

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



I.4. EL PROCESO DE CRISIS DEL PARADIGMA REEDUCATIVO POR SU INCOMPATIBILIDAD CON LAS PREMISAS DE LA NUEVA ALARMA SOCIAL (1974-1982)

I.4.1. Proceso de afirmación de la cultura de la alarma social

La contestación de 1968, a la vez que abrió un proceso de dominación de un modelo conflictual de sociedad, con las consecuencias que para la concepción de la pena he analizado en el capítulo anterior, generó un proceso de reacción por parte de las fuerzas moderadas, y más acentuado por parte de aquellas autoritarias, dirigido a recuperar una hegemonía, en los planos político, social y cultural, que la progresiva influencia cultural y práctica de este modelo conflictual estaba debilitando¹.

De este proceso de reacción eran muy significativos dos fenómenos: el primero, una estrategia de los poderes ocultos para generar una tensión que desembocara en soluciones que restauraran la autoridad y que se manifestaría fundamentalmente en los atentados indiscriminados atribuidos a grupos neofascistas que a partir de la bomba de Plaza Fontana en Milán de 1969 se sucederán en algunas ocasiones en la década de los setenta² y el segundo, una búsqueda constante por parte de las fuerzas moderadas por restaurar un modelo consensual de sociedad al cual ellas dieran las líneas directrices.

¹ Para analizar este proceso de reacción me baso fundamentalmente en Galli, Storia della democrazia cristiana, Bari, Laterza, 1978, pp. 303-439 y en Kogan, Storia politica dell'Italia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 1982, pp. 279-405, aún cuando me decanto por la interpretación de este periodo que realiza el primero.

² Galli llama también a estos poderes ocultos "gobierno invisible" y lo considera integrado por los servicios secretos italianos y extranjeros y por sectores politizados de ciertos cuerpos del ejército, op. cit., p. 321.

Para conseguir la restauración de este modelo consensual, las fuerzas moderadas utilizarán como uno de los instrumentos principales -y a partir de un determinado momento absolutamente principal- la cuestión del orden público. Apelarán a la sociedad italiana sobre la necesidad de establecer los medios que impidiesen la realización de cualquier violencia y permitieran de nuevo la existencia de una paz social.

Una primera fase de este proyecto viene protagonizada por la Democracia cristiana al presentarse como el partido baluarte en contra de los "opuestos extremismos" (la violencia fascista y la violencia de los movimientos conflictuales) -haciendo una comparación que, en los primeros años de la década de los setenta, resultaba poco justificada, pues la primera había actuado con actos de terrorismo mortales, mientras que la segunda se expresaba en los enfrentamientos con la policía y con grupos fascistas, en las ocupaciones y en otro tipo de actos que no comportaban tales resultados. De esta fase es significativo el proyecto de 1972 en materia de detención policial, que la extendía a los supuestos de las personas indicadas en las leyes de peligrosidad predelictual de 1956 y 1965 con conducta peligrosa, a quien presumiblemente fuera a cometer un delito y a aquellos cuya conducta constituyera una grave amenaza contra la seguridad pública. La oposición de las fuerzas progresistas llevó a que tal proyecto no fuera aprobado, lo cual era significativo de la hegemonía que ejercitaban en aquellos años las fuerzas defensoras de Procedimientos conflictuales en las relaciones políticas y

sociales³,

Una segunda fase de este proyecto, que toma como datos relevantes, la escalada en la estrategia de la tensión, con actos de violencia mortal de la derecha neofascista contra militantes de la extrema izquierda extraparlamentaria, de actos aislados semejantes contra militantes de extrema derecha atribuidos a militantes de izquierda extraparlamentaria, de los primeros atentados mortales de las Brigadas Rojas contra militantes neofascistas, del aumento de los delitos de secuestro con finalidad de extorsión, así como de las acción aislada de los reclusos en la cárcel de Alessandria, que capturaron rehenes, y que se saldará con una intervención policial que causará 7 muertos⁴, se inicia en 1974 con el acceso a la secretaría democristiana de Fanfani, el cual, tras perder su campaña moralista contra el divorcio⁵, lanzó, como nueva identidad del partido, una campaña basada en la defensa del orden público, que se fundamentaba en atribuir, de forma indiferenciada, toda la violencia a una pérdida de la moralidad de aquellos individuos, en especial jóvenes, que habían perdido el sentido de la observancia a las leyes, que no respetaban los vínculos de autoridad del Estado, enfrentándose a la policía, o de otras instituciones como la familia o la escuela, que

³ La información sobre este proyecto de 14-XI-1972, al que no he accedido, la extraigo de Bricola, "Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione", en AA.VV., Le misure di prevenzione, Milano, Giuffrè, 1975, p. 30.

⁴ Tales datos los obtengo en Galli, op. cit., pp. 368-396.

⁵ El referéndum, con resultado positivo, se realizó el día 12 marzo 1974.

asumían un odio ideológico, que debía ser combatido a partir de un reforzamiento del Estado que compensara la pérdida de las barreras naturales por parte de los jóvenes: mayores poderes para la policía, nuevos medios de represión en la esfera procesal, incremento de las penas. Sólo tales remedios serían posibles ante un fenómeno como el de la criminalidad o el de la violencia, al que no se reconocía otras posibles motivaciones, como la propia estructura económica que fomentara procesos de exclusión ó la política, que impidiera vías de progreso, pues, al contrario, se pensaba que había existido un gran desarrollo económico en los años anteriores⁶.

Esta campaña de orden público, debería suponer una corrección a los procesos de reforma penal y penitenciaria en curso. Respecto a la reforma penal el d.l. n.º 99, de 11 de abril de 1974, unía a las disposiciones que suavizaban el c.p., otras que aumentaban los plazos de prisión preventiva y, meses más tarde, la ley n.º 497, de 14 octubre de 1974, disminuía las garantías procesales e incrementaba las penas para aquellos delitos que venían identificados como los más alarmantes, los robos, los secuestros, las extorsiones, así como todos aquellos relativos a las armas. Por lo que se refiere a la discusión en la Cámara del proyecto de reforma penitenciaria, se asistirá a una primera asunción por parte de todos los grupos de las preocupaciones que el partido neofascista había planteado en la discusión senatorial, puesto que la Comisión, con la aprobación

⁶ Sobre la campaña de orden público lanzada por la D.C., y a la que no fueron ajenos los partidos de centro en coalición con este partido, se baso en Guerini/Tagliarini, "Esigenze de politica criminale e dibattito elettorale", en *QC*, 1975, pp. 339-351 y 517-533.

de los grupos de izquierda, modificó el texto en sentido regresivo, línea que fue enfatizada en las sesiones plenarias, en las que hubo un protagonismo de los diputados neofascistas acusando al proyecto de excesiva benevolencia en la regulación de la vida de los reclusos que produciría una pérdida del valor intimidatorio de la pena y un consiguiente aumento de la criminalidad. No se produjo por parte de los demás grupos una clarísima oposición a tales argumentos, que de todas maneras hubiera sido poco coherente con las modificaciones realizadas por la Comisión, y en cierta medida fueron asumidos con la ulterior regresión que sufrió el texto en esta sede. La izquierda adoptó una actitud defensiva, puesto que sin rebatir los argumentos que se daban para hacer más regresivo el proyecto, procuró únicamente limitar tal regresión. Y ello explica el voto positivo que los grupos socialista y comunista dieron al texto final del proyecto cuando volvió al Senado en los primeros meses de 1975⁷.

Hacer una valoración de esta actitud de los partidos de izquierda, que habían aceptado la disminución de garantías penales y el endurecimiento del sistema sancionatorio de los delitos señalados y que no habían manifestado una neta oposición a la regresión del proyecto de reforma penitenciaria auspiciado por las fuerzas más reaccionarias del Parlamento y asumido por las fuerzas moderadas, debe poner de relieve el temor de tales partidos a pasar por organizaciones no

⁷ Sobre la discusión parlamentaria es esencial el trabajo de Meppi: "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria" (en *QC*, 1976, pp. 357-371), en el cual, fundamentalmente, se basó.

comprometidas con la lucha a la criminalidad⁸. Esta posición de la izquierda queda explicitada, por lo que se refiere al P.C.I., en un congreso que organizará en febrero de 1975 el "Centro per la riforma dello Stato", bajo el significativo título de "Seguridad democrática y lucha a la criminalidad"⁹, en el cual dos de los ponentes, Perma y Flamigni, ambos parlamentarios del P.C.I., resaltaban la gravedad que habían asumido los fenómenos del terrorismo fascista y del aumento de la criminalidad común:

El orden democrático está turbado también, además de por los atentados fascistas, por la criminalidad común que se expresa cada vez más en asociaciones para delinquir modernamente organizadas¹⁰.

La gravedad del fenómeno exigía una respuesta inmediata que diera satisfacción a la petición de seguridad y de garantías democráticas que se consideraba planteada por una gran mayoría de los ciudadanos, una respuesta que podría prescindir del análisis de las causas estructurales y sociales¹¹ y que habría de concentrarse en medidas fundamentalmente de tipo policial, consistentes en una democratización de la policía, que la

⁸ Me parece que Neppi tiende, en su trabajo citado en la nota anterior, a explicar la actitud de la izquierda por una voluntad de llevar adelante la reforma pese a la ofensiva de la extrema derecha y de las fuerzas moderadas. A mi entender, a tal factor se le debe añadir el que he señalado en el texto, pues si no, no se explica la escasa combatividad que en la discusión plenaria de la Cámara muestran los parlamentarios de la izquierda frente a la ofensiva de los diputados neofascistas y también liberales (es ésta la única discusión respecto de la cual he utilizado fuentes originales. Sesiones 11, 12, 13, 17 y 19 de diciembre de 1974, en Atti parlamentari-Camera dei deputati-VI Legislatura. Sesiones plenarias).

⁹ AA.VV., Sicurezza democratica e lotta alla criminalità, Roma, Riuniti, 1975.

¹⁰ Flamigni, "Riordinamento democratico della pubblica sicurezza", en op. cit., p. 42.

¹¹ Perma, "Problemi della difesa dell'ordine costituzionale e della sicurezza dei cittadini contro l'eversione fascista e la criminalità comune", en AA.VV., Sicurezza democratica (...), cit., p. 23.

hiciera apta para luchar contra la criminalidad fascista, una mejor formación y organización de los cuerpos policia, que los capacitaran para la prevención y represión de la delincuencia¹². Además, apuntaba hacia unas reformas procesales en el sentido de una simplificación y aceleración de los procesos y una limitación de las facultades de los jueces para conceder la libertad provisional¹³. Pienso que todo ello, cuanto menos, era significativo de que también desde las filas de la izquierda se era sensible, cuando no se suscitaba, a la campaña alarmista que habían lanzado las fuerzas moderadas y reaccionarias.

En 1975, en el marco de un gobierno de coalición entre democristianos y republicanos, se discutiría un proyecto de ley, auspiciado por el ministro Reale, de quien la ley tomó el nombre, que perseguía las siguientes finalidades: luchar contra la subversión fascista, contra la subversión de izquierda, castigar más gravemente formas de ruptura de la paz social o momentos de praxis política no institucionalizada, luchar contra los delitos de secuestro de personas y de robo, reforzamiento y privilegio de los poderes de la policía¹⁴. La actitud de la izquierda ante un proyecto que al parecer de un amplio sector de la doctrina pecaba de inconstitucionalidad en muchos de sus artículos al reducir de forma notable y

¹² Flamigni, op. cit., pp. 43-67.

¹³ Perna, op. cit., pp. 30-35.

¹⁴ Este es el resumen que hace Bricola, "Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico" (4 proposito della legge 22 maggio 1975, n° 152)*, en QC, 1975, p. 228-229.

discriminada los derechos constitucionales del ciudadano frente a la intervención penal a la vez que penalizar formas de participación política, tampoco fue de clarísima oposición a las premisas alarmistas que la inspiraban, pues junto a una actitud del P.S.I. dirigida a moderar alguno de los aspectos más regresivos del proyecto, existió una oposición del P.C.I. en defensa de las libertades democráticas pero que no llegó a un obstruccionismo del proyecto, que era lo que venía solicitado por la izquierda extraparlamentaria¹⁵.

Si en el período 1974-1975 podían advertirse algunas fisuras entre las fuerzas políticas sobre el lugar que debían ocupar, en el ámbito de prioridades políticas, las cuestiones de orden público -aún cuando todas ellas asumieran en mayor o menor medida una dimensión de alarma frente a la criminalidad- a partir de 1976 se iniciará una tercera fase en este proceso de afirmación de la alarma social caracterizada por el progresivo acercamiento de las fuerzas políticas del denominado arco constitucional (desde la D.C. hasta el P.C.I.) que adoptaba como objetivos primarios de su acuerdo la salvaguardia del sistema democrático frente a la subversión y el terrorismo ante el dato del incremento de la violencia común y política¹⁶, y la lucha por la contención de la inflación. En base al primer objetivo se dictarán nuevas normas entre 1977 y 1979, que

¹⁵ Respecto de la actitud de los partidos en la discusión de la ley Reale me baso en Bricola, "Politica criminale (...)", cit., pp. 230-241 y Guerini/Tagliarini, op. cit., y también en Kogan, op. cit., pp. 339-342.

¹⁶ Incremento reconocido por voces tan poco sospechosas de oficialismo como la Revista "La Questione Criminale", "Editoriale" del nº 3 de 1977, p. 332.

Continúan las directrices de endurecimiento del sistema punitivo respecto a ciertos delitos, de disminución de garantías procesales, de aumento de los poderes de la policía, de la legislación de 1974 a 1976, con la particularidad de un mayor énfasis represivo de las conductas delictivas con una finalidad de terrorismo o de subversión.

Este alarmismo, al que atribuían la promulgación de tales leyes, no puede considerarse acabado con el fin de los gobiernos de solidaridad nacional y el retorno formal, tras 10 años de crisis, al centro-izquierda; nuevas leyes en defensa del ordenamiento constitucional contra la amenaza terrorista se promulgaron hasta 1982.

«Qué había cambiado entre 1974 y 1982». Puede decirse que se producía una inversión de tendencias respecto de la visión que desde los inicios del paradigma reeducativo se había tenido del problema de la criminalidad. Esta inversión de tendencias se hacía patente en la propia definición del problema, pues si para el paradigma reeducativo la problemática estaba en hacer posible una respuesta positiva del Estado y de la sociedad al acto delictivo del individuo o en el nuevo paradigma reeducativo una lucha por un tipo de sociedad no excluyente, en la filosofía de la alarma social se veía la delincuencia (la delincuencia común-la violencia política-el terrorismo) como una amenaza para la sociedad frente a la cual se requería la defensa. Frente a la interrogación por las motivaciones de la delincuencia -que era fundamental en el paradigma reeducativo- se planteaba la necesidad de una respuesta inmediata, cercana a la idea de reacción instintiva. Se acogía la dimensión de la

víctima, de la víctima en el momento de sufrir el delito.

1.4.2. La "Estrategia diferenciada para la defensa social del delito" como ideología legislativa dominante en esta época

Un análisis detenido del proceso alarmista frente a la criminalidad, permite distinguir entre dos concepciones de la alarma: una primera, que se manifiesta en quienes predicaban un temor indiferenciado frente al "aumento de la criminalidad", "la amenaza criminal", "la violencia subversiva" y que, en consecuencia, postulaban soluciones genéricas de aumentar las sanciones, de mayores poderes policiales, de reducción generalizada de los derechos del ciudadano para garantizar el retorno de la "paz social" - considero que éste es el sentido que podía darse a la campaña fanfaniana de orden público-; una segunda, que predicaba la alarma respecto de aquellas formas delictivas que consideraba más graves para la convivencia social y democrática. A partir de esta segunda concepción surge un modelo que postulaba una diferenciación de las respuestas punitivas en atención a la gravedad atribuida a la delincuencia: una respuesta dura, basada en el aumento de la represión, para aquella delincuencia que suscitaba más alarma y una respuesta blanda -es decir, en la cual la sanción cumpliera también una función positiva para el individuo- para aquella delincuencia considerada menos grave y respecto de la cual se identificaba menor alarma social.

Es este segundo modelo punitivo el que acogieron, a mi entender, aquellos sectores doctrinales y políticos que no querían presentarse ante la opinión pública como defensores de

una política criminal exclusivamente represiva. De tal corriente me parece destacable en esta época el congreso que organizó en febrero de 1974 el Ministerio de justicia bajo el nombre, que utilizó para titular el epígrafe, de "Una estrategia diferenciada para la defensa social del delito"¹⁷, en el cual representantes cualificados de la delegación italiana propugnaban un sistema diferenciado basado en reducir la cárcel para aquella delincuencia menos grave y someter a los desviados menores a medidas de readaptación cumplidas en el contexto social, con lo cual se evitaría, respecto de tales individuos, los inconvenientes del contagio criminal, de la estigmatización, de la brusca interrupción de las relaciones afectivas¹⁸. Y era el propio ministro de justicia, el socialista Zagari, quien afirmaba:

Distinguir la pequeña delincuencia de los enemigos declarados de la sociedad no significa no intervenir frente a los primeros, sino viceversa, usar en forma inteligente los recursos de nuestro sistema penal y social con el fin de no aumentar sus dificultades de adaptación a la colectividad, sino más bien sostenerlos y encaminarlos, aún cuando sea en un régimen de controles claros pero que sus violaciones ocasionales no se transformen en habitualidad y profesionalidad¹⁹.

Esta estrategia diferenciada -que también podía advertirse en las ponencias que he utilizado del congreso "Seguridad democrática y lucha a la criminalidad", por cuanto tales

¹⁷ AA.VV., Una strategia differenziata per la difesa sociale del delitto, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1974.

¹⁸ Di Gennaro, "Nota introduttiva", en AA.VV., Una strategia differenziata (...), cit., p. IV-V. También Vasalli ("Intervención", en AA.VV., Una strategia differenziata (...), cit., pp. 94-97) insistía en la necesidad de sanciones alternativas y de formas suspensivas que facilitarían la función reeducativa.

¹⁹ Zagari, "Intervenzione", en AA.VV., Una strategia differenziata (...), cit., p. 147.

autores destacaban la necesidad de una "respuesta inmediata" a la criminalidad fascista y aquellas formas consideradas más graves de la criminalidad común²⁰— la cual suponía, por sí misma, una neta ruptura con el paradigma reeducativo, tanto con el viejo como con el nuevo, al excluir un área de la criminalidad de cualquier intervención que no fuera la puramente represiva, inspirará la legislación que se promulgará entre 1974 y 1982, en la cual convivirán leyes basadas en la reforma del sistema punitivo, dirigidas a acoger la idea de una respuesta blanda con otras claramente encaminadas a endurecer la respuesta represiva, en diversos niveles.

A continuación haré una exposición resumida de esta legislación, abandonando, momentáneamente el criterio histórico y sustituyéndolo, en aras a la claridad, por un criterio sistemático, para posteriormente realizar una valoración conjunta de esta legislación, en la que destaco cómo el alarmismo influirá también en la configuración de respuestas blandas, ante lo cual deberá matizarse la propia idea de "estrategia diferenciada".

1.4.2.1. Límites impuestos por la cultura de la alarma social a la legislación reformista

1.4.2.1.1. La reforma penal de 1974.

Las primera ley que realizaba una modificación de criterios directrices del código Rocco, tras la reforma de 1944, era la

²⁰ De ahí que Perna (*op. cit.*, p. 29) destacara el cambio cualitativo que se había producido pasándose de una criminalidad individual, proveniente de estratos marginados, a una criminalidad organizada, que manejaba grandes sumas de dinero, de lo cual podía deducirse que era respecto de esta criminalidad que se habían de centrar los esfuerzos represivos.

de 1974²¹. Frente al aluvión de legislación excepcional que se avecinaba, y que tenía sus primeras manifestaciones en este decreto-ley, que hacía difícil la promulgación de un nuevo código penal inspirado en una lógica única de suavización del rigor punitivo, el d.l. de 1974 asumía algunas de las reformas propugnadas por los proyectos emanados de 1968 a 1973, y en particular por el de 1973, en la perspectiva de permitir una respuesta punitiva más suave respecto de aquellas formas delictivas que no se consideraban alarmantes.

Las modificaciones que introducía el citado decreto-ley eran las siguientes²²: a) Para el supuesto de que existiera un concurso entre circunstancias atenuantes y agravantes, el juicio de preferencia que, según el art. 69 del c.p. debía realizar el juez, para optar por unas u otras, se extendía a aquellas circunstancias, muy frecuentes en el código y en las leyes especiales, que determinaban una pena de distinta especie o, una medida independiente de la originaria del delito y también a las relativas a la imputabilidad y a la reincidencia, (que anteriormente se aplicaba inicialmente y sólo sobre la pena resultante se realizaba la atenuación o agravación, en atención al juicio de preferencia realizado con el resto de circunstancias). Con ello se posibilitaba -pues era el juez quien debería realizar el juicio de preferencia- una mitigación

21 d.l. n.º 99, 11 abril 1974 (convertido en l. n.º 220, 7 junio 1974), 'Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale', en SU, 12 abril 1974 y 11 junio 1974, respectivamente.

22 Sobre esta reforma tomo como fuentes críticas fundamentales: Vasalli, La riforma penale del 1974. Precedenti e contesto. Milano, Francesco Vallardi, 1975, pp. 49-72 y Gruppo penalistico dell'Università di Bologna, Provvedimenti urgenti in materia penale: linee emergenti di politica criminale, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 1-17.

de las penas. b) En los supuestos de concurso de delitos, se modificaba el criterio del código Rocco, que sancionaba con un criterio de acumulación material tanto el concurso real como el ideal (con la excepción del delito continuado homogéneo al que venía aplicando un criterio de acumulación jurídica, lo cual creaba una extraña disparidad de tratamiento con el concurso ideal), prescribiendo un criterio de acumulación jurídica para el concurso ideal y distinguiendo en el concurso real entre el supuesto de delito continuado, homogéneo ó heterogéneo, para el que también se establecía la regla de la acumulación jurídica, y el resto de los supuestos para los cuales se preveía la acumulación material; c) El carácter obligatorio del aumento de pena para los diversos supuestos de reincidencia que el código establecía en el art. 99 venía modificado al establecerse un criterio facultativo; además los márgenes de aumento para los supuestos de comisión de un delito de la misma índole, de delitos cometidos en un margen de 5 años desde la condena precedente, o delito cometido durante o tras la ejecución de la pena y de segunda reincidencia venían reducidos; d) Se modificaba el instituto de la suspensión condicional de pena en base a dos criterios, en primer lugar, ampliando la cuantía de las penas suspendibles, de 1 a 2 años en supuestos normales, de 2 a 3 años para menores de 18 años, de 1 a 2 y medio para individuos comprendidos entre 18 a 21 años y de 2 a 2 y medio para mayores de 70 años; en segundo lugar, se admitía una segunda suspensión condicional cuando en una precedente condena también se hubiera suspendido la pena y la suma de ambas no superara los límites antecitados (lo cual, a partir de la

reforma de 1962, sólo se admitía cuando la primera condena fuera pecuniaria convertida en privativa de libertad).

Respecto a estas disposiciones de la ley de 1974 puede hacerse una valoración semejante a la realizada sobre los proyectos de reforma del c.p. surgidos entre 1968 y 1973, la cual había destacado que basándose exclusivamente en una disminución del rigor punitivo del código eran proyectos que sólo mínimamente aplicaban las directrices del paradigma reeducativo ya que no afectaban la jerarquía de bienes jurídicos del c.p., no se producía un enriquecimiento del panorama sancionatorio y tampoco se otorgaba un contenido reeducativo a las sanciones. Pero es que, además, ahora debía ser considerado el resto de disposiciones de la ley relativas a la ampliación de los plazos de prisión provisional y a la extensión de los juicios sumarios (disposiciones a las que, por su carácter excepcional, me referiré en el subepígrafe siguiente) que podían compensar tales reformas sustanciales. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la mayoría de innovaciones sustanciales (las relativas a las circunstancias, a la reincidencia y a la suspensión condicional) se basaban en la discrecionalidad judicial, que en una época de predominio de la alarma social, bien podría ser ejercitada atendiendo a criterios influidos por tal óptica y por tanto ajenos a la gravedad del bien jurídico afectado desde la perspectiva constitucional²³.

²³ Esta valoración que realizo de la ley de 1974 está basada en las consideraciones del Gruppo penalistico dell'Università di Bologna, *op. cit.*, pp. 12-17. Sobre la influencia de la alarma social en el poder judicial da buenos indicios el artículo de Insolera ("La politica criminale nei discorsi dei procuratori generali", en *QC*, 1975, pp. 289-317) al examinar los discursos de apertura del año judicial de 1975 por parte de los fiscales generales.

1.4.2.1.2. La reforma penitenciaria de 1975 y la minireforma de 1977

Dado que en el primer epígrafe de este capítulo ya he aludido al proceso que llevó a la regresión en la discusión en la Cámara respecto del texto aprobado por el Senado en diciembre de 1973, que analizé en el capítulo anterior (supra 1.3.3.), me limitaré aquí a señalar, para posteriormente valorar, las diferencias de la definitiva ley penitenciaria²⁴ respecto del texto senatorial²⁵.

Respecto los derechos del recluso en la institución: se suprimían los permisos para mantener relaciones humanas, se obligaba al reembolso de los gastos de ejecución²⁶, y, fundamentalmente, se establecía un nuevo artículo que autorizaba la suspensión total o parcial de las reglas de tratamiento y de funcionamiento de los institutos por un determinado periodo de tiempo, por graves y excepcionales motivos de seguridad y orden²⁷.

En el nivel del modelo de reeducación: se limitaban las posibilidades de agregación social de los reclusos en el interior del instituto, al determinarse por sorteo y no por

24 L. n.º 354, 26 julio 1975 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative limitative della libertà" (GU, 9 agosto 1975).

25 Para lo cual tomo como referencias fundamentales: Neppi, "Appunti (...)", cit., pp. 365-366.

26 Art. 2.

27 Art. 90.

elección la representación de los reclusos en la comisión de control de la alimentación y en la gestión de la biblioteca²⁸ y se ponían trabas a la participación de la comunidad externa en la acción reeducativa al hacer prescriptiva la autorización del director²⁹.

En la previsión de medidas alternativas: se suprimía la ejecución totalmente alternativa a la privación de libertad, al establecer como requisito para la asignación al servicio social la observación del individuo por tres meses en el instituto penitenciario³⁰ y se excluían del goce de las medidas alternativas de la asignación al servicio social y de la semilibertad así como de la liberación anticipada aquellos delitos respecto de los que se identificaba más alarma social: robo, extorsión y secuestro (y sus modalidades agravadas); tampoco podría gozar de tales medidas quien precedentemente hubiera cometido un delito de la misma índole³¹. Por último, se posibilitaba un mayor contenido aflictivo de las medidas de ejecución en parcial o total libertad al prescribirse la comunicación a la policía de la adopción de tales medidas³².

Difícilmente puede decirse que las modificaciones señaladas

28 Art. 31.

29 Art. 17.

30 Art. 47-3.

31 Arts. 47-2, 48-3 y 54-5.

32 Art. 58.

respondieran únicamente a diferenciar la estrategia respecto de aquellos delitos más alarmantes -que se manifestaba en la exclusión de medidas alternativas para ciertos delitos- sino que se producía una regresión general inspirada en la idea de que haciendo más aflictiva la ejecución de la pena y de las medidas de seguridad se conseguiría una mejor defensa frente a la criminalidad. Otras de las reformas indicadas -cuya finalidad inmediata era atribuir mayores poderes discrecionales a la administración penitenciaria- también puede considerarse en esta dirección en cuanto llevaron a la autolimitación en el ejercicio de derechos de los reclusos que supusieran una mínima posición de conflicto respecto de la institución, ante el temor de que la administración ejercitara sus facultades discrecionales para reducir los espacios de libertad personal o social del recluso.

Las reformas incorporadas por la Cámara no llevaban a un texto sustancialmente distinto del que había aprobado el Senado, pero reducían en buena medida las limitadas aperturas a una reeducación en sentido social y conflictual que contenía el texto aprobado por el Senado. Quizás lo más importante era que una ley que, como dije anteriormente, exigía mucho empeño de todos quienes debían influir en su aplicación, nacía con un espíritu alarmista frente a la delincuencia que contrariaba la inspiración, que era un presupuesto del proyecto de 1973, tendente a hacer posible una utilización positiva de medios punitivos y que le auguraba un incierto futuro³³.

³³ Y quizás la primera manifestación de ello se encuentre en el Reglamento que desarrollaba la ley (O.P.R. nº 431, 29 abril 1976, EU 22 junio 1976), del cual era destacable como objetivo principal, su propósito de favorecer una adaptación disciplinada del recluso a la institución. Ello se introducía en el

La única modificación, en sentido reformista, de la ley penitenciaria de 1975 se produjo en 1977³⁴. Con ella el Parlamento se hacía eco de una de las múltiples críticas que se habían planteado en la regulación del instituto de la asignación del servicio social al derogar la exclusión del goce de este instituto a quien precedentemente hubiera cometido un delito de la misma índole pero no la que afectaba a determinados delitos alarmantes³⁵. Sólo se derogaba esta última exclusión respecto del goce del instituto de la reducción de pena³⁶. Además la ley contenía una modificación integral del procedimiento de vigilancia, que era el previsto para la aplicación de medidas alternativas a la libertad, caracterizada, en líneas generales, por establecer una mayor

art. 2, por el cual

La seguridad, el orden y la disciplina en los institutos penitenciarios constituye la condición para la realización de las finalidades de tratamiento de los reclusos. Y se desarrollaba por diversos artículos, en especial por el que prevenía las infracciones disciplinarias (art. 72) que permitía castigar conductas de mínima indisciplina (como negligencia en la limpieza y el orden de las persona o de la celda, realización de actividades no consentidas por el Reglamento interno con sanciones que, de reiterarse la infracción, podían llegar hasta la exclusión de actividades en común. En cambio, en la dimensión de favorecer los contactos culturales entre los detenidos y el mundo exterior, el Reglamento se limitaba en esencia a lo previsto por la ley sin prescribir una concreta articulación de medios que hicieran posibles tales elementos del tratamiento (arts. 56 y 63).

34 L. n.º 1, 12 enero 1977 (GJ, 18-I-1977).

35 Art. 4 l. 1/1977 que modificaba el art. 47-2. No sólo un sector de la doctrina había criticado, como veremos, estas exclusiones al considerar que violaban los principios de igualdad y de reeducación sino que además algunas secciones de vigilancia habían planteado cuestiones de constitucionalidad por los mismos motivos. La información sobre ello la obtengo en Pavarini, L'esecuzione delle misure private e limitative della libertà nell'interpretazione giurisprudenziale, Bologna, ed. del autor, 1983, pp. 40-49.

36 Art. 5 l. 1/1977 que modificaba el art. 54-5.

formalización de este proceso a la vez que mayores garantías para el interesado³⁷. Aún cuando la reforma era muy limitada, no podía desconocerse su trascendencia en la previsión de una respuesta blanda, en el marco de una estrategia diferenciada en la lucha contra la criminalidad.

1.4.2.1.3. Las modificaciones al sistema penal de la ley de 1981

El periodo comprendido entre 1977 y 1981, fue de predominio de la legislación estrictamente de excepción, por lo único que me parece justificable mantener que durante este periodo se siguió legislando en atención a una idea de "estrategia diferenciada" es por el proceso de discusión de esta ley, que iniciará justamente en 1977, y que se aprobará -tras un largo periodo de discusión, en atención a los tiempos de las leyes excepcionales- en 1981³⁸.

De esta ley debe destacarse, con carácter general: que, frente a la perspectiva de una pura contención del rigor punitivo del código que informaba a los proyectos de reforma del código penal y a la ley de 1974, abriera nuevas vías reformistas basadas en la sustitución del derecho penal por

³⁷ En particular la nueva regulación del art. 71 de la ley (debidamente al art. 11 l. 1/1977) formalizaba un proceso que tomaba en más consideración la adquisición de las pruebas en el propio proceso, en una fase de audiencia en la cual el interesado y su defensor podían participar directamente presentando pruebas que avalaran la concesión de la medida alternativa. En cambio en la regulación de 1975, la decisión del juez o de la sección de vigilancia tenía como punto de referencia fundamental las informaciones obtenidas de la institución.

³⁸ El primitivo "disegno di legge" 1799/c de 1977 -que no he tomado en consideración- está publicado como apéndice en AA.VV., Modifiche al sistema penale, vol. III, Sanzione sostitutive, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 151-234. La ley definitiva es la n.º 689, 24 noviembre 1981, "Modifiche al sistema penale" (GU, 24 noviembre 1981).

medios sancionatorios no penales (despenalización). Y a la sustitución de sanciones privativas de libertad por otras sanciones penales no privativas, al menos totalmente, de la libertad (sanciones sustitutivas). Con ello se daba un talante de modernidad a la reforma puesto que al inspirarse en una actuación concreta del principio de última ratio del derecho penal y, dentro de él, de la sanción privativa de libertad. Iniciaba un proceso de deflación penal (o de sus instrumentos más significativos) que no debía considerarse contradictorio al contemporáneo proceso de inflación del instrumento penal, en el que v.gr. se basaba en la legislación excepcional, si se partía de la premisa de estrategia diferenciada.

Analizando por sectores la reforma, la despenalización³⁹, que tenía su precedente en la ley de 1975 que había despenalizado las faltas punibles con la multa, pero con exclusión de las previstas en el código penal y en la ley de seguridad pública, las cuales pasaban a constituir infracciones administrativas⁴⁰, afectaba a todas las faltas y delitos castigados, exclusivamente, con la pena de multa, a excepción de los previstos en el código penal. Este criterio de despenalización suponía renunciar a una revisión de los bienes

39 Para cuyo análisis tomo como fuentes críticas: Palazzo, *La recente legislazione penale*, Padova, Cedam, 1982, pp. 181-195 y Bricola, "La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981: una svolta 'reale' nella politica criminale?", en *FD*, 1982, pp. 359-372.

