidad reeducativa, impedía que al inhábil al trabajo le fuera aplicada tal medida¹⁰⁴, al art. 164 c.p. que impedía una segunda suspensión condicional de la pena¹⁰⁵, al art. 188 c.p. que obligaba a resarcir los gastos de mantenimiento en la cárcel¹⁰⁶, al art. que regulaba la pena perpetua¹⁰⁷.

102 Información sobre esta nueva sensibilidad de ciertos jueces, y muy en especial de los jueces de vigilancia, los que más en contacto estaban con los reclusos, se obtiene en la revista *Quale Giustizia* que editada por "Magistratura democrática", corriente de la judicatura promotora de una interpretación del derecho que otorgara las mayores posibilidades al desarrollo del conflicto social (sobre ello me baso en Costa, *op. cit.*, pp. 33-35). Concretamente sobre el tema tomo en consideración el artículo no firmado "Ergastolo di sicurezza; casa di lavoro e colonia agricola. El giudice rifiuta le misure di sicurezza; una via legale per aprire il carcere", en *QG*, 1972, pp. 259-267.

103 En SCC nº 124, 24 junio 1970, en Dassano/Macagno/Ronco (ed. a su cargo), *Le Sentenze della Corte Costituzionale sugli art. 25 c. 2º e 3º y 27 c. 1º e 3º (1956-1975)*, Torino, Giappichelli, 1976, pp. 615-618.

104 En SCC, nº 167, 21 noviembre 1972, en Dassano/Macagno/Ronco, *op. cit.*, pp. 638-643.

105 En SCC, nº 95, 14 junio 1973, en Dassano/Macagno/Ronco, *op. cit.*, pp. 657-664.

106 En SCC nº 167, 22 noviembre 1973, en Dassano/Macagno/Ronco, *op. cit.*, pp. 665-672.

107 En SCC nº 264, 7 noviembre 1974, en *GC*, 1974, I, pp. 2897-2900.

La respuesta de la C.C., rechazando siempre la inconstitucionalidad de tales artículos, iba siempre en el mismo sentido: la reeducación debía ser considerada sólo como uno de los fines de la pena, que debía convivir con otros fines, tales como la retribución o la prevención general, que era el argumento reiteradamente mantenido por la C.C.¹⁰⁸. Volviendo sobre su argumento al que ya he aludido anteriormente (en supra I.2.3.2.), creo necesario resaltar que cuando la C.C. decía que no podían desconocerse los demás fines de la pena, además de la reeducación, para legitimar instituciones que obstaculizaran la reeducación, no estaba planteando el tipo de polifuncionalidad de la pena que había informado al viejo paradigma reeducativo, y que mantenía el nuevo paradigma reeducativo, el cual había basado su carga reformista en demandar una pena capaz de cumplir todos los fines. Frente a una institución que obstaculizara la realización de la finalidad reeducativa, el paradigma reeducativo optaba por demandar su reforma, al considerar que siempre existía una pena capaz de compatibilizar todas las finalidades, y la C.C., en cambio, optaba por su mantenimiento, al considerar que tales obstáculos se legitimaban por el necesario cumplimiento de las otras finalidades de la pena. Como ejemplo de tal posición, valga el argumento con el que la C.C. excluía la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad de la colonia agrícola o de la casa de trabajo en la medida en que se admitía su aplicación a los inhábiles al trabajo:

¹⁰⁸ V. supra I.2.3.2., el comentario a la SDC n.º 12/1966.

En sustancia, si el trabajo es el medio más idóneo para conseguir la reeducación social del sujeto, sin embargo la imposibilidad física de éste de poder realizarlo, no puede hacer desaparecer el fundamento jurídico en el que se apoya la medida de seguridad privativa de libertad, que consiste en impedir que la persona socialmente peligrosa pueda continuar libremente delinquiendo¹⁰⁹.

Junto a esta posición de la C.C., que continuaba obstaculizando la afirmación del paradigma reeducativo, debe analizarse su trascendencia en el nivel estrictamente político. Para ello tomaré en consideración los proyectos de reforma penal y penitenciaria que se suceden en esta época y que culminará -aunque influida por una nueva fase en el debate sobre la finalidad de la pena- en 1974 y 1975 con la reforma parcial del c.p. y con la nueva ley penitenciaria, respectivamente.

El conjunto de proyectos que analizaré a continuación podían considerarse como una continuación de los proyectos de reforma en materia penal y penitenciaria presentados entre 1945 y 1968. Respecto de ellos se había mantenido la hipótesis que su incapacidad de materializarse en leyes se debía a la escasa trascendencia política de la que adolecían tales materias; a partir de 1968 se producirá una situación nueva debido a la adquisición de conciencia política por parte de las fuerzas políticas y sociales de que tampoco respecto de la forma de enfrentarse a la delincuencia podía existir una única visión en la sociedad. Esta nueva sensibilidad se manifestará preferentemente en el ámbito de la reforma penitenciaria ya que era en este sector donde se habían producido las primeras

¹⁰⁹ SCC nº 167/1972, *cit.*, pp. 642-643. Este argumento de la autolimitación entre las finalidades de la pena está presente en todas las sentencias dictadas en las notas anteriores.

manifestaciones conflictuales (la lucha de los presos) y en el que claramente se había delimitado una reforma. En cambio, por lo que se refiere a la legislación penal, las directrices para la elaboración de un nuevo código penal, la perspectiva reformista estaba siendo menos delimitada. Es cierto que las propuestas de Bricola, y de otros autores, recogían y daban forma a un arsenal de ideas que estaban implícitas en el modelo conflictual de sociedad, pero eran ideas con falta de desarrollo y que, incluso en la elaboración de Bricola, eran más una propuesta de trabajo que un proyecto elaborado de reforma. Ello explica la diferente actitud que tendrían los partidos de izquierda en la discusión parlamentaria de los proyectos de reforma penal y penitenciaria: a la activa labor que desempeñarán en esta última se contrapondrá su pasividad en aquella, donde se limitarían a apoyar unos proyectos cuya esencia estaba en suavizar el rigor punitivo del Código Rocco.

Abordando primero los proyectos de reforma penal, el proyecto de reforma ministerial presentado por el ministro Bonella en 1968¹¹⁰, que sustituía a un proyecto más limitado presentado meses antes por el ministro Reale¹¹¹ aprobado con

¹¹⁰ Disegno di legge n.º 351, "Riforma del Codice penale", presentado al Senado el 19-XI-1968, publicado en RIDPP, 1969, pp. 303-410.

