LA DEFENSA SOCIAL

Fernando Pérez-Llantada, S. I.
Catedrático de Criminología.
U.C.A.B.

La doctrina de la Defensa Social, más que una originalidad de los juristas contemporáneos, es una resultante de una serie de ideas que se venían incubando desde la lejana antigüedad, pero sin emerger de una forma lógicamente estructurada. Es la adaptación de esas ideas y su adopción a las circunstancias contemporáneas, envolviéndolas con concepciones de hoy, y dándoles una unidad doctrinal.

Vamos a recorrer sumariamente la historia de las ideas de defensa social para darnos cuenta del aporte nuevo de la Nueva Defensa Social, sobre todo. Veremos que la historia está tachonada de estas inquietudes sociales, pero sin que se haya formado hasta ahora una unidad de doctrina.

1. Antecedentes históricos remotos

Marc Ancel nos dice que estas ideas de defensa social se han manifestado desde que aparecen una de estas tres nociones: "ya la preocupación de asegurar, más allá de un castigo simplemente expiatorio, la protección de la Sociedad; ya el deseo de permitir, más allá de una pena puramente ejemplar o retributiva, un mejoramiento, si no una reeducación del delincuente; ya en fin la inquietud de promover o conservar, en la justicia penal y más allá de las simples exigencias de la técnica procesal, la noción de la persona humana, a la que jamás puede aplicarse un trato que no fuere humano"[1]

[1] Marc Ancel, La Nueva Defensa Social (Un movimiento de política criminal humanista), traducción de Francisco Blasco Fernández de Moreda y Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley, 1961, p. 34; La Défense Sociale Nouvelle, (Un mouvement de Politique criminelle humaniste), 2em. éd., Paris, Cujas, 1966, p. 42.

La filosofía griega habla de una defensa social como función de la pena. Protágoras, cuyo pensamiento lo conocemos por un diálogo de PLATÓN, nos dice que quien tenga el cuidado de castigar inteligentemente no castiga a causa del pasado, sino en previsión del futuro, a fin de que ni el culpable, ni los testigos de castigo sean tentados a comenzar de nuevo.[2] Es decir, hay una sustitución de la represión punitiva por la preventiva. La expiación es sociablemente inútil, ya que lo hecho, hecho está, y la pena que castiga no repara nada. Hay que prevenir los crímenes para hacer una sociedad mejor, por medio de las leyes. La represión deberá tener un carácter nuevo: la enmienda y la intimidación. Afirma la eficacia de la educación, y la pena debe ser orientada desde el punto de vista de la educación; ella es un medio de corregir. Ella es un enderezamiento.[3] Sin embargo, PROTÁGORAS no excluye el caso de delincuentes recalcitrantes, sin enmienda, a los que hay que excluir como medio de defensa social.

PLATÓN se preocupa, en sus obras positivas, eminentemente de la curación de los culpables. La finalidad de la pena —castigo que ocasiona un sufrimiento— será purificar y curar al culpable.

Como PROTÁGORAS, es severo con los incurables, a los que hay que castigar para que sirvan de ejemplo a los demás. Así lo expresa en un pasaje de GORGIAS, 525. Los incurables por carga hereditaria serán excluidos de la comunidad. Expiación y curación son los dos polos en que se balancea su ideología, pero prevaleciendo siempre el de la pena curativa. Es preciso que haya leyes de prevención y de intimidación, leyes que desvíen el mal y lo castiguen, una vez ocasionado.[4] El castigo se dará en función del futuro, para que los que son testigos de él, tengan horror de la injusticia, o para debilitar lo funesto en sus vidas.

PLATÓN baja al plano práctico y hace una clasificación de las prisiones, atribuyéndoles funciones diversas: una primera

[2] PLATÓN, Protágoras, 324, cit. por R. VAN DER MADE, Contribution à l'étude de l'histoire de la défense sociale (Rapport présenté au IIe Congrès int. de défense sociale, Liège, 1949), in Rev. de dr. pén. et de crim., 1949-1950, pp. 946-947.

[3] JODELET, La conception de la peine chez Platon, p. 344, cit. por R. VAN DER MADE, op. cit., p. 947.