40 L. n.º 706, 24-XII-1975 (*GU*, 2-I-1976). Anteriormente la despenalización se había producido exclusivamente para las faltas de tráfico castigadas con la pena de multa prevista en las leyes especiales (L. n.º 317, 3 mayo 1967) en *GU*, 29 mayo 1967 y también para infracciones a las normas de policía forestal (L. n.º 950, 9 octubre 1967, en *GU*, 27 octubre 1967).

jurídicos, puesto que tomaba como punto de referencia la jerarquía de bienes, que establecían las propias leyes sobre las que operaba la despenalización⁴¹. La inadecuación del criterio de despenalización seguido se hacía manifiesta en las excepciones a la regla que la propia ley establecía, consistentes en incluir alguna falta prevista en el c.p. de escasísima significación⁴² y en excluir determinadas violaciones a intereses colectivos⁴³, sin que tales excepciones respondieran a un criterio general⁴⁴.

La tímida intervención del legislador en relación a las conductas despenalizadas era, no obstante, importante desde el punto de vista de abrir una vía hacia la realización del

41 Destacan este aspecto como límite fundamental de la reforma: Bricola, "La depenalizzazione (...)", cit., p. 362 y Palazzo, op. cit., pp. 182-183.

42 Tales como la venta ambulante sin licencia (art. 669 c.p.), omisión de custodia o mal gobierno de animales (art. 672 c.p.), consumo de bebidas alcohólicas en tiempo de venta no consentida (art. 687 c.p.), rechazo de moneda de curso legal (art. 693 c.p.), omisión de consignar moneda falsa o alterada (art. 694 c.p.).

43 Previstas en el art. 34, relativo a intereses como la salud, el ambiente, el suelo urbano, entre otros, y en los arts. 35 a 39, que excluía de la despenalización a las faltas castigadas con multa o con pena privativa de libertad, y en materia de seguridad social y en materia tributaria. Pero debe tenerse en cuenta, como señalaba Bricola, que las infracciones en esta materia que tuvieran la naturaleza de faltas y que estuvieran castigadas con la pena de multa, según el art. 162 c.p., o con pena alternativa de multa o privación de libertad, según el art. 162 bis c.p. que se introducía, por el art. 126 de la ley que estamos comentando, podía gozar del instituto de la "oblación", que extinguía el delito sin necesidad de juicio o de condena por el pago de una parte de la multa asignada a la infracción. Ello llevaba a relativizar, en parte, la pretensión de mayor protección a los intereses colectivos que parecían orientar a la ley y que era en lo único en que se alteraba la jerarquía de bienes jurídicos que inspiraba a la legislación ordinaria (Bricola, "La depenalizzazione (...)", cit., pp. 362-364).

44 Por cuanto en el c.p. -que venía excluido salvo estas excepciones de la despenalización sin que pudiera encontrarse una razón que lo justificara- existían un conjunto de faltas de análogo significado y porque no todos los atentados a intereses colectivos venían excluidos de la despenalización. Respecto a esto último, Bricola, "La depenalizzazione (...)", cit., pp. 363-364.

carácter subsidiario del derecho penal, lo cual se materializaba en la nueva regulación que hacía esta ley del ilícito administrativo⁴⁵.

El nuevo ilícito, que afectaba no sólo a las sanciones despenalizadas sino también a todas las infracciones para las cuales se preveía la sanción administrativa del pago de una suma de dinero, con excepción de las disciplinarias, se construía tomando como modelo principal, pero no único, el ilícito penal.

La ley se informaba en el ilícito penal, en primer lugar, al someter al ilícito administrativo a las mismas garantías de legalidad que las que preveía el art. 25-2 de la Const.

Nadie puede ser sometido a sanciones administrativas sino en función de una ley que haya entrado en vigor antes de la comisión de la violación.

a partir del cual un sector de la doctrina penal había derivado, como garantías del ilícito penal, los principios de reserva absoluta de ley, de irretroactividad de las normas sancionatorias, de determinación y taxatividad en la definición de los tipos, que ahora debían considerarse aplicables al ilícito administrativo⁴⁶. Se modulaba también en semejanza al

⁴⁵ Para cuyo análisis tomo como fuentes críticas: Bricola, "La depenalizzazione (...)", *cit.*, pp. 365-372; Palazzo, *op. cit.*, pp. 188-191 y Paliero "La legge 689 del 1981: prima 'codificazione del diritto penale amministrativo in Italia", en *PQ*, 1983, pp. 117-164.

⁴⁶ Art. 1. Debe tenerse en cuenta, como señala Paliero, *op. cit.*, pp. 134-135, que esta nueva regulación del ilícito administrativo sólo afectaba a las leyes anteriores, en base al criterio cronológico, pero no a las leyes futuras que no podían estar vinculadas por una norma que no tenía rango constitucional. Téngase en cuenta que de la Constitución sólo podía extraerse respecto del ilícito administrativo un principio de reserva relativa de ley (art. 23 Const.).

ilícito penal, las causas de justificación⁴⁷, y el concurso de personas⁴⁸. De acuerdo al criterio de responsabilidad personal, se excluía la transmisión de la multa a los herederos⁴⁹.

Por lo que se refiere a los criterios de conmensuración de la sanción administrativa se tenía en cierta medida en cuenta el principio de igualdad establecido por la Constitución, al fijar como criterio de determinación de la sanción, en el marco de unos límites máximo y mínimo, no sólo la gravedad de la infracción, la obra del agente dirigida a atenuar o eliminar sus consecuencias y su personalidad sino también sus condiciones económicas⁵⁰.

Más cercanas al campo del ilícito civil eran aquellas normas que, configurando excepciones respecto al principio que afirmaba la ley de responsabilidad por el hecho propio doloso o culposo⁵¹, atribuían responsabilidad de los actos del incapaz a quien tuviera encomendada su vigilancia⁵², responsabilidad

47 Art. 4. Se establecía como causa de justificación el cumplimiento de un deber o ejercicio de facultad legislativa, el estado de necesidad y la legítima defensa.

48 Art. 5. Al establecer que todos los concurrentes en una violación administrativa se vieran sometidos a la sanción.

49 Art. 7.

50 Art. 11. Pero el criterio de las condiciones económicas bien podría ser relegado por los otros criterios. Indudablemente se seguía atribuyendo importancia decisiva a la discrecionalidad judicial. Al respecto, Paliero, *op. cit.*, pp. 120-122 y Bricola, "La depenalizzazione (...)", *cit.*, p. 367.

51 Art. 3.

52 Art. 2-2. Salvo que probara no haber podido impedir el hecho. Pero, como explica Paliero, esta norma calcaba otra del c.c. que la CS había interpretado en el sentido de considerar que la obligación de vigilancia se extendía hasta comprender el desarrollo de una obra continua de educación. De interpretarse en tal sentido, se estaría configurando un claro supuesto de responsabilidad objetiva (*op. cit.*, pp. 192-193).

solidaria al propietario de la cosa instrumento de la violación⁵³ y también solidarizaba a quien desempeñara una función jerárquica⁵⁴. Con tales hipótesis de responsabilidad parecía que la pretensión del legislador era dar mayor eficacia a este ilícito, motivando a los individuos a tomar en consideración los posibles riesgos de sus conductas, comisivas y omisivas.

Mención aparte merece el supuesto de responsabilidad objetiva de la persona jurídica, de carácter solidario (y también del ente privado de personalidad jurídica y del empresario) respecto de los actos de su representante o dependiente en ejercicio de sus propias funciones o incumbencias⁵⁵.

La doctrina consultada coincide en señalar este mecanismo inidóneo para superar el principio "societas delinquere non potest" llegando a prevenir los ilícitos de las sociedades en atención, primero, a la existencia de sujetos que revisten una posición formal no correspondiente a las funciones ejercitadas de hecho y, segundo, a que el esquema de la solidaridad consiente sólo la imposición de una única sanción que deberá

⁵³ Art. 6-1. Salvo que probara que la cosa había sido utilizada contra su voluntad. Pero, como explica Paliero, bajo la aparente estructura culposa se esconde una responsabilidad objetiva pues el propietario para evitar la responsabilidad deberá demostrar la ausencia de una mínima negligencia de control sobre la cosa y no la mera imprevisibilidad del ilícito (op. cit., p. 145).

⁵⁴ Art. 6-2. Salvo que probara no haber podido impedir el hecho. Pero esta inversión de la carga de la prueba podría dar entrada a diversos supuestos de responsabilidad objetiva.

⁵⁵ Art. 6-3.

ser conmensurada a las condiciones, y entre ellas a las condiciones económicas, de la persona física. Se destaca por esta doctrina la preferencia por un tipo de reponsabilización directa, y no solidaria, de la persona jurídica⁵⁶.

Esta regulación del ilícito administrativo, informado en un modelo de ilícito penal pero corregido con principios característicos del ilícito civil, parece que expresaba la voluntad del legislador de enfatizar su finalidad de protección de bienes jurídicos -a partir, preferentemente, de la eficacia intimidatoria de la sanción pero sin desconsiderar la prevención especial, al prescribir la atenuación de la sanción cuando las posibilidades de reincidencia fueran menores⁵⁷- y con ello de acentuar el carácter subsidiario del derecho penal. Pero esta voluntad sólo en forma incipiente quedaba manifestada en el conjunto de la ley, ya que si se tomaba en consideración las hipótesis despenalizadas, parecía que el legislador hubiera partido fundamentalmente de considerar que la menor relevancia de tales conductas hacía desproporcionado el recurso al instrumento penal, lo cual era actuar exclusivamente el principio del carácter fragmentario del derecho penal (tutelar ofensas significativas a los bienes jurídicos), mientras que una coherente aplicación del principio de subsidiariedad

⁵⁶ En este sentido Eriola, "La depenalizzazione (...)", *cit.*, pp. 368-369; Palazzo, *op. cit.*, pp. 190-191; y Paliero, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁵⁷ Lo cual se parece que quedaba implícito en el art. 11 de la ley, que regulaba los criterios de conmensuración de la sanción, mientras que la alusión de la gravedad de la violación expresaba la necesidad de una prevención, actuada en base a un criterio de proporción de la pena al mal causado, criterios de la eliminación o atenuación de las consecuencias de la violación y de la personalidad del individuo daban entrada a las consideraciones de prevención especial.

hubiera requerido también una despenalización de ofensas significativas, siempre que fueran adecuadamente prevenibles mediante otros instrumentos y, en este caso, a través de la sanción administrativa⁵⁸.

En tercer lugar, la ley se caracterizaba por la introducción de sanciones sustitutivas a la pena privativa de libertad⁵⁹, con la finalidad de sustituir las penas cortas privativas de libertad, actuando así, en cierta medida, el principio de última ratio.

Estas sanciones sustitutivas, la semidetención, la libertad controlada y la pena pecuniaria, se diferenciaban con carácter general de las medidas alternativas previstas en el Ordenamiento penitenciario, en primer lugar, por el momento de aplicación, en el pronunciamiento de la sentencia de condena y no durante la ejecución de la condena, en segundo lugar, por tener naturaleza de penas y no de medidas alternativas lo que comportaba v.gr. la posibilidad de que gozaran de la suspensión condicional.

Las penas sustituibles eran aquellas derivadas de delitos de competencia del "pretore" (juez inferior) -en aquel momento eran los delitos con pena cuyo máximo no excediera de 3 años-⁶⁰

⁵⁸ Que era, pienso, una de las propuestas que surgían de la obra de Bricola, voz "Teoria generale del reato", en MOI, vol. III, pp. 7 a 93 a la que me he referido en el capítulo anterior.

⁵⁹ Para el análisis de este capítulo de la ley utilizo como fuentes críticas: AA.VV., Modifiche al sistema penale, vol. III: Sanzione sostitutive, cit. y Palazzo, op. cit., pp. 54-67.

⁶⁰ Art. 54. Pero debe tenerse en cuenta que para establecer cuál era la pena en abstracto se debían tomar en cuenta, además del grado de ejecución, las circunstancias agravantes, con excepción de la reincidencia y al art. 81-2 c.p., y la circunstancia atenuante de la edad (art. 32 c.p.p.). Téngase en cuenta, por poner un ejemplo, que, en el momento de aprobación de la ley, un hurto con alguna circunstancia agravante preferente ya estaba castigado con una pena en el máximo mayor a 3 años y, por todo, venía

con determinadas exclusiones en supuestos de reincidencia⁶¹, y para delitos contra determinados intereses colectivos, ciertos delitos de los funcionarios públicos contra la Administración pública, algunos contra la administración de justicia⁶² y otros contra determinados intereses económicos cuando la pena en concreto que se fuera a imponer no superara los 6 meses⁶³. Superados estos límites objetivos, la decisión del juez sobre la sustitución tenía fundamentalmente un carácter discrecional⁶⁴.

La primera medida sustitutiva, por su mayor alcance, era la semidetención, con virtualidad para sustituir las penas privativas de libertad de hasta 6 meses de duración⁶⁵, consistente en transcurrir una parte del día en las instituciones previstas para el cumplimiento de la medida

excluida de cualquier sanción sustitutiva.

61 Art. 59. Pero con carácter más restringido que las previstas por el c.p. (art. 99).

62 Art. 60. Concretamente venían excluidos, en cuanto a intereses colectivos, delitos relativos a la seguridad e higiene en el trabajo, delitos contra la salud pública y delitos contra el ambiente, en segundo lugar, los delitos de corrupción del funcionario público, en tercer lugar, contra la administración de justicia relativos a la tutela del proceso y a la ejecución de las sanciones y, en cuarto lugar, algunos delitos en tutela de la competencia, la usura. Un último grupo venía excluido por su particular gravedad, como los delitos relativos a armas, municiones y explosivos.

63 Art. 53.

64 Por cuanto el art. 59 se limitaba a decir que el juez, para decidir sobre la aplicación de las medidas sustitutivas, debería tomar en cuenta el art. 133 c.p. (que fijaba los elementos de determinación de la pena que, de no ser interpretados a la luz de una concepción de la pena, no tenían ninguna capacidad para vincular la decisión del juez. Sobre ello había insistido en épocas lejanas Bricola -v. supra I.2.2.3.- y recientemente Dolcini, La commisurazione della pena, Padova, Cedam, 1979, pp. 53-54 y passim) y que no podría sustituir la pena cuando presuiera que las prescripciones no serían cumplidas por el condenado.

65 Art. 53.

alternativa de la semilibertad⁶⁶, y la otra en régimen de libertad, con limitadas restricciones⁶⁷ y bajo control policial⁶⁸.

La libertad controlada, tenía virtualidad para sustituir la pena de hasta 3 meses de duración⁶⁹, y consistía en una libertad restringida por la obligación de residencia⁷⁰, y por el control policial al que venía sometido el individuo⁷¹, además de por otras restricciones menores⁷².

Por último, la pena pecuniaria, era aplicable para sustituir

66 Art. 55. Sería el juez de vigilancia quien determinara el número de horas de presencia en el instituto (un mínimo de 10), la parte del día en que se debería cumplir y el lugar de cumplimiento en atención a las necesidades de trabajo y de estudio del individuo.

67 Art. 55. Y concretamente: prohibición de portar armas o semejantes, suspensión del permiso de conducir (pero era una prescripción derogable por el juez de vigilancia cuando ello fuera un obstáculo para el desempeño del trabajo. Art. 62-2), prohibición de salir al extranjero.

68 El juez de vigilancia determinaría en ordenanza las modalidades de ejecución de la pena de semidetención y la transmitiría a la autoridad policial del lugar donde se debiera cumplir (art. 62). La autoridad policial debería entrar en contacto con el condenado para advertirle de las prescripciones a las que estuviera obligado (art. 63) y verificaría periódicamente el cumplimiento de la prescripción por parte del condenado (art. 65).

69 Art. 53.

70 Art. 56, 1): prohibición de alejarse del municipio de residencia, salvo puntual autorización concedida por el juez de vigilancia por motivos de trabajo, estudio, familia o salud.

71 Art. 56, f 2): obligación de presentarse al menos una vez al día en las oficinas de policía y verificación por la autoridad policial del cumplimiento de las prescripciones (Art. 65).

72 Y fundamentalmente por la suspensión del permiso de conducir (Art. 56-4), también derogable si obstaculizara el trabajo del condenado (Art. 68-2), y por la obligación de portar la ordenanza que fijaba la modalidad de ejecución para facilitar el control policial del individuo (Art. 56-6).

la pena de hasta 1 mes de duración⁷³.

La filosofía punitiva que inspiraba la regulación de estas sanciones sustitutivas era, fundamentalmente, la de contener el uso de la sanción privativa de libertad en aquellos supuestos en que por la menor gravedad de la conducta realizada, su utilización se consideraba desproporcionada. Como inspiración secundaria, pienso que el legislador partía de que, en tales supuestos, el mínimo aflictivo de la sanción sustituida (la privación parcial de libertad, el control en la libertad, la pena pecuniaria) sería suficiente para realizar la función de prevención general de la pena. Por lo que se refiere a la prevención especial, parece que la única intención que movía al legislador era la de evitar que la sanción supusiera una ruptura, o al menos una ruptura total, del individuo condenado con su medio social, lo cual puede advertirse observando que tales sanciones se estructuraban obligatoriamente sobre el control y facultativamente, y sólomente en el supuesto de la libertad controlada, sobre la reinserción social⁷⁴.

Con ello se produce un cambio de orientación respecto de la filosofía punitiva que había inspirado la introducción de medidas alternativas a la ley penitenciaria de 1975, mientras que entonces, y con los límites señalados, se pretendía facilitar la introducción del individuo en el contexto social,

⁷³ Art. 51.

⁷⁴ El art. 56, que regulaba la libertad controlada, tras establecer todas las limitaciones a la libertad, facultaba al magistrado para disponer que los centros de servicio social previstos en la ley penitenciaria desarrollaran intervenciones dirigidas a la reinserción social del sujeto. Sólo respecto a los menores de 18 años la libertad controlada se equiparaba a la asignación al servicio social prevista en la ley penitenciaria (Art. 75).

ahora, las sanciones sustitutivas buscaban sólo no excluirlo excesivamente de él. En última instancia, mientras que a las medidas alternativas se había llegado a partir de una concepción reeducativa de la pena, a las sanciones sustitutivas se llegaba en consideración, preferentemente, a una concepción preventivo-general de la sanción. Y este cambio era muy significativo de la evolución doctrinal que en el transcurso de estos años se estaba produciendo y al que deberé referirme más adelante.

Para hacer una valoración global de la ley he de referirme, previamente, a otras reformas de ella que, en su mayoría, estaban inspiradas en objetivos semejantes a los de las modificaciones que he aludido hasta ahora. En este sentido se convertían delitos perseguibles de oficio en delitos a instancia de parte⁷⁵ lo cual tenía cierta relación con la despenalización; se establecía en la línea de las sanciones administrativas, además de la prohibición de convertir penas pecuniarias en penas privativas de libertad⁷⁶, una enfatización del fin preventivo-general en la institución de la suspensión condicional de pena⁷⁷ y de la pena pecuniaria⁷⁸, y en las penas

75 Fundamentalmente de ciertos delitos de falsedad en escritura privada, de algunos delitos de lesiones no graves y de algunos delitos contra la propiedad, como la sustracción de cosas comunes o la estafa no agravada, y otros delitos menores (Cap. IV de la ley. Arts. 86-89).

76 Pero ello en una reforma obligada por la SCC nº 131/21 noviembre 1979, en GU, 1979, I, pp. 1046-1054, que había considerado inconstitucional el instituto de la conversión por violar el principio de igualdad al hacer depender la privación de libertad de las condiciones económicas del reo.

77 Estableciendo que la suspensión condicional de pena podía estar subordinada a la consecución de las consecuencias dañosas o peligrosas causadas por el delito (art. 128 ley).

accesorias⁷⁷. Y se introducían las instituciones de la aplicación de pena sustitutiva y de pena pecuniaria sin previo pronunciamiento de condena⁷⁸ en que a partir del aligeramiento de los trámites de la justicia también se pretendía una mayor eficacia preventiva del derecho penal. Dicho esto puede concluirse que la ley 689/1981 estaba, efectivamente, dirigida a diferenciar la respuesta respecto de formas delictivas consideradas de menor gravedad, a través, fundamentalmente, del recurso a la despenalización y a las sanciones sustitutivas pero, a su vez, a garantizar la eficacia (preventiva) de estos nuevos medios y de los ya existentes, que se diferenciaba de la pura privación de libertad. Si puede afirmarse que la alarma social también influía en esta reforma es porque la timidez de la despenalización, por los límites objetivos de las sanciones

78 Al establecer como criterio de determinación de la pena pecuniaria, junto a los generales de la gravedad del delito y de la personalidad del condenado, las condiciones económicas del reo. Además admitía un incremento de la pena hasta el triple de la cuantía máxima establecida por la ley, cuando en atención a las condiciones económicas del reo la multa pudiera ser ineficaz, y una disminución de hasta 2/3 de la cuantía mínima, cuando ella fuera excesivamente gravosa (Art. 128 ley, que modificaba el art. 133 bis c.p.).

79 Con la introducción de nuevas penas accesorias (interdicción y suspensión de los cargos directivos en las personas jurídicas y de las empresas, incapacidad de contratar con la Administración pública, prohibición de emitir pagos bancarios o postales) se pretendía -como explica Palazzo, *op. cit.*, p. 75- reforzar el sistema sancionatorio frente a ciertas formas de criminalidad, dado el vacío que suponía la generalizada concesión de la suspensión condicional de la pena (institución que no comporta la suspensión de la pena accesoria).

80 Lo que la ley titulaba "Sanciones sustitutivas aplicadas a petición del imputado (arts. 77-85), con virtualidad para sustituir la pena prevista de hasta 3 meses, (es decir, pena sustituible por las sanciones de la libertad controlada o la pena pecuniaria), aplicable en cualquier momento sucesivo al procesamiento y excluido para quien precedentemente hubiera cumplido condena a pena privativa de libertad o hubiera gozado de la institución. El incumplimiento de la sanción sustitutiva venía considerado como un delito autónomo mientras que en los otros supuestos de sanción sustitutiva sólo llevaba al cumplimiento de la pena privativa de libertad sustituida. Según Pignatelli ("Applicazione di sanzione sostitutive su richiesta dell'imputato", en AA.VV., *Le sanzioni sostitutive*, *cit.*, p. 105) se pretendía con ello desactivar un uso interesado del instituto por parte de los imputados.

Pero ya me he referido anteriormente (supra nota 43) a la aplicación que hacía la ley en examen del instituto de la "oblación" para las faltas castigadas con pena alternativa de multa y arresto.

sustitutivas, que llevaba a que esta estrategia diferenciada tuviera un reducidísimo ámbito de actuación. Es por esto que, quizás, la importancia de la ley estaba sobre todo en abrir un nuevo camino, en el que por ahora sólo se daban algunos pasos, hacia la actuación del principio del carácter subsidiario o de última ratio del derecho penal.

1.4.2.2. El recurso a la excepción frente a las formas delictivas más alarmantes

Desde 1974 y hasta 1982 se emanaban un gran número de normas encaminadas a articular, en el marco de una estrategia diferenciada de lucha contra la criminalidad, una respuesta dura frente a lo que se consideraban formas alarmantes de criminalidad -las lesiones graves a la propiedad y libertad de los ciudadanos, las formas de lucha política no institucional y el terrorismo-. Esta respuesta se produciría, en el curso del tiempo, mediante dos estrategias: una primera, consistente en endurecer la respuesta punitiva, en sus diversos niveles- policial, procesal, penal y penitenciario- a costa de la disminución de los derechos individuales, con la pretensión, en primer lugar, de que con tal aumento de la represión se consiguiera una mayor eficacia preventivo-general en su nivel intimidatorio y, en segundo lugar, de dar una satisfacción a la intranquilidad, a la inseguridad o, en última instancia, a la alarma que expresaban ciertos sectores sociales; la segunda consistía en favorecer la disociación y la colaboración de los individuos vinculados con tales actividades delictivas, que debería satisfacer las finalidades de prevención general en sentido intimidatorio -el temor a la pena debería ser más

efectivo dadas las mayores posibilidades de ser descubierto- y también de satisfacción a las exigencias de restauración del orden, por cuanto la posible disminución en la reafirmación de las normas, al premiar a individuos que habían delinquido, debería venir compensada por la efectividad que tales iniciativas habían de conllevar en la lucha contra la delincuencia. Por tanto estas dos estrategias, la primera de las cuales informaba las leyes excepcionales del período 1974-1979 y la segunda, que suponía fundamentalmente una respuesta al mayor alarmismo frente al terrorismo, se inicia en 1978, y llega hasta la ley de los arrepentidos de 1982, no deben considerarse como contradictorias en la medida en que se planteaban al menos durante el período de auge del terrorismo, en una relación de regla a excepción; la excepción -el incentivo a la colaboración- debería permitir la mayor aplicación de la regla -la respuesta endurecida frente a tales comportamientos delictivos alarmantes⁸¹.

Para exponer las principales innovaciones de la legislación excepcional, en vez de realizar un comentario singular de cada ley seguiré un criterio sistemático, que considero justificado en atención a la unidad de criterios orientadores de tal legislación. Distinguiré, eso sí, entre las dos estrategias que esta legislación utilizaba, por cuanto, aún cuando no puedan

⁸¹ La bibliografía crítica en la que me baso para analizar la legislación excepcional es: Palazzo, *op. cit.*, pp. 87-180 y 257-261, Gruppo penalistico della Università di Bologna, *op. cit.*, pp. 7-17, Bricola, "Politica criminale (...)", pp. 221-288, Bricola, "Funzione proemionale, tecnica premiale e diritto penale", en AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 121-136, Ferrajoli, "Ordine pubblico e legislazione eccezionale", en *QC*, 1977, pp. 361-374, Padovani, "La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento", en *RIDPP*, 1981, pp. 529-545 y del mismo autor "Il traffico delle indulgenze 'premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità", en *RIDPP*, 1986, pp. 398-436.

considerarse contradictorias, suscitan problemáticas distintas, en especial, en el debate cultural sobre la pena de este período histórico.

Comenzando con la primera estrategia⁸² consistente en endurecer la respuesta punitiva, ésta se manifiesta en su nivel más primario, el policial, con diversas medidas tendentes a ampliar los poderes y privilegios de los cuerpos policiales respecto al ciudadano, en relación a determinados delitos considerados alarmantes. Destacaban en este sentido, la reducción de garantías en la intervención de comunicaciones⁸³, la extensión de la causa de justificación del uso legítimo de las armas por parte de los cuerpos policiales⁸⁴, la facultad atribuida a la policía judicial de registrar inmuebles sin previa autorización judicial para prevenir o reprimir

82 Una buena parte de la legislación que analizaré a continuación son decretos leyes que al ser convalidados por el Parlamento sufrían modificaciones. En tales supuestos aún cuando cite la fuente legislativa por su forma inicial (decreto-ley) tomaré en consideración, exclusivamente, el texto resultante tras la conversión.

83 d.l. n.º 59, 21 marzo 1978 (convertido, con modificaciones, en la l. n.º 191, 18 mayo 1978), "Norme penali e processuali per la prevenzione e repressione di gravi reati", (GU de 22 marzo y 19 mayo, respectivamente). Cuyo art. 6 modifica el art. 226 ter c.p.p. -que según la regulación de la l. n.º 98, 8 abril 1974 (GU, 12 abril 1974), limitaba la intervención de comunicaciones a un período máximo de un mes y medio- haciendo posible una intervención ilimitada en el tiempo, a partir de sucesivas prórrogas concedidas por la autoridad judicial. Además se admitía la intervención oral por parte de la autoridad judicial. Las intervenciones estaban autorizadas según la ley 98/1974, además de para los delitos relativos a armas, estupefacientes, contrabando y de ciertos delitos realizados por medio del teléfono, para los delitos no culposos castigados con pena única, en el máximo, a 5 años (art. 5).

84 Art. 14 l. n.º 152, 22 mayo 1975, "Disposizione a tutela dell'ordine pubblico" (GU, 24 marzo 1975) (la llamada "ley Real") que hacía legítimo el uso de las armas para impedir la consecución, entre otros, de delitos como el homicidio voluntario, el robo a mano armada y el secuestro de personas que, según explica Bricola ("Politica criminale (...)", cit., pp. 257-260), podía llevar a justificar el uso de las armas ante otros actos preparatorios.

determinados delitos⁸⁵, la ampliación de las posibilidades de registro de personas⁸⁶ y de detención policial⁸⁷, la facultad de interrogatorio policial sin presencia de abogado⁸⁸ y, por último, la facultad de que los miembros de la policía gozaran de procedimientos especiales⁸⁹ y cumplieran las medidas restrictivas de la libertad personal en instituciones especiales⁹⁰. Todas estas reformas, que matizaban los derechos constitucionales a la libertad de comunicación (art. 15

85 Art. 9 d.l. n.º 625, 15-XII-1979 (convertida, con modificaciones, en l. n.º 15, 6-II-1980), "Misure urgenti ne la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica" (SU, 17-XII-1979 y 7-II-1980, respectivamente). Concretamente los delitos autorizados para proceder a tales medidas eran los previstos en el art. 165 ter del c.p.p., que eran los delitos contra la personalidad exterior e interior del Estado, entre los que estaban delitos meramente asociativos, asociaciones subversivas (art. 289 c.p.) y asociaciones con finalidad de terrorismo o de evasión (art. 290 bis c.p.) y delitos contra las personas; secuestro de personas con finalidad de terrorismo y evasión (art. 289 bis c.p.); el delito de formación y participación en banda armada (art. 306 c.p.); ciertos delitos de puesta en peligro de la seguridad colectiva; delitos graves contra la vida, propiedad y libertad de los ciudadanos, homicidio (art. 575 c.p.), robo agravado (art. 628 c.p.), extorsión agravada (art. 629 c.p.), secuestro de personas con finalidad de extorsión (art. 630 c.p.); delito de reorganización del partido fascista; y delitos monetarios. Y cualquier otro delito agravado por finalidad de terrorismo o evasión.

86 Art. 4 l. 152/1975, cit.. En casos "excepcionales de necesidad y de urgencia" que no consintieran una medida de la autoridad judicial para verificar la posesión de armas respecto a personas "...cuya actividad o presencia, en relación a específicas circunstancias de lugar o de tiempo, no sea justificable".

87 El art. 3 de la l. 152/1975, cit., ampliaba los márgenes de detención policial ante la sospecha de comisión de un delito -castigado con pena mayor en el mínimo a 6 años o relativo a armas- al dejar de exigir "graves indicios" para requerir sólo suficientes indicios. El art. 11 del d.l. 59/1978, cit., facultaba a la detención por motivos de identificación hasta un máximo de 24 horas. Por último, el art. 6 del d.l. 625/1979, cit., ampliaba todavía más la posibilidad de detención policial, al admitirla con relación a sujetos cuyo comportamiento fuera considerado preparatorio de la comisión de ciertos delitos. Concretamente el previsto en el art. 165 ter c.p.p. (v. nota anterior) y el de conspiración política mediante asociación (art. 305 c.p.) y asociación para delinquir (art. 415 c.p.).

88 Art. 5 d.l. 59/1978, cit.. Admitida para los delitos señalados en el art. 165 ter c.p.p. (sobre el cual v. la nota anterior).

89 Arts. 27-32 l. 152/1975, cit., que atribuía la iniciativa del proceso a la fiscalía.

90 Art. 12 d.l. 625/1979, cit.

Const.), a la inviolabilidad del domicilio (art. 14 Const.), a la excepcionalidad y la taxatividad en la determinación legal de las medidas policiales que afectaran a la libertad personal (art. 13 Const.), a la defensa (art. 24 Const.) y, a la igualdad ante la ley (art. 3 Const.), podían considerarse, en su conjunto, como dirigidas a facilitar las posibilidades de represión policial y, consiguientemente, a generar mayor intimidación ante la realización de actos que violaran la ley penal⁹¹.

En el nivel procesal, la legislación excepcional se caracteriza por cumplir la hipótesis de mandato de captura obligatoria a cualquier delito realizado por finalidad de terrorismo y de subversión⁹², por una continuada ampliación de la institución de la prisión preventiva⁹³, por una extensión de

91 Sobre esta posible violación de la Constitución presente en tales normas, tengo en cuenta, fundamentalmente, los argumentos de Bricola, "Politica criminale (...)", *cit.*, pp. 229-230 (referidos exclusivamente a la ley Reale (152/1975)).