¹¹¹ disegno di legge n.º 4849, "Modificazione al Codice penale", presentado a la Cámara de Diputados el 6-II-1968, en RIDPP, 1968, pp. 182-204. No tomo en consideración particular este proyecto dado que en pocos meses sería sustituido por otro, el citado en la nota anterior, que será la base de la discusión parlamentaria, y que incluía todas sus modificaciones. Para hacer tal consideración me baso en Vasalli, La riforma penale del 1974, I, Precedenti e contesto, Como, Francesco Vallarvi, 1975, p. 41.

modificaciones por el Senado en 1971¹¹², y vuelto a presentar, dado el fin de la legislatura en 1972, aprobándolo el Senado en 1973¹¹³, estaba en continuidad con los proyectos que se habían sucedido en Italia desde 1945 hasta 1968 en cuanto modificaba aquellos institutos en los que más se advertía, en comparación v.gr. con el anterior código liberal de 1889, la inspiración represiva del Código Rocco¹¹⁴. Entre los proyectos de 1968, 1971 y 1973 se advertía una continuidad ascendente, salvo alguna excepción, en la perspectiva de suavización del código Rocco, imputable, como he dicho, a la mayor sensibilidad parlamentaria hacia el tema.

Las características más sobresalientes de estos proyectos eran las siguientes: a) una atenuación del criterio de la equivalencia de las condiciones incorporando un criterio más cercano a la causalidad adecuada¹¹⁵; b) una recuperación del criterio del código Zanardelli, por parte del proyecto de 1973, en la exigencia de actos ejecutivos para la existencia de tentativa¹¹⁶; c) una adecuación de la regla del concurso de personas en los criterios de la responsabilidad por hecho

112 "Disegno di legge" nº 351, "Riforma al Codice penale", texto aprobado por el Senado el 2 de julio de 1971, en RIDPP, 1971, pp. 863-904.

113 "Disegno di legge" nº 372, "Modifiche al libro primo e agli art. 576, 577 del Codice penale", aprobado por el Senado en febrero de 1973, publicado en AA.VV., Giustizia penale (...), cit., pp. 333-373.

114 Este aspecto viene ilustrado con precisión en Vasalli, op. cit., pp. 5-23.

115 Siguiendo en orden cronológico los proyectos: arts. 16, 22 y 27.

116 Art. 29. Los otros proyectos seguían con el criterio del Código Rocco de actos inidóneos.

propio, haciendo obligatoria la atenuante para el concurrente con menor participación en el delito, y a los criterios de responsabilidad por dolo o culpa, atenuando cualificadamente la pena para el concurrente que hubiera querido un delito menos grave y haciéndolo responder del delito cometido sólo si éste era una consecuencia previsible de su acción u omisión, limitada la responsabilidad de los "extraneus" en los delitos propios a aquellos concurrentes que conocieran las cualidades personales del sujeto. Y, en el mismo sentido, haciendo comunicables las circunstancias agravantes sólo a los concurrentes que las conocieran¹¹⁷; d) modificaba la regla del concurso de delitos, introduciendo el criterio de acumulación jurídica para el ideal y también para el material, en el caso del delito continuado homogéneo o heterogéneo¹¹⁸; e) introducía el supuesto de disminución facultativa de la pena para los supuestos de ebriedad culposa o voluntaria¹¹⁹; f) se introducía el requisito del conocimiento para la apreciación de circunstancias agravantes¹²⁰; g) se preveían nuevos atenuantes relativos a la levedad del hecho y a la mínima capacidad de

117 Art. 47-51 del proyecto de 1971, art. 56-59 del proyecto de 1973. El proyecto de 1968 no modificaba la participación de extraños en delitos propios (para lo demás, arts. 35-36).

118 Art. 38 del proyecto de 1971; art. 46 del proyecto de 1973. El proyecto de 1968 se distinguía por aplicar la acumulación material al delito continuado heterogéneo.

119 Art. 28, art. 42 y art. 50.

120 Art. 19, art. 26 y art. 31.

delinquir del culpable¹²¹; h) se hacía facultativo en vez de obligatorio el incremento de pena en caso de reincidencia¹²²; e i) se eliminaban los límites al juicio de equivalencia entre circunstancias agravantes y atenuantes¹²³.

Por lo que se refiere al sistema de penas las modificaciones más significativas eran: a) la abolición en los proyectos de 1971 y 1973 de la pena perpetua¹²⁴; b) la limitación, también estos proyectos, de la pena accesoria de interdicción del ejercicio de la función pública¹²⁵; c) la previsión de una sanción de trabajo de servicio civil como sustitutivo de la pena privativa de libertad que derivara de la conversión por impago de la pena pecuniaria¹²⁶; en lo concerniente a la pena privativa de libertad, d) los proyectos de 1971 y 1973 establecían la gratuidad de la pena, eliminando la obligación de resarcimiento de los gastos de mantenimiento en la

121 Art. 22, art. 29 y art. 34.

122 Art. 29, art. 43 y art. 51.

123 Art. 34 del proyecto de 1971 y art. 40 del proyecto de 1973. No se modificaba el Código Rocco, en este aspecto, en el proyecto de 1968.

124 Art. 7 y art. 13. Se sustituía por una pena de 30 a 40 años y de 25 años de reclusión, respectivamente.

125 El proyecto de 1971 limitaba su obligatoriedad a las condenas mayores a 10 años (mayores de 5 años en el código Rocco) y el de 1973 suprimía la interdicción obligatoria, dejando sólo la facultativa, Arts. 29 y 19, respectivamente.

126 Art. 37, art. 52 y art. 62.

cárcel¹²⁷, e) se ampliaba el límite para la concesión de la suspensión condicional de la pena¹²⁸, f) de la libertad condicional¹²⁹ y e) preveía una forma de perdón judicial para adultos¹³⁰.

Las reformas en materia de peligrosidad eran moderadas, porque, manteniéndose el sistema dualista, se limitaban a lo siguiente: a) los proyectos de 1971 y 1973 suprimían ciertas presunciones de peligrosidad, exigiendo para la aplicación de la medida la previa verificación de la existencia o subsistencia de peligrosidad¹³¹, b) también en estos proyectos, se preveía la posibilidad de un tratamiento unitario para el semiimputable y, en el proyecto de 1973, también para el menor imputable¹³², c) se suprimía la tipología de la tendencia a delinquir¹³³, d) en el proyecto de 1973, se suprimía la disposición que hacía recomenzar las medidas de seguridad en

127 Art. 67, art. 84. El proyecto de 1968 sólo la suprimía para las penas pecuniarias convertibles en pena privativa de libertad (art. 50).

128 La ampliación era mayor en los proyectos de 1971 y 1973 (arts. 58 y 74-75) que en el de 1968 (arts. 44 y 45) que, de todas formas, eran más extensivos que el Código Rocco.