[4] PLATÓN, Ley IX, 853, cit. por R. VAN DER MADE, op. cit. p. 950.

que será sede de detención preventiva; una segunda, llamada "sophronisterion", para el criminal enmendable; y otra tercera, la prisión del suplicio, alejada de la comunidad, para los incurables.[5]

ARISTÓTELES será mucho más severo con los culpables. No aceptará la teoría de PLATÓN. Hay que constreñir al criminal. La sociedad se protege con la pena. Es necesaria para la sociedad. Su filosofía muestra la superioridad del Estado sobre el individuo. La severidad de la pena admite excepciones: la perversión innata es una excusa legal lo mismo que la enfermedad. Es una necesidad social castigar a los culpables para asegurar el orden por la intimidación y para restablecer el equilibrio roto.[6]

El antiquísimo derecho chino ofrecía datos muy curiosos sobre las nociones de la defensa social. Hacia 1050 antes de Xto., una obra, en nueve capítulos sobre las penas, exponía la concepción de una política criminal fundada sobre la enmienda del delincuente.

El derecho musulmán admitió muy pronto la irresponsabilidad del niño de 7 años; y para el mayor de 7 años, que no hubiera llegado a la pubertad, preveía solamente medidas de reeducación, sin tener el carácter de verdaderas penas. Para los adultos, en ciertos delitos, el juez debía tener en cuenta a la vez la infracción cometida, las condiciones en que cometió el delito, y la personalidad del delincuente.[7]

Roma deja establecida, en la Ley de las XII Tablas, una diferenciación entre el mayor y el impúber, haciéndosele a éste sólo una corrección por parte del pretor, sin aplicársele la pena prevista para el mayor. Este movimiento fue frenado, como se sabe en el Bajo Imperio con la regla: "malitia supplet aetatem".

Pasan muchos siglos sin que estas ideas de defensa social surjan de nuevo, pero sí suenan campanadas en los claustros de la Iglesia, anunciando esta idea. SAN AGUSTÍN, GRACIANO y SANTO TOMÁS hablarían de la doble función de la pena: vindicativa y medicinal. SAN AGUSTÍN no está de acuerdo con reducir

[5] R. VAN DER MADE, op. cit., p. 951.
[6] R. VAN DER MADE, ibid., pp. 952-954.
[7] MARC ANCEL, traducción española, op cit., pp. 35-36; 2em. ed. francesa, op. cit., 43-45.

la pena a una amenaza y un ejemplo. Si la pena inspira un temor, éste debe ser saludable. Debe ser también una medida de defensa social. Pero para él, además, la pena debe contribuir a la regeneración del culpable.[8] De GRACIANO es famosa la frase: "Medicinali severitate mali cogantur ad bonum".[9] SANTO TOMÁS se propondrá menos el problema de la retribución de las faltas contra el orden social (lo que hará Dios en el juicio final), que el prevenirlas, educar al culpable e intimidarlo.[10]

Junto a estos esfuerzos de la Iglesia, se asiste a un ejercicio brutal de la justicia, que desconoce al ser humano y solo mira el hecho cometido.

A partir del fin de la Edad Media aparecen rasgos de las ideas de defensa social: la famosa "Constitutio criminalis Carolina" de Carlos V, de 1532, habla ya de una medida de seguridad, como medida de precaución contra el mal y el daño que se pudiera esperar de un individuo que haya cometido anteriormente un crimen, y consistía en encarcelarlo hasta que ofreciera seguridad suficiente; la "cláusula de retención" del viejo derecho penal español, que permitía retener durante dos años por lo menos a los condenados a las galeras después de la expiración de la pena, cuando su puesta en libertad pudiera presentar inconvenientes o constituir peligro; y así por todas partes se habían organizado medidas de este tipo, sobre todo contra los mendigos, vagabundos y personas de mala vida, para los que se crearon casas especiales.

"Todo el movimiento penitenciario que nacería a fines del siglo XVIII con JOHN HOWARD, antes de expresarse en las obras de BENTHAM y en las generosas reivindicaciones de ELISABETH FRY, que iban igualmente a dar nacimiento a las primeras realizaciones de los Cuáqueros de Pensilvania en los últimos años del siglo XVIII y primeros del XIX, inspiróse en ideas análogas; y no sería difícil mostrar que ahí cabe hallar, si no las doctrinas, al menos y con bastante amplitud el espíritu de la Defensa social".[11]

8 Cfr. J. GAUDEMET, l'Eglise dans l'Empire romain (Hist. du droit et des Instit. de l'Eglise en Occident, t. III. Paris, 1958), p. 271-276.

9 Decretum, pars. II, c. 25, C. XXIII, q. IV.

10 SANTO TOMÁS DE AQUINO, I-IIae. q. 87, arts. 7 y 8; q. 96, art. 2; IIa-IIae., q. 64, art. 2; q. 66, art. 6 ad 2; etc.

11 V. BARNES y TEETERS, citados por MARC ANCEL, traducción española, op. cit., pp. 38-39.

El humanismo que se manifestó en el siglo XVI y que habría de reaparecer en el XVIII favoreció sobremanera a las ideas de defensa social. Humanismo que se preocupa por el hombre ante todo.