92 Art. 8 d.l. 625/1979, *cit.* Traduzco por subversión" la palabra italiana "eversione".

93 Que comienza con el art. 1 l. 99/1974, *cit.*, que aumentaba en la mitad los plazos de prisión preventiva cuando hubiera recaído sentencia de primer grado y que la duplicaba para el supuesto de que hubiera recaído sentencia de segundo grado (el plazo máximo de prisión provisional para el supuesto de que hubiera recaído sentencia de segundo grado respecto de un delito cuya pena prevista fuera mayor en el máximo a 20 años sería de 8 años). Continuaba con el art. 1 l. 152/1975, *cit.*, que, en primer lugar, excluía la libertad provisional para los delitos considerados más alarmantes. Concretamente, para ciertos delitos contra la personalidad exterior e interior del Estado, ciertos delitos de puesta en peligro de la seguridad colectiva; graves delitos contra la vida, libertad y propiedad de los ciudadanos -homicidio (art. 575 c.p.), robo agravado (art. 628 c.p.), extorsión agravada (art. 629 c.p.), secuestro de persona (arts. 605 y 630 c.p.); delitos relativos a la reconstitución del partido fascista y delitos de circulación, detención y porte ilegal de armas previstos en el art. 1 l. n.º 110, 18 abril 1975 (RLU, 21 abril 1975) y de fabricación, importación y venta ilegal de armas comunes. En segundo lugar, la l. 152/1975 excluía la libertad provisional para determinados supuestos en que el individuo estuviera procesado por otros delitos (con clara violación de la presunción de no culpabilidad: art. 27 Const.). La alarma social se manifestaba también en el criterio general que la ley establecía para conceder la libertad provisional en el resto de supuestos no excluidos:

(...) que no subsista la posibilidad (...) de que el individuo cometa nuevamente [sic] delitos que pongan en peligro las necesidades de tutela de la colectividad
(para el comentario de este artículo me baso en las consideraciones críticas de Bricola, "Politica criminale"

los supuestos sometidos a procedimientos sumarios⁹⁴ y por una reducción de los derechos de defensa en el enjuiciamiento de determinados delitos⁹⁵. También tales disposiciones, tendentes a conseguir mayor celeridad de los procesos y mayor inmediatez de la respuesta punitiva, sacrificaban, en alguna medida, en aras de la efectividad preventiva del sistema punitivo, los derechos constitucionales a la defensa (art. 24) y a la

(...)", *cit.*, pp. 245-250).

La tendencia a la ampliación del instituto de la prisión provisional se manifestaba también en el d.l. nº 151, 30 abril 1977 (convertido en l. nº 296, 7 junio 1977), "Cause di sospensione della durata della custodia preventiva" (en *GU*, 2 mayo y 14 junio 1977, respectivamente) que establecía el criterio de "fuerza mayor para impedir formar el tribunal" como causa de suspensión de la duración de la prisión preventiva.

Seguía el art. 1 l. nº 553, 8 agosto 1977 (*GU*, 20 agosto 1977) que excluía la libertad provisional para los delitos de hurto y robo de armas. Y culminaba con el d.l. 625/1979, *cit.*, que excluía de la libertad provisional a los delitos cometidos por finalidad de terrorismo o de eversión, cuya pena fuera superior en el máximo a 4 años y que, en la línea de la ley Reale, introducía nuevos delitos excluidos de la libertad provisional, el más relevante de los cuales era la asociación para delinquir (art. 416 c.p.) (art. 8). Además, para los delitos previstos en el art. 165 ter c.p.p. (v. nota 85), las agravadas modalidades por finalidad de terrorismo o de eversión y el de asociación para delinquir (art. 416 c.p.), se aumentaban en un tercio los plazos que establecía la ley 94/1974 (sobre ello, v. inicio nota) (art. 10).

⁹⁴ El art. 3 d.l. 99/1974, *cit.*, prescribía la aplicación del "rito direttissimo" que el art. 502 c.p.p. limitaba a los delitos flagrantes, a las personas arrestadas en un plazo de 30 días desde que se dictó la orden de captura. A continuación el art. 2 de la l. nº 497, 14 octubre 1974, "Nuove norme contra la criminalità" (*GU*, 22 octubre 1974) lo extendía al enjuiciamiento de determinados delitos contra la propiedad y libertad de los ciudadanos (robo, robo agravado, extorsión, extorsión agravada, secuestro de persona con finalidad de robo o extorsión), a los delitos concernientes a las armas y a los delitos concurrentes con ellos. La misma tendencia seguía la l. 152/1975, *cit.*, al prescribir esta modalidad de juicio para enjuiciar delitos que castigaban formas de lucha política no institucional: violación de prescripciones de reunión pública y coacciones o amenazas a un funcionario público (art. 17).

⁹⁵ Al reducir el art. 6 de la l. nº 534, 8 agosto 1977, "Modificazione al codice di procedura penale" (*GU*, 23 agosto 1977) los supuestos de nulidad del proceso por violación de los derechos de defensa y al establecer el art. 2 que la regla de atribución a un tribunal de diversos procedimientos por su conexión no operaría respecto, este artículo, a delitos flagrantes y aquellos de prueba evidente (según Ferrajoli, en "Ordine pubblico (...)", *cit.*, pp. 379-375, entre otros, ello significaba disminuir los derechos de defensa ya que los resultados en los juicios sumarios tendrían influencia en los demás). En el mismo sentido el art. 4 del d.l. 39/1978, *cit.*, admitía la posibilidad de comunicación de sumarios entre tribunales, que suponía teniendo en cuenta lo que decía Ferrajoli, "Ordine pubblico (...)", *cit.*, pp. 370-375- una violación del principio de formación de la prueba en el juicio.

presunción de no culpabilidad (art. 27)⁹⁶.

En el nivel penal, debe distinguirse entre la intervención predelictual, que venía ampliada por la ley Reale al prescribir la aplicación de medidas de seguridad para reprimir a personas que realizaran actos preparatorios de determinados delitos con finalidad de subversión del orden y de delitos fascistas, que tuvieran conductas sospechosas de actividades fascistas, o que mostraran proclividad a delinquir en relación a delitos de armas⁹⁷ y la intervención post-delictual que, mediante diversos instrumentos, de pura agravación de las penas existentes, de nuevas agravantes o de nuevos tipos delictivos, venía notablemente endurecida para graves delitos contra la propiedad y libertad, formas de lucha política no institucional y delitos con finalidad de terrorismo o subversión⁹⁸.

⁹⁶ Sobre lo cual: Ferrajoli, "Ordine pubblico (...)", *cit.*, pp. 375-377.

⁹⁷ Art. 18 l. 152/1975 *cit.* Por lo que se refiere al primer supuesto, algunos de los actos preparatorios dirigidos a subvertir el ordenamiento del Estado podrían constituir también ciertos delitos del c.p. como la asociación para delinquir (art. 416 c.p.) o conspiración política mediante asociación o acuerdo (arts. 304-305 c.p.). Problema semejante se planteaba respecto de las demás tipologías, las cuales—según Bricola, "Politica criminale (...)", *cit.*, p. 268—se resolverían en base a las menores exigencias probatorias requeridas para la aplicación de las medidas de seguridad predelictuales. Para estas tipologías—según el art. 19, y también, para lo previsto en los arts. 2, 3 y 4 de la l. 1423/1956 (sobre ella, v. supra 1.2.2.3.1.)—se prescribía la aplicación de las disposiciones antimafia de la l. 575/1965 (sobre ella, v. infra), que no sólo comportaba medidas restrictivas de la libertad personal (vigilancia especial, obligación de residencia, etc.), sino que incluso admitían prisión preventiva. De la ley también salían muy mal parados los extranjeros, ya que el art. 25 facultaba a su expulsión cuando no demostraran (inversión de la carga de la prueba) la suficiencia y licitud de sus fondos de sustento.

⁹⁸ Esta tendencia comienza con la l. 497/1974, *cit.*, la cual en sus arts. 1 a 3 aumentaba notablemente las penas para las modalidades agravadas de robo (art. 628 c.p.) y de la extorsión (art. 629 c.p.) y para el secuestro de personas con finalidad de robo o extorsión (art. 630 c.p.). También la aumentaba para los delitos relativos a las armas y para el cumplimiento de las medidas de seguridad de vigilancia especial (arts. 8 a 14). A continuación la l. 152/1975, *cit.*, establecía como falta castigada con el arresto y la multa—el uso en manifestaciones públicas de medios que dificultaran el reconocimiento (art. 51. Disposición—claramente dirigida a reprimir medios de lucha política no institucional que vendría ampliada por la l. nº 553, 8 agosto 1977, "Disposizioni in materia di ordine pubblico" (en *GU*, 20 agosto 1977), que ampliaba el tipo al caso de medios que dificultaran el reconocimiento en cualquier lugar público y que aumentaba las penas (que variaban, en el arresto, de 1-6 meses a 6-12 meses). Con el d.l. 59/1978, *cit.*, se establecía una

El conjunto de estas normas se basaba en la idea simple de que la mayor represión habría de producir una disminución de aquellas conductas que más alarma se consideraba que generaban en la opinión pública. Los medios que se utilizaban para conseguir esta prevención, a la vez que para tranquilizar a la opinión pública, también atentaban en cierta medida a la Constitución: ya se ha aludido en el capítulo anterior a la opinión de algunos autores que consideraban inconstitucionales las medidas de seguridad predelictuales por prescribir medidas restrictivas de la libertad sin respetar los principios de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o las garantías del ilícito penal⁹⁹; respecto de diversos instrumentos de endurecimiento de la pena, puede aceptarse lo que dice Palazzo en el sentido de que se violaba la necesaria proporción entre la cuantía de las penas y la naturaleza de los bienes jurídicos ofendidos y de las ofensas realizadas¹⁰⁰. Tampoco salía bien parada del parangón con la Constitución, desde el punto de vista de la ofensividad y de la presunción de no culpabilidad,

nueva modalidad de delito dirigida a reprimir la violencia política, como el atentado a estructuras de utilidad pública (art. 420 c.p.) y fundamentalmente el secuestro de personas con finalidad de terrorismo y extorsión (art. 289 bis c.p.) (la pena pasaba a ser de 25-30 años, mientras que en la versión original del código Rocco era de 8-15 años y en la agravación de la l. 497/1974, *cit.*, había pasado a ser de 10-20 años). Esta tendencia continuaba en el d.l. 625/1979, *cit.*, que, en primer lugar, establecía una agravante de "finalidad de terrorismo y de eversión del orden democrático", consistente en un incremento de la mitad de la pena, que siempre sería preferente respecto de las circunstancias atenuantes (art. 1) y, en segundo lugar, introducía nuevos tipos delictivos de "atentado por finalidad de terrorismo y de eversión" (art. 280 c.p.) y de "asociación con finalidad de terrorismo o de eversión del orden democrático" (art. 270 bis c.p.), que agravaba la pena en relación a la regla general del c.p. relativa al grado de consumación del delito (art. 56 c.p.) y a los delitos asociativos (arts. 2 y 3, respectivamente, del d.l.).

⁹⁹ V. *supra* I.3.2.

¹⁰⁰ Palazzo, *op. cit.*, quien pone diversos ejemplos de esta violación de la proporción, así v.gr., venía más castigado el secuestro con finalidad de terrorismo o eversión que el homicidio (pp. 170-171).

el nuevo delito-obstáculo relativo al orden público¹⁰¹.

Como cuarto nivel de esta estrategia basada en el endurecimiento de la respuesta punitiva, debe aludirse a aquellas medidas que, bajo la justificación de introducir el orden en las cárceles, de evitar las influencias entre presos y de prevenir las evasiones¹⁰², enfatizan el carácter aflictivo de la pena, merced a introducir las cárceles de máxima seguridad¹⁰³, y a limitar grandemente la posibilidad del goce de permisos¹⁰⁴. Ambas medidas eran plenamente representativas de la situación de alarma que se había creado: la reforma del régimen de permisos ponía fin a una práctica de los jueces de vigilancia, dirigida a aplicar en la mayor medida posible este

101 Me refiero al uso en manifestaciones de medios que dificultaran el reconocimiento, supuesto de falta al que he aludido en la nota 98. Sobre ello, Palazzo, pp. 170-179 y Bricola, pp. 239-240.

102 La situación de las cárceles en el periodo inmediatamente posterior a la aprobación de la ley penitenciaria -1975-1977- se había caracterizado por un gran aumento de las acciones y revueltas reivindicativas de los presos que -por los motivos a los que aludiré en el subepígrafe posterior- veían frustradas las esperanzas depositadas en la nueva ley. También es cierto, según indica Neppi, "Promesse e realtà della riforma penitenziaria", en AA.VV., Lo stato di attuazione della riforma penitenziaria e il ruolo degli enti locali, Venezia, Marsilio, 1979, p. 20, que durante los años 1975 y 1976, aumentó notablemente el número de evasiones (386 en 1975 y 515 en 1976). Por lo que se refiere a las influencias entre presos, se quiere aludir a las acciones de captación por militantes de grupos terroristas en las cárceles (al respecto, Dolcini, La commisurazione della pena, Padova, Cedas, 1979, pp.).

103 Se considera que la base legal para la introducción de cárceles de máxima seguridad que afloraron en gran número a partir de 1977 (inf. al respecto en Capelli, "Il carcere controriformato", en AA.VV., Il carcere dopo la riforma, Milano, Feltrinelli, 1979, pp. 11-37) fue el d. 4 mayo 1977 que establecía la vigilancia exterior de las cárceles por parte del arma de los carabinieri y que establecía una oficina general para coordinar la vigilancia exterior e interior de las cárceles (la inf. sobre este decreto la obtengo de Ferrajoli, "Legislazione eccezionale (...)", cit., pp. 364-365).

104 La l. n.º 450, de 20 julio 1977 (en EU, 1 agosto 1977) reducía la posibilidad de permisos a los acontecimientos familiares de particular gravedad (art. 1) y establecía un nuevo procedimiento de concesión basado en la obligación del juez de conceder el permiso previa consulta de la autoridad policial y en la previsión de un recurso, de eficacia suspensiva, ejercitable por el ministerio fiscal frente a las decisiones judiciales.

instituto con la finalidad de cumplir con la inspiración hacia una reeducación social, la cual había sido acusada, injustamente, de ser causa fundamental de las evasiones¹⁰⁵. Las cárceles de máxima seguridad, presentadas como medio de recuperación del orden en las prisiones, suponían dar entrada a un régimen diferenciado de ejecución, que no estaba previsto en la ley penitenciaria, que inevitablemente eliminaba la aspiración a una reeducación en sentido social¹⁰⁶, y que creaba una amenaza generalizada sobre todos los reclusos¹⁰⁷. Estas medidas penitenciarias¹⁰⁸ completaban esta primera estrategia de enfrentamiento contra las formas más alarmantes de

105 A ello alude Cappelli, *op. cit.*, quien explica que los jueces de vigilancia amparándose en la expresión de la ley penitenciaria de 1975 que, en su art. 30, admitía los permisos, además de por graves eventos familiares, por "graves y verificados motivos", había hecho uso de este instituto para satisfacer necesidades de relación del individuo con el mundo exterior (familiares, de estudios, trabajo). El autor considera que esta práctica había sido bien acogida por los operadores penitenciarios, porque al mejorar las condiciones de vida de los reclusos se hacían más gobernables los institutos. A partir de 1977 se produjeron declaraciones por parte del gobierno y de algunos órganos de prensa, que tendían a relacionar la concesión de permisos con las evasiones (que habían sido clamorosas en enero de 1977). Se creaba un alarmismo que llevaría a la reforma de julio, la cual no vendría obstaculizada por el hecho de que en marzo las estadísticas demostraran que el porcentaje de faltas de retorno a las prisiones no era alarmante (pp. 15-16).

106 Como indica Ferrajoli, "Legislazione eccezionale (...)", *cit.*, las cárceles de máxima seguridad (que habían sido introducidas por decreto) tenían diversos aspectos de ilegalidad en relación a la ley penitenciaria: destinación de los individuos a lugares próximos a la residencia de la familia (art. 42) (y muchas de estas instituciones se ubicaban en islas inalcanzables), contactos con el mundo exterior como base del tratamiento penitenciario (art. 15), sanciones disciplinarias más graves: 15 días de exclusión de las actividades comunes (art. 39) (pp. 363-369).

107 Valga la siguiente frase de Ferrajoli, "Legislazione eccezionale (...)", *cit.*, p. 369: Este año [1977] no han existido las tradicionales revueltas de los reclusos: con la fuerza de las armas y con el terror, el orden ha vuelto a las cárceles italianas.

108 Que venían completadas por la l. n.º 374, 28 junio 1977 (*GM*, 9 junio 1977) que facultaba al uso de las armas a los cuerpos de vigilancia exterior cuando desde el interior se intentara turbar en algún modo el orden y por el d. n.º 339, 24 mayo 1977 (*GM*, 24 junio 1977) que limitaba el uso del teléfono para llamadas a familiares y con una periodicidad máxima de dos veces al mes (la inf. sobre ambas normas la obtengo en Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 365-367 y 370-373, respectivamente).

delincuencia a partir de enfatizar el carácter punitivo del arma privilegiada en esta lucha: la privación de libertad.

Por lo que atañe a la segunda estrategia¹⁰⁹ que se produce a partir de 1979 como nueva forma para combatir, preferentemente, el terrorismo, basada en la previsión de estímulos -o premios- para favorecer la disociación de individuos con las organizaciones delictivas de las que formaban parte, así como su colaboración con la justicia, debe señalarse, como premisa, que el Código Rocco sólo utilizaba la premialidad en determinados supuestos para estimular la detención de la conducta criminal o la realización de actos de contenido antitético respecto de la ofensa¹¹⁰. Ello permite afirmar, siguiendo a Padovani, que los supuestos de premialidad existentes en el Código Rocco eran coherentes con una concepción preventiva general de la sanción como medio de tutela de bienes jurídicos, lo cual suponía basar el castigo en

109 Y para cuyo análisis tomo como fuentes críticas las siguientes obras de Padovani: "La soave inquisizione (...)", cit., y "Il traffico delle indulgenze (...)", cit., y de Bricola "Funzione promozionale (...)", cit. Pero no entro a analizar la polémica que se produce en la doctrina, y también entre estos dos autores, sobre la cuestión de la premialidad porque ello será objeto, más adelante, de un tratamiento específico. Me limito, ahora, a utilizar tales fuentes como guías a la exposición de la legislación premial. En la exposición seguiré como guía los criterios de Padovani expuestos en los artículos citados, sin consideración a las críticas a las que se los somete por parte de los autores, y ello, en atención a que tal discusión sobre la interpretación de la legislación forma parte de un debate más general sobre la premialidad que será objeto de un análisis específico (en infra I.5.2.3.) y que de haberlo tenido en cuenta ahora hubiera hecho demasiado compleja la exposición de esta legislación. Si sigo el punto de vista de Padovani, y no el de otro autor, es porque me parece que es este autor quien más globalmente se plantea la comparación entre el Código Rocco y la legislación excepcional en lo relativo a la premialidad.

110 Ejemplos de estímulo a la detención de la conducta criminal en el Código Rocco: el desistimiento voluntario en la tentativa (art. 56-3 c.p.), la contraacción del reo que impide el resultado (art. 56-4 c.p.) y de conductas antagónicas respecto de la ofensa tipificada: la obra realizada para eliminar las consecuencias dañosas del delito (art. 62-6 c.p.), la retractación respecto del falso testimonio, pericia o interpretación (art. 376 c.p.), la personificación en cárcel del evadido (art. 385 c.p.), la restitución a la libertad en el delito de rapto (art. 525 c.p.). Alude a estos ejemplos Bricola, "Funzione promozionale (...)", cit., pp. 115-132 y Padovani, "Il traffico delle indulgenze (...)", cit., p. 406.

el significado que la ofensa había asumido para el ordenamiento jurídico y que, por ello, se distinguían notablemente de los que introducía la legislación excepcional¹¹¹, los cuales toleraban, a mi entender, la siguiente clasificación, basada en el tipo de conducta a la cual se hacía corresponder el premio.

Un primer tipo, el más cercano al previsto en el Código Rocco, era el que vinculaba el premio a una conducta, posterior a la comisión del delito, de contenido antitético respecto a la ofensa realizada, presente en la ley 304/1982, la llamada ley de los arrepentidos, al establecer como causa de no punibilidad en los delitos de tipo asociativo cometidos por finalidad de terrorismo o de evasión, la actividad determinante en la disolución de la asociación o en impedir la ejecución de delitos para los cuales la asociación fue formada. La diferencia con el Código Rocco estaba en que esta conducta antitética podía ser realizada también durante el proceso, lo cual, según Padovani, difícilmente encontraba justificación desde un punto de vista de prevención general ni de prevención especial por cuanto de tal forma entraban en consideración elementos ajenos al significado que la ofensa había tenido para

¹¹¹ Padovani, "Il traffico delle indulgenze (...)", *cit.*, pp. 410-411. Tampoco en el supuesto de la suspensión condicional de pena podía decirse, según el autor, que se abandonara esta concepción, por cuanto, aún cuando se primara la tutela de bienes jurídicos por medio de la prevención especial, el premio era en atención a una conducta de menor significado ofensivo que, por ello, encontraba un límite en la prevención general (pp. 403-405 y p. 411).

Las únicas hipótesis del Código Rocco que no eran coherentes con esta concepción eran las relativas a la amnistía, al indulto y a la gracia, respecto de las cuales el autor consideraba que disminuían la credibilidad del sistema represivo y alteraban en modo no razonable el principio de igualdad ante la ley (p. 412).

el ordenamiento jurídico¹¹². El segundo tipo, seguía siendo semejante al Código Rocco al vincular el premio a una conducta antitética a la ofensa realizada -como era, fundamentalmente, la prevista en las diversas modalidades de secuestro de personas relativa a la actuación del concurrente para que el sujeto readquiriera la libertad- pero se distinguía de él en exigir, además, la disociación del individuo del resto de personas con las cuales formaba la asociación delictiva, con lo cual se daba entrada a un requisito subjetivo, de distanciamiento del individuo de la actividad delictiva, y en la mayoría de supuestos de la lucha armada que¹¹³ más difícilmente podía considerarse reintegratorio de la ofensa realizada¹¹⁴.

112 Art. 1-1 y -2 l. n.º 304, 29 mayo 1982, "Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale" (GU, 2 junio 1982). Padovani, "Il traffico delle indulgenze (...)", *cit.*, pp. 415-417.

113 Los supuestos de la legislación excepcional donde se plantea tal tipo de premialidad eran los siguientes: la atenuante establecida en el art. 2 d.l. 59/1978, *cit.*, para los delitos de secuestro de personas con finalidad de terrorismo o de evasión y de secuestro de personas con finalidad de extorsión, que exigía disociación más una actuación para que el sujeto readquiriera la libertad sin que, en el segundo supuesto, ello fuera consecuencia del pago; la atenuante del art. 4, primer supuesto del d.l. 625/1979, *cit.*, en los delitos cometidos por finalidad de terrorismo o de evasión para el concurrente que se disociara y actuara para evitar que la actividad delictiva fuera llevada a consecuencias ulteriores. En tal supuesto, además, se excluía la aplicación de la agravante relativa a los delitos por finalidad de terrorismo o evasión.

También el art. 2 l. 304/1982 prescribía una atenuante para quienes habiendo cometido delitos por finalidad de terrorismo o de evasión tuvieran una conducta antitética a la ofensa realizada (actividades determinantes de la disolución de la asociación o de impedir la ejecución de delitos) -pero que siendo admisible también durante el proceso se distinguía de los supuestos previales del Código Rocco-, hubiera hecho confesión de todos sus delitos y tuviera durante el proceso una actuación dirigida a eliminar o atenuar las consecuencias dañosas del delito o a impedir la causación de delitos conexos. Además de la atenuación de la pena, se preveían otros premios consistentes en un régimen especial de concurso de delitos más beneficioso que el general (art. 4), y en una ampliación de los institutos de la suspensión condicional de pena (art. 7) y de libertad condicional (art. 8).

114 Como he dicho inicialmente acabo con ello la opinión de Padovani que no es compartida por otros autores y en concreto por Bricola ("Funzione promozionale (...)", *cit.*, pp. 132-133) para quienes, en los delitos de estructura asociativa, la disociación no debe ser considerada excéntrica respecto de la lesión realizada.

El tercer tipo de premialidad era el que incluía una conducta de colaboración del reo con la justicia. En él podía distinguirse dos subtipos, uno primero en el que previamente a la colaboración debía haber existido una actividad de detención de la conducta criminal y un segundo en el que se premiaba la pura colaboración.

El primer subtipo era el que preveía la no punibilidad del culpable de un delito cometido por finalidades de terrorismo o de eversión que voluntariamente impidiera el evento y que proporcionara pruebas determinantes para la reconstrucción del hecho y para la individualización de los eventuales concurrentes¹¹⁵.

El segundo subtipo encontraba su primera expresión en el d.l. 625/1979, al establecer como atenuante en el delito cometido por finalidad de terrorismo o de eversión del orden democrático la ayuda del reo a la captura de los concurrentes¹¹⁶ y resultaba ampliado por la ley 304/1982, al delimitar los siguientes supuestos: un primero, de causa de no punibilidad para los delitos asociativos y otros delitos menores cometidos por finalidad de terrorismo o de eversión cuando se producía disociación y se proporcionaba información

¹¹⁵ Art. 5 d.l. 625/1979 y art. 5 l. 304/1982, que limitaban este criterio general en los delitos de atentado. Esta última ley facultaba al juez para no emitir el mandato de captura y para conceder la libertad provisional.

¹¹⁶ Art. 4 d.l. 625/1979, *cit.*, también aquí, la aplicación de la citada atenuante excluía la aplicación de la agravante que establecía el art. 1 de la misma ley para los delitos cometidos por finalidad de terrorismo o de eversión. La atenuante consistía en una reducción de la pena perpetua por la reclusión de 12-20 años y en las demás penas, de un tercio a la mitad. Pero téngase en cuenta que cabía la aplicación de ulteriores atenuantes. El único delito excluido era el de secuestro por finalidad de terrorismo o eversión (art. 209 bis c.p.).

sobre la estructura o asociación de la organización o banda¹¹⁷, un segundo, que establecía mayores atenuaciones que el d.l. 625/1979 para quien habiendo cometido cualquier delito por finalidad de terrorismo o subversión, a excepción del secuestro, confesara todos sus delitos y ayudara a la autoridad policial o judicial en la recolección de pruebas decisivas para la individualización o captura de uno o más autores de los delitos cometidos por la misma finalidad o proporcionara pruebas relevantes para la reconstrucción del hecho y el descubrimiento de los autores. En caso de colaboración extraordinaria la reducción era mayor¹¹⁸. Debe tenerse en cuenta que este artículo facultaba para premiar a un individuo por una conducta absolutamente excéntrica respecto de la ofensa cometida al admitir una colaboración genérica sin relación concreta con el delito cometido por el premiado.

1.4.2.3. Conclusión: influencia preferente de la alarma en la legislación de este período y en su aplicación

La "estrategia diferenciada para la defensa social del delito" quería ser un modelo de legislación que dejara un espacio al tratamiento de una parte de la criminalidad con medidas reformistas, esto es, basadas en la menor carga aflictiva de la sanción y, en determinados casos, en su mayor

¹¹⁷ Art. 1 l. 304/1982, cit.

¹¹⁸ Art. 3 l. 304/1982, cit. La pena perpetua venía sustituida por la reclusión de 10-12 años, las demás penas venían reducidas a la mitad. En caso de colaboración extraordinaria se operaba una ulterior reducción de un tercio. A este premio debían sumarse los que ya he señalado en la nota 114 y la posibilidad de concesión de la libertad provisional, si el delito cometido por el premiado no era de los graves excluidos por el art. 8 d.l. 625/1979 cit.(art. 6).

incidencia reeducativa. ¿Cuál fue la autonomía de este espacio reformista?. A mi entender, una valoración conjunta de la legislación y de la práctica de este periodo permite extraer algunos indicios de que el espacio atribuido a la excepcionalidad invadió en buena medida el que en el modelo se reservaba a la reforma.

Cuando algún autor cercano al nuevo paradigma reeducativo, como Pulitano, hacía una valoración conjunta de la legislación de 1974 -que había agravado las penas para ciertos delitos y la prisión provisional a la vez que suavizaba ciertos institutos de la parte general del c.p.¹¹⁹- calificándola de esquizofrénica¹²⁰ ponía de relieve que al poder judicial, que es quien debía aplicar estas leyes, se le estaban dando indicaciones contradictorias. Y ello porque, si bien en el círculo de la excepcionalidad los jueces verán notablemente reducida su discrecionalidad, queriendo evitar con ello la ley que se redujera el rigor de esta legislación, en el círculo reformista se verán poseídos de un notable poder discrecional para cuyo ejercicio nada impedía -cuando no le exigía, como en el supuesto de la libertad provisional- que tomara en consideración las exigencias de la alarma social. Pues, debe tenerse en cuenta que el concepto de alarma social difícilmente podría limitarse a aquellos delitos agravados por la legislación excepcional, no abarcando a otras lesiones que

¹¹⁹ Sobre ello, v. supra I.4.2.1. y I.4.2.2.

¹²⁰ Pulitano, "Magistratura e sistema penale", en AA.VV., Carcere e società civile, Padova, Marsilio, 1976, p. 47.

afectaban a los mismos bienes jurídicos. Con ello no afirmo que no hicieran uso de los institutos reformistas sino simplemente que si asumían las premisas alarmistas de la legislación excepcional, éstas también habían de tener una influencia en el ámbito de la estrategia diferenciada.

Quizás el indicio más significativo de esta influencia de la alarma en todos los niveles de la aplicación de la ley penal se encuentra en el continuo aumento de la población reclusa que se registra en esta época, un porcentaje cada vez más alto de la cual, en situación de prisión preventiva¹²¹, estadísticas que no parecen corresponderse con una etiología que, a partir de la ampliación de la suspensión condicional de la pena de las medidas de asignación al servicio social y, después, de la pena sustitutiva, cuya premisa fuera la libertad provisional, que quería reservar la prisión a las formas consideradas más graves de delincuencia.

Por lo que se refiere a la diferenciación en el terreno de la ejecución de la pena debe considerarse que en la ley penitenciaria de 1975, teniendo como base una idea de reforma general, no prescribía distintos regímenes de ejecución en atención al tipo de delito, más o menos alarmante, cometido. Ni siquiera las medidas alternativas, salvo en las cláusulas que

121 La población reclusa pasaba de 25.000 personas en 1974 a 35.000 en 1978 (antes de la amnistia de ese año) (inf. en Grevi, "Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni della riforma", en AA.VV., Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 21. Mientras que en 1972 sólo el 24% de la población reclusa estaba en régimen de prisión preventiva, en 1978 este porcentaje aumentará al 58% (inf. en Fassone, La pena detentiva dall'800 alla riforma penitenziaria, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 247, nota 117) y en 1981 podía considerarse en torno al 70% (inf. en Neppi, "Le istituzioni penitenziarie dalle leggi di riforma alla prassi della restaurazione", ponencia al Congreso "Carcere, società, istituzione", Firenze, 14-16 junio 1982, mecanografiado, p. 61).

las excluían para ciertos delitos alarmantes, podían considerarse plenamente expresivas de un sistema diferenciado fundamentado en la alarma, por cuanto los límites objetivos en su concesión dependían de la cuantía de la pena impuesta o cumplida. Y además no debe olvidarse que en la filosofía informadora de la ley el tratamiento reeducativo debía tener el mismo contenido y las mismas finalidades en las penas privativas de libertad y en las medidas alternativas.

El camino hacia la diferenciación se producía desde el momento de la aprobación de la ley, como respuesta de la administración a las siguientes circunstancias: la reforma penitenciaria había abierto muchas expectativas entre los reclusos de una rápida alteración de su situación que por diversos motivos -las exclusiones objetivas en las medidas alternativas, el aplazamiento de su entrada en vigor a un año después de la aprobación de la ley, la inactividad de la administración para mejorar las condiciones de vida en el interior de la institución- se veían frustradas. En el marco, eso sí, de una mayor liberalización de la vida penitenciaria, el período comprendido entre 1975 y 1977 se producía una enfatización de la conflictividad en las instituciones penitenciarias en demanda de tales reformas, revueltas que ahora, en la fase de alarma, ya no encontrarán la receptividad de antaño en las fuerzas sociales y políticas -lo cual me parece relevante para comprender la captación por parte de organizaciones terroristas de militantes en las cárceles¹²²- la

¹²² Destaca la interrupción de los contactos entre cárcel y sociedad civil como causa de la radicalización de los reclusos y de su rechazo frontal a la sociedad: Margara, "La Magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare", en AR.W., il carcere dopo la riforma,

respuesta de la administración a la conflictividad en las prisiones, así como al aumento de las evasiones, fue una respuesta de orden: reforma del régimen de los permisos, que frustraba uno de los pocos institutos de la ley que había encontrado aplicación y creación de cárceles de máxima seguridad. Con esta última medida se actuaba una diferenciación que respondía a un nuevo motivo de alarma: la presencia de personas en las instituciones con proclividad a la evasión, que generaban conflictos en la institución o que ejercían el proselitismo ideológico, frente a las cuales no se consideraban suficientes las medidas disciplinarias previstas en la propia ley para adaptar el tipo de régimen del individuo a su conducta en la institución.

La existencia de cárceles de máxima seguridad era un elemento de diferenciación que difícilmente podía considerarse limitado a un cierto tipo de delincuencia, la relativa a la violencia política, o a un cierto tipo de conducta, la conflictual en la institución, sino que sus efectos se extendían a todos los individuos en situación de privación de libertad, al generar un temor de los reclusos y, por tanto, una autolimitación en la reivindicación de derechos que podían encontrar reconocimiento legal. Por lo tanto, tampoco aquí podía considerarse que la introducción de un régimen diferenciado no contaminara el espacio teóricamente reservado a

la reforma¹²³.

Ciertamente, con este endurecimiento generalizado de la vida penitenciaria, se acentuaba la diferencia entre las medidas de privación de libertad y las medidas alternativas, tendiendo las primeras a consolidarse en la dimensión de pura custodia¹²⁴, siendo las segundas las únicas que permitían realizar las instancias reformistas, relativas al tratamiento reeducativo, presente en la ley. Pero lo cierto es que de los análisis que sobre la aplicación de tales medidas han realizado determinados autores y de las investigaciones oficiales no se pueden extraer conclusiones demasiado optimistas ya que, aún cuando quizás sea

123 Hago las anteriores consideraciones sobre el establecimiento de un régimen diferenciado en la ejecución de la pena privativa de libertad en atención a las consideraciones que realizan los siguientes autores, que analizan la evolución del sistema penitenciario tras la reforma: Grevi, "Diritti dei detenuti (...)", cit., pp. 1-54; Carletti, en "Carcerati e carcerieri, tutti carcerati, in fondo", en AA.VV., Il carcere "riformato", Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 177-240; Capelli, op. cit., pp. 11-37; Margara, "La Magistratura di sorveglianza (...)", cit., pp. 36-103; del mismo autor, "Le misure alternative alla detenzione", en AA.VV., Lo stato di attuazione della riforma penitenziaria e il ruolo degli enti locali, Venezia, Marsilio, 1979, pp. 49-71; del mismo autor, "La riforma carceraria in rapporto alle strutture esistenti, necessarie e non realizzate. Prospettive di superamento della situazione attuale", en AA.VV., Struttura e funzione delle carceri e ruolo dell'Ente locale, Parma, Ed. Regione Emilia Romagna, 1983, pp. 58-72; Neppi, "Promesse e realtà della riforma penitenziaria", en AA.VV., Lo stato di attuazione (...), cit., pp. 17-40.