129 También en esto el proyecto de 1968 era más restrictivo que los de 1971 y 1973. Arts. 47, 64 y 80, respectivamente.

130 Institución que el Código Rocco limitaba a los menores de 18 años. Arts. 45, 62 y 78.

131 Concretamente los proyectos de 1971 y 1973 eliminaban las presunciones de peligrosidad relativas al imputable peligroso (medidas aplicadas tras el cumplimiento de la pena) (arts. 72 y 90) y eliminaban la obligatoriedad de la libertad vigilada (arts 78 y 96). En los tres proyectos se suprimía la presunción de peligrosidad en los supuestos de inimputabilidad no derivada de minoría de edad (arts. 55, 74 y 92).

132 Respecto al inimputable, art. 73 y 91, respectivamente. Sobre el menor imputable, art. 93.

133 Arts. 31, 45 y 53.

caso de incumplimiento¹³⁴ y e) se disponía que la enfermedad sobrevenida a la pena no suponía la suspensión de ésta¹³⁵.

Hacer una valoración de estos proyectos de reforma del c.p. desde la perspectiva del nuevo paradigma reeducativo significa tomar en consideración dos aspectos: en primer lugar, también para el nuevo paradigma reeducativo era cierto, como para el viejo paradigma reeducativo, que el rigor punitivo del Código Rocco era innecesario desde la perspectiva de la prevención general y contraindicado para el fin de la reeducación y en ello, por tanto, tales proyectos eran receptivos hacia el nuevo paradigma; pero, en segundo lugar, el nuevo paradigma reeducativo postulaba una nueva configuración de la parte especial del c.p., tomando como referencia la Constitución, a la vez que un enriquecimiento de la gama sancionatoria y un nuevo contenido de las sanciones, que no encontraba reconocimiento, por cuanto, respecto del primer aspecto, tras la tímida apertura del proyecto de 1968 se eliminaba casi completamente en los proyectos de 1971 y de 1973 la reforma de la parte especial del código¹³⁶ y, respecto del segundo, las

134 Art. 90.

135 Arts. 39, 59 y 66.

136 El proyecto de 1968 suponía una reforma parcial pero tanto de la parte general como de la parte especial del Código, de lo cual destacaba también una moderación de las penas a delitos que autores identificados con el nuevo paradigma reeducativo consideraban representativos de una jerarquía de valores que de acuerdo a la Constitución debía ser alterada: en este sentido se moderaba la pena para los delitos contra la personalidad del Estado (art. 66), de desacato (art. 74) y en el delito de hurto se reducía el máximo de pena para el hurto agravado (de 6 a 4 años) y se introducía una atenuante específica de leve entidad del hecho (arts. 107-108). Significativa también en la perspectiva de adecuación a la Constitución era la supresión del homicidio y de la lesión personal a causa de honor (art. 97). Esta reforma de la parte especial que de todas formas era muy limitada en la perspectiva de acoger una jerarquía de los bienes jurídicos fundamentada en la Constitución, tendrá escaso futuro ya que en el proyecto de 1971 se acogerá el criterio del senador de la DC Leone de preferir ampliar las medidas suspensivas al de redimensionar las

innovaciones en el sistema sancionatorio no asumieron ni siquiera los postulados básicos del viejo paradigma reeducativo de suprimir el sistema dualista y de flexibilizar la ejecución de la pena al logro de la finalidad reeducativa¹³⁷.

El comportamiento pasivo de los partidos de izquierda, que teóricamente deberían haber sido defensores de tales propuestas, puede encontrar justificación en la cuestión de la reforma de la parte especial de acuerdo a la jerarquía de valores constitucionales en atención a que el tema en el período de la discusión parlamentaria aún era de incipiente elaboración, pero parece, a primera vista, menos justificable que no asumieran una reforma del sistema sancionatorio basada en la inclusión de sanciones cuyo contenido permitiera un contacto del individuo con aquellos grupos sociales en los cuales pudiera expresar en formas alternativas su conflictividad. Quizás en la izquierda prevaleció una actitud pactista, consistente en dejar el protagonismo de la reforma del c.p. a las fuerzas moderadas, centrando sus esfuerzos renovadores en un terreno -el penitenciario- en el que se sentían más seguros. Como en los años posteriores no dejará de advertir la doctrina más sensible al nuevo paradigma

penas para los delitos, aduciendo que ello se debía a que tal reedensamiento hubiera llevado a beneficiar a quienes concretamente no lo hubieran merecido (un razonamiento expresado por el senador Leone en la presentación del proyecto de 1971, *op. cit.*); éste era un razonamiento contrario al sostenido v.gr. por Bricola respecto a la reforma del c.p., el cual ponía como primera directriz de reforma la implantación de una jerarquía de bienes jurídicos basada en la Constitución y sólo respecto a esta nueva jerarquía de valores debería operar la reforma del sistema sancionatorio (pues, por poner un ejemplo, no debería ser reeducado quien no hubiera afectado a un bien de relevancia constitucional). La única reforma en la parte especial de los proyectos de 1971 y 1973 era la adecuación de las penas para el homicidio agravado en atención a la supresión de la pena perpetua (arts. 79 y respectivamente).

¹³⁷ Sobre ello, v. *supra* cap. I.2 (en especial I.2.2.2.).

roeducativo, abandonar las exigencias renovadoras en aspectos tan importantes del c.p. significaba poner un límite muy grave a la reforma del sistema penal en su conjunto.

Teniendo presente esta limitación, podemos abordar el proceso que, contemporáneamente a la reforma penal, afectaba a la normativa penitenciaria¹³⁸. Las fases de este proceso son el proyecto ministerial presentado por el ministro Gonella en 1968¹³⁹, el texto codificado aprobado por el Senado en 1971¹⁴⁰ y el nuevo proyecto que, tras el fin de la legislatura, fue presentado de nuevo en el Senado y aprobado en 1973¹⁴¹. En este tránsito hacia la reforma penitenciaria, que culminará en 1975, se hacía patente la readquisición por parte de las fuerzas progresistas, tras el largo paréntesis de la década de los cincuenta y los sesenta, de una nueva sensibilidad hacia la reforma penitenciaria. Y de ello es muy significativo la diferencia entre el primitivo texto ministerial de 1968 y el aprobado por el Senado en 1973.

En efecto, el proyecto Gonella estaba en continuidad con los

138 Y para ello me sirvo, como bibliografía crítica, del repetidamente citado texto de Neppi Modona, "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria", en DC, 1976, pp. 319-372.

139 "Disegno di legge" de "Ordinamento penitenziario", presentado al Senado el 28 octubre 1968, en IP, 1969, pp. 410-443.

140 "Disegno di legge" de "Ordinamento penitenziario", aprobado por el pleno del Senado el 17 marzo 1971, publicado en AA.VV., Giustizia penale (...), cit., pp. 297-331.