El mismo BECCARIA, cuyo nombre está tan ligado a la escuela clásica, consagrará el capítulo XLI de su famosa obra a "Los medios de prevenir el crimen", y de él será la no menos famosa frase: "Es mejor prevenir que castigar".

Entre la estabilización napoleónica y la revuelta positivista se dibujan algunas corrientes que preparaban una revisión de las doctrinas precedentes.

En primer lugar el advenimiento del derecho penal liberal tiende a la individualización de la pena. El código bávaro, por ejemplo, de 1813 conocía ya las penas indeterminadas. La revisión francesa de 1813 viene a permitir no solamente al juez, sino al jurado, acordar libremente, y sin necesidad de explicaciones, las circunstancias atenuantes al condenado.

En segundo lugar la corriente jurídica que se pregunta sobre el régimen aplicable a las penas privativas de libertad. Recordemos la gran escuela penitenciaria promovida por Charles de Lucas en Francia y Ducpétiaux en Bélgica. Ideas procedentes de Inglaterra y América abren nuevas perspectivas: liberación condicional y sentencia indeterminada. El hombre en concreto va a ser el objetivo de estas inquietudes.

En tercer lugar la corriente científica: se desarrollan las ciencias del hombre, que afectarán a la ciencia del derecho.

La justicia penal legalista del siglo XIX se iba a ver conmovida por la irrupción de doctrinas y maneras de pensar nuevas. El positivismo iba a causar una verdadera revolución. De la explosión positivista y como consecuencia de poner en tela de juicio tantas nociones que parecían definitivamente adquiridas, muchos cambios o renovaciones se podían esperar. La idea de la Defensa social iba adquiriendo forma en las postrimerías del siglo XIX —una de estas renovaciones—. A principio del siglo XX aparecerá la primera doctrina con Adolfo Prins, en Bélgica. Poco a poco, como con toda ideología nueva, surgirían adeptos y opositores, que en continuo roce

pulimentarían las ideas que aparecerían con la Nueva Defensa Social.[12]

2. Antecedentes históricos próximos

La verdadera noción de la defensa social apareció con el Positivismo; o, más exactamente, no fue posible concebir y ordenar una teoría de la defensa social sino después de la revuelta positivista. Es un punto de la historia de las ideas que hay que admitir definitivamente; pero es preciso comprender también que, no solamente la defensa social no se confunde con la doctrina positivista, sino que en tanto que doctrina autónoma no está incluida en las teorías del Positivismo. Aquí Marc Ancel añade algo importante en su segunda edición: "ella le debe originariamente mucho; pero ella le es a la vez posterior y exterior" [13]. Ya veremos más adelante en qué puntos disiente del Positivismo.

El positivismo tendrá dos consecuencias inmediatas: 1. una reacción contra el formalismo del juridismo abstracto; 2. este movimiento es de carácter, ante todo, científico, contra el régimen de legalidad anterior, es decir, de filosofía política. La tríada positivista, pero sobre todo Garófalo, desemboca en posiciones deliberadas de política criminal: se trata en efecto de organizar racionalmente —según los datos de la ciencia— la reacción social contra el crimen. Toda la doctrina de Garófalo parte de la insuficiencia del sistema en vigencia en la lucha contra la criminalidad.[14]

"Estos diversos elementos no constituyen todo el Positivismo, pero todos están contenidos en la doctrina de los reformadores italianos; y, en tanto que se desprenden de su doctrina, van a permitir la aparición de las primeras teorías de la Defensa social. Aparición que, notémoslo bien, será posterior a la propia formulación de la doctrina positivista, porque si el Positivismo contiene en germen esta primera teoría de la Defensa social, no la formula como tal: la Defensa social no es una doctrina del positivismo, sino una consecuencia indirecta

[12] Para mayor detalle en todo este proceso histórico, tan brevemente bosquejado por nosotros, véase Marc Ancel, 2em. ed. francesa, op. cit., pp. 41-80.
[13] Marc Ancel, ed. francesa, op. cit., p. 81.
[14] Garófalo, La Criminologie, Paris, Alcan, 1950, p. XIII y s.

y en cierto modo de segundo grado, de la doctrina positivista. Y si los Positivistas, señaladamente Ferri, emplean sin cesar la expresión defensa social, no le dan el carácter de una teoría autónoma; entre ellos, el término sólo significa en el sentido propio del vocablo, protección social; y tal es el sentido con el que Ferri podrá decir aun en la exposición de motivos de su célebre proyecto de 1921, que la Defensa social es "la función directa y preeminente de la justicia penal".[15]