124 En este sentido Margara (juez de vigilancia de la sección de Bologna) destacaba que durante el periodo 1975-1980 no se habían creado los "espacios comunes" que preveía la ley, no había existido iniciativa para la observación y el tratamiento, se había dado un proceso de desaparición del trabajo y se había impedido la participación de la comunidad exterior en la cárcel en aras a las exigencias de orden (en "La Magistratura di sorveglianza (...)", cit., pp. 13-55). Frente al modelo de "cárcel socializada" que preveía la reforma, considera que había seguido existiendo durante estos años un modelo de cárcel basado en la finalidad preferente de custodia y en las celdas como lugar central de la vida penitenciaria (y destaca la introducción de T.V. en las celdas como hecho que fomenta tal tendencia) (en "La riforma carceraria (...)", cit., pp. 58-60. Es un indicio muy significativo -que descubren los autores que han analizado la jurisprudencia de este periodo relativa a los recursos de casación contra las decisiones de los jueces y de las secciones de vigilancia- de la falta de aplicación de la reforma en el ámbito de la privación de libertad el que sean escasísimas -cuando no inexistentes- las sentencias de la CS sobre materias relacionadas con el tratamiento, el trabajo penitenciario o el sistema disciplinario. Ello sería una prueba de que lo único que había preocupado a los reclusos, o lo que es lo mismo, el único espacio reformista al que la reforma había dado vida fue el de aquellos institutos que reducían la ejecución en privación de libertad (en este sentido: Pavarini, L'esecuzione delle misure private e limitative della libertà nell'interpretazione giurisprudenziale, Bologna, ed. del autor, 1983, pp. 14-16).

éste el único sector donde efectivamente se actuara una respuesta diferenciada también él sufrió las limitaciones de una política criminal que dió prioridad a la respuesta segregativa, por cuanto durante estos años no se asiste, como puede inferirse de las investigaciones consultadas, a una significativa enfatización de los mecanismos de favorecimiento de la integración del individuo condenado en la sociedad¹²⁵.

Para acabar, no parece que pueda afirmarse que la ley de modificaciones al sistema penal de 1981 -que sin duda abre una nueva línea de tendencia en la reforma del derecho penal- no sufra las exigencias de la alarma social en la mayoría de sus institutos, y concretamente, como vimos, en la despenalización y en las sanciones sustitutivas. Todo lo cual permite,

125 Aún cuando este es el único sector que algunos autores salvan de la valoración negativa de la aplicación de la reforma (Brevi, *op. cit.*, p. 51; Neppi, "Promesse e realtà (...)", *cit.*, pp. 22-23), otros autores no dejan de señalar los límites en su aplicación: en este sentido, diversos autores señalan la deficiente organización del servicio social (asi: Canepa/Gatti, "L'affidamento in prova al servizio sociale come alternativa alla detenzione: problemi criminologici", en AA.VV., Pene e misure alternative nell'attuale momento storico, Milano, Giuffrè, 1977, p. 217; Tartaglione (ed.) "Documento di studio della sezione criminologica del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale", en AA.VV., Pene e misure alternative (...), *cit.*, p. 449; Della Casa/Franchiotti/Pisa, "Le misure alternative alla detenzione: problemi di applicazione pratica e di concorrenza con altri istituti", en Iemi, 1977, p. 553; Margara, "Le misure alternative (...)", *cit.*, pp. 68-69 -quien destaca que ello se debe también a la falta de conexión entre los servicios sociales y generales del territorio- que llevó a una gestión tipo amnistia de estas medidas, que favoreció a quien tenía mejores condiciones en el exterior, pudiendo dar garantías de reinserción (en este sentido, pp. 68-69 y "La magistratura di sorveglianza (...)", *cit.*, p. 90). De la investigación realizada por el "Ministero di Grazia e Giustizia", (L'affidamento in prova e la semilibertà nei primi quattro anni di applicazione normativa 1975-1979, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1983, pp. 181), puede corroborarse tanto la opinión de que en este aspecto la reforma ha tenido cierto éxito -ya que el porcentaje de asignaciones al servicio social y de semilibertades no revocadas es superior al 60% (p. 174)- como la de que quienes aluden a su escasa aplicación: las mismas estadísticas señalan que los casos de penados en semilibertad que han tenido algún tipo de intervención por parte del servicio social es menor al 40% (p. 150). Las cifras mejoran ostensiblemente respecto de la asignación, donde el 50% de los casos se consideran muy seguidos y seguidos suficientemente el 40% de los mismos (p. 68). En la investigación no se hace una relación que sería interesante entre el porcentaje de las revocaciones en las medidas alternativas con el que se produce en los supuestos de suspensión condicional de la pena. Pero hay un indicio que es muy significativo: las medidas fracasan más, hasta llegar a porcentajes altísimos, cuanto más duran (p. 64 y p. 144).

En una valoración más global, Bricola destacaba que durante el periodo de la legislación excepcional las instituciones del Estado del Bienestar no habían penetrado en el sector de la desviación (en "Crisi del Welfare State e sistema punitivo", en *FJ*, 1982, pp. 65-75).

concluir en el sentido de que la estrategia diferenciada para la lucha contra la criminalidad, principio informador de la legislación del periodo 1974-1982, no puede considerarse realmente llevada a término por la legislación y la práctica de este periodo, al existir una idea de alarma social, que llevó al endurecimiento del sistema punitivo, presente, en mayor o menor medida -en eso sí hay diferencia- en todas las medidas de política criminal que se adoptaron en una época que, por eso, ha podido ser calificada de excepcional.

1.4.3. La cultura penal frente a la alarma social: quiebra del modelo conflictual de referencia y afirmación de una nueva racionalidad consensual

1.4.3.1. El nuevo paradigma reeducativo se desvanece ante la pérdida del marco de referencia: la evolución del reformismo al garantismo

Quien hiciere una lectura de la producción doctrinal que, durante la segunda mitad de la década de los setenta, realizan juristas que habían participado de las premisas del nuevo paradigma reeducativo, advertirá una enfatización del nivel crítico del discurso -en especial con relación a la legislación excepcional- en perjuicio del nivel propositivo de renovación del sistema punitivo en base a las directrices del nuevo paradigma reeducativo. Si nos interrogamos por las razones de esta inversión de tendencia, que intentaré describir más adelante, pienso que debe darse prioridad a la conciencia de estos juristas de que el modelo conflictual que había servido para la elaboración del nuevo paradigma reeducativo estaba sufriendo una profunda crisis en el panorama político-social de aquellos años. Es por eso que para explicar la evolución de

aquel sector de la cultura jurídica que había dado vida al nuevo paradigma me parece conveniente, en primer lugar, atender a las motivaciones de esta crisis¹²⁶.

Siguiendo la reconstrucción realizada por algunos autores¹²⁷, resulta que la crisis del modelo conflictual se debe, fundamentalmente, al cambio de estrategia política del P.C.I. en la segunda mitad de los años setenta. Haciendo un pequeño resumen de la evolución de este partido desde la Reconstrucción¹²⁸, puede afirmarse que en el periodo que va hasta 1968, el P.C.I. asumía que la relación Estado-Ciudadano debía plantearse, al igual que la relación entre los grupos sociales, en términos conflictuales. Los movimientos existentes en la sociedad, con objetivos de transformación social, y fundamentalmente el movimiento sindical, debían ser junto al partido, que hegemonizaría tales movimientos, los canales de una lucha que debería culminar en el acceso al poder por parte de la izquierda, desde donde se deberían satisfacer, en un proceso de transición al socialismo, las necesidades de estos sectores sociales. Los acontecimientos de 1968 planteaban problemas nuevos a este esquema, en primer lugar porque los

126 Las fuentes de las que me valgo para explicar esta crisis del modelo conflictual de sociedad son: Ferrajoli, "Intervención", en AA.VV., "Ordine pubblico e crisi politico economica", en *QC*, 1977, pp. 215-220; Stone, "Intervención", en AA.VV., "Ordine pubblico e crisi (...)", *cit.*, pp. 244-248 y pp. 309-310; Stone, "Teoria dello stato e controllo sociale", en *QC*, 1980, pp. 185-215; Insolera, "Intervención", en AA.VV., *Terrorismo e stato della crisi*, en *QC*, 1979, pp. 41-47; Costa, "L'alternativa presa sui serio: manifesti giuridici degli anni settanta", en *DD*, pp. 14-56 y Rossanda, "Le politiche del diritto nella cultura comunista", en *DD*, 1987, pp. 79-94.

127 Los citados en la nota anterior.

128 Para lo cual me guío en Rossanda, *op. cit.*, *passim*.

movimientos habían nacido fuera del P.C.I. y, en segundo lugar, porque los objetivos de su lucha se distinguían de los que tradicionalmente había reivindicado la izquierda; se iba más allá del igualitarismo con nuevas demandas que venían definidas radicales, y que extendían los ámbitos del conflicto: la propiedad social frente a la propiedad individual, el trabajo creativo frente al trabajo alienado, el estudio solidario frente al estudio competitivo. El drama del P.C.I. durante este período se producía por deber elegir entre acercarse a los movimientos y caer en una crisis de identidad ó alejarse de ellos y renunciar a su hegemonía de un sector de la sociedad. Entre 1968 y 1975 la relación P.C.I.-movimientos fue ambigua: el partido -que no resolvía la demanda de renovaciones que se le planteaban- crecía electoralmente gracias a los movimientos, pero se debilitaba socialmente a causa de ellos¹²⁹. Fese a esta ambigüedad, hasta este momento parecía acertado hacer de este contexto una lectura que resaltara la extensión y vigorización de un modelo conflictual de sociedad, que fuera tomado como marco de referencia para la renovación del paradigma reeducativo.

A partir de 1974 el P.C.I. empezará a decidir en un sentido poco favorable al modelo conflictual; su apoyo a la ley Penitenciaria, que desconocía las aspiraciones del nuevo paradigma reeducativo respecto de las instituciones de control y, fundamentalmente, su negativa blanda, frente a una posible oposición radical, a la ley Reale, en parte dirigida a reprimir

129 He seguido fielmente, hasta aquí, la reconstrucción de Rossanda, *op. cit.*, *passim*.

formas de lucha de los movimientos conflictuales, eran hechos sintomáticos de un cambio de estrategia política por parte de este partido. Frente a la dificultad de hegemonizar un movimiento, dado el coste que ello suponía para la identidad del partido y el temor al radicalismo que ello podía comportar, el P.C.I. modificaba su estrategia en el sentido de privilegiar el acceso de este partido al Estado, opción posible dada su fuerza electoral, para desde allí, y en base al encuentro con otras fuerzas políticas, realizar una política de reformas, dirigida a resolver los conflictos que se planteaban en la sociedad. La nueva estrategia del P.C.I., que recibirá el nombre de "compromiso histórico" y que se traducirá en un apoyo parlamentario a los gobiernos democristianos entre 1976 y 1979, suponía no sólo distanciarse de aquellos movimientos que seguían viendo en el Estado un opositor a sus reivindicaciones sino también resaltar los mecanismos de la democracia representativa como forma fundamental de acción política. Todo lo cual -que tendrá una clara manifestación en el ámbito del derecho al abandonar los jueces cercanos al P.C.I., la teoría del uso alternativo del derecho, la cual se basaba en la exaltación de las contradicciones sociales¹³⁰- suponía, en última instancia, un abandono por parte de este partido del modelo conflictual de sociedad que daría legitimidad a que el P.C.I. apoyara la formación de unos gobiernos que se planteaban como primer objetivo de su acción política la defensa del orden público y, en última instancia, del Estado, frente a sus

130 Como explica Costa, *op. cit.*, pp. 48-55.

opositores. Ciertamente, esta actitud del P.C.I. ponía en crisis un modelo conflictual de sociedad que, al menos en los juristas que habían elaborado el nuevo paradigma reeducativo, siempre había tenido como elemento necesario una actitud favorable con él del partido más fuerte de la izquierda tradicional y constituye, pienso, uno de los factores decisivos de la evolución, también radical, de la cultura jurídica de estos años.

La cultura jurídico-penal que había construido el nuevo paradigma reeducativo advirtió no sólo las dificultades de seguir manteniendo un modelo de reforma del derecho penal que estaba basado en la enfatización del conflicto social -cuyo fundamento teórico era la creencia en la imposibilidad de armonizar los intereses contrapuestos de los grupos sociales- cuando las principales fuerzas sociales que debían impulsarlo optaban por un modelo consensual de sociedad, sino también que la política legislativa dominante pasaba a basarse, bajo la finalidad de lucha a la criminalidad, en la defensa del orden público y del Estado, en un criterio de enfatización de la represión penal contra el cual, en primer lugar, se había alzado la cultura jurídica identificada, desde la Reconstrucción, con el paradigma reeducativo.

Frente a esta situación, la posición mayoritaria de la cultura jurídica antaño identificada, en menor o mayor medida, con el nuevo paradigma reeducativo, fue la de responder críticamente al modelo de sociedad y al modelo punitivo que inspiraba a la legislación excepcional.

Esta respuesta crítica si daba en el curso de estos años, en

dos modos distintos, uno primero en el que se sigue planteando el nuevo paradigma reeducativo no en clave de proyecto sino sólo de punto de referencia crítico respecto de la legislación excepcional, pero que supone una cierta esperanza en la recuperación del proyecto conflictual, y un segundo modo, en verdad el que tenderá a imponerse en el curso de estos años, que ni siquiera como punto de referencia crítico utiliza el nuevo paradigma reeducativo, lo cual es el símbolo más claro de su crisis.

El primer modo de crítica es el que partía de que la ratio de la alarma social era funcional -en expresión ya clásica de Bricola- a reducir la política criminal a política de orden público¹³¹, lo cual significaba centrar la acción del gobierno en la cuestiones de orden público en perjuicio de la resolución de los problemas que la crisis económica planteaba al país¹³², no asumir una política de transformaciones sociales como modo de lucha contra la criminalidad¹³³, olvidar la protección de

131 El juicio que hacía Bricola en 1975 sobre la reducción de la política criminal a política de orden público para caracterizar a la ley Reale. Explicaba el autor que a partir de un buen uso de los mass-media se podía presentar como excepcional cualquier alteración del "orden en la calle" o cualquier ataque al poder, para hacer mella en las componentes emotivas e irracionales de la sociedad que sirvieran de justificación a una respuesta represiva que siempre iría en perjuicio de una respuesta en términos de política criminal, entendida como política de las reformas (en Bricola, "Politica criminale (...)", *cit.*, pp. 222-227).

132 Valga al respecto la siguiente frase de Ferrajoli:

Parece que todos los problemas del país -la crisis económica, la desocupación juvenil, los problemas de la Escuela, los problemas institucionales denunciados desde hace tiempo, hayan cedido el paso en la escala de prioridades, al problema del orden público, que ya desde hace tiempo está en el centro del debate político y en las conversaciones para la nueva alianza de mayoría (en "Intervención", *cit.*, p. 215).

133 En este sentido, Stortoni destaca que la política criminal que inspiraba la legislación excepcional prescindió de examinar la conexión entre el fenómeno de la criminalidad y los procesos de disgregación social producidos en los años de la crisis económica (en "Intervención", *cit.*, pp. 299-300).

intereses colectivos¹³⁴, afrontar en forma autoritaria los conflictos sociales¹³⁵, no plantearse -en general y en particular respecto de aquellas formas más alarmantes de criminalidad como el terrorismo- en qué medida el abandono de un modelo conflictual de sociedad había llevado a una marginalización de los movimientos conflictuales, de lo cual podía derivar su opción por el terrorismo¹³⁶.

Y, como resultado de todo ello, fundamentar esta política del orden público en una enfatización de la intervención

Bricola también se cuestionaba que la legislación excepcional fuera la consecuencia de la crisis de orden público

La investigación debe plantearse el interrogante de si la crisis no será más bien el resultado de una carencia de reformas y si, en lo concerniente al aumento de la criminalidad, no se trata específicamente de un resultado determinado por la ausencia de una política criminal de conjunto y social, fundada sobre los nuevos valores constitucionales (en "Legalità e crisi: l'art. 25 comi 29 e 30 rivisitato alla fine degli anni 70", en *QC*, 1980, p. 183).

134 Era el juicio v.gr. de Bricola referido a la ley Reale -pero que podía extenderse al supuesto de la legislación excepcional- en el sentido de que centrando toda la intervención punitiva en las formas alarmantes de criminalidad quedaba ulteriormente relegada la protección v.gr. de intereses colectivos (en "Politica criminale (...)", *cit.*, p. 280). La crítica a la "visión fragmentaria" del fenómeno criminal que inspiraba a la legislación excepcional será una constante de la política editorial de la revista "La Questione Criminale", así v.gr. se destaca en la editorial de presentación de esta revista, *QC*, 1975, p. 3.

135 Era una apreciación que hacía Bricola en relación a las disposiciones de la ley Reale que extendían las medidas de peligrosidad predelictuales, ampliaban los poderes de la policía del uso de las armas, y creaba nuevas tipologías delictivas (v. supra 1.4.2.2) las cuales tenían potencialidad para servir de instrumento de represión de actividades de lucha política no institucional (en Bricola, "Politica criminale (...)", *cit.*, pp. 228-229).

136 En este sentido Ferrajoli destaca que el ingreso de los partidos de la izquierda tradicional en el área gubernamental, comportaba una separación progresiva entre clase política y base social, dejando sin representación política a un área amplia de clase obrera y de grupos marginales y que ello se producía en un contexto de crisis económica que dilatava los procesos de marginalización social, concluyendo de la siguiente manera:

(...) esta creciente marginalización y disgregación de la clase subalterna constituye el mejor campo de cultivo no sólo para la desviación criminal en general sino también para la violencia política y el terrorismo, así como para los fenómenos conexos de persecución y de instrumentalización por parte de las fuerzas reaccionarias (en "Intervención", *cit.*, p. 217).

Hacen análisis semejantes Stame, "Intervención", *cit.*, p. 244 y Resta, "Intervención", en "Terrorismo e stato della crisi", *cit.*, p. 26.

punitiva del Estado en perjuicio de un conjunto de derechos del ciudadano reconocidos en la Constitución¹³⁷. Si se analiza, este modo de crítica necesariamente presupone la posibilidad de que el proyecto conflictual, que se reconocía en crisis, pudiera volver a ser dominante, de ahí que en él todavía no pueda interpretarse que exista una crisis aguda del paradigma conflictual¹³⁸.

Un segundo modo de crítica a esta legislación excepcional, que también está presente en la obra de los autores identificados con el nuevo paradigma reeducativo desde el inicio de la legislación excepcional, pero que tenderá a ser el modo prioritario de crítica -y del cual es muy significativo el artículo sobre "Legalidad y crisis" de Bricola de 1980¹³⁹- consistirá en enfrentarse a la legislación excepcional no tanto -como en el primer modo de crítica- desde el punto de vista de una política criminal progresista que se considerará prescrita

137 Sobre los principios y derechos constitucionales que serían, en menor o mayor medida, violados por la legislación excepcional me remito a lo expuesto en el comentario a esta legislación (v. supra I.4.2.2.). Me sirvo de la remisión en cuanto para tal análisis de la legislación excepcional utilicé preferentemente las obras de los autores que reaccionaron críticamente frente a tal legislación y que, en su mayoría, habían estado identificados con el nuevo paradigma reeducativo.

138 Esto permite justificar la aparente contradicción de que una obra de un autor la haya tenido en cuenta para exponer los principios del nuevo paradigma reeducativo como para apreciar la reacción crítica a la legislación excepcional. Son significativos de este período histórico en que la crisis del modelo conflictual se considera aún recuperable las obras citadas de Bricola del período 1974-1976.

139 Bricola, "Legalità e crisi (...)", *cit.*, *passim*. Por cuanto aún cuando aquí siga el autor planteando la superación de la política del orden público con una política criminal basada en las reformas (p. 183) lo cierto es que la sustancia del artículo consiste en un replanteamiento de su concepción constitucional del ilícito penal, expuesta en 1973, planteada como garantía frente a la legislación de excepción (*passim*). En un artículo posterior, en el que Bricola se posicionaba frente al Código Rocco, el autor ponía claramente de manifiesto que en el marco de la crisis social e institucional de la sociedad italiana -y mientras que ello no fuera superado- la única tarea posible que debía orientar al jurista era la de contener los efectos corrosivos de la legislación excepcional (en "Considerazioni introduttive", en AA.VV., "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo", en *QC*, 1981, p. 24).

por la Constitución sino fundamentalmente a partir de las garantías que la Constitución prescribía para el individuo frente a la intervención penal del Estado y que vendrían violadas por la legislación excepcional¹⁴⁰. Este segundo tipo de crítica era sustancialmente distinto del primero, por cuanto el deber ser que la caracterizaba -el respeto a las garantías individuales- no exigía una dominación del modelo conflictual para ser llevada a término, sino que venía formulada, pienso, como un ataque a la legitimación de un Estado, con independencia de que él viniera gobernado por un consenso entre las fuerzas políticas dominantes. Es decir, y, resumiendo, aún cuando incidía en lo mismo, mientras que el primer modo de crítica al fundamentarse en un modelo conflictual de sociedad era excéntrico respecto de un Estado que se legitimaba en el consenso de las fuerzas políticas, el segundo modo de crítica, incidía directamente en cualquier Estado que tuviera como punto de referencia el respeto a los derechos individuales del ciudadano.

El aspecto más significativo de que la doctrina jurídica italiana, antaño identificada con el nuevo paradigma reeducativo, tenderá a abandonar el modelo conflictual de sociedad pienso que se advierte en su nueva posición frente al sistema penal en su conjunto. Por cuanto si el nuevo paradigma reeducativo planteaba un programa integral de reforma del derecho penal -es decir mantenía la tradición del paradigma reeducativo consistente en afrontar el tema de la pena desde la

¹⁴⁰ V. nota 137.

perspectiva del deber ser- que incluía una revisión de los bienes jurídicos tutelables, de los medios de tutela y, dentro de éstos, de los fines de las sanciones penales, durante el periodo de la legislación excepcional estos mismos juristas privilegiarán un análisis anclado en el ser, es decir, en la realidad del sistema penal. Y en este nuevo tipo de análisis la primera institución que caerá en crisis será la pena privativa de libertad, careciendo de un proyecto que permitiera refuncionalizar la población penitenciaria a fines positivos visto desde los efectos negativos que producía sobre los individuos sin que el punto de referencia de tales críticas fuera otro que el respeto a los derechos que la Constitución, y la propia ley penitenciaria, atribuían al individuo¹⁴¹.

Por lo que se refiere a las medidas alternativas el discurso es un poco más complejo, pues, mientras que desde la perspectiva del abandono del modelo conflictual también tales instituciones caerán en crisis, es decir, se las analizará por su semejanza a las penas privativas de libertad, por los controles realizados

141 La institución penitenciaria es la primera institución en "caer en crisis" por que era aquella que en mayor medida exigía una dominación del paradigma conflictual para ser refuncionalizada a fines positivos. El libro colectivo Il carcere riformato, cit., mostraba esta crisis al valorar la institución penitenciaria desde la crítica al ordenamiento penitenciario, y, en particular, a la subordinación que en ella se tenía de todos los hábitos de la vida en privación de libertad al comportamiento disciplinado del recluso (en particular, Stortoni, "Libertà e diritti del detenuto nel nuovo ordinamento penitenziario", pp. 31-62, passim). Ni en este ni en el resto de los artículos de Bricola ("Introduzione", pp. 9-12), del "Gruppo penalistico dell'Università de Bologna" ("Sulle misure c.d. alternative", pp. 15-30) de Loi/Mazzacua, ("Il sistema disciplinario nel nuovo ordinamento penitenziario", pp. 63-102), de Pavarini, ("La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell'ordinamento penitenziario", pp. 105-170), de Carletti ("Carcerati e carceresi (...)", cit.), de Gamberini ("E la carcerazione preventiva?", pp. 241-251) y de Virgilio ("Ordinamento penitenziario e leggi speciali per i minori degli anni diciotto", pp. 253-261) se planteaba ya la funcionalidad de la institución penitenciaria a un proyecto reeducativo pero se seguía aceptando la potencialidad reeducativa (en el sentido del nuevo paradigma reeducativo) de las medidas alternativas (v.g. en "Gruppo penalistico (...)", cit., pp. 28-29). Esta contradicción -pues el nuevo paradigma reeducativo no preveía dos tipos de reeducación distintos para las penas y las medidas alternativas- era claro síntoma de que no se valoraban todas las consecuencias de la crisis del paradigma reeducativo que también afectaba a las medidas alternativas.

sobre el individuo, algunos autores de los identificados con el nuevo paradigma reeducativo, seguirán planteando sus potencialidades reeducativas por considerar que la sociedad, aún cuando no estuviera basada en el conflicto, daba posibilidad de una reinserción social siempre que el individuo no fuera aislado de la sociedad, lo cual suponía, ciertamente, alejarse del nuevo paradigma reeducativo, para el cual los procesos de exclusión social no podían ser superados en la actual sociedad¹⁴².

¹⁴² Con esto no quiero decir que el nuevo paradigma reeducativo hiciera de la cárcel un lugar privilegiado de reeducación y no pudiera renunciarse a ella sin desvirtuar tal paradigma. Desde luego que no. Lo que quiero poner de manifiesto es que el modelo de reeducación social y conflictual que informaba el paradigma reeducativo venía pensado para ser aplicable tanto a la pena privativa de libertad como, aún cuando en mejores condiciones, a las medidas alternativas, lo cual significa que si caía en crisis el modelo conflictual de referencia arrastraba consigo tanto a la reeducación en privación de libertad como en libertad. Es cierto que de acuerdo al nuevo paradigma reeducativo la reeducación en privación de libertad exigía un mayor esfuerzo de las organizaciones conflictuales -romper, en sentido metafórico, las barreras de las cárceles- y que, por tanto, si estaba en crisis el modelo conflictual, lo primero en caer en crisis era la reeducación en privación de libertad, pero también era cierto que la crisis del modelo conflictual ponía en crisis cualquier modelo de reeducación que se basara en la integración del individuo en las organizaciones conflictuales con una perspectiva de transformación social.

En base a esto puede establecerse, entre los autores que habían participado del nuevo paradigma reeducativo, una división entre quienes, dada la crisis del modelo conflictual, abordan críticamente las medidas alternativas previstas en el ordenamiento penitenciario y quienes, aún aceptando esta crisis, reivindican las potencialidades reeducativas de las medidas alternativas.

Del primer sector son representativos los artículos de Bricola "L'affidamento in prova al servizio sociale. 'Fione all'occhiello' della riforma penitenziaria", en *DC*, 1976, pp. 373-400 y "Le misure alternative alla pena nel quadro di una 'nova' politica criminale", en *RIDPP*, 1977, pp. 13-76 y en el libro colectivo *Il carcere riformato*, *cit.*, en donde se hace una crítica a la regulación legal de las medidas alternativas -fundamentalmente por privilegiar la finalidad de control sobre la de reinserción (Bricola, "L'affidamento (...)", *cit.*, 1976, p. 400)-. En estos artículos se seguía utilizando el nuevo paradigma reeducativo en clave crítica y de ahí que se admitiera que las medidas alternativas, en el marco de una política criminal alternativa a la existente, pudieran cumplir la función reeducativa que le asignaba el paradigma reeducativo conflictual. A medida que la crisis del modelo conflictual se fue agudizando, tales autores dejaron de plantear tales argumentos desde una perspectiva que no fuera la exclusivamente garantista.

Del segundo sector me parece representativo el artículo de Neppi de 1979 "Promesse e realtà della riforma penitenziaria", *cit.*, en el cual se reivindicaba que frente al fracaso de la reforma en el ámbito del tratamiento penitenciario, habían tenido éxito las medidas alternativas (pp. 22-23).

Considerar que habían tenido éxito las medidas alternativas (con independencia de que eso pudiera ser matizado -v. *supr* 1.4.2.3.) significaba asumir un modelo de reeducación ajeno al del nuevo paradigma reeducativo por cuanto ni Neppi, ni ningún otro autor, afirmaba que tal éxito se debiera a la inserción del condenado en aquellas organizaciones sociales con finalidad de transformación social sino simplemente a que el índice de reincidencia de las personas sometidas a medidas alternativas fuera menor que el de los sometidos a privación de libertad. Este modelo de reeducación social -pero no conflictual- que quedaba implícito en este artículo no venía teorizado por el autor. En una línea semejante me parecen ubicables los

Por último, de este abandono del modelo conflictual de sociedad es muy significativo que, ya en los inicios de la nueva década, cuando se plantea el interrogante de qué actitud tomar frente a la supervivencia por 50 años del Código Rocco, elaborado en la época fascista, la respuesta mayoritaria de la cultura jurídica antaño identificada con el nuevo paradigma reeducativo fuera la de considerar que el tema de un nuevo código era im planteable y que la única misión posible del jurista era la de luchar por la superación de la legislación excepcional y por la elevación del nivel de garantías para el ciudadano por parte del sistema penal¹⁴³.

Esta posición de la cultura jurídica italiana, antaño identificada con el nuevo paradigma reeducativo y que, ante el desvanecimiento del modelo de conflicto social, opta por un modelo de crítica a las instituciones punitivas, y preferentemente a la legislación excepcional, basado en la defensa de las garantías individuales, ha recibido el nombre de garantismo. La inspiración ideológica de esta posición garantista es distinta en el primer modo de crítica a la legislación excepcional -el que tomaba como punto de referencia

artículos de Margara "Le misure alternative (...)", *cit.*, "La riforma carceraria (...)", *cit.*, *passim*, de 1979 y 1981, respectivamente, por cuanto, aún cuando en ellos, a diferencia de Meppi, exista también una valoración negativa de la aplicación de las medidas alternativas, se utiliza como punto de referencia crítico un modelo de reeducación social, que tampoco Margara se ocupa de fundamentar.

143 AA.VV., "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo", debate sobre el tema homónimo, Bologna, 16-17 Enero 1981, en *QC*, 1981, pp. 3-168 y 249-322. Ya me he referido anteriormente a la opinión de Bricola de considerar im planteable una nueva codificación mientras persistiera la dinámica consensual en la vida política y el predominio de la excepcionalidad. Mantienen en este debate opiniones semejantes: Stortori, "Fallimento di una riforma penale e impossibilità di un nuovo codice penale nel presente momento storico", pp. 273-280; Gamberini/Insolera, "Conflitto sociale, nuovo codice penale e proceso de valorizzazione", pp. 281-298.

un modelo conflictual de sociedad- que en aquél que tenderá a prevalecer, que no tomaba el modelo conflictual de sociedad ni siquiera como punto de referencia crítico. En el primer modo, con la crítica se pretende contribuir a un retorno por parte de las fuerzas sociales dominantes de la izquierda al modelo conflictual. Con el modo prevalente, el garantismo pienso que tiene tres significados: una crítica al modelo de Estado que había dado vida a la legislación excepcional, cuya única función es formar una conciencia crítica; una defensa de las garantías individuales, basada en el principio iluminista de defensa del individuo frente al Estado. Y, pero sólo en algunos autores, una voluntad de defensa de aquellos movimientos conflictuales, a los que en el curso de estos años se había querido marginar, por cuanto ellos sólo podrían satisfacer sus necesidades mediante la contraposición a un Estado que en atención a diversos motivos, entre ellos el de la crisis fiscal, se veía estructuralmente llevado a privilegiar las funciones de control frente a formas de resolución de conflictos características del Estado del Bienestar¹⁴⁴.

144 El paso del primer al segundo tipo de garantismo depende, como ya he explicado, de la valoración que se hace de la crisis del modelo conflictual. Mientras que en el primer tipo se considera a ésta como una crisis contingente, posible de ser superada a corto plazo, conciencia que prevalece hasta 1977, en el segundo tipo, se es más pesimista respecto de una posible transformación del modelo consensual de sociedad al que han tendido las fuerzas de la izquierda tradicional, valoración cada vez más dominante a partir de 1977 y de la cual me parece muy significativo el debate de AA.VV. sobre "Terrorismo e stato della crisi", *cit.*, de 1979, en el cual diversas intervenciones, *cit.*, como la de Insolera, Stame, Ferrajoli, Restal el garantismo se plantea como protección de aquellos movimientos conflictuales que -implícitamente- para satisfacer sus necesidades se enfrentan al Estado, lo cual supone dejar de plantear un modelo de conflicto basado en la vinculación entre la izquierda tradicional y los movimientos. El fundamento teórico de estas posiciones -que vienen expresadas en Stame, "Teoria dello Stato e controllo sociale", *cit.*, *passim*- en un análisis del neocapitalismo basado en considerar que se producía un desplazamiento del conflicto 'clases burguesas'-'clases trabajadoras' al conflicto 'sectores protegidos por el sistema económico y político'-'sectores desprotegidos', que no podría resolverse desde el Estado- y de ahí la crítica al estatalismo del P.C.I.- porque en esta fase el Estado deja de ser promotor del desarrollo.