141 "Disegno di legge" de "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulle esecuzioni delle misure privative e limitative della libertà", aprobado por el pleno del Senado el 18-XII-1973, en Atti parlamentari, Senato Repubblica, VI Legislatura, seduta 235, pp. 11627-11651.

de 1960 y 1968¹⁴² pues, sin superar en algunos aspectos el carácter aflictivo que el Reglamento Rocco atribuía a la pena¹⁴³, seguía concibiendo el tratamiento como una actividad consistente en la transformación individual del recluso, realizable a partir del trabajo, la religión y la instrucción¹⁴⁴, mensurable en base al comportamiento del recluso en la institución¹⁴⁵. Regulaba la medida alternativa a la privación de libertad, la semilibertad, las licencias y la liberación anticipada, en la única dimensión de favorecer un gradual reingreso en la sociedad y de un acortamiento de la condena¹⁴⁶. Por último, se seguían poniendo grandes límites a

142 Que he analizado en supra I.2.2.3.4. y I.2.3.1. respectivamente.

143 Y en particular el corte de pelo y de barba -aún cuando ahora sólo por razones sanitarias- (art. 21), la obligación de uniformidad (art. 45), la censura de la correspondencia (art. 53), el control visual y facultativamente auditivo de los coloquios (art. 52), la sanción disciplinaria de aislamiento de hasta 40 días (art. 56), el control del acceso a la cultura y a la instrucción por parte de la administración penitenciaria (art. 11). Proyecto 28 octubre 1968, cit.

144 Art. 6.

145 En este sentido, el art. 26 establecía que la disciplina formaba parte del tratamiento.

146 La regulación del instituto de la semilibertad respondía a la idea de que una vez cumplida la mayor parte de la pena podía reducirse el mínimo retributivo, hasta la semilibertad, para hacer más fácil la consecución de la finalidad reeducativa.

Las licencias se preveían para el condenado admitido al régimen de la semilibertad, en cuyo caso no podía superar los 30 días (art. 64), y para los sometidos a medidas de seguridad privativas de libertad, en el periodo inmediatamente precedente al reexamen de la peligrosidad (periodo mínimo) y tenían una duración de 6 meses (art. 65).

La liberación anticipada consistía en una reducción de pena de hasta 10 días por cada 6 meses de pena privativa de libertad cumplida prevista para el condenado que hubiera dado pruebas evidentes de participación en la obra reeducativa (art. 66).

Es importante destacar que para la adopción de las medidas señaladas era competente el juez de vigilancia pero la propuesta de concesión estaba reservada al Director y al Consejo de disciplina, lo cual toleraba, teniendo en cuenta la relación que establecía la ley entre disciplina y tratamiento, un uso de la medida como premio a la buena conducta en la cárcel (arts. 63-66).

la judicialización de la ejecución penal¹⁴⁷.

Ciertamente un proyecto semejante no tenía muchas posibilidades de satisfacer las reivindicaciones expresadas por los reclusos ni por el sector de la opinión pública que había sensibilizado con ellos. La sensibilización política por el tema penitenciario llevaba a que en la discusión parlamentaria se plantearan nuevos modelos que también deberían influir en la reforma. En este sentido, una valoración global del proceso de discusión que se produce entre 1968 y 1973¹⁴⁸, permite identificar tres tendencias que influyen en el proceso de elaboración de la reforma. Una primera, que inspiraba la actuación de los partidos de izquierda, cuyo programa se basaba en garantizar los derechos del recluso en el interior de la institución (pues se tenía la conciencia de que la reeducación sólo sería posible en una prisión no violenta), en integrar a los reclusos en las organizaciones de la clase trabajadora y en introducir medidas alternativas a la privación de libertad para hacer más posible una ejecución menos gravosa para el individuo y más capacitada para promover los contactos entre el individuo y la sociedad. Una segunda, que inspiraba a las fuerzas

147 Y ello porque, además de lo señalado en la nota anterior, en una materia tan relevante como el ejercicio del poder disciplinario no se atribuía al juez la potestad para dirimir sobre la legalidad de la sanción, ante las reclamaciones de los reclusos (art. 79).

148 Para hacer este resumen no he utilizado las actas de la discusión en el Senado en atención a la opinión de Neppi de que hasta esta época existía bastante consenso entre los grupos y los textos se elaboraban en la Comisión (en "Appunti (...)", cit., p. 356). La valoración que hago de los modelos que defendían los diversos grupos políticos toma en consideración, fundamentalmente, además del citado artículo de Neppi, el congreso organizado por el Centro per la Riforma dello Stato, Giustizia penale e riforma carceraria in Italia, que permite conocer las inquietudes de la izquierda, y en particular del P.C.I.. Respecto de la tendencia de las fuerzas moderadas, me valgo de opiniones vertidas por sus representantes en la discusión posterior de la ley (a la que me referiré en el capítulo siguiente).

moderadas, también abierta a la necesidad de que la ejecución penal no supusiera un aislamiento del individuo del resto de la sociedad pero que no participaba de un modelo conflictual de sociedad. Ambas tendencias vendrían limitadas al tomar como punto de partida un texto, el proyecto Gonella de 1968, cuyo elemento nuclear era la reeducación realizada en el marco cerrado de la prisión en base al tratamiento individual. Frente a todas ellas se seguirían alzando las voces, por ahora muy minoritarias, de quienes veían en la reforma un debilitamiento de la defensa de la sociedad¹⁴⁹.

Para valorar el equilibrio al que llegan estas tres tendencias, haré especial hincapié en el proyecto de 1973, confrontándolo con el de 1968, y no daré excesiva importancia al proyecto de 1971 por considerar que en él era todavía muy incipiente la sensibilización por parte de las fuerzas políticas hacia un proyecto de reforma diferenciado del que asumía el proyecto Gonella¹⁵⁰.

El proyecto de 1973 aprobado por el Senado -por parte de todos los grupos políticos a excepción del neofascista- presentaba respecto del proyecto Gonella de 1968 las siguientes novedades: Respecto de los derechos del recluso en la institución; atribuía libertad al recluso para el acceso a la

¹⁴⁹ Sobre la presencia minoritaria de tal tendencia en este período de la discusión parlamentaria: Neppi, "Appunti (...)", *cit.*, p. 356.