Se fija la fecha de nacimiento de la primera doctrina de Defensa social en 1889. Pero parece exagerado, ya que para aquel entonces no existía una doctrina coherente y además la oposición de la escuela ecléctica no iba a permitir que el credo de esta doctrina se mantuviese firme durante mucho tiempo. Esa primera doctrina iba a quedar como patrimonio de uno solo de los fundadores de la Unión Internacional de Derecho Penal, Adolfo Prins. El clima moral de la doctrina de Prins —sensible a la acción de la piedad social— iba a estar lejos de la obra de GARÓFALO. Prins quería que, por medio de la defensa social, se asegurase mejor la protección de los desamparados de la sociedad, a los que la sociedad actual deja sin defensa y entrega a los criminales endurecidos, cuando no los predispone a convertirse en criminales. Se puede decir que Prins no tuvo discípulos, ni sucesores.

"Cuando en Bélgica los mismos Vandervelde y Vervaeck, cada uno por su lado, dentro de su propio dominio y con sus medios de acción personales, quisieron traducir en realidad positiva las ideas de Adolphe Prins, no pretendieron mayormente ser autores de una nueva doctrina. Con ellos se inició, en forma hasta cierto punto tangible, esa segunda etapa de la defensa social en la que las preocupaciones teóricas iban a ceder el paso a las realizaciones prácticas. Lo que debemos precisar ahora es el carácter y el sentido de este segundo período: se verá que es el que, con mucho, llevará por una verdadera necesidad interna, a la renovación doctrinaria del período siguiente, de donde surgirá realmente la nueva defensa social".[16]

Hasta la primera guerra mundial las medidas de Defensa social no aparecen en la legislación positiva más que en forma

[15] MARC ANCEL, traducción española, op. cit., pp. 55-56.
[16] MARC ANCEL, traducción española, op. cit., p. 69.

aislada, como medios excepcionales y a título en cierta manera experimental. Poco después las nociones de medidas de seguridad y de defensa social se afirman solamente en la doctrina, pero el término y la idea misma de Defensa social no tienen ningún alcance exacto, o significación real, en el campo del derecho positivo.

Va a ser entre las dos guerras mundiales cuando se coloca la segunda etapa de la Defensa social. Aunque las controversias doctrinarias no desaparecieran, los apasionamientos se amenguaron. Existe una posición de progresismo, recogiendo lo mejor de cada escuela en conflicto. Ya lo hemos visto anteriormente, al recorrer las tendencias que aparecieron después del clasicismo y del positivismo. Las medidas de seguridad tendrán cabida en el derecho positivo entre los años 1919 y 1939. Por ejemplo, en el código español de 1928, el yugoeslavo de 1929, el suizo de 1937, el peruano de 1924, los mexicanos de 1928 y 1931, el colombiano de 1936, etc. Las medidas de seguridad fraternizan en esos códigos con las penas antiguas. Junto a esta evolución hay un movimiento de profilaxis criminal, en el que se desarrollan las primeras teorías de la defensa social; en particular, con la noción de medida de seguridad, la clasificación de los delincuentes y la necesidad de los anexos siquiátricos, se prefiguran las teorías nuevas de la defensa social, y se insiste en las ideas de asistencia educacional y en la organización de una prevención basada en un estudio más exhaustivo de la personalidad humana. Todo esto iba a obnubilarse unos años antes de 1939 con el retorno a las ideas de castigo y de intimidación, consecuencia de regímenes totalitarios o autoritarios. Aquí termina esa segunda etapa de la Defensa social.

Una tercera etapa de la que surgirá la nueva defensa social se abrirá a continuación. Al final de la segunda guerra mundial hay una reacción pública contra el desprecio de los derechos individuales y el desconocimiento de la dignidad de la persona humana. "De ese movimiento general de opinión habrían de desprenderse, de un modo natural y hasta cierto punto ineludible, las tendencias llamadas a constituir la doctrina de la nueva defensa social".[17]

"De esa manera, en ese clima particular de la postguerra, por encima de los excesos inhumanos que acaban de deshonrar

[17] MARC ANCEL, traducción española, op. cit., p. 81.