El garantismo de otros autores, como Bricola, que seguramente no compartían el análisis de Stame pero que tampoco ven posible un cambio próximo a la actitud de la izquierda, se plantea sólo como defensa de los

La evolución del reformismo al garantismo, que puede considerarse la respuesta mayoritaria de la cultura jurídico-penal identificada con el nuevo paradigma reeducativo a la crisis del modelo conflictual, tiene excepciones en aquellos autores que consideran que, respecto del terrorismo, eran necesarios medios excepcionales de defensa para salvaguardar la democracia. Era ésta una posición que, en cierta medida, legitimaba que la superación del modelo conflictual se había producido, como era opinión dominante en el P.C.I., por la necesidad de una unión entre las fuerzas democráticas para enfrentarse a las amenazas al orden constitucional¹⁴⁵.

I.4.3.2. Surgimiento de una nueva justificación preventivo-general del derecho penal que no aparece incompatible con las premisas de la nueva alarma social.

La nueva situación histórica, basada en la progresiva afirmación de un modelo consensual de sociedad, será,

derechos individuales y como crítica frente a un sistema al que no se ven alternativas cercanas.

En parte atípica me parece la posición de Baratta, quien en el curso de estos años (1975-1981) realiza una producción intelectual de notabilísima importancia, consistente en realizar una crítica del modelo de justificación del derecho y la ciencia penal liberal tomando como punto de referencia los desarrollos teóricos de la criminología liberal y de la criminología crítica. Digo que su posición es atípica porque el autor mantiene durante estos años, sin modificación sustancial, una propuesta de política criminal alternativa, que toma como punto de referencia el movimiento obrero y a otros movimientos transformadores, sin tomar en consideración, para la validez de tal propuesta, el alejamiento efectivo del movimiento obrero o de sus organizaciones representativas, de praxis conflictuales y transformadoras. Las obras más importantes del autor durante este período vienen recopiladas en su libro Criminología crítica e crítica del diritto penale, Bologna, Il Mulino, 1982.

145 Mantiene tal posición: Pulitano, "Intervención", en AA.VV., "Terrorismo e stato della crisi", cit., pp. 100-107, quien critica a la posición garantista, al considerar que durante estos años -el artículo es de 1979- las garantías se habían mantenido a salvo y que el verdadero problema era la inadecuación de la legislación excepcional en términos de coacción en relación al terrorismo (pp. 105-107). Anteriormente en 1977 habían mantenido una posición semejante: Sbriccoli, "Intervención", en AA.VV., "Ordine pubblico e crisi politico-economica", cit., quien criticaba a los participantes en el debate por no tener conciencia de la situación de excepcionalidad que se había creado en Italia con la violencia común y política, frente a la cual era necesario realizar una política de lucha a las causas de la criminalidad pero también un reforzamiento en el sentido de la eficacia del sistema de control (pp. 232-236).

lógicamente, muy fértil para aquella doctrina jurídico-penal que había manifestado su oposición o no se había identificado con las nuevas concepciones de la pena y del derecho penal que se basaban en el modelo conflictual de sociedad.

Dentro de esta doctrina, puede identificarse un primer sector cuyas posiciones están en continuidad con aquel sector de la doctrina, entonces muy minoritario, que había reaccionado contra el modelo conflictual de sociedad, acusándolo de generar un clima de rechazo de las normas y de exaltación del desorden que era generador de criminalidad¹⁴⁶. El punto de partida de esta posición era la afirmación de un gran incremento de la criminalidad que se interpretaba -y de ahí la continuidad antes aludida- al transcurso de un periodo histórico en que la misma preocupación había sido el autor del delito¹⁴⁷, a una ética de rechazo a la sociedad y a las normas sociales¹⁴⁸ y a una normativa penal cuya creación y aplicación se inspiraba en la indulgencia¹⁴⁹. El aumento de la criminalidad creaba una

146 V. supra I.3.2.

147 En este sentido, Nuvolone, "Relazione introduttiva", en AA.VV., Le misure di prevenzione, Milano, Giuffrè, 1975, p. 16. Nuvolone considera que en el periodo 1963-1973 se había producido una "progresiva liberalización de la Constitución". El juicio de Nuvolone se parece que sólo es válido si se interpreta en el sentido que durante este periodo no había existido un tipo de legislación basado en la excepcionalidad.

148 En este sentido Nuvolone destaca como factores de aumento de la criminalidad la mitificación de la violencia (en "Riflessi di politica criminale e riforma del codice", en IP, 1975, p. 11). También Mantovani ("Sanzione alternative alla pena detentiva e prevenzione generale", en AA.VV., Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati, Bologna, Il Mulino, 1980, p.78) alude a que factores de disminución de la eficacia preventiva de la norma fueron las ideologías permisivistas y la exaltación de la violencia como forma de reivindicación.

149 De esta opinión era Pecorano-Albani ("I doceti di diritto penale e la riforma del libro primo del Codice penale: alcuni rilievi in tema di lesività del reato, di pena carceraria e di misure di sicurezza", en EP, 1975, II, pp. 1-31 y 85-94) quien privilegiaba como causa del incremento de la criminalidad la "crisis de aplicación del derecho" que se manifestaría v.gr. en la interpretación de ciertos jueces

legítima alarma en una población que exigía protección; estos juristas eran sensibles a tales exigencias y -asumiendo el punto de vista de la víctima frente a lo que consideraban una tradición de exclusiva preocupación por el autor- se amparaban en el art. 2 de la Constitución -"La republica (...) garantiza los derechos inviolables del hombre (...)"- para justificar las medidas dirigidas a tal fin¹⁵⁰.

Una vez operado este desplazamiento del objeto problemático, del autor a la víctima, -pues, como he tenido ocasión de repetir, el paradigma reeducativo construyó una concepción de la pena basada en la compatibilización de los fines de la prevención general y de la prevención especial, en la cual lo que se consideraba problemático y suscitaba por tanto las propuestas de reforma, era la consecución de la reeducación del autor¹⁵¹- los autores de este sector de la doctrina destacaban que la prevención social pudiera ser un medio eficaz no sólo porque algunas causas del incremento de la criminalidad reclamaban directamente al derecho penal sino también porque,

consistente en excluir la punibilidad por mínima lesividad del hecho- (pp. 5-6) y criticaba las medidas alternativas (el artículo estaba escrito antes de la aprobación de la ley penitenciaria) por debilitar la eficacia de las normas penales contra el delito (pp. 17-18).

En un sentido semejante se expresaba Mantovani, "Sanzione alternative (...)", *cit.*, para quien la praxis de aplicación de la reforma penitenciaria ha estado basada en el permisivismo y en la aplicación extensiva, por parte de los jueces de vigilancia, de las medidas alternativas, lo cual había contribuido negativamente a la protección de la sociedad. Una recuperación del carácter intimidatorio de la pena se realizará sólo con la introducción de las cárceles de máxima seguridad, que el autor, por tanto, justifica (pp. 83-84). Opiniones semejantes, en el sentido de que la aplicación extensiva por parte de los jueces de vigilancia del régimen de permisos contribuía al incremento de la criminalidad, en Ferrato, "Sui permessi ai detenuti", en *Tesi*, 1978, pp. 569-571.

150 En este sentido, Mantovani, *op. cit.*, p. 78.

151 Sobre lo cual, v. *supra* cap. I.2 (y en particular las conclusiones en I.2.4.1).

en todo caso, una política preventiva sólo tendría efecto a largo plazo y no tendría virtualidad para superar las causas individuales¹⁵² y proponían un modelo punitivo centrado en la prevención general, tanto en su aspecto intimidatorio como en el de la convalidación de las normas. Un desarrollo de este modelo, al que contribuyen autores como Pecorano-Albani¹⁵³, Nuvolone¹⁵⁴ y Mantovani¹⁵⁵ -cuyas posiciones son coincidentes sólo en lo esencial¹⁵⁶-, lo realiza Pagliaro con diversos artículos publicados entre 1976 y 1981¹⁵⁷.

152 En este sentido Mantovani, *op. cit.*, p. 74.

153 Pecorano-Albani, *op. cit.*, quien fundamenta su propuesta en la prevención general en su sentido intimidatorio (p. 87) y de reafirmación de valores tutelados por el ordenamiento, a lo cual llamaba retribución (p. 88).

154 Valga la siguiente frase del autor:

Ninguna sociedad puede prescindir de la pena, de una de las diversas formas de pena, pero la pena en el momento de la amenaza y en el de la aplicación sólo puede cumplir sus finalidades de prevención general y especial en cuanto venga sentida como un mal justo impuesto por una sociedad que cree en ciertos valores y les da actuación concreta fuera y dentro de los muros de la cárcel (en "Relazione introduttiva", en AA.VV., *Pene e misure alternative (...)*, *cit.*, p. 10). Nótese la expresión "mal justo" que tan alejada parece de la concepción -por el mismo autor sustentada años antes (v. supra I.2.2.2.2.)- del mínimo retributivo apto a la reeducación y capaz de satisfacer la necesidad de prevención general.

155 También Mantovani, *op. cit.*, propugnaba un sistema que dotara a la pena de las siguientes características: adecuación, certeza de su aplicación, prontitud, notoriedad de la ley penal, publicidad para conseguir la finalidad de prevención general en un sentido intimidatorio y de orientación cultural (pp. 69-77).

156 Esto es, en la necesidad de dar una respuesta penal que enfatice la prevención general frente al aumento de la criminalidad. Pero discrepantes en el alcance de esta respuesta; en este sentido mientras que la posición de Pecorano-Albani era absolutamente crítica frente a las medidas alternativas, la posición de Nuvolone y, en mayor medida, la de Mantovani no dejaban de admitir la necesidad de tales medidas, siempre que en ellas viniera justificada la eficacia preventivo-general (Pecorano-Albani, *op. cit.*, pp. 15-20; Nuvolone, "Relazione introduttiva", *cit.*, pp. 4-7; Mantovani, *op. cit.*, pp. 80-92).

157 Concretamente, las obras de Pagliaro que tomo en consideración para hacer la exposición que sigue son "Aspetti giuridici della prevenzione", en *IP*, 1976, pp. 5-12; "Prospettive di riforma", en AA.VV., *Pene e misure alternative (...)*, *cit.*, pp. 415-435; "La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi", en *RISPP*, 1979, pp. 1189-1208; "Correlazione tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e

El modelo punitivo propuesto por Pagliaro era, en determinados aspectos, coincidente con la concepción tradicional de la prevención general que en Europa había sido planteada por ejemplo ya por Andenaes¹⁵⁸. En este sentido el autor consideraba que la "función social del derecho penal"- esto es, el fin que debía cumplir el derecho penal y los medios considerados adecuados para alcanzar tal fin- era la prevención de acciones no deseadas por el derecho¹⁵⁹. Tal fin se debería cumplir como consecuencia de una doble influencia que la percepción del derecho penal en su conjunto debía ejercitar sobre los ciudadanos, por una parte como orientación cultural:

El sistema penal tiene la capacidad de inculcar en el pueblo ciertos juicios de valor los cuales se manifiestan en esquemas comunes de comportamiento moral que representan barreras contra las tendencias criminales¹⁶⁰.

Y, por otra, como intimidación:

La representación anticipada de la sanción penal opera como contramotivo respecto de la comisión de delitos por el carácter aflictivo de las sanciones y por la humillación social que comportan¹⁶¹.

gli atteggiamenti della prassi", en IP, 1981, pp. 219-235; "Comisurazione della pena e prevenzione generale", en RIOPP, 1981, pp. 25-33; "Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati", en RIOPP, 1981, pp. 447-455.

158 De quien en italiano se había publicado "La prevenzione generale: illusione o realtà?", en RIOP, 1953, pp. 265-293 (pero en un momento -el proceso de formación del paradigma reeducativo- poco propicio para ser acogida, su tesis) y, más recientemente, "La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena", en AA.VV., Teoria e prassi (...), cit., 1980, pp. 33-48 (en un momento ya mucho más favorable).

159 Pagliaro, "Aspetti giuridici (...)", cit., p.5.

160 Pagliaro, "La riforma (...)", cit., p. 1190.

161 Ibidem.

Además el derecho penal debía cumplir su fin de evitación de delitos no deseados por el derecho a partir de la prevención especial. Pero era esta una finalidad que, como veremos, en el modelo propuesto por Pagliaro venía subordinada a la prevención general.

Para que el derecho penal cumpliera tales fines de prevención general, la sanción penal debía reunir las siguientes características: certeza de su aplicación, celeridad en su imposición y justa severidad¹⁶². La certeza de la aplicación de la sanción se debería conseguir con la emanación de normas y la dotación de medios que facilitarían la eficacia policial¹⁶³. La certeza de la aplicación de la sanción se debería conseguir a través de una reorganización de los servicios policiales que llevase a la eficacia¹⁶⁴. Dado el carácter compensable de estas características de la sanción, el autor proponía que en aras de la celeridad de la sanción se permitiera al imputado de un delito optar por juicios rápidos que comportaran sanciones menos severas.

En todo lo expuesto anteriormente no me parece que el modelo propuesto por el autor se diferencie de las concepciones tradicionales de la prevención general.

La originalidad de Pagliaro -y lo que relacionaba su concepción con la excepcionalidad del momento histórico- se

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Pagliaro, "La riforma (...)", *cit.*, p. 1197.

¹⁶⁴ Pagliaro, "Aspetti giuridici (...)", *cit.*, pp. 8-9.

manifestaba no sólo en su demanda de una mayor celeridad de la pena respecto de aquellos delitos más alarmantes¹⁶⁵ sino fundamentalmente en el ámbito de la severidad de la sanción. La novedad no estaba en la exigencia del carácter de aflicción de la pena, a lo que aludiré más adelante, por cuanto ello era coherente con la concepción tradicional de la prevención general que subordinaba a un segundo lugar la prevención especial, sino su propuesta de una "justa severidad". Aducía el autor que sólo cuando la severidad se correspondiera a la valoración de la conducta que realizaba la sociedad se cumpliría el efecto intimidatorio y de orientación cultural de la sanción¹⁶⁶. Y ello no sería novedoso si no fuera porque el autor vinculaba tal valoración social a la alarma de la población:

Las eventuales reacciones emotivas de la población en favor de largas penas privativas de libertad que deberían incapacitar al reo en modo indiferenciado no deberían ser tomadas en consideración por un legislador racional sino exclusivamente en la parte en que desplazan hacia arriba el nivel de pena considerado justo por la sociedad y, por tanto, obligan a abandonar cierto mínimo de pena, no por exigencia de incapacitación sino por razones de prevención general¹⁶⁷.

Podría argüirse, en primer lugar, que esta concepción no era discordante con la tradicional de la prevención general al pretender disminuir los delitos que se producen en una sociedad mediante el incremento de la severidad, pero pienso que debería

165 *Ibidem*.

166 Pagliaro, "Le ideologie (...)", *cit.*, p. 451.

167 Pagliaro, "Le ideologie (...)", *cit.*, pp. 454-455.

responderse que en una concepción tradicional de la prevención general, el incremento de la pena sólo estaría justificado para contrarrestar un efectivo aumento de la comisión de ciertos delitos, lo cual es distinto del criterio subjetivo de la alarma de la población que puede existir sin que se haya producido tal incremento efectivo de los delitos que causan alarma¹⁶⁸. No estaría afectada por esta crítica la afirmación de que el incremento de la pena se debería a una modificación en la sociedad de la jerarquía de los bienes jurídicos, pero a tal afirmación, se debería objetar que la alarma no es un criterio correcto para percibir la jerarquía de bienes jurídicos en la sociedad ya que en ella no existe un pronunciamiento sobre los delitos no alarmantes y nada excluye que la sociedad los siga considerando delitos más graves aún cuando no pida para ellos, mientras no pasen a la categoría de alarmantes, penas más graves.

Por ello, me parece que debe concluirse en el sentido de que el criterio de "justa severidad" expresaba algo distinto a la pura prevención general por cuanto su punto de referencia no eran los potenciales autores de delitos -como en el modelo tradicional de la prevención general- sino más bien las potenciales víctimas, cuya alarma bien podía considerarse sinónimo de inseguridad que parecía quererse vencer satisfaciendo sus anhelos represivos¹⁶⁹.

168 Esta objeción -en el sentido de no considerar tal concepción preventiva- había sido ya planteada en el debate italiano por Dolcini, La commisurazione della pena, Padova, Cedam, 1979, pp. 228-229.

169 Esta distinción entre concepción de la pena cuyo punto de referencia es el autor potencial de delitos y aquella cuyo punto de referencia es la víctima potencial la realizo merced a la lectura del artículo de Seelmann "Una tendenza attuale nello sviluppo della teoria della pena in Germania", en QC, 1981,

No sólo el legislador, en la fase de conminación de la pena, debería tomar en consideración las exigencias de "justa severidad" planteada por la sociedad sino que también el juez, en la fase de conmesuración de la pena, habría de tomar en cuenta la necesidad de prevención general planteada en el momento del hecho y también, pero con algunos límites, en el momento de la condena¹⁷⁰. Pagliaro justificaba su opinión frente a las críticas de Dolcini quien había mantenido que el principio constitucional de la responsabilidad personal, impedía que en la fase de conmensuración de la pena el juez tuviera en cuenta las exigencias de prevención general ya que ello supondría una instrumentalización del sujeto ajena a la responsabilidad personal¹⁷¹ argumentando -con razón que me parece difícil de rebatir- que la aceptación de que la pena debía cumplir un fin de prevención general en la fase de conminación, lo cual obligaba a una efectiva aplicación y ejecución de la pena, necesariamente significaba asumir que el individuo venía responsabilizado por un hecho individual pero en el marco de referencia de la sociedad en la que vivía o, lo que es lo mismo, que cualquier concepción de la pena que partiera de la prevención general instrumentalizaba al

pp. 425-434.

170 Pagliaro, "La conmisurazione (...)", *cit.*, pp. 26-28. Pagliaro consideraba que el sujeto debía responder por las exigencias de prevención general que se manifestasen en el momento del hecho y sólo debía responder de aquellas que se manifestaran en momentos sucesivos cuando tal riesgo de una sanción realmente más severa fuera asumido por el sujeto con dolo o culpa. Si las exigencias de prevención general hubieran disminuido el juez debería aplicar una pena disminuida (p. 27).

171 Dolcini, La conmisurazione (...), *cit.*, pp. 112-115 y "La disciplina della conmisurazione della pena", en RIDPP, 1981, pp. 34-60.

individuo y que, por tanto, no era coherente quien, partiendo de una aceptación de la prevención general en la fase de la conminación, como Dolcini¹⁷², criticara su posición por instrumentalizar al individuo¹⁷³.

La expresión "justa severidad" daba sentido además al carácter necesariamente aflictivo que debía tener la pena para cumplir los fines preventivos -y de satisfacción de la alarma social- que en el modelo de Pagliaro, se atribuía al derecho penal. En este sentido, era significativo de la ruptura con el paradigma reeducativo que Pagliaro reivindicara el carácter preventivo de la pena de reclusión, y por tanto su necesidad, aún asumiendo que su carácter aflictivo -alejamiento familiar y laboral, inserción en un ambiente artificial y limitado- dificultaba el logro de la prevención especial¹⁷⁴, y del sistema de doble vía, al que desde siempre se habían opuesto los defensores de una concepción reeducativa de la pena¹⁷⁵.

Para distinguirla de otras concepciones de la prevención general, el autor denominaba a su modelo "concepción ampliada de la prevención general", considerando que ella no incurriría en las críticas empíricas a la concepción de la prevención general basada exclusivamente en el aumento de la severidad. Lo que el autor no llegaba a decir es que un modelo cuyo punto de

172 Dolcini, "La disciplina (...)", *cit.*, p. 56.

173 Pagliaro, "La consuetudine (...)", *cit.*, pp. 26-27.

174 Pagliaro, "Prospettive (...)", *cit.*, p. 423.

175 Pagliaro, "Prospettive (...)", *cit.*, pp. 432-433.

referencia se desplazaba hacia las potenciales víctimas del delito más que no estar sometido al mismo tipo de críticas difícilmente podía ser puesto en crisis por una apreciación de la realidad que se refería a los autores de delitos¹⁷⁶.

Esta defensa del carácter de aflicción de la pena limitaba enormemente, en el modelo punitivo propuesto por el autor, el rol de la prevención especial como medio de evitación de acciones no deseadas por el derecho. Sin resolver ninguna de las críticas que desde el paradigma reeducativo se lanzaban a la compatibilización entre aislamiento del individuo y el autor planteaba el trabajo como factor ético de reeducación¹⁷⁷. La única apertura del autor al paradigma reeducativo se debe a su aceptación del sistema de probation, en base a la crítica a la pena breve, la cual sin existir excesiva necesidad de prevención general venía contraindicada desde el punto de vista de la prevención especial. Pero también ello se matizaba al destacar el autor el efecto de "shock" de las penas brevisimas¹⁷⁸. Por todo ello, pienso que puede concluirse que en el modelo punitivo propuesto por Pagliaro, la prevención especial era un medio subordinado a la prevención general para la evitación de acciones no deseadas por el derecho.

Hacer una valoración global de la propuesta de este primer sector de la doctrina jurídico-penal que no se había

176 Pagliaro, "Le ideologie (...)", *cit.*, p. 452.

177 Pagliaro, "Prospettive (...)", *cit.*, p. 424.

178 Pagliaro, "Prospettive (...)", *cit.*, pp. 425-428.

identificado con el nuevo paradigma reeducativo debe resaltar como fundamental su estrecha vinculación al clima alarmista que comienza a ser dominante en Italia a partir de 1974. Debe destacarse, en este sentido, que el modelo punitivo propuesto por estos autores encuentra realización práctica, en determinados aspectos, en la legislación excepcional del periodo 1974-1982. El límite de las concepciones de estos autores -y en particular del modelo propuesto por Pagliaro, que es el más elaborado entre ellos- se encuentra, justamente, en su pretensión de universalizar el motivo de una época histórica que, en cambio, para la mayoría de la cultura jurídico-penal italiana era un motivo considerado rechazable o, de considerarlo justificable, sin legitimidad para pasar de ser excepción a constituirse en regla.

El segundo sector de esta doctrina jurídico-penal que no se había identificado con el paradigma reeducativo puede ser presentado con la siguiente frase de Stella:

«Como componer esta aguda contradicción entre el sentido común de poblaciones angustiadas y la creciente conciencia científica de la falacia de cualquier retorno hacia el pasado?»¹⁷⁹,

Para dar respuesta a este interrogante es por lo que los penalistas de la Universidad Católica de Milán organizarán en 1979 un congreso, que reunía fundamentalmente a penalistas

¹⁷⁹ Stella, "Il problema della prevenzione della criminalità", en AA.VV., Teoria e prassi (...), cit., p. 31.

italianos y alemanes¹⁸⁰, en el que los organizadores, Mario Romano y Federico Stella, propondrían un nuevo modelo punitivo. De la frase antes citada ya se advierte cuáles eran los límites de esta nueva concepción: dar una respuesta al incremento de criminalidad que no cayera en la irracionalidad¹⁸¹. La primera directriz era la lucha a la criminalidad, problema que, al igual que el primer sector, se consideraba alarmante y que exigía una respuesta por parte del Estado en términos de defensa de la sociedad¹⁸². Ello suponía, en continuidad con el primer sector de la doctrina, aceptar el desplazamiento del ámbito problemático del derecho penal, del autor a la víctima, pero una vez aceptado este desplazamiento -que obligaba a poner en lugar preferente a la prevención general- se planteaban como segunda directriz que la respuesta al problema de la delincuencia se diera en términos de racionalidad, o, en otras palabras, que su motivación fundamental no fuera la respuesta excepcional.

Se distinguían de la corriente doctrinal garantista en considerar que el terrorismo hacía necesaria una respuesta excepcional como la contenida en la legislación de excepción por cuanto como decía Stella:

Una política criminal racional no podía, y no puede, ciertamente, ignorar la necesidad de seguridad colectiva y el reforzamiento de la conciencia moral de los

180 El congreso se realizó los días 7 y 8 de marzo de 1979, los actos fueron publicados en *AR.VI Teoria e prassi (...)*, cit.

181 Stella, "El problema (...)", cit., p. 16.

182 *Ibidem*.

ciudadanos, que representa un factor ineliminable de la prevención general de delitos¹⁸³.

en lo que se advertía, además de una aceptación de la prevención general obtenida mediante el reforzamiento de la identificación con la norma de los ciudadanos, una asunción de la función de la sanción, que había sido postulada por Pagliaro, consistente en la satisfacción del sentimiento de alarma o de inseguridad de la población. Esta función de moralización de los potenciales autores y de satisfacción de las potenciales víctimas habría sido realizada con lo que anteriormente¹⁸⁴ he denominado primera estrategia de la legislación excepcional; pero con ella -algunas de cuyas instituciones venían, de todas formas, consideradas innecesarias¹⁸⁵ se tenían dificultades para lograr la prevención de conductas de aquellos que ya habían emprendido la actividad delictiva, de ahí que Stella consideraba necesaria la segunda estrategia, de tipo premial, cuya eficacia preventiva se debería a fomentar la ruptura y la sospecha dentro de las propias organizaciones terroristas¹⁸⁶.

Pero se distinguían, a su vez, del primer sector de la doctrina antes analizado en considerar que la legislación

183 Stella, "La tutela penale della società", en Iustitia, 1981, p. 322.

184 En supra I.4.2.2.

185 Concretamente Stella, "La tutela (...)", cit., criticaba los excesos de los plazos de la prisión preventiva, de las normas que autorizaban los registros domiciliarios de edificios o bloques de edificios y la detención policial, existiendo la posibilidad de agravar la detención judicial (pp. 329-331).

186 Stella, "La tutela (...)", cit., pp. 325-326.

excepcional suponía una reducción de las garantías penales que sólo era admisible para combatir un fenómeno excepcional que ponía en crisis las bases mismas de la democracia¹⁸⁷, ya que si la respuesta se generalizaba se convertía en regla -lo que efectivamente, decía Stella, había sucedido con algunos institutos de esta legislación¹⁸⁸- era la democracia quien renegaba de sí misma al reducir injustificadamente las garantías individuales y al detener lo que se consideraba un necesario proceso de reforma en los ámbitos del derecho penal sustancial, procesal y penitenciario¹⁸⁹.

Como resultado de esta voluntad de conciliar la defensa de la sociedad con el respeto a las garantías individuales (salvo las limitaciones -que no podían dejar de ser excepcionales- para combatir el terrorismo), proponía un modelo punitivo en el que, tras resaltar la incapacidad de la prevención social de tutelar adecuadamente los bienes jurídicos¹⁹⁰, la prevención general de delitos mediante el derecho penal -cuya eficacia se

187 Stella, "La tutela (...)", cit., pp. 334-335.

188 Además de los señalados en la nota 185, Stella ("La tutela (...)", cit.) aludía a las normas sobre delitos asociativos que extendían el ámbito de la punibilidad a las personas cercanas a las organizaciones terroristas, lo cual podía tener un efecto contrario al fin perseguido, reforzando la imagen del Estado como enemigo (pp. 327-328).

189 Stella, "La tutela (...)", cit., p. 334-336.

190 Decía Stella:

Quien crea en la validez de este postulado ("la política social es la mejor política criminal, el derecho penal es la extrema ratio de la política social") no puede evitar la urgente tarea de dar precisas indicaciones sobre el tipo de política social adecuada para realizar una prevención de delitos "alternativa" pero eficaz respecto a lo que constituye el objetivo de la pena ("Il problema (...)", cit., pp. 21-22). Un camino en el que Stella (ni tampoco Romano) no se aventuraban, lo cual debía significar que no creían en el citado postulado.

consideraba demostrada¹⁹¹— ocupa el lugar prioritario. Esta prevención general debía conseguirse mediante los efectos del sistema penal sobre los ciudadanos, en el sentido de la convalidación moral de las normas y en el de intimidación¹⁹². Como señala Romano, las condiciones que debía reunir la sanción penal para cumplir tales efectos eran la comunicación entre la sociedad y la amenaza de la sanción, la certeza de su aplicación, y la severidad en su aplicación¹⁹³. La diferencia fundamental de este modelo con el propuesto por Pagliaro es que no daba ninguna entrada a la satisfacción del sentimiento de inseguridad o de alarma de la población, lo cual se traducía en la defensa por parte de Romano y de Stella de un modelo de conmensuración de la pena en el cual la culpabilidad del autor por el hecho realizado operara como límite de cualquier exigencia preventiva¹⁹⁴. El que la sanción debiera tener un

191 Aquí había cierta discrepancia entre los autores, mientras que Romano consideraba que estaba científicamente demostrado que la amenaza de la pena, unida a otros factores, conseguía disuadir a algunas personas de cometer delitos (en "Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano", en AA.VV., *Teoria e grasso (...)*, cit., p. 156), Stella aludía a la necesidad de mayor investigación empírica sobre la prevención general ("Il problema (...)", cit., pp. 26-27).

192 Romano, *op. cit.*, p. 155 y Stella, "Il problema (...)", cit., quien considera más relevante la educación que la intimidación:

(...) la severa majestad del magisterio punitivo sirve para inspirar en la conciencia del ciudadano un código moral castigando en la forma más elocuente la conducta reprochable (p. 22).

193 Romano, *op. cit.*, pp. 157-159.

194 Romano, "Prevenzione generale (...)", cit., quien considera que el criterio de la culpabilidad por el hecho es el único modo garantista de castigar (pp. 177-178) y Stella, "Il problema (...)", cit., pp. 24-26. Continuando la tesis de estos autores y en posición netamente crítica respecto de la tendencia que en la R.F.A. —según la explicación del autor— entendía que la finalidad de la sanción era la convalidación de la confianza de los ciudadanos en el derecho por considerarla un retribucionismo de nuevo cuño que no daba una respuesta real al problema de la criminalidad, Eusebi, "La 'nuova' retribuzione", en *RIDPP*, 1983, pp. 1331-1342.

carácter de aflicción para satisfacer la necesidad de prevención general, hacía que la prevención especial quedara relegada a un segundo plano; valgan al respecto las siguientes palabras de Romano:

Para concluir este aspecto digamos que es necesario que nos resignemos; debemos castigar para defendernos, no podemos dejar de hacerlo, aún no sabemos organizarnos en forma que no lo debamos hacer; haciéndolo existe realmente un sacrificio del individuo en interés de la generalidad, que es mayor si se tiene en cuenta (...) que la pena no castiga ni mucho menos a todos aquellos que han cometido el mismo u otro delito¹⁹⁵.

La diferencia de la posición de Romano y Stella con la del paradigma reeducativo, en relación a la prevención especial, no era que ellos no consideraran importante esta función sino que en su modelo no existía una propuesta con capacidad de compatibilizar, tomando en consideración las críticas lanzadas a una reeducación individual, la prevención general y la prevención especial; de ello era significativo la interpretación que hacía Romano del art. 27-3 de la Constitución:

(...) pretende de las sanciones que (...) sean no sólo lo menos destructivas posible sino que dejen siempre al hombre vivir y desarrollarse, consintiendo y promoviendo en concreto una continua llamada a la energía de cada uno a través de propuestas incluso alternativas, modeladas en base a un gradualismo tendente a la recuperación de la libertad y a la adquisición de las fuerzas morales para no abusar de ella en el futuro¹⁹⁶.

Una valoración global de la posición de Romano y Stella pienso que debe destacar su origen en el proceso de hegemonía de la alarma social a partir de 1974 y en la consiguiente

¹⁹⁵ Romano, op. cit., p. 167.

¹⁹⁶ Romano, op. cit., p. 164.

crisis del nuevo paradigma reeducativo, sólo a este origen es atribuible el desplazamiento del objeto problemático, del autor del delito a la defensa de la sociedad, la pretensión de los autores era la de demostrar que esta nueva racionalidad no estaba vinculada en relación de necesidad a una legislación que disminuyera los derechos individuales sino que, al contrario, la defensa de la sociedad (o de su sistema democrático) pasaba por el aislamiento de la legislación excepcional y su exclusiva aplicación a fenómenos como el terrorismo. A su vez, debe señalarse que no debía ser considerada una posición contingente -vinculada a la lucha de los fenómenos que causaban alarma- por cuanto, a partir de la premisa de la compatibilización entre la defensa de la sociedad y el mínimo castigo individual, se hacían unas propuestas de reforma relativas a la reducción de la jerarquía de bienes jurídicos¹⁹⁷, a la reducción del área del ilícito penal, que realzara el principio de subsidiariedad¹⁹⁸ y a la tutela efectiva de bienes jurídicos que la legislación excepcional no había considerado¹⁹⁹. Con ello se quería demostrar, que el modelo punitivo propuesto suponía una alternativa integral al nuevo paradigma reeducativo, ya que no renunciaba a una dimensión reformista,

197 Consideraba Romano que sólo un código penal que tutelara los bienes jurídicos en atención a su importancia, podría llevar a la identificación de los ciudadanos con las normas (prevención general como medio de orientación cultural). Para ello solicitaba una reforma del c.p. en base a la jerarquía de valores establecidos por el texto constitucional (op. cit., pp. 172-174).

198 En este sentido Romano criticaba la timidez del proyecto 1999/1977, "Modifiche al sistema penale" por su excesiva timidez a la despenalización (op. cit., pp. 171-172).

199 En este sentido, Stella, "La tutela (...)", cit., pp. 336-337.

que le debía permitir superar la contingencia de la excepcionalidad. Es muy posible que fuera pretensión de los autores proponer un modelo punitivo para una sociedad basada en el consenso pero que no quería renunciar a una reforma de sus instituciones. Un modelo de reforma que tenderá a ser dominante, en el cual dejaba de estar presente, como preocupación fundamental, aquello que había sido un elemento esencial de la formación del paradigma reeducativo en Italia desde la postguerra: la configuración de una respuesta sancionatoria, de una pena, que tuviera capacidad de conciliar la defensa de la sociedad con la reeducación individual.