¹⁵⁰ Una maduración a la que contribuyeron también las críticas que desde posiciones políticas progresistas se lanzaron al proyecto de 1971 por no superar el carácter aflictivo de la pena y la concepción marginadora de la institución que prescribía el Reglamento Rocco. De ello fue pionero el número que la revista "Il Ponte" dedicó a "Le vostre prigionieri" que era una réplica de la propuesta reformista que la misma revista había lanzado 22 años antes, bajo el título "Le nostre prigionieri" (al respecto, v. supra I.2.2.1.), en AA.VV., "Le vostre prigionieri", en "Il Ponte", 1971, pp. 1291-1299.

información y la cultura, sometía únicamente a control visual los coloquios entre los reclusos y sus visitantes, la correspondencia sólo podía ser sometida a censura por disposición del juez de vigilancia penitenciaria¹⁵¹; reducía la sanción máxima a 15 días de exclusión de actividades en común¹⁵²; introducía la posibilidad de goce de permisos no sólo para visitar a familiares en peligro de muerte sino también en atención a otros graves motivos y para mantener relaciones humanas¹⁵³. Ciertamente estas modificaciones -entre las que no se encontraba la igualación del trabajo penitenciario al trabajo en libertad, que era una de las reivindicaciones más exigidas por los autores identificados con el nuevo paradigma reeducativo¹⁵⁴- no suponían una alteración sustancial de las prerrogativas disciplinarias que se concedía a la administración penitenciaria, los cuales desarrollaban el principio afirmado en el proyecto de que en las instituciones

151 Art. 17. El proyecto de 1971 estaba a medio camino entre esta regulación y la de 1968: limitaba el acceso a la cultura y a la información (art. 11), en lo demás era idéntico al de 1973.

152 Art. 58. En esto, y es el único caso que he advertido, el proyecto de 1971 era más avanzado, al ser la sanción máxima de 10 días (art. 58).

153 Art. 29. Los proyectos de 1968 (art. 59) y de 1971 (art. 60) sólo preveían los permisos para los supuestos de peligro para la vida de ciertos familiares.

154 Desde la perspectiva de los derechos individuales la discriminación mayor -y en ello coincidían los proyectos de 1971 y 1973- era que la remuneración de los reclusos por su trabajo se establecía en medida no inferior a 2/3 de las tarifas sindicales (art. 47 proyecto 1971, y 21 proyecto 1973. En el proyecto de 1968 no se establecía ninguna indicación) y que sobre ella se debía deducir 3/10 para la asistencia a la víctima del delito (art. 48 proyecto 1968, art. 48 proyecto 1971 y art. 22 proyecto 1973). A esta doble discriminación debía añadirse en el proyecto de 1968 la obligación de reembolso de los gastos de ejecución (art. 13).

debía mantenerse la seguridad y el orden¹⁵⁵, pero si significaba un avance en los derechos del recluso, que podía ser más efectivo en la medida en que el proyecto de 1973 estaba más cerca de la idea de judicialización de la ejecución penal¹⁵⁶.

En el nivel del modelo de reeducación también las innovaciones eran notables, por cuanto garantizando. El acceso libre a la información y a la cultura se posibilitaba una adquisición de conciencia política por parte del recluso; se preveían algunas posibilidades de que en el interior de la institución existiera agregación social por parte de los reclusos, previéndose comisiones electivas para el control de la alimentación y la gestión de la biblioteca¹⁵⁷ y, quizás lo más importante, se preveía como instrumento de tratamiento la participación de la comunidad externa:

La finalidad de recuperación social de los condenados y

155 Principio que se establecía en el art. 1 del proyecto de ley y que se desarrollaba por el art. 31 que obligaba a respetar las normas y disposiciones de la vida penitenciaria y que preveía sanciones formales para las infracciones -cuya delimitación venía reenviada al Reglamento (art. 37). Además seguían siendo posibles las sanciones informales (v.gr. los traslados, art. 41). Por otra parte, el proyecto preveía las no menos importantes sanciones positivas, de tipo formal (como las recompensas, cuya especificación también se reenviaba al Reglamento) e informales, como los permisos (para favorecer relaciones humanas, subordinados al requisito de haber mantenido una conducta regular (art. 29). El progreso del proyecto de 1973 estaba en que, como he dicho, las competencias del juez de vigilancia eran mayores que en el proyecto de 1968, fiscalizando las sanciones negativas y siendo competente para decidir sobre instituciones, como la medida alternativa a la privación de libertad, la reducción de pena, los permisos, lo cual podía evitar su uso en clave puramente de sanción positiva. Y en ello había continuidad entre los proyectos de 1971 y 1973.

156 Por cuanto el proyecto de 1973 atribuía al juez de vigilancia penitenciaria competencias que el proyecto Bonella de 1968 desconocía tales como impartir disposiciones en orden a la tutela de los derechos e intereses de los reclusos, aprobar el programa de tratamiento y, principalmente, decidir sobre la legalidad de las sanciones impuestas por la administración (art. 73). Y en ello era idéntico al proyecto de 1971 (art. 75).

157 Arts. 8 y 11, respectivamente. Pero se admitía que, por graves motivos, el carácter electivo de la comisión de control de la alimentación pasara a ser sustituido por un sorteo.

de los internados debe ser preconizada también solicitando y organizando la participación de particulares y de instituciones o asociaciones públicas o privadas en la acción reeducativa.

Se admitirá a frecuentar los institutos penitenciarios con la autorización del juez de vigilancia, oído el Director, todos aquellos que demuestran tener un cierto interés por la obra de resocialización de los detenidos y de poder promover útilmente el desarrollo de contactos entre la comunidad carcelaria y la sociedad libre.¹⁵⁸

Pero el proyecto guardaba silencio sobre muchos otros de los derechos que habían sido solicitados por autores identificados con el paradigma reeducativo conflictual como el derecho de reunión, el de asociación, el de huelga, lo cual debía de ser interpretado como un distanciamiento respecto de tal modelo.

Esta apertura del proyecto hacia un tipo de reeducación que tuviere en cuenta el contacto entre el individuo y la sociedad no significaba abandonar un modelo individual de reeducación que también estaba presente en el proyecto en un conjunto de artículos que, en continuidad con el proyecto de 1968, seguían concibiendo la reeducación como un tratamiento del individuo a realizar en la institución con el objetivo de capacitarlo para que sopesara las causas que le habían llevado al delito. En el proyecto la reeducación individual y la reeducación social no venían consideradas incompatibles¹⁵⁹.

158 Art. 16.

159 Sintomática de esta compatibilización eran el art. 12 del proyecto que prescribía la observación científica de la personalidad del recluso

(...) para revelar las carencias físico-psíquicas y las otras causas de desadaptación social.

Y, en particular, por el art. 14-1 que prescribía los elementos del tratamiento:

El tratamiento del condenado y del internado se desarrolla valiéndose principalmente de la instrucción, del trabajo, de la religión, de las actividades culturales, recreativas y deportivas y agilizando oportunos contactos con el mundo exterior y las relaciones con la familia.

En la previsión de medidas alternativas, siguiendo una vía iniciada por el proyecto de 1971, se procedía a una alteración sustancial del proyecto de 1968 ya que se introducían medidas alternativas desde el inicio de la ejecución. Destacaba en este sentido, la medida de asignación al servicio social, con virtualidad para sustituir las penas impuestas de hasta dos años y medio, ejecutable en régimen de libertad y con un contenido de asistencia y de control:

El servicio social controla la conducta del sujeto y le ayuda a superar las dificultades de adaptación a la vida social, entre otras medidas, poniéndose en relación con la familia y con sus ambientes de vida¹⁶⁰.