a este siglo, los hombres de ciencia de todos los países que se sentían al mismo tiempo hombres de buena voluntad, se esforzaban por volver a encontrar, por renovar una gran tradición y de volver a estudiar dentro de un nuevo espíritu el problema criminal considerado como problema social. La expresión 'defensa social' adquiría entonces con toda naturalidad el carácter de un lazo espiritual entre esos hombres llegados de distintos horizontes y entre tendencias a la vez diferentes y convergentes. He ahí por qué, ante el asombro de algunos y la inquietud de otros, esta expresión se propagó por doquier con una fuerza singular. Los mismos abusos que de ella se habían hecho, como lo hemos indicado ya, atestiguaban su vitalidad o, como se dice hoy, su dinamismo. Esa gran difusión del término permitió que todos, o por lo menos todos los espíritus libres de prevenciones, se diesen cuenta de que un nuevo fenómeno se preparaba, o se realizaba en la historia de las ideas criminalistas y en la evolución misma de lo que se llamaba a principios de siglo la ciencia penal. La última de estas etapas de la defensa social está constituida por la aparición de la Nueva Defensa Social".[18]

FILIPPO GRAMATICA crea en 1945 el "Centro internazionale di Studi di Difesa sociale", anexo al Instituto de Medicina Legal, que en la Universidad de Génova dirigía el Dr. Macaggi, en el que se proponía una renovación de los fundamentos de la lucha contra la criminalidad. Un poco más tarde, el primero de enero de 1947, se firma en Génova el primer Programa mínimo del Centro. Sus principios estaban basados en una negación de la pena y de la responsabilidad moral..., una colaboración de todas las ciencias: filosofía, sicología, sociología, etc...., con una finalidad precisa: prevenir y corregir la antisocialidad, etc.[19]

Un primer Congreso se reúne en San Remo, en 1947, del 8 al 10 de noviembre, en el que se discute el Programa mínimo. Este Congreso comenzaba por recomendar que la sociedad debe ser defendida contra el crimen "en particular por medidas de educación y de tratamiento" (Res. al. 2). A la vez se discuten

[18] MARC ANCEL, ibid., pp. 82-83.
[19] Cfr. Revue science criminelle, 1947, pp. 467 et ss.

otros puntos típicos de la Defensa Social: Personalidad del antisocial, individualización de la medida de seguridad, etc., etc.[20]

En 1948 se constituye una Sección de defensa social en el Secretariado General de las Naciones Unidas, con finalidades bien específicas: la prevención del crimen y el tratamiento de delincuentes. Alrededor de 1950 esta Sección de defensa social de las Naciones Unidas iba a ser continuadora de los Congresos de la Comisión internacional penal y penitenciaria (C. I. P. P.), celebrándose varios de ellos a continuación: Ginebra, en 1955, Londres, en 1960, Estocolmo, en 1965.[21]

En octubre de 1949 se celebra el segundo Congreso, en Lieja, al que ya asisten representantes de más de veinte países. Este congreso tendrá como objetivo la persona humana: "El problema de la responsabilidad humana desde el punto de vista de los derechos de la Sociedad en sus relaciones con los derechos del hombre". En su resolución I, 1º se proclama que "la solidaridad humana obliga al Estado a promover las condiciones necesarias para el mejoramiento y la plena expansión de la persona humana". En este Congreso FILIPPO GRAMATICA propone la fundación de la Sociedad Internacional de Defensa Social. El 8 de octubre se aprueban sus Estatutos, que constan de 25 artículos, en la primera Asamblea constitutiva. El artículo segundo dice: "La Asociación se propone —coordinando su autoridad con la de otras asociaciones especializadas ya existentes— estudiar los mejores medios de lucha contra la criminalidad, inspirándose particularmente en los resultados de las ciencias del hombre, para reestudiar los fundamentos de las relaciones entre la persona humana y la Sociedad. Esta Asociación es apolítica; y su duración ilimitada" [22]. "El Estado debe salvaguardar, en todas sus intervenciones, los derechos fundamentales del individuo, y respetar la dignidad de la persona humana" (Res. I, 2º).

El Tercer Congreso tiene su sede en Amberes, del 20 al 24 de abril de 1954. Los congresistas proclaman que el sistema de defensa social está dirigido a asegurar la doble protección

[20] Cfr. Revue science criminelle, 1947, pp. 561-575.
[21] Cfr. Revue science criminelle, 1954, pp. 835-836; 1955, pp. 760-761; 1956, pp. 622-623; 1960, pp. 722-723.
[22] Cfr. Revue science criminelle, 1949, pp. 824 et s.

de la Sociedad y del individuo, por la actuación de una política criminal de prevención y de resocialización. Recomendaba que la "aplicación de los métodos sicoterapéuticos, reeducativos y sociales... sea estudiada en vista de una organización racional de la profilaxis criminal" (Res. I, 1º).[23]