1.4.5.5. Propuesta de nuevo reformismo, en el marco de una concepción preventivo-general del derecho penal, basada en la ruptura con el nuevo paradigma reeducativo (Marinucci)

La propuesta de Romano-Stella no surgía directamente de la alarma social y en cierta medida pretendía superar la excepcionalidad, pero, por su justificación de la legislación excepcional, era difícilmente aceptable por quien, apelando al garantismo, había hecho de esta legislación el principal objetivo de batalla. Sería Marinucci quien, a mi parecer, tenderá un puente para que los juristas que habían estado identificados con el nuevo paradigma reeducativo, pudieran pasar a engrosar las filas de una concepción del derecho penal en la que, ciertamente, la prevención general operaba como razón prioritaria de justificación pero que incluía propuestas de reforma tendentes a racionalizar el campo de actuación de este derecho penal.

La propuesta de Marinucci, lanzada en un foro principal de la corriente doctrinal antaño identificada con el nuevo paradigma reeducativo, y en aquel momento, mayoritariamente, en posiciones garantistas²⁰⁰, partía de la crítica a las tendencias alarmistas que se habían formado en diversos países en los últimos años, que habían llevado, decía el autor, a una reivindicación irracional de punición, a concepciones de la pena que pretendían dar satisfacción con la pena a la alarma de la población, así como a legislaciones que, asumiendo tales concepciones, habían disminuido las garantías individuales. Si a este factor se le añadía, continuaba el autor, la tendencia al corporativismo que experimentaban en época de crisis las sociedades occidentales, se podía comprender el predominio del inmovilismo frente a cualquier perspectiva de reforma del derecho penal²⁰¹.

Marinucci se preguntaba: ¿Es posible en Italia una oposición a esta doble tendencia regresiva?²⁰² e identificaba dos planteamientos cuya oposición, criticaba el autor, no generaban ninguna alternativa.

Aludía, en primer lugar, a la posición mantenida en el citado debate sobre "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo" por

200 Marinucci, "L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia", ponencia al debate "Il codice Rocco cinquant'anni dopo", en DC, 1981, pp. 197-318.

201 Marinucci, op. cit., pp. 299 y 310-313.

202 Marinucci, op. cit., p. 301.

Fiandaca²⁰³ y Padovani²⁰⁴ -quienes explicaba la supervivencia del Código Rocco en la época democrática como consecuencia de ser un código de matriz liberal apto para ser refuncionalizado a las involuciones autoritarias de este tipo de Estado-acusándola de "resignación" frente a un supuesto dominio de la burguesía italiana capaz de imponer diversos modelos punitivos en las distintas fases históricas²⁰⁵. Pero era éste un ataque que bien podía entenderse dirigido, indirectamente, a quienes consideraban que mientras se mantuviera la línea política de aproximación de los partidos inaugurada en 1974 no sería posible una vía reformista, y por tanto tampoco una nueva codificación, y que la única tarea razonable del jurista en este periodo sería la oposición a los aspectos más antigarantistas de la legislación excepcional²⁰⁶.

En segundo lugar, Marinucci aludía a la posición de Baratta, considerando que su producción científica durante los años de la excepcionalidad, es decir, a partir de 1975, planteaba una alternativa al inmovilismo existente que consideraba utópica y, en ciertos aspectos, además, poco aconsejable.

203 Fiandaca, "Il Codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale", en AA.VV., Il Codice Rocco (...), cit., pp. 67-87.

204 Padovani, "La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della decodificazione", en AA.VV., Il Codice Rocco (...), cit., pp. 89-98.

205 Marinucci, op. cit., p. 299.

206 Y las réplicas de Padovani, "Precisazione" (en QC, 1981, p. 437) y de Fiandaca "Il Codice Rocco e la tesi della 'continuità': una postilla e alcune precisazioni" (en QC, 1981, pp. 439-441) me parece que justamente querían resaltar la justificación de las posiciones garantistas, aún cuando rechazaban -y en ello acogían la invitación de Marinucci-, la "resignación" frente al negro panorama de la legislación excepcional.

Para comprender la crítica de Marinucci a Baratta, es necesario analizar la producción de este último autor en este período. La fundación en 1975 de la revista "La Questione Criminale", de la cual Baratta y Bricola eran codirectores, respondía a un programa de política criminal que quería ser alternativo a las dos cuestiones básicas: la definición y jerarquía de los bienes tutelables y los medios de tutela. Este programa -que abría un espacio tanto a una producción criminológica y de sociología de las instituciones penales, con una función de crítica al sistema penal existente, como a una producción penalista, capaz de contribuir a determinar y a configurar técnicamente tanto los bienes tutelables como los medios de tutela- estaba pensado para ser llevado a término por el movimiento obrero y por las fuerzas trabajadoras de la sociedad italiana²⁰⁷. Era un programa de política criminal que se fundamentaba en lo que he denominado nuevo paradigma reeducativo (y téngase en cuenta que con esta expresión he comprendido un programa de política criminal amplio que concedía un espacio reducido a una sanción penal que, en determinados supuestos, debía tener un contenido reeducativo²⁰⁸).

El handicap de partida de este programa de política criminal era que se lanzaba justamente en el período en que en Italia se producía una inversión de tendencias respecto de la actitud

207 Alude a algunas de estas cuestiones la "Presentazione" de la revista, en *QC*, 1975, pp. 3-6.

208 V. supra 1.3.2.

conflictual de las fuerzas más representativas del movimiento obrero frente al Estado y los otros grupos sociales y económicos, proceso en el que se enmarca una legislación antitética respecto de las indicaciones de política criminal propuestas por el programa alternativo señalado.

La actitud mayoritaria de la cultura jurídica identificada con este programa consistió en un progresivo abandono del reformismo, por ser visto como una opción poco factible, y su evolución hacia una actitud de crítica a la legislación excepcional, en defensa de unas garantías individuales que se consideraban directamente amenazadas por ella. En cambio, la actitud de Baratta fue sustancialmente diferente, por cuanto, compartiendo la crítica a la legislación excepcional, no modificó en el curso de estos años sus planteamientos reformistas.

La producción doctrinal de Baratta durante este período, se sustentaba en los siguientes pilares: una crítica al derecho penal por sus funciones de criminalización y de tutela desigual de los bienes jurídicos; una crítica a la ciencia penal tradicional por plantear una doctrina de justificación del derecho penal que encubría tal realidad; y una propuesta de política criminal basada en la redefinición de los bienes tutelables, que diera cabida a bienes colectivos, en el privilegio de medios de tutela no penales basados en la transformación de las condiciones sociales y de las estructuras de producción y, por último, en la utilización de medios de tutela penal, que no tuvieran carácter estigmatizante y que

fueran promocionales para el individuo²⁰⁹. De ello se deriva, a mi entender, que la diversidad de la actitud de Baratta no estaba en la radicalidad de su posición, que no difería sustancialmente de la propuesta de política criminal en la que se había fundamentado el nuevo paradigma reeducativo, sino en el hecho de seguirlo manteniendo, sin modificaciones, cuando el modelo conflictual de referencia estaba en profunda crisis.

La crítica de Marinucci estaba escrita en un tono provocador y polémico que quería incidir en la globalidad del pensamiento de Baratta pero que, una vez cotejada con las obras de este autor, me parece que se sostenía fundamentalmente en tres cuestiones: una primera, dirigida a criticar la desconsideración que habría en la obra de Baratta por el proceso histórico que había llevado a un derecho penal más limitado y garantista, una segunda, crítica respecto a la estrategia político-criminal propuesta por el autor por estar subordinada a una hegemonía del movimiento obrero que la hacía inalcanzable y una tercera, relativa al modelo punitivo propuesto por Baratta que venía considerado menos garantista que el ofrecido por el derecho penal²¹⁰.

Para hacer una valoración de tales críticas debe tomar en consideración lo siguiente: no me parece cuestionable la afirmación de que Baratta realizaba una crítica de la doctrina

209 Tomo en consideración para hacer esta síntesis la obra de Baratta, Criminologia critica e critica del diritto penale, Bologna, Il Mulino, 1982, passim (en la cual está recopilada su producción principal de los años 1975-1981).

210 Lo anterior es una interpretación muy libre, y quizás poco fiel, de la crítica que Marinucci realiza a Baratta en op. cit., pp. 300-306.

penal que seguía legitimando el derecho penal en lo que Baratta consideraba su ideología y que ciertamente ello suponía plantear una necesidad de ruptura con un modelo de progreso sustentado en tales premisas, pero considero que esta ruptura era constitutiva del surgimiento del nuevo paradigma reeducativo; en segundo lugar, era el nuevo paradigma reeducativo el que fundamentaba una concepción de un modelo conflictual de sociedad en el que hubiera un protagonismo de las organizaciones del movimiento obrero; y en tercer lugar, era el nuevo paradigma reeducativo el que había planteado un tipo de sanción penal basada en la vinculación entre el individuo y la sociedad, que podría plantear problemas desde el punto de vista de sus garantías formales.

Lo cual permite afirmar que la crítica de Marinucci estaba sustancialmente dirigida a alguno de los principios constitutivos del nuevo paradigma reeducativo. Pero ¿qué sentido tenía la crítica al nuevo paradigma reeducativo cuando los autores que lo habían sustentado estaban mayoritariamente en posiciones garantistas?. Me parece que la respuesta a este interrogante debe hacerse teniendo en cuenta que esta cultura jurídica evolucionará del reformismo hacia el garantismo como consecuencia de ser consciente de que las circunstancias sociales y políticas del país, al ser adversas a las premisas del nuevo paradigma reeducativo, imposibilitaban la realización de cualquier reforma y que la única actitud posible del jurista era el enfrentamiento a la legislación excepcional desde la perspectiva de las garantías individuales. Marinucci, como veremos, proponía un retorno de esta cultura jurídica a una

dimensión reformista en las circunstancias sociales y políticas en aquel momento existentes, pero para ello debía demostrar previamente que las premisas en que se sustentaba el nuevo paradigma reeducativo estaban equivocadas y que para alcanzar un conjunto de reformas no era necesario el modelo conflictual de sociedad. De todo lo anterior puede concluirse que si Marinucci elegía a Baratta como objetivo de sus críticas, en cierta medida como chivo expiatorio²¹¹, era porque el modelo que Baratta seguía sustentando en positivo, pervivía, en negativo, en aquellos autores que consideraban que no se podría ir más allá del garantismo mientras las condiciones políticas y sociales no evolucionaran de acuerdo a la propuesta del modelo conflictual de sociedad. Y por ello tenía sentido que Marinucci pusiera en un mismo saco a "resignados" y a "utópicos", en ambos estaba presente, en negativo y en positivo, un mismo proyecto originario, en el cual Marinucci veía el error²¹².

La alternativa de Marinucci para salir de la situación de

211 Esta era, en cierta medida la réplica de Baratta ("Criminologia critica e riforma penale. Osservazione conclusive sul dibattito 'Il Codice Rocco cinquant'anni dopo' e risposta a Marinucci", en *QC*, 1981, pp. 349-381), el cual contraponía el modelo de reforma propuesto por Marinucci al programa político-criminal de la revista "La Questione Criminale". En este sentido, Baratta afirmaba:

Quien, como Marinucci, comparte el programa de esta revista, de contribuir a la transformación del sistema de control social, vinculando esta transformación a una hipótesis científica y a una praxis política que se ponen desde el punto de vista del interés de las clases subalternas, no debería después dar la impresión de no tener ningún otro modo de racionalidad que ofrecer, para colmar el vacío del pensamiento reformador en nuestro país, que aquél en el que se ha basado la política criminal en Alemania (p. 359) (sin entrar en la cuestión de la crítica de Baratta a Marinucci, lo que me parece discutible de este autor es que Marinucci hubiera compartido alguna vez el programa político-criminal de la revista "La Questione Criminale" (al respecto, v. supra 1.3.2.)).

212 Aún cuando los autores que Marinucci calificaba de resignados, Fiandaca y Padovani —que, en cierta medida, también operaba como chivo expiatorio— nunca habían estado explícitamente identificados con el nuevo paradigma reeducativo, en alguno de sus escritos, y en particular en las contribuciones al debate sobre "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo", anteriormente citado, podía advertirse cierta cercanía.

inmovilismo podía relacionarse con la de Romano-Stella en su justificación del derecho penal como medio de tutela de bienes jurídicos a partir de su eficacia preventivo-general. La diferencia con aquellos autores la encuentro -aparte, como ya he dicho, que Marinucci partía de la premisa de la crítica a la legislación excepcional y en ello su posición se identificaba con la de los autores garantistas- en que las propuestas del autor abrían mayores posibilidades de reforma; en este sentido, Marinucci defendía un "derecho penal racional", cuya racionalidad se debería a la necesidad de verificar su eficacia, lo cual significaba tomar la prevención general no como tesis sino como hipótesis y, vinculado con lo primero, a la propuesta de utilizar otros medios de tutela de bienes jurídicos cuando el instrumento penal no fuera estrictamente necesario²¹³.

Al igual que en el modelo propuesto por Romano-Stella, se apreciaba en la propuesta de Marinucci una ruptura con el paradigma reeducativo, por cuanto dejaba de estar presente como exigencia básica (aún cuando no, claro está, como deseo) la compatibilización entre las finalidades de prevención general y prevención especial.

Utilizada la metáfora de la "amarga necesidad" referida a la pena, mientras que la alternativa del paradigma reeducativo había sido la de luchar contra el adjetivo "amarga", y que el nuevo paradigma reeducativo completaba con la de hacerla "menos necesaria", la alternativa de Marinucci consistía en aceptar la

²¹³ Marinucci, *op. cit.*, pp. 306-310.

"amarga necesidad" pero defender su reducción. En última instancia, el nuevo reformismo propuesto por Marinucci era el reduccionismo.

I.4.4. Bibliografía

I.4.4.1. Bibliografía original

- AA.VV., Una strategia differenziada per la difesa sociale del delittig. Actas de la "Reunione internazionale di studio organizzata dal Ministero di Grazia e giustizia", Roma, 2-3 Febrero 1974, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1974, pp. 152.
- AA.VV., Le misure di prevenzione. Actas del "X Convegno 'Enrico de Nicola'", Abril 1974, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 600.
- AA.VV., Sicurezza democratica e lotta alla criminalità. Actas del congreso organizado por el "Centro di studi e iniziative per la riforma dello Stato", Roma, 25-26 Febrero 1975, Roma, Ed. Riuniti, 1975, pp. 468.
- AA.VV., Fene e misure alternative nell'attuale momento storico. Actas del "XI Convegno 'Enrico de Nicola'", Lecce, 3-6 Diciembre 1976, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 686.
- AA.VV., Il carcere riformato (ed. Bricola, Franco), Bologna, Il Mulino, 1977, p. 335.
- AA.VV., "Ordine pubblico e crisi politico-económica". Debate de título homónimo, Bologna, 3 Junio 1977, en QC, 1977, 203-350.
- AA.VV., Lo stato di attuazione della riforma penitenciaría e il ruolo degli enti locali. Actas del "Seminario promosso dall'Assessorato agli affari istituzionali del comune di Venezia", Venezia, 20 Enero 1979, Venezia, Marsilio, 1979, pp. 145.
- AA.VV., "Terrorismo e stato della crisi". Actas del seminario de título homónimo, Bologna, en QC, 1979, pp. 5-125.
- AA.VV., Il carcere dopo la riforma. Actas -reproducción parcial- del congreso "Realta carceraria a due anni della riforma", Firenze, 2-3 Diciembre 1977, Milano, Feltrinelli, 1979, pp. 195.
- AA.VV., Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati. Actas del congreso organizado por el "Centro di studi e ricerche di Diritto penale e di Criminologia" de la "Università Cattolica del Sacro Cuore", Milano, 7-8 Marzo 1979, ed. de

Mario Romano y Federico Stella, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 182.

- AA.VV., Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario (ed. de Grevi, Vittorio), Bologna, Zanichelli, 1981, pp. 308.

- AA.VV., "Il codice Rocco cinquant'anni dopo". Actas del debate organizado por "La Questione Criminale" sobre el tema homónimo, Bologna, 16-17 Enero 1981, en QC, 1981, pp. 1-174 y 249-322.

- AA.VV., Carcere, società, istituzioni, congresso organizado por el "Centro Riforma dello Stato", "Comitato Regionale toscano del P.C.I.", "Federazione fiorentina del P.C.I.", Firenze, 18-19 Junio 1982, ponencias mecanografiadas.

- AA.VV., Modifiche al sistema penale. Legge 24 Novembre 1981 n° 689, III, Sanzioni sostitutive (ed. Luciano Violante), Milano, Giuffrè, 1982, pp. XV-293.

- AA.VV., Diritto premiale e sistema penale. "Atti del settimo simposi di studio di diritto e procedura penale", Como, 26-27 Junio 1981, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 284.

- AA.VV., Struttura e funzione delle carceri: ruolo dell'Ente locale. "Atti del Convegno regionale", Parma, 4-5 Diciembre 1981, Parma, 1983, pp. 215.

- BARATTA, Alessandro, "Criminologia critica e politica criminale alternativa", en QC, 1977, pp. 339-359.

- " , Introduzione alla sociologia giuridico-penale. La criminologia critica e la critica del diritto penale, Bologna, ed. del autor, 1980, pp. 224.

- " , "Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito 'Il codice Rocco cinquant'anni dopo' e risposta a Marinucci", en QC, 1981, pp. 349-389.

- " , Criminologia critica e critica del diritto penale, Bologna, Il Mulino, 1982.

- BRICOLA, Franco, "Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionale della prevenzione", en AA.VV.- 1975, Le misure di prevenzione, 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. 221-228.

- " , "L'affidamento in prova al servizio: 'fiore all'occhiello' della riforma penitenziaria", en QC, 1976, pp. 373-408.

- " ", "Le misure alternative alla pena nel quadro di una 'nuova' politica criminale", en RIDPP, 1977, pp. 15-76.
- " ", "Introduzione", en AA.VV.- 1977, Il carcere riformato, cit., pp. 9-12.
- " ", "Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 rivisitato alla fine degli anni 70", en QC, 1980, pp. 179-275.
- " ", "Considerazione introduttive", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 7-28.
- " ", "Crisi del Welfare state e sistema punitivo", en FD, 1982, pp. 65-75.
- " ", "La depenalizzazione nelle legge 24 novembre 1981 n. 689: una svolta 'reale' nelle politica criminale?", en FD, 1982, pp. 359-372.
- " ", "Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale", en AA.VV.- 1983, Diritto penale e sistema premiale, cit., pp. 121-136.
- CANEPA, Giacomo, GATTI, Uberto, "L'affidamento in prova al servizio sociale come alternativa alla detenzione: problemi criminologici", en AA.VV.- 1977, Pene e misure alternative (...), cit., pp. 217.
- CAPELLI, Igino, "Il carcere contrariformato", en AA.VV.- 1979, Il carcere dopo (...), cit., pp. 11-37.
- CARLETTI, Elio, "Carcerati e carcerieri: tutti carcerati in fondo", en AA.VV.- 1977, Il carcere riformato, cit., pp. 177-240.
- DELLA CASA, Franco, FANCHIOTTI, Vittorio, PISA, Paolo, "Le misure alternative alla detenzione: problemi di applicazione pratica di concordanza con altri istituti", en Temi, 1977, pp. 533-539.
- DI GENARO, Giuseppe, "Nota introduttiva", en AA.VV.- 1974, Una strategia differenziata (...), cit., pp. IV-V.
- DOLCINI, Emilio, La commisurazione della pena. La pena detentiva, Padova, Cedam, 1978, pp. 53-54.
- " ", "La disciplina della commisurazione della pena", en RIDPP, 1981, pp. 34-60.
- EUSERI, Luciano, "La 'nuova' retribuzione", en RIDPP, 1983, pp. 914-969 (sezione I: "Pena retributiva e teorie preventive") e pp. 1315-1357 (sezione II: "L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza").
- FASSONE, Elvio, La pena detentiva in Italia dal '800 alla riforma penitenziaria, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 299.

- FERRAJOLI, Luigi, "Ordine pubblico e legislazione eccezionale", en QC, 1977, pp. 361-404.
- " ", "Intervención", en AA.VV.- 1977, Ordine pubblico (...), cit., pp. 215-220.
- FERRATO, Dino, "Sui permessi ai detenuti", en Iemi, 1978, pp. 569-571.
- FLAMIGNI, Sergio, "Riordinamento democratico della pubblica sicurezza", en AA.VV.- 1975, Sicurezza democratica (...), cit., pp. 37-68.
- FIANDACA, Giovanni, "Il Codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 67-87.
- " ", "Il Codice Rocco e la tesi de la 'continuità': una postilla e alcune precisazioni", en AA.VV.- 1981, Il Codice Rocco (...), cit.
- GAMBERINI, Alessandro, "E la carcerazione preventiva", en AA.VV.- 1977, Il carcere riformato, cit., pp. 241-251.
- GAMBERINI, Alessandro, INSOLERA, Gaetano, "Conflitto sociale, nuovo codice penale e processo di valorizzazione", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 281-288.
- GREVI, Vittorio, "Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni della riforma", en AA.VV.-1981, Diritti dei detenuti (...), cit., pp. 1-54.
- GRUPPO PENALISTICO DELL'UNIVERSITA DI BOLOGNA, Sulle linee emergenti della politica criminale in Italia, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 22.
- " ", "Sulle misure c.d. alternative", en AA.VV.- 1977, Il carcere riformato, pp. 15-30.
- GUERINI, Umberto, TAGLIARINI, Franco, Esigenze di politica criminal e dibattito elettorale (I y II), en QC, 1975, pp. 339-351 y 517-533.
- INSOLERA, Gaetano, "La politica criminale nei discorsi dei procuratori generali (anno 1975)", en QC, 1975, pp. 289-317.
- " ", "Intervención", en AA.VV.- 1979, Terrorismo e stato (...), cit., pp. 41-47.
- LOI, Efisio, MAZZACUNA, Nicola, "Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario", en AA.VV.- 1977, Il carcere riformato, cit., pp. 63-103.

- MARGARA, Alessandro, "La magistratura di sorveglianza tra un carcere di rifiutare e una riforma da attuare", en AA.VV.- 1979, Il carcere dopo (...), cit., pp. 58-103.
- " ", "Le misure alternative alla detenzione", en AA.VV.- 1979, Lo stato di attuazione (...), cit., pp. 49-71.
- " ", "La riforma carceraria in rapporto alle strutture esistenti, necessarie e non realizzate. Prospettive di superamento della situazione attuale", en AA.VV.- 1981, Struttura e funzione (...), cit., pp. 58-72.
- MARINUCCI, Giorgio, "L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 297-318.
- MANTOVANI, Ferrando, "Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale", en AA.VV.- 1980, Teoria e prassi (...), cit., pp. 69-98.
- NEFFI MODONA, Guido, "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria", en QC, 1976, pp. 319-372.
- " ", "Promesse e realtà della riforma penitenziaria", en AA.VV., Lo stato di attuazione (...), cit., pp. 17-40.
- " ", "Le istituzioni penitenziari dalle leggi di riforma alla prassi della restaurazione", en AA.VV.- 1982, Carcere, società, istituzione, cit., mecanografiado.
- NUVOLONE, Pietro, "Problemi di politica criminale e riforma dei codici", en IP, 1975, pp. 5-17.
- " ", "Relazione introduttiva", en AA.VV.- 1975, Le misure di prevenzione, cit., pp. 15-25.
- PADOVANI, Tullio, "La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di rivedimento", en RIDPP, 1981, pp. 529-545.
- " ", "La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della decodificazione", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 89-98.
- " ", "Precisazione", en QC, 1981, p. 437.
- PAGLIARO, Antonio, "Aspetti giuridici della prevenzione", ponencia al "V Congresso Nazionale della società italiana di Criminologia", Palermo-Agrigento, Octubre 1974, en IP, 1976, pp. 5-12.
- " ", "Prospettive di riforma", en AA.VV.- 1977, Pene e misure (...), cit., pp. 415-435.
- " ", "La riforma delle sanzioni penale tra teoria e

prassi", in RIDPP, 1979, pp. 1189-1208.

- " , "Correlazioni tra il livello delle sanzioni penale, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi", in IP, 1981, pp. 219-235.
- " , "Comisurazione della pena e prevenzione generale", in RIDPP, 1981, pp. 25-33.
- " , "Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati", in RDIPP, 1981, pp. 447-455
- FALAZZO, Francesco, La recente legislazione penale, Cedam, 1982, pp. 359-372.
- PALIERO, Carlo Enrico, "La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia", in ED, 1983, pp. 117-164.
- FAVARINI, Massimo, "La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell'ordinamento penitenziario", in AA.VV.- 1977, Il carcere riformato, cit., pp. 105-176.
- " , L'esecuzione delle misure private e limitative della libertà nell'interpretazione giurisprudenziale, Bologna, ed. del autor, Litografia Lorenzini, 1983, pp. 40-49.
- PECDRAND-ALBANI, Antonio, "I docenti di diritto penale e la riforma del libro primo del codice penale: alcuni rilievi in tema di lesività del reato, di pena carceraria e di misure di sicurezza", in GP, 1975, pp. 1-31 y 65-94.
- FERNA, Eduardo, "Problemi della difesa dell'ordine costituzionale e della sicurezza dei cittadini contro l'eversione fascista e la criminalità comune", in AA.VV.- 1975, Sicurezza democratica (...), cit., pp. 14-36.
- PIGNATELLI, , "Aplicazione di sanzione sostitutive su richiesta dell'imputato", in AA.VV.- 1982, Modifiche (...), cit., pp. 105.
- PULITANO, Domenico, "Magistratura e sistema penale", in AA.VV.- 1976, Carcere e società, cit., pp. 47-59.
- LA QUESTIONE CRIMINALE, "Presentazione", 1975, pp. 3-6.
- " , "Editoriale", 1977, p. 332.
- ROMANO, Mario, "Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano", in AA.VV.- 1981, Teoria e prassi (...), cit., pp. 151-182.
- STAME, Federico, "Teoria dello stato e controllo sociale", in QC, 1980, pp. 185-215.

- STELLA, Federico, "Il problema della prevenzione della criminalità", en AA.VV.- 1980, Teoria e prassi (...), cit., pp. 15-32.
- " ", "La tutela penale della società", en Iustitia, 1981, pp. 320-337.
- STORTONI, Luigi, "Intervención", en AA.VV.- 1977, Ordine pubblico (...), cit., pp. 296-305.
- " ", "Libertà e diritti del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario", en AA.VV.- 1977, Il carcere riformato, cit., pp. 31-62.
- " ", "Fallimento di una riforma penale e impossibilità di un nuovo codice penale nel presente momento storico", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 273-280.
- VIRGILIO, Maria, "Ordinamento penitenziario e legge speciali per i minori degli anni diciotto", en AA.VV.- 1977, Il carcere riformato, cit., pp. 231-261.
- VASALLI, Giuliano, "Intervención", en AA.VV.- 1974, Una strategia differenziata (...), cit., pp. 94-97.
- " ", La riforma penale del 1974. I. Precedente e contesto, Milano, Francesco Vallardi, 1975, pp. 101.
- ZAGARI, Mario, "Intervenzione", en AA.VV.- 1974, Una strategia differenziata (...), cit.,

1.4.4.2. Bibliografia critica

- 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. 491.
- KOGAN, Norman, A Political History of Postwar Italy, Praeger Publishers, 1981 (trad. italiana de Calamandrei, Silvia y Pesce, Oliveiro, Storia politica dell'Italia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 1982, pp. 279-405).
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, L'affidamento in prova e la semilibertà nei primi quattro anni di applicazione normativa 1975-1979, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1983, pp. 181.
- PADOVANI, Tullio, "Il traffico delle indulgenze (...)", cit.
- ROSSANDA, Rossana, "Le politiche del diritto (...)", cit.

I.4.4.3. Otra bibliografía

- ANDENAES, Johannes, "La prevención general: ilusión o realidad?" (trad. italiana de Crespi de la conferencia de 4 Mayo 1949 en la sociedad noruega del derecho penal), en RIDP, 1953, pp. 265-293.

- " ", "La prevención general nella fase di miraccio, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena", en AA.VV.,- 1980, Teoria e prassi (...), cit., pp. 33-48.

- ROXIN, Claus, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en Ius, 1966 (trad. castellana de Luzón Peña, "Sentido y límite de la pena estatal", en Problemas básicos del derecho penal, Madrid-Reus, 1976, pp. 11-36).

- SEELMAN, Carl, "Una tendencia attuale nello sviluppo delle teorie della pena in Germania", en QC, 1981, pp. 425-434.

I.4.4.4. Legislación

I.4.4.4.1. Legislación penal y procesal-penal

- l. nº 98, 8 Abril 1974, en GU, 12 Abril 1974.

- d.l. nº 99, 11 Abril 1974. "Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale" (GU, de 12 Abril 1974). Convertido, con modificaciones, en l. nº 220, 7 Junio 1974.

- l. nº 497, 14 Octubre 1974. "Nuove norme contro la criminalità".

- l. nº 110, 18 Abril 1975. "Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi" (GU, 21 Abril 1975).

- l. nº 152, 22 Mayo 1975 (ley Reale). "Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico".

- l. nº 706, 24 Diciembre 1975 (en GU, 2 Enero 1976).

- l. nº 450, 20 Julio 1977. "Modifiche al regime dei permessi ai detenuti e agli internati previsto dall'art. 30 della legge 25 luglio 1975 nº 354" (GU, 1 Agosto 1977).

- d.l. nº 151, 30 Abril 1977. Convertido en la l. nº 296, 7 Junio 1977. "Cause di sospensione della durata della custodia preventiva".

- l. nº 533, 8 Agosto 1977. "Disposizioni in materia di ordine pubblico" (GU, 20 Agosto 1977).

- l. nº 534, 8 Agosto 1977. "Modificazione al codice di procedura penale" (GU, 20 Agosto 1977).

- d.l. n° 625, 15 Dicembre 1977. Convertito, con modificaciones, en la l. n° 15, 6 Febrero 1980. "Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica".

- "Disegno di legge" n° 1799/1977. "Modifiche al sistema penale".

- d.l. n° 59, 21 Marzo 1978. Convertito, con modificaciones, en la l. n° 191, 18 Mayo 1978. "Norme penali e processali per la prevenzione e la repressione di gravi reati" (GU, respectivamente, 22 Marzo 1978 y 19 Mayo 1978).

- l. n° 894, 30 Diciembre 1980. "Modifiche all'articolo 630 del codice penale" (GU, 30 Diciembre 1980).

- l. n° 689, 24 Noviembre 1981. "Modifiche al sistema penale" (GU, 24 Noviembre 1981).

- l. n° 304, 29 Mayo 1982. "Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale" (GU, 2 Junio 1982).

1.4.4.4.2. Legislación penitenciaria

- Atti parlamentare, Camera dei deputati, VI Legislatura, Sesiones plenarias, 11, 12, 13, 17 y 19 Diciembre 1974.

- Legge 26 Luglio 1975, n° 354; norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e restrittive della libertà. (Suplemento ordinario a la GU, 9 Agosto 1975).

- d.p.r. n° 431, 29 Abril 1976. "Approvazione del Reglamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975, n° 354, recunte norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà" (GU, 22 Abril 1976).

- l. n° 1, 12 Enero 1977. "Modificaciones alla l. n° 354, 26 luglio 1975 sull'ordinamento penitenziario e all'art. 385 del c.p." (GU, 18 Enero 1977).

- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, L'affidamento in prova e la semilibertà nei primi quattro anni di applicazione normativa 1975-1979, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1983, pp. 181.

1.4.4.5. Jurisprudencia constitucional

- SCC n° 131, 21 Noviembre 1979, en GC, 1979, pp. 1046-1069.

I.5. LA CONCEPCION REDUCCIONISTA COMO ALTERNATIVA REFORMISTA DOMINANTE EN EL PERIODO DE SUPERACION DE LA EPDOCA DE LA ALARMA SOCIAL (1982-1986)

I.5.1. Reformas legislativas de sentido contrario a la legislación de excepción y su límite en la percepción alarmista de ciertos fenómenos delictivos

La legislación de excepción había surgido de un contexto en el cual, según vimos, dos habían sido los elementos decisivos: por una parte, una expresión de alarma social frente a ciertas formas de delincuencia común, la violencia política y el terrorismo y por otra, una hegemonía en el plano de las relaciones sociales y políticas de un modelo consensual de sociedad, del cual fueron expresión los gobiernos de solidaridad nacional durante la segunda mitad de los setenta.

A partir de finales de esta década existían factores significativos de un cambio de orientación, por un lado se advierte en este periodo un reflujo del movimiento terrorista que puede asociarse al aislamiento de su opción política revolucionaria en la sociedad italiana, por otro lado, la unidad de las fuerzas políticas, que tomaba como principal punto programático la defensa del Estado, empezó a debilitarse a partir de la reconsideración de su estrategia por parte del P.C.I., iniciándose una fase que llevará de nuevo en la década de los ochenta a gobiernos de centro-izquierda, pasando de nuevo el P.C.I. a la oposición.

Para comprender la inversión de tendencia que se producirá en este periodo debe tomarse en consideración que, a pesar de que a la legislación de excepción se hubiera llegado tras cambios sustanciales de las fuerzas políticas de la izquierda tradicional, nunca se había dejado de considerar su carácter

excepcional, lo cual obligaba, en la medida en que se advirtiera una superación de tales circunstancias, a retomar una normalidad que, no sólo para las fuerzas de izquierda, se identifica, también en el ámbito penal, con las reformas.