Y también la medida de semilibertad, pues además de la modalidad ya conocida en el proyecto de 1968 ejecutable al final de la condena para favorecer un gradual reintegro en la sociedad¹⁶¹ se preveía una segunda modalidad para sustituir las penas cortas, menores de 6 meses, cuyo objeto era la participación del condenado en actividades de trabajo o útiles a su reinserción social¹⁶². Sin modificaciones sustanciales

160 Formalmente la medida tenía las características de un régimen de prueba, de duración idéntica a la pena sustituida. Venía aplicada en base a una sustitución que, por solicitud del interesado, podía realizarse antes de la ejecución de la pena. El asignado al servicio social venía obligado a someterse a unas limitaciones que se establecían, relativas a su lugar de residencia, a su libertad de locomoción, a los lugares a frecuentar y al trabajo y eran admisibles otras prescripciones. El beneficio debería ser revocado en atención a un comportamiento del sujeto contrario a la ley o a las prescripciones establecidas.

El límite de dos años y medio se ampliaba a tres para los individuos comprendidos entre 18 y 21 años y para los mayores de 70.

La medida venía excluida para quien hubiera sido considerado peligroso (resumen del art. 50 del Proyecto).

161 Art. SJ-2. Admisible tras el cumplimiento de la mitad de la pena.

162 Arts. S1/SJ. Se establecía, además, una modalidad de admisión obligatoria al régimen de la semilibertad para los condenados a penas privativas de libertad que fueran resultado de conversión de pena pecuniaria, cuando el individuo no fuera asignado al servicio social o admitido al trabajo en las dependencias de entes públicos (art. S2).

respecto del proyecto de 1968 se regulaban los institutos de las licencias y de la liberación anticipada¹⁶³. Era muy importante el que la competencia para decidir sobre la aplicación de tales medidas se atribuyeran al juez de vigilancia¹⁶⁴.

La concepción de la reeducación que daba sentido a esta regulación de las medidas alternativas estaba a medio camino entre el modelo que inspiraba el viejo paradigma reeducativo y el que derivaba del nuevo paradigma reeducativo por cuanto, recapitulando, si el viejo paradigma reeducativo había llegado a las medidas alternativas (o a las sanciones no privativas de libertad) en base a la consideración de que para facultar el fin de la prevención especial era conveniente sustituir la pena de privación de libertad por otras sanciones, menos gravosas para el individuo, ejecutable en régimen de libertad, en aquellos supuestos en que, en palabras de Vasalli de 1961, las exigencias de prevención general o de reafirmación del derecho eran menores, pero ello no significaba que se alterara la idea de que era el individuo quien debía transformarse. Se quería simplemente facilitar esta transformación o reeducación. El nuevo paradigma reeducativo, también consideraba que las medidas alternativas o las sanciones no privativas de libertad eran un medio más apto que la cárcel para favorecer la

¹⁶³ Las licencias para el sometido a semilibertad se ampliaban a 45 días (art. 53), regulándose en forma idéntica que en el proyecto de 1968 la liberación anticipada (art. 57).

¹⁶⁴ Art. 73. Igual que el proyecto de 1971 (art. 75). Como ya he dicho, el proyecto de 1968 atribuía la decisión también al juez de vigilancia pero la propuesta debía venir del Director y, en el supuesto de la liberación anticipada, del Consejo de disciplina (arts. 63-66).

reeducación, pero no únicamente porque fueran más aptas para favorecer la transformación individual sino por facilitar el contacto entre el individuo y aquellas organizaciones sociales en las que el individuo expresaría en forma alternativa su conflictividad. Es decir, es cierto que se requería una transformación individual (aceptar unas formas alternativas de expresar la conflictividad) pero ella era complementaria a una receptividad de los movimientos sociales a la integración del individuo. En última instancia, esta transformación individual no era el fin, es decir, lo que llevaría a la solución de la desviación, sino sólo el medio de facilitar la transformación social, sin la cual también el nuevo modelo de reeducación sería ineficaz, dado el carácter estructural que tenían, según esta concepción, los procesos de exclusión.

El modelo resultante del proyecto estaba a medio camino, porque se distanciaba del viejo paradigma reeducativo al entender que la reeducación se produciría no sólo como resultado de la transformación individual sino que a ella debería unirse una receptividad de la sociedad que debería promocionarse, pero también se alejaba del nuevo paradigma reeducativo al concebir que la integración del individuo se conseguiría únicamente con la existencia de unas organizaciones asistenciales que removieran los obstáculos sociales que la dificultaban¹⁶⁵. Ya no se partía de la omnipotencia de la

¹⁶⁵ Pero en esto el proyecto de 1973, siguiendo la regulación del de 1968 y del de 1971, era muy tradicional porque seguía concibiendo organismos asistenciales especiales para contribuir a la reeducación de los reclusos y de los beneficiados por medidas alternativas en vez de asumir el mecanismo de los servicios sociales generales que había sido reivindicado por autores identificados con el nuevo paradigma reeducativo, por su virtualidad integradora (v. supra [3.1.2.] (arts. 74-80).

institución para transformar al individuo pero si de la omnipotencia de la sociedad para englobar en ella a todos los que se desviaban. En última instancia, significaba aceptar que la sociedad podría a la vez excluir e incluir. No aceptando que los procesos de exclusión fueran estructurales, la integración del individuo desviado, aún cuando su desviación se debiera a causas sociales, devenía un problema de buena voluntad por parte de la sociedad.

Una valoración global del proyecto de Ordenamiento penitenciario aprobado por el Senado en 1973, pienso que debe destacar la integración de los tres tendencias que contribuyeron a su formación. Como hemos visto, en la reeducación en privación de libertad se compatibilizaba una reeducación individual con una reeducación social e incluso se daba cierta entrada a una reeducación conflictual y en la reeducación en libertad o en semilibertad se privilegiaba un tipo de reeducación social sin que tampoco cupiere excluir, aunque el proyecto no aludiera a ello, que el individuo entrara en contacto con las organizaciones sociales, posibilitándose una reeducación conflictual.

Ciertamente el texto toleraba que, dentro de ciertos límites, se privilegiara uno u otro modelo, en atención a la actitud que tomaran todos aquellos que venían a ser determinantes de la ejecución penitenciaria: el Estado y su posibilidad de transformar las instituciones, la administración penitenciaria, con el reto de poner en marcha una ejecución no aflictiva ni aislante, la sociedad, y su buena voluntad para reintegrar al desviado, los movimientos y fuerzas sociales

capaces de acoger en su seno a quienes sufrirían procesos de exclusión y de posibilitar una transformación social que impidiera tales procesos. En definitiva, todo estaba subordinado a ulteriores condiciones. La reforma era sólo un primer paso.