A partir de este Congreso se van marcando dos direcciones o doctrinas distintas. Podríamos hablar de una posición extremista capitaneada por FILIPPO GRAMATICA, y otra moderada encabezada por MARC ANCEL. Entre el segundo y tercer congresos, se habían celebrado dos sesiones preparatorias, una en San Marino, en 1951, y la otra en Caracas, en 1952. Durante este tiempo GRAMATICA y sus discípulos inmediatos desarrollaban doctrinas atrevidas, que suscitaban entre muchos de los participantes y también en ciertos dirigentes de la Sociedad Internacional de Defensa Social, reservas muy marcadas. Ante esta situación, cierto número de criminalistas, miembros del Comité director, reclamaban la preparación de un Programa mínimo de la Sociedad Internacional de Defensa Social. MARC ANCEL e IVAR STRAHL emprenden este trabajo. Aprobado por el Consejo de dirección, reunido en Milán los días 9 y 10 de octubre de 1954. Adopta los siguientes principios:

1. "La lucha contra la criminalidad debe ser reconocida como una de las misiones de las más importantes que incumben a la Sociedad" (Res. I, 1º).

2. "En esta lucha, la Sociedad debe recurrir a medios de acción diversos, a la vez predelictuales y postdelictuales. El derecho criminal debe ser considerado como uno de los medios de los que la Sociedad se puede servir para hacer disminuir la criminalidad" (Res. I, 2º).

3. "Los medios de acción empleados con este fin deben ser tomados teniendo por fin no solamente proteger a la Sociedad contra los criminales, sino también proteger a los miembros de la Sociedad contra el peligro de caer en la criminalidad. Por su actividad, en estos dos campos, la Sociedad debe pues establecer lo que a justo título se puede llamar 'defensa social'. El movimiento de defensa social, buscando asegurar la protección del grupo a través de la protección de sus miembros, en-

[23] Cfr. Revue science criminelle, 1954, pp. 421 et ss.

tiende hacer prevalecer en todos los aspectos de la organización social, los derechos de la persona humana" (Res. I, 3º).

Después de exponer los principios fundamentales del movimiento, pasa, este Programa mínimo, a exponer los principios fundamentales del derecho criminal (!): protección de la Sociedad y de sus miembros, respeto de los valores humanos, aplicación de principios de nuestra civilización para exigir a los delincuentes una conducta irreprochable. La política criminal debe inspirarse en la tradición humanista base de nuestra cultura. ¿Qué clase de humanismo? Observación de todas las prescripciones resultantes de una legalidad estricta. "Los principios de libertad y de legalidad, que son el resultado del desarrollo histórico de la Sociedad moderna, deben ser considerados como inviolables". El derecho criminal, en su formulación como en su aplicación, debe fundarse en cuanto sea posible sobre datos científicos (Res. III, 1º). Conviene no fundar la teoría del derecho criminal sobre las doctrinas de orden metafísico. Conviene evitar el dejar al derecho criminal o su aplicación bajo la influencia de nociones tales como el libre arbitrio, la falta y la responsabilidad en cuanto que ellas constituyen nociones de orden metafísico. Pero interesa de otra parte no adoptar una doctrina que niegue los valores morales. Es esencial que la justicia criminal esté conforme a la conciencia social y que haga una amplia llamada al sentimiento poseído por cada ser humano de su responsabilidad moral (Res. III, 2º). Se habla de medidas de seguridad —"medidas que tomar frente al criminal"— y que deben ser favorables a la enmienda y reclasificación del condenado. Si para ciertas medidas se da el nombre de pena, constituirá igualmente una medida de defensa social (Res. III, 3º). Hay que coordenar las distintas medidas tomadas por el derecho criminal para llegar, en cuanto sea posible, a un sistema único de reacción social contra el hecho criminal (Res. IV, 1º). En cada caso particular se tomará una medida apropiada a la situación de sujeto pasivo de ella (Res. IV, 2º). Habrá una continuidad entre el procedimiento judicial y el tratamiento penitenciario, siguiendo el espíritu de la defensa social (Res. IV, 3º).[24]

He aquí en resumen este programa mínimo de la Sociedad

[24] Cfr. Revue science criminelle, 1954, pp. 807-808.

Internacional de Defensa Social. Tendremos ocasión de volver a él, al estudiar la doctrina de MARC ANCEL.