Con ello se explica que, en la fase histórica de "salida de la excepcionalidad" se asista a una recuperación de la orientación reformista, haciendo dominante aquel tipo de legislación, como la ley de modificaciones al sistema penal de 1981, que en el período anterior había estado subordinada a las exigencias de la excepcionalidad.

La legislación emanada durante el período de predominio de alarma social -principalmente las normas excepcionales pero también con influencia en la legislación reformista de ese período¹-, partiendo del equilibrio que instaura todo ordenamiento punitivo entre satisfacción de las exigencias de tutela de la colectividad y respeto a las garantías individuales, se había caracterizado por desplazar el peso, en perjuicio de las garantías individuales, hacia la tutela de la colectividad.

Esta directriz de la legislación excepcional se realizaba, fundamentalmente, como hemos visto en el capítulo anterior, facilitando la afeción a la libertad personal por parte del sistema penal: aumentando los supuestos de detención policial, ampliando, por diversos procedimientos, los motivos y la cuantía de la custodia cautelar y enfatizando en su duración las penas privativas de libertad.

¹ Sobre lo cual, v. supra 1.4.2.1.

Pero no debe pensarse que la excepcionalidad se manifestase sólo en estas reformas legislativas y en su aplicación sino también en la presión sobre los cuerpos policiales y sobre la judicatura para que tuvieran más en cuenta las exigencias de tutela de la colectividad en el ejercicio de su actividad. Este mensaje alarmista poco sensible a diferenciaciones², tenía una influencia decisiva en el continuo aumento de personas reclusas preventivamente que se producía en esa época³ una buena parte de las cuales no sería condenada posteriormente a una pena privativa de libertad⁴. Significaba interpretar en clave excepcional normas que no habían sido modificadas por la legislación excepcional. Ello, junto a otros factores dió sentido a que a partir de 1982, momento en el que se inicia la

² A él alude Insolera al analizar los discursos de los fiscales generales en la inauguración del año judicial (en "La politica criminale nei discorsi dei procuratori generali fanno 1975", en QC, 1975, pp. 289-317).

³ Los datos de este período son los siguientes: de 1974 a 1983 la población reclusa había pasado de 25.000 a 40.000, con un aumento continuo salvo en las dos amnistias de 1978 y 1981 (y téngase en cuenta que durante el período 1976-1981, una media de 1.000 condenados estaban asignados al servicio social). Por lo que se refiere a los reclusos sometidos a prisión preventiva, pasaron de 16.000 en 1975 a 27.000 en 1983, con un aumento también continuo salvo en la amnistia de 1978. En términos porcentuales, mientras que en 1972 sólo un 24% de la población reclusa estaba en régimen de prisión preventiva, en 1975 pasaba a ser el 50%, y en 1983 el 70% (y entre 1975 y 1983 el aumento también era continuo -si no se tienen en cuenta las amnistias de 1978 y 1981 que al incidir preferentemente sobre las personas condenadas hacia aumentar notablemente el porcentaje de los preventivos).

Debe tenerse en cuenta que buena parte de los preventivos debían estar reclusos en atención a facultades de la autoridad policial y judicial (arresto facultativo, mandato de captura facultativo, prisión provisional facultativa). Sobre esta última cuestión no tengo datos pero de su veracidad es significativo que las reformas procesales a las que aludiré, tuvieran el objetivo de incidir sobre la custodia cautelar, reduciéndola, modificando tales instituciones. Sobre ello, Grevi, "Le 'novelle' del luglio 1984: verso un recupero delle garanzie in tema di libertà personale", en AA.VV., La nuova disciplina della libertà nel processo penale, Padova, Cedam, 1985, p. 3-6. (Datos en Fassone, La pena detentiva in Italia del '800 alla riforma penitenziaria, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 247, nota 117; Grevi, "Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni della riforma", en AA.VV., Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 2 y Daga, "Prime osservazioni sulla applicazione della legge n.º 663/1986", en QdE, 1987, pp. 648-651).

⁴ En este sentido, Grevi, op. cit., p. 13.

inversión de tendencia en relación a la excepcionalidad, las reformas tengan un horizonte más amplio que el afectado por la legislación de excepción.

Las reformas de este período histórico fueron de tres tipos: en primer lugar, las dirigidas a poner nuevos límites y garantías al uso de medidas cautelares afectantes a la libertad personal, en segundo lugar, aquellas normas y proyectos dirigidos a enfatizar el carácter de última ratio de la sanción penal y dentro de ella de la sanción privativa de libertad y, por último, en parte en sentido semejante a las anteriores, la nueva normativa penitenciaria.

1.5.1.1. Reformas dirigidas a limitar y garantizar el uso de medidas cautelares aflictivas de la libertad personal

Abordando, en primer lugar, las normas relativas a la afcción a la libertad personal en vía cautelar, en 1982 se aprobaba la ley del "tribunal de la libertad"⁶ que, con el objeto de una mayor tutela de la libertad personal del imputado, introducía las siguientes modificaciones en el ordenamiento procesal: a) establecía criterios más taxativos para que el juez decidiera en aquellos supuestos en los que el mandato de captura tenía carácter facultativo⁷; b) ampliaba la

5 L. n.º 532, de 12 agosto 1982, "Disposizioni in materia di risame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e dei provvedimenti di sequestro. Misure alternative alla carcerazione preventiva" (en GU, 14-VIII-1982). Para exponer su contenido se baso en Illuminati, "Il tribunale della libertà", en DP, 1982, pp. 363-379.

6 Como explica Illuminati, op. cit., mientras que la normativa anterior establecía criterios de valoración fragmentarios y poco significativos (art. 254 c.p.p.: "El juez al decidir si debe valerse de su facultad de emitir el mandato de captura, ha de tomar en consideración las cualidades morales y sociales de la persona y las circunstancias del hecho"), que llevaba a la jurisprudencia a no exigir motivación, con el nuevo art. 254 bis ("...el peligro de fuga del imputado o del peligro para la adquisición de la prueba,

esfera de utilización a la vez que establecía unas medidas cautelares alternativas a la prisión provisional⁷ y c) establecía un procedimiento rápido de reexamen de las decisiones judiciales afectante en vía cautelar a la libertad personal en la fase instructoria⁸.

La ley del "tribunal de la libertad" encontraría continuación dos años después en un conjunto de leyes que suponían una reforma más global sobre las esferas policial y judicial de intervención sobre la libertad personal con fines cautelares⁹. Siguiendo el análisis que de ellas realiza Grevi¹⁰, pueden considerarse las siguientes como modificaciones más significativas:

a) La institución del arresto en flagrancia venía sometida, por

deducida de su personalidad y de las circunstancias del hecho, en relación a las necesidades de tutela de la colectividad¹¹) se posibilitaba el control por parte de los órganos judiciales superiores (pp. 374-375).

7 En la anterior regulación sólo existía como medida alternativa la custodia domiciliar, a la cual, salvo determinados supuestos, se le atribuía carácter excepcional ("...cuando las circunstancias del hecho y las cualidades morales del arrestado lo consientan..."; art. 247 c.p.p.); el nuevo art. 254 c.p.p. presentaba como medida alternativa, además de la custodia domiciliar, otro lugar de detención privada y un lugar público de cura o de asistencia y extendía a todos los supuestos de mandato de captura facultativo en atención a la valoración que hiciera el juez de los criterios señalados en la nota anterior. A diferencia de la legislación anterior, que no lo admitía, las medidas alternativas también eran aplicables tras un arresto en flagrancia convalidado (art. 246 c.p.p.) (sobre todo ello: Illuminati, *op. cit.*, pp. 375-376).

8 Este recurso de reexamen ante el tribunal debía ser resuelto en un plazo máximo de 6 días, en caso de retraso la medida cautelar perdía eficacia. Ello significaba, como decía Illuminati, poner por delante el interés en la readquisición de la libertad que las posibles medidas cautelares (*op. cit.*, p. 373).

9 L. n.º 397, 27 julio 1984. "Modifiche all'arresto obbligatorio e facultativo in flagranza. Giudizio direttissimo davanti al pretore" (*GU*, 1 agosto 1984); L. n.º 398, 28 Julio 1984, "Nuove norme relative alla diminuzione dei termini di carcerazione cautelare e alla concessione della libertà provvisoria" (*GU*, 1 agosto 1984); L. n.º 400, 31 julio 1984. "Nuove norme sulla competenza penale e sull'appello contro le sentenze del pretore" (*GU*, 1 agosto 1984).

10 Grevi, *op. cit.*, *passim*.

una parte, a limitaciones debidas a la elevación de la pena al que anteriormente se vinculaba el surgimiento de la "obligación" o de la "facultad" de arrestar por parte de la policía y a la exclusión del arresto obligatorio para los delitos culposos¹¹ y, por otra, -siendo ella la modificación más relevante- en los delitos de competencia del juez inferior (pretore) -cuya competencia venía ampliada¹²- la policía debería llevar inmediatamente al arrestado ante el juez, el cual debería optar entre dejar en libertad al arrestado o someterlo inmediatamente a juicio "direttissimo" (sumario)¹³. Con ello, como dice Grevi, se pretendía modificar una situación en la cual cada año miles de ciudadanos eran encarcelados por un periodo inferior a 15 días y después venían puestos en libertad y/o en el juicio eran absueltos, se les aplicaba la remisión de condena o una pena sustitutiva, por lo cual el periodo de cárcel cumplido era pena anticipada y, además,

11 Arts. 1 y 2 l. 397/1984, cit., que modificaba los arts. 235 y 236 c.p.p.

12 Por la l. 400/1984, la cual extendía su competencia en dos sentidos: asignándole competencias en determinados delitos (entre ellos el hurto agravado) (art. 1) y estableciendo que para la medición de la pena -el pretore tenía competencia en delitos castigados con pena cuyo máximo no fuera mayor a 3 años (art. 31 c.p.p.)- no se tendría en cuenta la reincidencia y las otras circunstancias agravantes, con excepción de aquellas para las que la ley establecía una pena de especie diversa de la ordinaria y de las de efecto especial (art. 2).

13 Las opciones para el juez eran concretamente: convalidar el arresto, y entonces se le abría la alternativa de proceder al juicio direttissimo o dejar al individuo en libertad, o no convalidar el arresto y dejar en libertad al arrestado o someterlo a juicio direttissimo con su consentimiento. Las únicas excepciones existentes a esta inmediatez arresto-juicio se podían deber a que el pretore no tuviera audiencia en ese momento (y entonces la audiencia podía fijarla con un retraso no superior a 48 horas) o, a instancia del imputado, para proceder a la defensa por un plazo no superior a 5 días (art. 3, l. 397/1984, cit.).

injustificada¹⁴.

b) Las medidas alternativas a la prisión cautelar, que habían sido reformadas, como hemos visto, por la ley del "tribunal de la libertad", recibían una nueva regulación con el objetivo de posibilitar su mayor utilización como alternativa a la privación de libertad. Estaban orientadas a ello, la clara definición custodial de la medida, para impedir que pudiera interpretarse como una variedad de la libertad provisional¹⁵, y admisibilidad para los supuestos de mandato de captura obligatorio desde la captura¹⁶, una regulación más flexible que permitiera adaptarlo a mayor número de supuestos¹⁷ y, por último, previendo como nuevo lugar de custodia no carcelaria, además del lugar público de cura o asistencia previsto por la ley 532/1982, la comunidad terapéutica o de rehabilitación, con los costes a cargo de la administración penitenciaria, y claramente prevista para personas en estado de drogodependencia

14 Grevi, op., cit., p. 13. La legislación anterior permitía tal situación por cuanto autorizaba una detención policial de hasta 24 horas (art. 244 c.p.p.) y no obligaba a la inmediatez del juicio (art. 505 c.p.p.).

15 Insiste mucho en esta interpretación Grevi, el cual se ampara en el nuevo art. 254 bis c.p.p. (introducido por el art. 13 l. 398/1984, cit.) que establecía como criterio para que el juez opte por una medida alternativa cuando dispone el mandato de captura en el supuesto de que éste sea facultativo: "(...) si considera que tal medida sea idónea a salvaguardar las exigencias que han determinado la emisión de la medida (...)" (se refiere al mandato de captura) (Grevi, op., cit., pp. 21-27).

16 Art. 13 l. 398/1984. En la regulación anterior, a un mandato de captura obligatorio debía seguir indefectiblemente el encarcelamiento y sólo posteriormente podía considerarse la libertad provisional o una medida alternativa.

17 Previendo tanto un arresto domiciliario con restricciones ulteriores relativas a la comunicación como un arresto domiciliario atenuado con posibilidades para adaptarse, en supuestos de necesidad, para cumplir exigencias de vida o de trabajo (art. 15, l. 398/1984, cit.).

en curso de rehabilitación¹⁸.

c) En tercer lugar, en las "novelas" de julio de 1984 se modificaba globalmente la disciplina de la libertad provisional, asumiendo en este aspecto tal normativa una dimensión claramente contra-excepcional (a diferencia de las innovaciones señaladas hasta el momento que, como he dicho, afectaban a normas de origen pre-excepcional, aún cuando en su aplicación hubieran influido razones de alarma social, esto es, excepcionales). La incidencia principal sobre la legislación excepcional se producía al reducir los delitos excluidos de la libertad provisional¹⁹. Pero ciertamente, la excepcionalidad se seguía manifestando tanto en no asumir el principio de libertad de concesión de la libertad provisional como en mantener el criterio de la ley Reale por el cual la libertad provisional venía vinculada no sólo a criterios de tipo procesal sino también de carácter extraprocesal relativo al peligro de comisión de delitos²⁰.

18 Art. 25, l. 398/1984, cit.

19 Como delitos excluidos quedaban: aquellos castigados con la pena perpetua, secuestro de personas con finalidad de terrorismo o evasión (art. 289 bis c.p.) (que era el único delito excluido de los relativos a la delincuencia política), mientras que en la legislación excepcional cualquier delito castigado con pena mayor a 4 años en el máximo estaba excluido), estragos (art. 422 c.p.), homicidio doloso (art. 575 c.p.), robo agravado (art. 628 c.p.), extorsión (art. 629 c.p.) y como delitos asociativos, la asociación mafiosa (art. 416 bis c.p.) y la asociación relativa a los delitos de estupefacientes (art. 75, l. nº 685, 22-XII-1975 (mientras que la legislación excepcional había excluido también la asociación para delinquir) (art. 8, l. 398/1984, cit.). Por el art. 2, l. nº 7, de 21 agosto 1985 se incluía el secuestro de personas con finalidad de extorsión (art. 630 c.p.) (inf. en Grevi, op. cit., p. 43) (sobre la legislación excepcional, v. supra I.4.2.2., en particular, nota 90).

20 "Para la concesión de la libertad provisional, en los casos consentidos, el juez valora que no obstan razones procesales o que no subsista la posibilidad, en relación a la personalidad del imputado o a las circunstancias del hecho, que éste, dejado en libertad, pueda cometer delitos que pongan en peligro las exigencias de tutela de la colectividad" (art. 8, l. 398/1984, cit.). Este artículo planteaba problemas desde el punto de vista de la presunción de inocencia (art. 27-2 Const.) y desde el punto de vista de la taxatividad (art. 13 Const.). Sobre esta cuestión me baso en Illuminati, op. cit., pp. 374-375 y Grevi,

d) En cuarto lugar, en la medida en que no se establecía una regulación por la cual el juez tuviera en todos los supuestos la libertad -es decir, la facultad de valorar con criterios vinculantes las circunstancias de cada caso- en la emisión del mandato de captura y en la concesión de la libertad provisional -ya que existían, como hemos visto, supuestos de mandato de captura obligatorios y exclusiones de la libertad provisional- se disponía un conjunto de excepciones a estas obligaciones con los objetivos de limitar el paso por la cárcel de menores de 18 años y de aquellas personas destinadas posteriormente a gozar de una remisión de pena y, en segundo lugar, de impedir que la custodia cautelar superara y fuera desproporcionada respecto de la pena que posteriormente se debería imponer²¹.

e) Por último, en las modificaciones relativas a la duración máxima de la prisión provisional, la principal novedad era la previsión de un sistema en el que los términos máximos se establecían para cada una de las fases del proceso, evitando de esa manera -como sucedía en la ley nº 99/1974, primera de las excepcionales²²- que los tiempos muertos producidos entre las diversas fases jugarán en perjuicio del imputado al ser

op. cit., pp. 46-47 (quien, para evitar los problemas de taxatividad que planteaba tal artículo en relación a las "razones procesales", acudía a los criterios que establece el art. 254-2 c.p.p. para emitir el mandato de captura facultativo: peligro de fuga del imputado o peligro para la adquisición de las pruebas).

21 Art. 9, l. 398/1984, cit.

22 Sobre ello, v. supra I.4.2.2.

absorbidos en los términos globales²³. Se incidía también en la legislación excepcional mediante la notable reducción de los plazos máximos de custodia cautelar²⁴. Seguía, no obstante, una lógica de excepcionalidad, pero moderada, en la ampliación del tiempo de custodia cautelar de la fase instructoria para determinados delitos²⁵.

Al hacer una valoración global de la ley del tribunal de la libertad y de las novelas de julio de 1984, debe ponerse de relieve, y sigo con ello la valoración que realizan Illuminati y Grevi, que el legislador se mostraba consciente de que la intervención penal se manifestaba fundamentalmente con las medidas cautelares, restrictivas o privativas de libertad, que afectaban al individuo. Este problema, que ponía en cuestión entre otros el principio constitucional de la presunción de inocencia, que no había ciertamente nacido en la legislación de excepción pero que ésta, así como la influencia en los cuerpos policiales y en la judicatura del clima excepcional, habían convertido en el problema principal —recuérdese que la

23 Art. 2, l. 398/1974, cit. Además se establecían las siguientes modificaciones: a) en la duración de los plazos se computaba el período en que el individuo estaba por otro delito cumpliendo pena o internamiento y b) cuando por un mismo hecho existían diversos mandatos de captura, los términos de custodia transcurrían desde que se iniciaba la ejecución de la pena o medida (art. 1 l. 398/1984, cit.). Sobre la importancia de esta cuestión insiste Grevi, en quien me baso, en op., cit., pp. 75-80.

24 Mientras que el máximo de custodia cautelar en la legislación de excepción había llegado a ser, para determinados delitos, 10 años y 6 meses (v. supra I.4.2.2., nota 90) ahora el máximo se establecía en 6 años. En los supuestos de suspensión de los plazos, la custodia cautelar no podía superar los dos tercios de la pena a imponer. Art. 3 l. 398/1974, cit.

25 Y concretamente de un tercio para el delito de asociación mafiosa (art. 416 bis c.p.), secuestro de personas con finalidad de extorsión (art. 630 c.p.), asociación para delitos relativos al tráfico de estupefacientes (art. 75 l. nº 685, 22-XII-1975), y delitos cometidos por finalidad de terrorismo o de evasión del ordenamiento constitucional (cuando subsista el peligro de huida) (art. 3 l. 398/1984, cit.).

Legislación de excepción afectaba fundamentalmente a los ámbitos policial y procesal- venía abordado por las reformas de 1982 y 1984 intentando reducir, por todos los mecanismos señalados, la pena anticipada y en muchos supuestos, además, injustificada. El legislador optaba por una alternativa que, teniendo en cuenta la identidad sustancial entre custodia cautelar y pena, era claramente reduccionista.

Ciertamente estas leyes suponían una inversión de tendencia respecto de la legislación de la época de la excepcionalidad pero no pueden desconocerse aquellas disposiciones señaladas que mantenían la lógica de aquella legislación al dar un tratamiento diferenciado a ciertos delitos que seguían considerándose como alarmantes. También se manifestaba el culto a la excepcionalidad en el retraso de la entrada en vigor de ciertos aspectos de la ley en 1986. Si bien estos límites a la renovación no tienen la entidad suficiente para viciar el alcance reformista de tales disposiciones, sí que eran sintomáticas de que la "salida de la excepcionalidad", era un presente continuo y, por tanto, inacabado.

1.5.1.2. Reformas (y proyectos) dirigidos a enfatizar el carácter de última ratio de la sanción penal y, dentro de ella, de la sanción privativa de libertad (Circular 19-XII-1983 y Proyecto de ley 2609/1985)

La ley de 1981 de "Modifíche al sistema penale" había operado una despenalización, convirtiendo en ilícitos administrativos conductas que anteriormente estaban sometidas a sanción penal, a la vez que realizaba una determinada normativización del ilícito administrativo. El problema que se planteaba era que la legislación posterior no había, en

determinados casos, seguido los criterios con que había operado tal ley para despenalizar, al castigar mediante el instituto penal conductas que junto a aquellas que en la ley de 1981 venían despenalizadas y, viceversa, al despenalizar otras conductas que en esta ley seguían siendo consideradas como ilícitos penales.

Con la circular de 19-XII-1983 sobre "Criterios operativos para la opción entre sanciones penales y sanciones administrativas"²⁶ -elaborada por una comisión de la que formaban parte diversos profesores de derecho penal- se pretendía racionalizar la cuestión ofreciendo al legislador unos criterios coherentes para optar por la sanción penal o por la sanción administrativa²⁷. El punto de partida de la circular era el siguiente:

La sanción penal y la administrativa, caracterizadas ambas como instrumentos preventivos de tutela de bienes jurídicos, asumen, en principio, connotaciones de diversa gravedad, porque sólo la sanción penal está destinada a afectar directamente (en el caso de la pena privativa de libertad) o indirectamente (en el caso de la pena pecuniaria) sobre la libertad personal²⁸.

Los principios a partir de los cuales debía ser realizada la opción eran la proporcionalidad y la subsidiariedad. Por el primero se debía entender que sólo estaría justificado el recurso al instrumento penal en atención a la gravedad del bien

²⁶ Circolare de 19-XII-1983, "Criteri operativi per la scelta tra sanzione penali e sanzione amministrative", en GU, 23-I-1984. Es el p. 9 de la circular donde se alude a la justificación aludida en el anterior párrafo.

²⁷ Para su exposición tomo en consideración la obra de Padovani "La distribuzione dei sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana", en RIDPP, 1984, pp. 952-961.

²⁸ Circolare 19-XII-1983, cit., p. 11.

jurídico afectado y de la ofensa realizada. Una vez verificada la existencia de proporcionalidad, se podía recurrir a la sanción penal cuando no existieran técnicas de control social- y en este caso la sanción administrativa- dotadas de igual eficacia cumpliéndose entonces el principio de subsidiariedad²⁹.

Por lo que se refiere al primer principio, el de proporcionalidad, la circular partía de considerarlo constitucionalizado -en el art. 27-3, interpretado en el sentido de que no podría perseguirse una acción reeducativa mediante un tratamiento sancionatorio desproporcionado a la gravedad del hecho.

Los dos criterios que se establecían para valorar la proporcionalidad de la sanción penal eran el rango del interés tutelado y la gravedad de la ofensa. Por lo que se refiere al primer criterio, se establecía que el recurso a la sanción penal estaría legitimado para tutelar intereses que tuvieran el mismo rango primario que la libertad personal. Asumiendo una posición constitucionalista no rígida -al aludir a que en la Constitución no existía una jerarquía rígida de valores y a la existencia de intereses primarios sin mención explícita en la Constitución³⁰- consideraba de naturaleza primaria: los bienes individuales sin los cuales el sujeto no podía relacionarse en

29 Circolare 19-XII-1983, cit., p. 11.

30 Circolare 19-XII-1983, cit., pp. 11-12. En cierta medida en la circular se planteaba con ello la polémica que existía en la doctrina italiana sobre el bien jurídico, originada con la contribución de Bricola de 1973 (Teoria generale del reato) y continuada en los años sucesivos con diversas contribuciones polémicas respecto de las de este autor (daré mayor relevancia a esta cuestión en infra 1.5.2.2.).

las formas mínimas esenciales (vida, salud, libertad, honor, domicilio, intimidad, trabajo), bienes supraindividuales, modelados en base a los correspondientes bienes individuales, y bienes públicos, en los cuales quedarían comprendidos los valores fundamentales del Estado social y de derecho contemplados en la Constitución³¹. Por lo que se refiere al segundo criterio, la sanción penal debería estar limitada a los estadios de tutela menos remotos del bien y más intensamente caracterizados en términos de gravedad³².

El principio de subsidiariedad (o última ratio) se consideraba constitucionalizado en el art. 13 de la Constitución, el cual al otorgar valor preeminente a la libertad personal impedía su sacrificio cuando existieran otros medios menos gravosos para el individuo de tutela de los bienes jurídicos³³.

Cuando el legislador se planteara la duda sobre cuál medio de tutela utilizar —y la duda se plantearía fundamentalmente frente a los ilícitos menos caracterizados en términos de proporción— debería hacer una valoración conjunta que tomara en consideración tanto las características de ambos ilícitos —en particular unos criterios de atribución de responsabilidad— como de eficacia de sus instrumentos sancionatorios. En este

31 Circolare 19-III-1983, cit., pp. 11-12 y Padovani, "La distribuzione (...)", cit., pp. 953-954.

32 *Ibidem*. En el bien entendido que cuanto más elevado fuera el rango del interés estaría más justificado el recurso a la sanción penal frente a ofensas anticipadas de modesta entidad y cuanto menos elevado fuera el rango del interés menos justificado estaría el recurso a la sanción penal frente a ofensas anticipadas de modesta intensidad, Circolare 19-XII-1983, cit., p. 13.

33 Circolare 19-III-1983, cit., p. 13, Padovani, "La distribuzione (...)", cit., pp. 954-955.

sentido, eran considerados como factores de mayor eficacia de la sanción administrativa: la responsabilidad solidaria entre el autor del ilícito y la persona jurídica, la inexistencia de suspensión condicional y el carácter menos garantista del procedimiento. Y como factores de mayor eficacia de la sanción penal eran consideradas: la posibilidad de insolvencia del responsable, la inimputabilidad de los menores -sin que el ilícito les reportara ninguna consecuencia sancionatoria-, los mayores controles para el sobreseimiento de las infracciones penales y, por último, la mayor eficacia estigmatizante del proceso penal³⁴. Como explicaba Padovani, con la circular se revalorizaba la pena pecuniaria penal por cuanto sería incongruente que una vez que el legislador se planteara la duda, optara posteriormente por una sanción privativa de libertad, que demostraría que la alternativa no tenía razón de plantearse³⁵.

Ciertamente, esta circular -cuya naturaleza doctrinal se advertía en la indicación de criterios para legislar- formaba parte de una orientación, con tendencia a ser dominante entre la doctrina jurídico-penal³⁶ caracterizada por defender una reducción del derecho penal en beneficio de medios no penales de tutela a la vez que una reducción dentro del derecho penal, de los medios cautelares y de las sanciones privativas de

³⁴ Circolare 19-III-1983, *cit.*, pp. 13-18.

³⁵ Padovani, "La distribuzione (...)", *cit.*, pp. 956-957.

³⁶ v. infra I.5.2.2.

libertad (dado que la circular respondía esencialmente a tal concepción reduccionista, y para no reiterar análisis, reenvío a I.5.2.2., en donde realizaré una valoración global de tal concepción).

Dentro del ámbito de las sanciones penales, el proyecto de ley 2609/1985³⁷, pretendía avanzar en el camino de la reducción de la sanción privativa de libertad a partir de la enfatización del carácter punitivo de las sanciones penales no privativas de libertad: suspensión de pena, pena pecuniaria, sanciones sustitutivas (parcialmente privativas de libertad, restrictivas de libertad y pena pecuniaria)³⁸.

Los problemas que el ordenamiento penal planteaba para realizar tal pretensión eran fundamentalmente los siguientes: en primer lugar, el escaso contenido punitivo de la suspensión condicional de la pena, -es cierto que las sanciones reparatoras y resarcitorias previstas en el art. 165 c.p. no eran obligatorias, no se imputaban obligatoriamente-. En segundo lugar, la disminución de la eficacia preventiva de la pena pecuniaria al ser suspendible. En tercer lugar, la falta de coordinación entre la pena sustitutiva introducida por la ley de "Modifiche al sistema penale" de 1981 y la normativa anterior de la suspensión condicional de la pena, se manifestaba en dos aspectos, el primero la incoherencia que significaba, desde un punto de vista de proporcionalidad

³⁷ Disegno di legge n.º 2609, presentado el 1 marzo 1985, publicado (junto a la exposición de motivos) en RIDPP, 1986, pp. 945-978.

³⁸ Para el comentario de este proyecto me valgo de Padovani, "Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio", en RIDPP, 1986, pp. 983-996.

punitiva, el que sanciones más graves para el individuo como eran las sanciones sustitutivas fueran aplicables para sustituir condenas de cuantía notablemente inferior a las que podían ser objeto de una suspensión³⁹ y el segundo en que no se establecían criterios para optar entre las sanciones sustitutivas respecto de las suspensivas en su ámbito de concurrencia- y el tercero, que al ser también suspendibles las sanciones sustitutivas perdían buena parte de su eficacia⁴⁰.

El proyecto 2609/1985 pretendía dar solución a alguno de estos problemas:

a) Se eliminaba la suspendibilidad de la pena pecuniaria para reafirmar su carácter punitivo.

b) Se dotaba de un nuevo contenido a la suspensión condicional que evitara su funcionamiento como medida de clemencia. En este sentido, en primer lugar, devenían obligatorias para el goce de la suspensión condicional, y no sólo de imposición facultativa, las acciones en favor de la parte civil y la eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas del delito y, en segundo lugar, se facultaba al juez (y se le obligaba en el supuesto de una segunda suspensión condicional) a imponer prescripciones de conducta, cuyo incumplimiento venía sancionado con la revocación, durante el

³⁹ Las sanciones sustitutivas podían sustituir sanciones de hasta 6 meses de privación de libertad mientras que la suspensión de pena alcanzaba, en el supuesto normal, una condena de hasta dos años de duración.

⁴⁰ Sobre todo lo anterior y sus implicaciones discute Padovani "Sospensione e sostituzione (...)", *cit.*, *passim*, en quien me baso.

periodo de suspensión⁴¹. En atención a este nuevo contenido, se ampliaba la posibilidad de una nueva suspensión condicional⁴².

c) Por lo que se refiere a la coordinación entre sanciones sustitutivas y medidas suspensivas, aún cuando no se superaba la incongruencia señalada relativa a que el ámbito de intervención de la suspensión condicional fuera notablemente superior al de las sanciones sustitutivas -que, a pesar de la reforma de la suspensión condicional en el proyecto, no dejaban de ser más graves-, si se corregían las deficiencias menores: se establecía el mismo presupuesto para su aplicación- suficiencia para evitar ulteriores delitos- que lógicamente debería llevar a aplicar las sanciones sustitutivas cuando el pronóstico de reincidencia fuera más elevado; ello llevaba, en consecuencia, a excluir la suspendibilidad de las sanciones sustitutivas⁴³.

d) Estableciendo la imposibilidad de suspensión (indefectibilidad) de las sanciones sustitutivas, se procedía a su ampliación, haciéndolas aplicables -excepto para la sanción sustitutiva de la pena pecuniaria- a cualquier delito -y no sólo, como en la ley de 1981, a aquellos de competencia del pretor-, y elevando, para la libertad controlada y la pena

41 Estas prescripciones (obligación de residencia, prohibición de frecuentar determinados lugares, prohibición de determinada utilización del tiempo libre, prohibición de poseer o utilizar determinados objetos, retirada del permiso de conducir, prestación de una actividad en beneficio de la colectividad, sujeción a tratamiento terapéutico) no tenían (menos la última) un contenido de reeducación sino de prevención especial neutralizador e intimidatorio; de ahí que en el texto afirma que lo que pretendía esta reforma de la suspensión condicional era enfatizar su finalidad de prevención general, que de por sí va indisolublemente unida a una prevención especial de tipo intimidatorio.

42 Art. 2 disegno di legge 2609/1985.

43 Sección II, disegno di legge 2609/1985, cit.

pecuniaria, de 1 a 3 meses, respectivamente, a 4 meses las penas sustituibles⁴⁴.

Una valoración global del proyecto de ley analizado permite afirmar que su inspiración estaba en la idea de que enfatizando el contenido sancionatorio de la pena pecuniaria, de las medidas suspensivas y de las penas substitutivas, tales sanciones aumentarían su virtualidad de tutela preventiva de bienes jurídicos -de una prevención general y, asociada a ella, de una prevención especial de contenido fundamentalmente intimidatorio- y, por tanto, podrían ser extendidas en perjuicio del recurso a sanciones privativas de libertad.

I.5.1.3. Enfatización de las medidas alternativas y premialidad penitenciaria (l. nº 663/1986 de modificaciones a la ley penitenciaria)

La ley penitenciaria de 1975 había sufrido ya en la fase de elaboración la influencia del alarmismo dominante en la nueva época. Las mismas razones influyeron más tarde en modificaciones regresivas de la ley -regresivas en el sentido de acentuar el aislamiento del recluso- como la reforma del régimen de permisos y la creación, sin una estricta base legal, de institutos de máxima seguridad.

Desde la emanación de la ley de 1975, la mayoría de la doctrina penitenciarista se mostró crítica respecto de aquellos institutos de la ley que dificultaban, en supuestos en que se

⁴⁴ Art. 53 disegno di legge 2609/1985, cit. Esta excepción que se hacía para la pena pecuniaria, así como el que el art. 60 del disegno di legge excluyera nuevos delitos, fundamentalmente, contra la integridad física, contra la propiedad y contra determinados intereses colectivos, del régimen de sustitución por pena pecuniaria, atendía, según Padovani, a la razón de no monetarizar excesivamente intereses muy significativos, riesgo que, explica el autor, podía haber sido evitado asumiendo el sistema de días-multa (Padovani, "Sospensione e sostituzione (...)", cit., pp. 942-973).

consideraba posible, la reeducación del condenado (v.gr. exclusiones de ciertos delitos del disfrute de medidas alternativas) y también -asumiendo con ello una posición garantista- respecto de la creación de un régimen diferenciado de ejecución (ordinaria-máxima seguridad) sin control judicial. Esta doctrina, que como veremos en I.5.2.1., tuvo siempre como norte la revitalización de la reforma penitenciaria, tenía su núcleo más importante en un sector de los jueces de vigilancia penitenciaria, el cual habría de ser influyente en la reforma que ahora comentamos. En efecto, la reforma de 1986 fue fruto de una larga discusión, llevada en el parlamento entre 1982 y 1986, cuyas bases se encontraban en los trabajos de una comisión ministerial, formada por representantes del ministerio de justicia, miembros del consejo supremo de la magistratura y jueces de vigilancia, formada en 1978 y existente hasta la aprobación de la ley⁴⁵.