1.3.4 Bibliografía

1.3.4.1. Bibliografía original

- AA.VV., L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico (ed. Basaglia, Franco), Torino, Einaudi, 1968 (2ª ed. 1968), pp. 385.
- AA.VV., "Le vostre prigioni", en Il Ponte, 1971, pp. 1241-1289.
- AA.VV., "L'uomo e il carcere", "VIII Convegno nazionale dei Comitati d'azione per la giustizia", Roma, Junio 1971, Actas en QC, 1971, pp. 459-485.
- AA.VV., Giustizia penale e riforma carceraria in Italia. Actas del seminario organizado por el Centro per la Riforma dello Stato, Roma, 9-10 Marzo 1973, Roma, Riuniti, 1974, pp. XVI-382.
- AA.VV., Le misure di prevenzione. Actas del "X Convegno 'Enrico de Nicola'" sobre "Le misure di prevenzione", Alghero, 26-28 Abril 1974, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 620.
- AA.VV., "Per una politica criminale del movimento operario", en QC, 1975, pp. 485-514.
- AA.VV., Carcere e società. Actas del congreso "Carcere e società", Venecia, Febrero de 1974 (ed. de Capelleto, Marco y Lombroso, Ana), Padova, Marsilio, 1976, pp.
- AA.VV., Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Actas del "XI Convegno 'Enrico de Nicola'", Lecce, 3-6 Diciembre 1976, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 686.
- BARTULLI, Armando, La sospensione condizionale della pena. Prospettive dogmatiche, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 213.
- BASAGLIA, Franco, "Le istituzioni della violenza", en AA.VV.- 1968, L'istituzione negata, cit., pp. 123-124 y 144.
- " " , "La giustizia che punisce", en AA.VV.- 1971, "L'uomo e il carcere", cit., pp. 460-464.

- BASSO, Lelio, "Giustizia e potere. La lunga via al socialismo", en QG, 1971, pp. 644-659.
- BIONDI, Guido, "Situazione dell'ordinamento penitenziario e politica regionale", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 187-193.
- BOBBIO, Norberto, "Prefazione" a Invernizzi, Irene, Il carcere come scuola di rivoluzione, 1973, pp. IX.
- BOSCARELLI, Marco, "Appunti in tema di probation", en RIDPF, 1971, pp. 673-680.
- BRICOLA, Franco, voz "Teoria generale del reato", en NDI, vol. XIX, 1973, pp. 7-93.
- " ", "Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione", en AA.VV.- 1975, Le misure (...), cit., pp. 29-82.
- " ", "Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)", en QC, 1975, pp. 220-288.
- " ", "Intervención", en AA.VV.- 1975, "Per una politica criminale (...)", cit., pp. 485-490.
- " ", "Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi", en QC, 1976, pp. 7-72.
- " ", "Le misure alternative alla pena nel quadro di una 'nuova' politica criminale", en AA.VV.- 1977, Pene e misure alternative (...), cit., pp. 13-76.
- CAVALLARI, Vincenzo, "Il processo penale e la tutela della personalità del condannato", en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., pp. 77-83.
- COCCO, Nicola, "'Parole' e 'probation'. Ipotesi e prospettive", en RSP, 1971, pp. 387-448.
- DE DED, Alfonso, Il sesso nelle carceri italiane, Milano, Feltrinelli, 1970, pp. 110.
- DI GENARO, Giuseppe, "Il probation", QGC, 1970, pp. 51-70.
- DOLCINI, Emilio, La commisurazione della pena. La pena detentiva, Padova, Cedam, 1978, pp. XII-383.
- GIANQUINTO, Giovanni Battista, "Intervención", en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., pp. 123-127.
- GIZZI, Franca, "Il ruolo regionale nella riforma penitenziaria", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 199-217.

- ICHINO, Giovana, "Sindacato e questione carceraria", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 128-134.
- INVERNIZZI, Irene, Il carcere come scuola di rivoluzione, Torino, Einaudi, 1973, pp. XI-379.
- JERVIS, Giovanni, "Crisi della psichiatria e contraddizioni istituzionali", en AA.VV.- 1968, L'Istituzione negata, cit., pp. 308-309.
- LUGNANO, Francesco, "Il nuovo ordinamento penitenziario nel disegno di legge in discussione al parlamento", en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., pp. 29-40.
- MALINVERNI, Alessandro, "Esecuzione della pena detentiva o diritti dell'individuo", en IE, 1973, pp. 17-26.
- " ", "Riforma del sistema penale e società civile", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, pp. 18-27.
- MARINUCCI, Giorgio, "Intervención", en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., pp. 212-219.
- " ", "Politica criminale e riforma del diritto penale", en DD, 1975, pp. 61-103.
- MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo, "Diritti costituzionali negli istituti carcerari", en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., pp. 286-293.
- MELOSSI, Dario, "Il lavoro in carcere: Alcune osservazioni storiche", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 150-160.
- MOSCONI, Giuseppe, "Per un rapporto organico tra lavoratori e detenuti", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 176-181.
- MUSCO, Enzo, Bene giuridico e tutela dell'onore, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 111-132.
- NEPPI MODONA, Guido, "Il carcere tra rivolta e riforma", en QG, 1970, pp. 105-109.
- " ", "I rischi di una riforma settoriale", en AA.VV.- 1971, "L'uomo e il carcere", cit., pp. 465-474.
- " ", "Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario", en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., pp. 11-28.
- " ", "Vecchio e nuovo nella riforma dell'ordinamento penitenziario", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 64-84.
- NUVOLONE, Pietro, "Comportamento deviante, prevenzione e

repressione", en IP, 1972, pp. 217-229.

- " , "Riflessione introduttive allo studio del diritto penale", en IP, 1973, pp. 5-16.

- PAVARINI, Massimo, "Il 'socialmente pericoloso' nell'attività di prevenzione", en RIDPP, 1975, pp. 396-454.

- " , "La rilevanza del fattore lavoro nell'organizzazione carceraria: l'esperienza inglese", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 150-160.

- PECORELLA, Gaetano, "Intervención", en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., 1974, pp. 160-163.

- POCHINI FREDIANI, Federico, "Il lavoro subordinato nel vecchio e nel nuovo ordinamento penitenziario", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 114-117.

- PULITANO, Domenico, "Magistratura e sistema penale", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 47-59.

- " , "Intervención", en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., pp. 229-236.

- QUALE GIUSTIZIA, (Articolo no firmato) "Ergastolo di sicurezza, casa di lavoro e colonia agricola. Il giudice rifiuta le misure di sicurezza; una via legale per aprire el carcere", en GG, 1972, pp. 250-267.

- RICCI, Aldo, SALIERNO, Giulio, Il carcere in Italia. Inchiesta sui carcerati, i carcerieri e l'ideologia carceraria, Torino, Einaudi, 1971 (5ª ed. 1978), pp. 451.