Este programa se sitúa en una vía media entre los extremismos, como lo anotó HERZOG. Esta Sociedad Internacional de Defensa Social no constituye un neopositivismo. La responsabilidad, o más exactamente el sentimiento de responsabilidad moral, le parece esencial para la comprensión del delito y la acción sobre el delincuente. La justicia penal tendrá una acción social.[25]

El Cuarto Congreso se agrupó en Milán, entre el 2 y el 6 de abril de 1956. Afirmaba que "la acción preventiva, característica de la política criminal de defensa social, no se puede ejercer más que en el respeto absoluto de la dignidad de la persona humana" (Res. 3º). En la sesión celebrada el día 6, el Consejo de dirección de la Sociedad Internacional de Defensa Social adoptó una nueva redacción del artículo primero de los estatutos de esta Sociedad. La razón principal consistía en que, a continuación del desarrollo del movimiento de defensa social, era necesario precisar más los fines y la orientación de la Sociedad [26]. MARC ANCEL dice que se trata de una definición en sentido amplio o una "cierta definición de la defensa social" (p. 452). Podríamos hablar de una definición descriptiva. Pero esta definición no es "ni definitiva, ni la sola posible" (p. 448). El Consejo de dirección no aceptó la redacción que propuso HERZOG, sino esta otra, que iba a sustituir al artículo 2º de los estatutos de 1949, reproducido en este trabajo más arriba [27]. Quedó así redactado: "La Sociedad Internacional de Defensa Social es una Asociación sin fines lucrativos que se propone estudiar los problemas de la criminalidad en la perspectiva de un sistema de reacción anti-criminal que, teniendo en cuenta los factores del acto anti-social y las posibilidades de resocialización de su autor, tiende a la vez a proteger a la Sociedad contra los delincuentes y a prevenir a los individuos contra el peligro de caer o recaer en la delincuencia. La Sociedad Internacional de Defensa Social se esfuerza, por la propagación de

[25] Cfr. ibid., el comentario a este Programa mínimo de JACQUES BERNARD HERZOG, pp. 808-809.

[26] MARC ANCEL, Une définition de la Défense Sociale?, in Rev. sc. crim. et dr. pén. comp., 1956, pp. 447-452.

[27] Cfr. p. 89.

estas ideas, por ejercer una influencia sobre la política criminal de los Estados modernos".[28]

Los problemas de la criminalidad serán abordados en las perspectivas de una acción anti-criminal que será preciso organizar en función de los datos de la ciencia. Una acción que será reacción anti-criminal del grupo social tendrá dos fines: acción anti-criminal encaminada en primer lugar a proteger a la Sociedad contra los delincuentes, pero a la vez y de la misma manera a garantizar al individuo contra el peligro en que se encuentra de caer o de recaer en la delincuencia. Los medios serán de acuerdo con el estudio de los factores del acto antisocial y las posibilidades de resocialización de su autor. Esa búsqueda de los factores del fenómeno criminal no solamente es sacada de su autor, como lo han podido creer en cierto momento algunas teorías derivadas del primer Positivismo, sino que es concebida más exactamente en función de este autor individual como en función sobre todo de las posibilidades que él posee todavía o que podrá poseer mañana de reencontrar su puesto en la Sociedad de hombres libres.[29]

Además, estos medios científicos que están en la base de la reacción anti-criminal racionalmente organizada, deben aliarse a otros medios de acción que se situarán esta vez sobre el plano de la acción legislativa, administrativa o judicial .El medio esencial de realizar la preparación racional de la reacción anti-criminal está en la acción que las doctrinas, y por consiguiente la Sociedad de defensa social se proponga tener sobre la política criminal de los Estados modernos [30]. Así se pasará del campo de la Ciencia al del Arte, es decir, se trata de actuar sobre el plano social por medios de acción cuya preparación constituya la labor esencial de la defensa social.[31]

El Quinto Congreso, reunido en Estocolmo, en 1958, examinó los problemas que crea la intervención administrativa o judicial en materia de la infancia y de la adolescencia socialmente indadaptada. Iba a considerar "que el régimen de menores indica la orientación futura de un derecho criminal mo-

[28] MARC ANCEL, Une définition de la Défense Sociale?, op. cit., p. 449.
[29] MARC ANCEL, Une définition de la Défense Sociale?, op. cit., pp. 449-450.
[30] MARC ANCEL, ibid., p. 450.
[31] MARC ANCEL, ibid., p. 450.

derno basado sobre los datos de la criminología y las doctrinas de la nueva defensa social" (Res. dernier al.).[32]

En el Congreso, sexto, celebrado en Belgrado, en mayo de 1961, se señala como una necesidad "una aproximación criminológica y un clima judicial apropiado" (Res. al. 5) para el delincuente.[33]

Del 19 al 24 de setiembre de 1966, se celebra el séptimo Congreso Internacional de Defensa Social, en la ciudad de Lecce. El tema fue "Las prohibiciones profesionales y las prohibiciones de ejercer ciertas actividades", dentro de las perspectivas generales del movimiento de defensa social: promover una política más racional para la prevención y el tratamiento de los delincuentes. En este Congreso es elegido Presidente de la Sociedad, por dimisión voluntaria de GRAMATICA, MARC ANCEL.