La reforma penitenciaria de 1986⁴⁶ es sintomática de la fase de "salida de la excepcionalidad", bautizada con el nombre de "ley Gozzini", en atención al primer firmante del proyecto

45 La inf. sobre el proceso de elaboración de la reforma penitenciaria de 1986 la extraigo de Brutti, "Dieci anni di riforma penitenziaria", en *QIE*, 1987, pp. 611-624. No he analizado el proceso de elaboración parlamentaria en atención a que los autores que dan cuenta de ella no señalan discontinuidades entre la ley y los proyectos iniciales.

46 l. n.º 663, 10 octubre 1986, "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà" (GU, 16 octubre 1986). Para su exposición tomo en consideración los siguientes comentarios y valoraciones de ella: Pavarini, "Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario", en *Marginalità e società*, 1987, 1-2, pp. 102-126; Daga, "Prime osservazioni sull'applicazione della legge n.º 663/1986", en *QIE*, 1987, pp. 623-649 y Fassone, "Luci ed ombre della legge Gozzini", en *QIE*, 1987, pp. 651-661.

inicial, diputado de la izquierda independiente⁴⁷, y fue el resultado de la colaboración entre las fuerzas gubernamentales y el P.C.I., clima radicalmente diferente al de la elaboración de la ley de 1975⁴⁸. En ello se acogían, además, las demandas expresadas durante el período 1981-1986 por reclusos, en particular por aquellos de las llamadas "áreas homogéneas" constituidas por presos disociados del terrorismo⁴⁹.

La reforma penitenciaria de 1986, "reforma de la reforma", es semejante al resto de reformas analizadas de este período por su orientación hacia la reducción de la ejecución penal en privación de libertad. Pero las razones por las cuales en esta ley se llega a este resultado en parte convergen y en parte difieren de las que daban sentido al resto de reformas -y a los proyectos- procesales y penales de este período. En este sentido pueden considerarse modificaciones de la ley penitenciaria equivalentes a estas reformas aquellas que reducen las medidas privativas de libertad a los supuestos en que, por motivos de proporción no se consideran posibles otros modos de ejecución. De este tenor son ciertas modificaciones a las medidas alternativas. Por el contrario, no pueden considerarse equivalentes a las anteriores reformas las modificaciones de esta ley que enfatizan una vía -presente sólo en forma moderada en la ley de 1975- consistente en diferenciar

47 Grupo parlamentario que forman los diputados independientes elegidos en las listas del P.C.I.

48 Al respecto, v. supra I.4.1.1.

49 Inf. en Pavarini, "Riflessioni in merito (...)", cit., p. 104.

el régimen penitenciario (menor custodia-mayores esferas de libertad) en atención al comportamiento del reo en la institución.

Por lo que atañe al primer tipo de reformas -las de ratio equivalente a las otras reformas del período- vienen constituidas por una ampliación de las medidas alternativas a la privación de libertad. Con carácter general se eliminan las exclusiones de ciertos delitos al goce de medidas alternativas que habían sido introducidas por razones de alarma social.

Atendiendo, en particular a las diversa medidas, la asignación al servicio social, se amplían las condenas beneficiables⁵⁰, se limitaban los requisitos subjetivos⁵¹ y se reducía a 1 mes -salvo casos particulares en que se eliminaba- el periodo de observación en la cárcel⁵². Además, se establecía un régimen especial de asignación al servicio social para personas tóxicodependientes o alcohólicodependientes, que difería del régimen ordinario por lo siguiente: era admisible para un individuo que estuviese sometido o que aceptase someterse a un programa de tratamiento en una institución pública o privada, no se requería observación en la cárcel y

⁵⁰ De dos años y medio (salvo casos particulares) a tres años y se elimina el obstáculo de que al individuo no le venga impuesta una medida de seguridad. Art. 11 l. nº 663/1986, cit.

⁵¹ Las prescripciones deben ser suficientes para contribuir a la reeducación del reo (en la ley de 1975: "suficiente a la reeducación del reo"). Art. 11 l. nº 663/1986, cit.

⁵² En la l. de 1975 era de tres meses como mínimo. Las excepciones eran: cuando el condenado haya sufrido una prisión preventiva seguida de un periodo de libertad y cuando la instancia se presente antes de la prisión o ejecución de la orden de encarcelamiento.

era admisible por un máximo de dos veces⁵³.

Por lo que se refiere a la medida alternativa de la semilibertad, la novedad más importante era la ampliación de las condenas beneficiables hasta 3 años; se admitía además que para las condenas menores a 6 meses la semilibertad fuera dispuesta antes del inicio de la condena. Destacaba también la modificación de que presupuesto subjetivo de la medida fuera la existencia de condiciones para la reinserción mientras que en la ley de 1975 la reinserción era el fin de la medida⁵⁴.

En tercer lugar se establecía la nueva medida alternativa de la detención domiciliaria para supuestos particulares entre los que destacaba el del menor de 21 años, siempre que la pena no fuese superior a dos años⁵⁵.

Admitiendo por ahora que el conjunto de esta reforma del régimen de las medidas alternativas suponía una ampliación de las modalidades de ejecución de condena no privativas de libertad y reservando para más adelante una valoración de su concepción en torno a la reeducación, examino a continuación otro tipo de reformas consistentes en diferenciar el régimen penitenciario en atención al comportamiento del recluso en la institución.

⁵³ Art. 12 l. n.º 663/1986, cit. Esta institución debe vincularse a las reformas penales de 1982 y 1981 que habían establecido las medidas cautelares de arresto en centro público de asistencia o en una comunidad terapéutica privada (v. supra I.5.1.1.).

⁵⁴ Art. 14 l. 663/1986, cit.

⁵⁵ Los supuestos eran: embarazada al cuidado de hijos menores, enfermos, ancianos y menores de 21 años. No se aplicaba el régimen penitenciario. La medida alternativa era gratuita para la Administración penitenciaria. El incumplimiento venía tipificado como delito de evasión. Art. 13 l. n.º 668/1986, cit.

En este aspecto se producía una reforma sustancial respecto de la inspiración de la ley penitenciaria de 1975: ésta se basaba en una filosofía consistente en responder a las necesidades del recluso en orden a su reeducación; no era, en la retórica de la ley, el comportamiento del recluso en la institución el parámetro que había de determinar el tipo de ejecución penitenciaria. Es cierto que en la ley de 1975 ya se preveían las reducciones de pena como estímulo a la participación externa en la reeducación y que, junto a ésta, otras instituciones como la semilibertad tras la mitad de pena cumplida bien podían ser utilizadas como premio a una adaptación al régimen penitenciario (aún cuando fuera una adaptación basada en la participación en las actividades de tratamiento). Pero en la ley no había un criterio general de diferenciación del régimen de los reclusos por su comportamiento.

A partir de 1977 habían surgido de forma extralegal, según la doctrina mayoritaria, las cárceles de máxima seguridad, con ellas se creaba⁵⁶, un potente instrumento de diferenciación que alteró todo el sistema penitenciario. La reforma penitenciaria de 1986 "hacia ley la realidad"⁵⁷, expresión que se puede referir, en primer lugar, a la creación de un régimen llamado de "vigilancia particular", previsto para aquellos reclusos que

56 v. supra I.4.2.3.

57 En expresión de Daga, "Prime osservazione sulla applicazione della legge n.º 663/1986", en *QtS*, 1987, p. 637.

manifestaran una desadaptación grave al régimen penitenciario⁵⁸, admisible desde el inicio de la reclusión⁵⁹, y cuyo contenido posibilitaba un aislamiento del recluso en la institución⁶⁰. Además de legalizar este régimen, la ley de 1986 incluía garantías para los que fueran sometidos a él, relativas a los derechos que en ningún caso podían ser afectados en tal régimen⁶¹ y al recurso frente al tribunal de vigilancia⁶².

Para aquellos reclusos no sometidos a vigilancia particular, la ley de 1986 ampliaba las posibilidades de gozar, en atención al comportamiento externo del individuo en la institución, de esferas de libertad:

a) La institución de la reducción de pena venía duplicada, y se subordinaba exclusivamente a la participación en la obra de reeducación -es decir, no podía someterse a la valoración del cumplimiento del fin reeducativo- y era compatible para el cumplimiento de la pena exigida para otras medidas como los

⁵⁸ Concretamente para quien: comprometiera la seguridad o turbara el orden, realizara violencia o amenazas que impidieran actividades de otros reclusos y sometieran a otros reclusos. Art. 1 l. 663/1986, cit.

⁵⁹ En atención, en tal caso, a los precedentes penitenciarios o al comportamiento tenido en libertad (art. 1 l. 663/1986, cit.).

⁶⁰ Art. 3 l. 663/1986, cit.

⁶¹ Concretamente: higiene, salud, alimentación, vestuario, lectura, culto, radio, y coloquios con el defensor y la familia. También una estancia al aire libre de dos horas al día, pero, salvo situaciones de emergencia. Art. 3 l. 663/1986, cit.

⁶² Art. 2 l. 663/1986, cit. Un recurso que se resolvía con la participación del defensor y del ministerio fiscal.

permisos-premio y la semilibertad⁶³.

b) Se creaba la institución de los permisos-premio, de la que no podían gozar los preventivos, desde el inicio de la condena o tras el transcurso de una parte de ella, en atención a la gravedad de la condena, que hubieran tenido durante el transcurso de la condena una conducta regular -responsabilidad y corrección en el comportamiento y actitudes- y que podía llegar, en el supuesto normal, hasta 45 días al año. La competencia para aplicar el premio era del magistrado de vigilancia⁶⁴.

c) Se admitía la semilibertad para el condenado a la pena perpetua de libertad tras 20 meses de pena⁶⁵.

d) Se ampliaba su trabajo en el exterior -única institución que en la ley penitenciaria de 1975 permitía una esfera de libertad no subordinada, en el supuesto de condenas graves, a un determinado plazo de cumplimiento- a los sometidos a prisión preventiva⁶⁶.

Una valoración global de esta ley -que incluía otras reformas importantes como la abolición de la peligrosidad presunta⁶⁷- debe destacar los siguientes aspectos.

63 Art. 18 l. 663/1986, cit.

64 Art. 9 l. 663/1986, cit.

65 Art. 14 l. 663/1986, cit.

66 Art. 6 l. 663/1986, cit.

67 Art. 31 l. 63/1986, cit., obligando a que todas las medidas de seguridad se adoptasen previa verificación de que quien había cometido el hecho era una persona socialmente peligrosa.

Existía un primer tipo de formas -las relativas a las medidas alternativas aplicables en el inicio de la condena- cuya inspiración se encuentra en reducir la respuesta segregativa a partir de otros medios de control (medidas alternativas) cuando ello no viniera obstaculizado por motivos de proporción y siempre que el individuo no tuviera unos precedentes que le llevaran directamente al régimen de vigilancia particular. Si el fundamento de estas medidas en la ley de 1975 era una concepción de la reeducación social -es decir, de una reeducación debida a la receptividad de la sociedad de los individuos que se desviaban**- pienso que las innovaciones de la ley de 1986 no desarrollaban tal concepción, sino que más bien se basaban en la idea de que, cuando motivos de proporción y de adaptación al régimen penitenciario no lo desautorizaran, no debería obstaculizarse la posibilidad de reeducación; y a ello respondían las instituciones de la asignación al servicio social especial para toxicómanos- que no tenía como punto de referencia la sociedad sino otra institución, v.gr. la comunidad terapéutica, de la semilibertad, pensada para quien tuviera un apoyo en el exterior, y también la detención domiciliaria, cuya única idea de reeducación era la de ahorrar la experiencia carcelaria a determinados individuos. Es decir que en todos estos supuestos, que eran las novedades más importantes, el legislador no tenía como punto de referencia el de una "sociedad abierta", adoptando una posición más excéptica que era sintomática de la

** V. supra 1.3.3 y 1.4.2.1.2.

crisis de una idea de reeducación social.

Por lo que se refiere a las modificaciones dirigidas a diferenciar el régimen penitenciario en atención al comportamiento en la cárcel -que supera la diferenciación que se establecía en el texto de 1975 en razón de la alarma social frente a ciertos delitos que venían excluidos de la medida alternativa- parece difícil justificar tales innovaciones en atención a un criterio que no sea el de adaptación penitenciaria. Por lo que se refiere al régimen de vigilancia particular está clara su ajenidad a cualquier criterio de proporción con el delito cometido y también a un criterio de reeducación, puesto que él se aplicaba como consecuencia exclusivamente de una inadaptación al régimen penitenciario. En cuanto al régimen ordinario que respetaba salvo excepciones (trabajo en el exterior) un criterio de proporción, y que se basaba en los estímulos a un determinado comportamiento con el premio de ciertas esferas de libertad, Presutti considera que el objetivo de tales estímulos era:

(...) la interiorización progresiva de un modelo de vida socialmente integrado (...)»⁶⁹.

Y no una búsqueda de conformidad de los reclusos al régimen penitenciario, pero como la misma autora reconoce⁷⁰, en la medida en que el marco de valoración del comportamiento del recluso fuera el penitenciario sería bastante difícil distinguir ante un proceso de reeducación de otro de mera

⁶⁹ Presutti, Profili premiali dell'ordinamento penitenziario, Milano, Giuffrè, 1986, p. 106.

⁷⁰ Presutti, op. cit., pp. 134-135.

conformidad y más cuando el conjunto de actividades que permitían valorar la reeducación (escuela, trabajo, contactos con el mundo exterior) configuraban de por sí una parte de la vida penitenciaria, cuya realización supone inexcusablemente una conformidad a la vida penitenciaria. Independientemente de esta cuestión, lo que no parece discutible es que con la enfatización de la premialidad, el legislador privilegiaba, de entre los diversos modelos que encontraron cabida en la ley de 1975⁷¹ una concepción de reeducación individual ajena a cualquier pretensión de contactos entre el individuo y la sociedad: téngase en cuenta que en la ley de 1986, el contacto entre el individuo y la sociedad no era tanto el contenido de la medida sino el premio.

1.5.1.4. Obstáculos a una orientación reduccionista en la práctica judicial

Las reformas y proyectos analizados son sintomáticos de que la alarma social dejaba de ser criterio dominante. Es cierto que en particular en las reformas procesales de 1984 el criterio alarmista permanecía pero parece incuestionable el que al menos como línea de tendencia esta legislación planteaba una salida de la excepcionalidad. Salir de la excepcionalidad suponía retomar una normalidad caracterizada por la reanudación de las reformas y este retorno al reformismo, la legislación del periodo 1982-1986 lo hacía en base a una concepción reduccionista que se distinguía de la opción reformista existente hasta 1974 por no buscar tanto un tipo de pena que

⁷¹ V. *supra* 1.3.3.

conciliara las necesidades de defensa de la sociedad con la promoción (o reeducación) del individuo cuanto una sustitución del derecho penal por otros medios de tutela y, dentro del derecho penal, de la pena privativa de libertad por otras sanciones afectantes en grado menor a la libertad personal. En esta perspectiva el problema dejaba de ser qué contenido dar a la privación de libertad personal para pasar a ser la propia privación de la libertad personal, de ahí que el ámbito privilegiado de este nuevo reformismo sea aquél que más influye en tales privaciones, el de la custodia cautelar. Más adelante, al analizar el debate doctrinal durante este período, me interesaré por las razones que llevaban a la opción reduccionista a ocupar el lugar dominante que antaño había tenido la corriente reeducativa, por ahora quisiera ocuparme de señalar algunos obstáculos que esta opción reduccionista encontraba en la práctica judicial, por cuanto ello nos permite tener una descripción más global del contexto en el que operaba la discusión doctrinal.

El primer dato que debe ser tomado en consideración es que si bien entre 1984 y 1987 se producía una disminución del porcentaje de reclusos en prisión preventiva -que pasaba del 65 al 57%- (también de la población reclusa en términos absolutos de 41.000 a 34.000, pero ello se debía a la amnistía de 1986)⁷² lo cierto es que en 1986 más de la mitad de los reclusos preventivos lo estaban en tal situación en base a mandatos de

⁷² Inf. en Daga, *op. cit.*, p. 649.

captura facultativos⁷³, tales datos pueden ser significativos, entre otros aspectos, de un mantenimiento de las orientaciones alarmistas entre la judicatura.

En segundo lugar es necesario aludir a algunas prácticas judiciales que han sido consideradas por un sector doctrinal poco respetuosas de las garantías individuales y, en consecuencia, como sostendremos más adelante⁷⁴, poco acordes con una concepción reduccionista.

Tales prácticas arrancan de algunos clamorosos procesos contra personas acusadas de pertenecer a organizaciones terroristas en los cuales las imputaciones no se fundamentaban en pruebas materiales sino en valoraciones sobre las opiniones políticas de tales acusados⁷⁵ y encontraban desarrollo, en base a la norma de la legislación excepcional en materia de colaboración procesal, en una evolución de la jurisprudencia en materia de adquisición de pruebas mediante colaboración tendente a configurar, a partir de 1980, la mera declaración acusatoria como prueba⁷⁶. Esta evolución explica que en

73 Inf. en Brutti Liberati, "Intervención", en AA.VV., Sistema carcerario e la organizzazione delle penti, en DD, 1986, p. 157.

74 Concretamente en infra I.S.J.2.

75 Inf. al respecto en Ferrajoli, "Il caso 7'aprile", lineamenti di un processo inquisitorio", en DE, 1983, pp. 167-205 y del mismo autor "Il processo penale diffuso (ancora sul caso 7'aprile)", en DP, 1983, pp. 381-387.

76 Para hacer tal afirmación me baso en Meppi, "Dichiarazione dei pentiti e problemi della prova", en AA.VV., La legislazione premiale, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 247-257. Concretamente el autor explica que hasta 1980 la jurisprudencia, para que las declaraciones anteriores de los imputados fueran consideradas como prueba, exigía: como requisitos intrínsecos, que fuera espontánea, reiterada, desinteresada y no motivada por el rencor o por la mera sospecha y, como requisitos extrínsecos, que fuera confirmada por elementos subjetivos. A partir de 1980, la jurisprudencia exigía, como requisitos intrínsecos, que fuera espontánea, con circunstancias y que no subsistieran elementos que la permitan considerar motivada por el

cualquier proceso importante los jueces buscaran un colaborador⁷⁷, en base al cual extender enormemente el número de imputados. Se llegaba, de tal manera, al fenómeno de los makiprocesos, en los cuales se sentaban en el banquillo cientos de acusados fundamentalmente por delitos meramente asociativos (v.gr. asociación para delinquir, asociación mafiosa). Como indica Gamberini, en tales procesos, del periodo 1980-1984, - que plantean grandes problemas desde el punto de vista de la tipificación de la conducta, al no existir taxatividad en la determinación de cuál es la conducta constitutiva de asociación- el juez utilizaba las acusaciones del colaborador para hacer una hipótesis reconstructiva sobre la perpetración de diferentes delitos-fin vinculados al delito asociativo. No eran en última instancia, los datos de hecho los que permitían acusar en tales delitos, sino una imputación a título de concurso moral, por el cual cuando se formaba parte de una asociación existía una aprobación del programa de actuación que implicaba la realización de delitos⁷⁸.

Ciertamente este tipo de prácticas judiciales suponía

rencor o arrepentimiento y, como requisitos extrínsecos, considera suficiente que los elementos contenidos en la acusación no contrasten con otros elementos verificados por el juez (pp. 250-251).

77 En este sentido, Padovani: "Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità", en *RIDPP*, 1986, p. 425.

78 Gamberini, "Lotta al crime organizzato e cicli processuali. Riconoscibilità del intervento giudiziario e praticabilità della funzione difensiva", en *DP*, 1986, pp. 63-74 y, del mismo autor, "Responsabilità per reato associativo e concorso nei reati fine", en *FI*, 1986, II, separata, pp. 5-9. Explica el autor en este último artículo, que este tipo de imputación utiliza una lógica de tipo abductivo: se tiene un resultado (delito-fin) y un hecho (asociación para delinquir) y lo que se hace es inventar una regla (formar la asociación implica aprobar la realización de hechos delictivos). El autor, en este último título, elogiaba una sentencia de la Corte de casación que casaba determinadas sentencias de tribunales que habían sustentado tal interpretación.

reducir las garantías procesales y con ello se permitía la extensión desmesurada de la intervención penal. Una práctica que, como veremos más adelante, encontrará la oposición de la corriente doctrinal identificada con el reduccionismo.

1.5.2. El debate sobre la finalidad de la pena en la nueva fase histórica

1.5.2.1. Debilidad de una reproposición del paradigma reeducativo (limitado a las sanciones parcial o totalmente alternativas a la privación de libertad)

Existirá un sector de la doctrina que desde el momento en que la ley penitenciaria en su proceso de elaboración, se vio contaminada por motivos de alarma social⁷⁹ expondrá sus críticas y las acentuará a partir de la involución debida a la reforma del régimen de permisos y la creación de cárceles de máxima seguridad. El reproche más generalizado a esta situación consistía en afirmar que frente a unos problemas de seguridad y orden en las prisiones⁸⁰ -que la mayoría de estos autores reconocían- la reacción de la administración penitenciaria se basaba puramente en restaurar el orden mediante el temor a las cárceles de máxima seguridad a la vez que acentuando el aislamiento de los presos dentro de la cárcel⁸¹. La alternativa de este sector doctrinal, que se expresa en diversos congresos

79 V. supra I.4.1. y I.4.2.1.

80 He aludido a ellos en supra I.4.2.3.

81 En este sentido, Margara, "La riforma carceraria in rapporto alle strutture esistenti, necessarie e non realizzate. Prospettive di superamento della situazione attuale", en AA.VV., Struttura e funzione delle carceri e ruolo dell'Ente locale, Parma, 1983, pp. 58-61.

realizados durante la época de la excepcionalidad⁸², en continuidad con los cuales estarán las contribuciones más recientes, pueden sintetizarse en los siguientes aspectos.

En primer lugar, y como principio de actuación, se pretendía una revitalización de la reforma, con la particularidad— respecto de lo que fue la corriente reformista durante el período 1974-1982— de que la mayoría de propuestas se centraban en el fomento extensivo o intensivo, del ámbito de la alternatividad (el de las medidas parcial o totalmente alternativas a la privación de libertad). Las razones de este menor énfasis en la reforma de la cárcel pienso que eran, en primer lugar, la experiencia de los años de aplicación de la ley penitenciaria que demostraban la tendencia de la administración penitenciaria a practicar un favorecimiento de la custodia y, en segundo lugar, la barrera entre cárcel y sociedad, que la reforma de 1975 partía del proyecto de que debía romperse en alguna manera y que, por el contrario, se había acentuado en los años de la excepcionalidad. Esto llevaba a considerar más fácil la reeducación sin la existencia de esa barrera real y simbólica⁸³.

⁸² Los que he analizado son los siguientes: AA.VV., Il carcere dopo la riforma, reproducción parcial de las actas del congreso "Realtà carceraria a due anni della riforma", Firenze, 2-3 de diciembre de 1973, Milano, Feltrinelli, 1979; AA.VV., Lo stato di attuazione della riforma penitenziaria e il ruolo degli enti locali, actas del "Seminario promosso dal Comune di Venezia", Venezia, 20-1-1979, Venezia, Marsilio, 1979; AA.VV., Struttura e funzione delle carceri: ruolo dell'Ente locale, "Atti del congresso regionale" de título homónimo, Parma, 4-5 de diciembre de 1981, Parma, 1983; AA.VV., "Carcere, società, istituzione", congreso organizado por "Centro di Riforma dello Stato". Comité Regionale Toscano del P.C.I., Federazione fiorentina del P.C.I., Firenze, 18-19 de junio de 1982, ponencias mecanografiadas.

⁸³ Explica Pavarini el cambio de la imagen social de la desviación: así como en los años setenta —y en el clima que maduró la reforma— el recluso venía visto como víctima, en el clima que surge en la segunda mitad de los años setenta, el estereotipo de criminal es el del "terrorista irreductible", "afiliados a la criminalidad organizada...", en "Ricerche su una ipotesi operativa di organizzazione territoriali

En segundo lugar, estos autores reconocían que en relación a un número de reclusos se planteaban exigencias intensivas de seguridad pero se debía evitar que las reducciones a los derechos de los reclusos se extendieran más allá de aquéllos respecto de los que eran necesarios controles especiales. Para ello proponían que se institucionalizara un régimen diferenciado, que diera lugar a tres situaciones posibles: custodia especial, custodia y custodia atenuada. Mientras que en la situación de custodia especial, basada en una reducción de derechos que comportaba un mayor aislamiento, debían extenderse las garantías y no superar unos límites de humanidad, en la situación de custodia ordinaria, deberían estar quienes, sin exigir su comportamiento una custodia intensiva, razones de proporción o de peligrosidad, obstaculizaran el paso a la situación de custodia atenuada. Para que la diferenciación fuera efectiva, los autores planteaban la existencia de instituciones separadas que permitieran adaptarse a las diversas situaciones⁸⁴. Junto a esta situación de custodia atenuada, el espacio privilegiado

dell'esecuzione penale in Emilia Romagna all'interno del quadro di competenze, funzioni e possibilità offerte al governo locale della legge penitenziaria del 1975, dall'art. 23 del decreto 611/77 e in particolare dallo stato di attuazione delle misure alternative e della pena sostitutiva della semidetenzione", 1984, mecanografiado, p. 16.

⁸⁴ Quien más ha insistido en esta idea es Margara del cual puede verse v.gr. "La riforma carceraria in rapporto nella struttura esistente (...)", *cit.*, pp. 64-71 y también su artículo en colaboración con el padre de la reforma penitenciaria de 1986: Gozzini/Margara, "Politica e amministrazione penitenziaria tra centro e periferia", ponencia mecanografiada a "Carcere, società, istituzioni", *cit.*, pp. 19-20. También aludían a la necesidad de diferenciar Pavarini/Savelli/Valeriani, Governo locale ed esecuzione penitenziaria. Linee programmatiche di intervento proposte dalla regione Emilia Romagna nell'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, Bologna, ed. Regia Emilia Romagna, D.p. Sicurezza sociale. Studi e documentazione, nº 49, 1985, pp. 13-14 y Neppi Modona, "Le istituzioni penitenziarie: dalle leggi di riforma alla prassi della restaurazione", en AA.VV., "Carcere, società, istituzioni", *cit.*, mecanografiado, p. 18.

para la reeducación sería el que se realizara con las medidas totalmente alternativas a la privación de libertad (asignación al servicio social, pena sustitutiva de libertad controlada).

Los institutos de custodia atenuada, en los cuales se debería albergar a personas en cumplimiento de las medidas alternativas de la semilibertad, de la pena sustitutiva de la semidetención, que se beneficiara del trabajo en el exterior o que gozara habitualmente de permisos-premio⁸⁵, debería caracterizarse, en primer lugar, por no basarse tales instituciones en la lógica disciplinaria y en dinámicas de prisionización de la cárcel, en la medida en que en ella no vendría negado el rol social del individuo, lo cual permitiría, en segundo lugar, que la relación individuo-sociedad no se viera obstaculizada por la barrera estigmatizante de la cárcel⁸⁶. La custodia atenuada, que podría afectar a un buen número de reclusos, que por la cuantía de sus condenas o por su peligrosidad, no podrían gozar de una medida totalmente alternativa, era un espacio en el que debería satisfacerse la pretensión tradicional del paradigma reeducativo consistente en compatibilizar la necesidad de prevención general con la de prevención especial. Para hacer posible esta finalidad de prevención especial, existía bastante consenso por parte de los autores en reivindicar una intervención de los Entes locales, que ejercitaran sus competencias en todo el sector de custodia

⁸⁵ En este sentido, Gozzini/Margara, op. cit., pp. 19-20.

⁸⁶ Margara, "La magistratura di sorveglianza: tra un carcere da rifiutare e una riforma di attuare", en AA.VV., Il carcere dopo la riforma (...), cit., pp. 101-102, del mismo autor, "La riforma carceraria (...)", cit., p. 66. También Pavarini/Savelli/Valeriani, op. cit., p. 14.

no carcelaria -competencias que comprendían tanto la gestión de las instituciones como las intervenciones sociales sobre los individuos⁸⁷ tomando en consideración tanto la exigencia de seguridad -exigencia que los Entes locales habían sido poco propicios a asumir ante el temor de que su política de intervención social fuera calificada de represiva⁸⁸- a la vez que las necesidades de promoción del individuo. Sobre esta última cuestión los autores de esta corriente advertían la dificultad de basar tal intervención en el facilitamiento de la ocupación laboral, no sólo en atención a la rigidez del mercado de trabajo⁸⁹ sino también en vista del tipo de valores dominantes entre los jóvenes que se desviaban y que sufrían procesos de control, basados en una cultura hedonista y de rechazo a ciertas formas de trabajo⁹⁰. Es por ello que se proponía mayor flexibilidad en esta cuestión auspiciando modelos de integración más acordes a los valores de estos individuos, y se aludía, en este sentido, al trabajo cooperativo⁹¹.

87 Aluden a estas competencias, exigiendo que el ente local se haga cargo de ellas: Nascetti/Pavarini, "Autonomie locali ed esecuzione penitenziaria: situazione e prospettive agli inizi degli anni ottanta", en *Devianza ed Emarginazione*, 1982, 4, pp. 51-86, y Pavarini/Savelli/Valeriani, *op. cit.*, pp. 17-26.

88 Aluden a estas reticencias del ente local a hacerse cargo de intervenciones de control en tema de custodia: Pavarini/Savelli/Valeriani, *op. cit.*, p. 55.

89 Insiste entre otros en esta crítica: Mosconi, "Riferimenti per una alternativa reale al carcere", en *OP*, 1986, pp. 300-301.

90 Insiste en esta cuestión Nascetti/Pavarini, *op. cit.*, pp. 84-85.

91 Lo plantean como una posible alternativa Pavarini/Savelli/Valeriani, *op. cit.*, pp. 34-35. También viene defendido este tipo de trabajo en las intervenciones de Ingrao y Vasalli en el debate "Sistema carcerario ed umanizzazione delle pene", *cit.*, pp. 162-169 y pp. 171-179, respectivamente.

Recientemente, algún autor, en relación a las medidas alternativas a la prisión, ha propuesto un tipo de intervención basada en la resolución de problemas, en el curso de una comunicación no estigmatizante entre individuo y sociedad⁹².

Este replanteamiento del paradigma reeducativo, distinto de los anteriores modelos por limitar su objeto a las sanciones parcial o totalmente alternativas a la privación de libertad, adolece, a mi entender, de graves obstáculos para llegar a ser dominante. En primer lugar, aquellos autores defensores del modelo que partían de que cierta desviación se debía a procesos de exclusión social y proponían un tipo de respuesta en términos de inclusión⁹³, caían en la dificultad de tener que considerar que la sociedad podía ser a la vez exclusiva e inclusiva. Aún admitiendo la posibilidad de superar tal dificultad —o bien por considerar que efectivamente una sociedad exclusiva tiene mecanismos para corregir tales exclusiones o por no partir de una etiología basada en considerar la exclusión social como causa de la desviación⁹⁴— un proyecto inclusivo no dejaba de ser poco sólido. En efecto,

⁹² En este sentido, Mosconi, *op. cit.*, quien postulaba una diversa concepción del control social: (...) la comunicación social horizontal, el conocimiento recíproco entre los sujetos, la solidaridad en vista a la participación en la solución de cuestiones comunes. Se llega así a redefinir el concepto de control social no como foros de control social sobre comportamientos desviados y sobre factores de desestabilización social, sino como definición de foros más intensas de comunicación social, basadas en foros más concretas de conocimiento (p. 296).

⁹³ En este sentido, Magaraz "Le mesure alternative (...)", *cit.*, p. 51 y Mosconi, *op. cit.*, pp. 301-302.

⁹⁴ Me parece que algo así viene planteado en Mascetti/Pavarini, *op. cit.*, pp. 84-85.

señaladas las dificultades para una inclusión económica, sólo restaba asumir como punto de referencia de otras respuestas positivas hacia el desviado una sociedad con capacidad de dar, una respuesta activa en términos de aceptación del desviado y de solución a sus problemas. Pero este modelo de sociedad no dejaba de tener una fuerte carga de utopía si se tenía en cuenta que lo que en la sociedad italiana había sido tradicionalmente el hilo fundamental de agregación -la acción política- había caído en el período de la excepcionalidad en una profunda crisis y no parecía que hubiera pasado el tiempo necesario para dar vida a nuevas formas de agregación.

Esta debilidad del modelo se veía reflejada en la reforma penitenciaria de 1986. Una reforma en la que había tenido influencia justamente este sector doctrinal -pues se había tomado en consideración las opiniones de los magistrados de vigilancia y era una ley que nacía de un proyecto de la izquierda parlamentaria- y que sin embargo respondía, tanto en la aplicación de las medidas alternativas cuanto en los institutos que enfatizaban la premialidad penitenciaria, a una concepción de reeducación individual (y ello cuando no de mera búsqueda de la adaptación al régimen penitenciario), ajena, en todo caso, a esta dimensión de promoción social defendida por el sector doctrinal que acabo de analizar.