- ROMAGNOSI, Umberto, "Il lavoro della riforma carceraria", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 92-105.

- SALIERNO, Giulio, La spirale della violenza. Memoriale di un detenuto, Bari, De Donato, 1969, pp. 244.

- SANNA, Emilio, Inchiesta sulle carceri, Bari, De Donato, 1970, pp. 236.

- SGUBBI, Filippo, "Tutela penale di interessi diffusi", en QC, 1975, pp. 439-481.

- SLAVICH, Antonio, "Mito e realtà dell'autogoverno", en AA.VV.- 1968, L'Istituzione regata, cit., pp. 179-201.

- VALERIANI, Piernigiorgio, Scuola e lotta in carcere, Bari, De Donato, 1972, pp. 194.

- VASALLI, Giuliano, La riforma penale del 1974. I. Precedente e contesto, Milano, Francesco Vallardi, 1975, pp. 101.

- VIOLANTE, Luciano, "Sulla riforma del sistema sanzionatorio", en AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 28-36.

1.3.4.2. Bibliografia critica

- ASOR ROSA, Alberto, "Politica: un saggio d'interpretazione del nodo 68-70", en Intelletuali e politica, Firenze, La Nuova Italia, 1973, pp. 315-496.

- BENDT, Yves, L'autre Italie 1968-1976, Paris, François Maspero, 1976, pp. 319.

- CARROCCI, Giampiero, Storia d'Italia dall'Unità ad oggi, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 351-364.

- COLLETTI, Lucio, "Le ideologie dal '68 a oggi", en Tramonto dell'ideologia, Roma-Bari, Laterza, 1980 (4a ed. 1981), pp. 3-85.

- COSTA, Pietro, "L'alternativa presa sul serio: manifesti giuridici degli anni settanta", en DD, 1987, pp. 15-56.

- GALLI, Giorgio, Storia della democrazia cristiana, Bari, Laterza, 1978, pp. 301-378.

- GIGLIOLIANCO, Alfredo, SALVATI, Michele, Il maggio francese e l'autunno caldo italiano: la risposta di due burgesie, Bologna, Il Mulino, 1980; pp. 236.

- KOGAN, Norman, A political History of Postwar Italy, Praeger Publications, 1981 (trad. italiana de Calamandrei, Silvia y Pesce, Oliveiro, Storia politica dell'Italia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 1982, pp. 279-303.

- MOSCONI, Giuseppe, "Il carcere nella recente pubblicistica italiana", en QC, 1976, pp. 539-569.

- NEPPI MODONA, Guido, "Carcere e società civile", en Storia d'Italia, V-II, Documenti, Torino, Einaudi, 1973, pp. 1993-1998.

- " " , "Appunti per una riforma parlamentare della riforma penitenziaria", en QC, 1976, pp. 342-357.

- PASELLA, Roberto, "Osservazioni sugli orientamenti della Corte Costituzionali in tema di funzioni della pena", en IP, 1977, pp. 311-322.

- PINANZI, Carlo, "L'Italia repubblicana", en RAGIONIERI, Ernesto, Storia d'Italia, vol. IV: Dall'Unità a oggi, t. III: La storia politica e sociale, Torino, Einaudi, 1976, pp. 2720-2734.

- RAUTY, Raffaele, "Lotte carcerarie e problemi

dell'informazione e della riforma", en QC, 1976, pp. 471-488.

- RODOTA, Stefano, "Dal ceto dei giuristici e di alcune sue politiche del diritto", en FD, 1986, pp. 3-12.

- SALVADORI, Massimo, Storia dell'età contemporanea. Dalla restaurazione all'eurocomunismo, Torino, Loescher, 1976, pp. 1208-1231.

- TARELLO, Giovanni, "Politiche del diritto e strategie dei giuristi. In margine della considerazione di Rodota", en FD, 1986, pp. 249-252.

I.3.4.3. Otra bibliografía

- GOFFMAN, Erwin, Asylums. Essays of the social situation of mental patients and other inmates, New York, Doubleday & Company, 1961 (trad. castellana de Internados, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, pp.).

- MERTON, Robert K., en Social theory and Social Structure, Glencoe, The Free Press, 1949 (2ª ed. 1957), traducción castellana "Estructura social y anomia", México, F.C.E., 1964, pp. 141-201.

- ROXIN, Klaus, "Sinn und Grenze staatlicher strafe", en Ius, 1966 (trad. castellana de Diego Luzón Peña, "Sentido y límite de la pena estatal", en Problemas básicos del derecho penal, Madrid, Reus, 1976, pp. 11-36).

I.3.4.4. Legislación

I.3.4.4.1. Legislación penal

- "Disegno di legge" nº 4849, "Modificazione al codice penale", presentado a la cámara de diputados el 6 Febrero 1968, en RIDPP, 1968, pp. 182-204.

- "Disegno di legge" nº 351, "Riforma del Codice Penale", presentado en el Senado el 19 Noviembre 1968, en RIDPP, 1969, pp. 303-410.

- "Disegno di legge" , "Riforma del Codice Penale", texto aprobado por el Senado el 2 Julio 1971, en RIDPP, 1971, pp. 863-904.

- "Disegno di legge" nº 372, "Modifiche al libro primo e agli art. 576, 577 del Codice penale", aprobado por el Senado en Febrero de 1973, en AA.VV.- 1974, Giustizia penale (...), cit., pp. 333-373.

I.3.4.4.2. Legislación penitenciaria

- "Disegno di legge", "Ordinamento penitenziario", presentado en el Senado el 28 Octubre 1968, en IP, 1969, pp. 410-443.
- "Disegno di legge", "Ordinamento penitenziario", aprobado por el pleno del Senado el 17 Marzo 1971, en Atti parlamentari, Camera dei deputati, V Legislatura, nº 3209.
- "Disegno di legge", "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulle esecuzioni della misure privative e limitative della libertà", aprobado por el pleno del Senado el 18 Diciembre 1973, en Atti parlamentari, Senato Repubblica, VI Legislatura, seduta 235, pp. 11827-11651.

I.3.4.5. Jurisprudencia constitucional

- SCC nº 124, 24 Junio 1970 en Le sentenze della Corte Costituzionale sugli articoli art. 25 c. 2º e 3º e 27 c. 1º e 3º (1956-75), ed. Dassano, F., Macagno, G., Ronco, M., Torino, Giappichelli, 1976, pp. 615-618.
- SCC nº 167, 21 Noviembre 1972, en Le sentenze (...), cit., pp. 638-643.
- SCC nº 95, 14 Junio 1973, en Le sentenze (...), cit., pp. 657-664.
- SCC nº 167, 22 Noviembre 1973, en Le sentenze (...), cit., pp. 655-672.
- SCC nº 264, 7 Noviembre 1974, en Le sentenze (...), cit., pp. 685-687.