A partir de la publicación del programa, y especialmente durante el Congreso de Amberes la posición moderada de la defensa social se distinguió de la tendencia extremista, y comienza a ser llamada comúnmente "nueva defensa social". Esta distinción se afirma de nuevo, con fuerza, en los Congresos de Estocolmo y Belgrado.

Después de este esbozo histórico, incompleto, vamos a estudiar las dos posiciones de las dos "escuelas" de la defensa social. Primeramente tomaremos la doctrina de FILIPPO GRAMATICA, para seguir un orden cronológico, y más tarde la de MARC ANCEL.

A. FILIPPO GRAMATICA

Se puede decir que FILIPPO GRAMATICA es una de las grandes figuras entre los penalistas contemporáneos. Sus ideas —"nosotros estamos abiertos a todas las ideas incluso si, en cierto sentido, mantenemos concepciones particulares" [34]— iban a ser el punto de arranque de la defensa social moderna. Ideología emparentada con el positivismo italiano, pero diferencia-

[32] Actes du Cinquième Congrès international de défense sociale (Stockholm 25-30 août 1958), Stockholm, 1963.
[33] Actes du VI Congrès International de défense sociale, Belgrade, 1962.
[34] FILIPPO GRAMATICA, Le mouvement de la défense sociale, in Bull. soc. intern. déf. soc., 1959, nº 4, p. 3.

da esencialmente en cuanto que este autor se fija especialmente en el "delincuente" al que hay que salvar, mejorando la sociedad por una socialización del individuo. Deseo de que los hombres puedan llegar a una vida mejor. La comprensión del fenómeno (colocado en el centro de nuestras investigaciones) de la antisociabilidad, de la delincuencia, de la desobediencia o del desorden a través de la prevención, la educación, los cuidados, la colaboración social, será la garantía de algo viviente, que domina a otros problemas particulares, es decir de una organización más racional de la vida de los hombres en la sociedad del mañana [35]. El Estado debe garantizar la libertad y la sociabilidad de *todos* los hombres. La función del Estado no puede limitarse a la protección de los bienes: el Estado debe *mejorar* la "calidad humana" de los seres que lo constituyen [36]. "La justicia social" estará fundada sobre *la colaboración* de todos y no sobre la *lucha de clases*. Los hombres podrían pedir al Estado una función de "compensación" entre las diferentes posibilidades de los individuos, a fin de asegurar a cada uno un justo "bienestar", permaneciendo libre toda iniciativa individual ulterior, en el campo moral como en el económico. Hay una aspiración general a obtener ese *bienestar social*. Una "defensa social" que tienda a un orden mejor fundado sobre el "derecho" y sobre el reconocimiento de las exigencias naturales del hombre no sabría quedar al margen de esa investigación. Una verdadera "política de defensa social" estará orientada hacia esa meta. Esa meta podrá animar legítimamente al movimiento de defensa social a buscar, en el cuadro de la política legislativa, un orden que garantice a los hombres el mejor "bienestar". "Para nosotros, bienestar es en efecto sinónimo de armonía humana y de *orden social*".[37]

Sabemos que el positivismo se detenía sobre todo en la defensa de la sociedad por el empleo de medios preventivos o de higiene social, que tienden a suprimir o al menos a atenuar las causas mismas del delito.

GRAMATICA se pregunta: en virtud de qué principio el individuo puede ser tenido como "responsable", y por consiguiente

[35] FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 3.
[36] FILIPPO GRAMATICA, Trois points de défense sociale, in Rev. intern. crim. et pol. tech., 1950, nº 1, p. 3.
[37] FILIPPO GRAMATICA, La justice de la "justice sociale": une utopie?, in Rev. crim. et pol. tech., 1961, nº 2, pp. 98-100.

"castigado" por el Estado como lo es hoy en día?[38] La acción penal del Estado no se legitima más que cuando tiende a tomar en consideración la "personalidad" del individuo que ha cometido el acto de desobediencia, en tanto que valor o situación sicológica en la cual se encuentra un individuo tomado aisladamente en la Sociedad, y no cuando no considera más que el "daño material" causado, como lo hace el derecho de hoy día.[39] Es decir, el derecho penal de nuestros días se dirige solamente hacia una concepción objetiva de la personalidad penal, y por consiguiente se hace hincapié más en las consecuencias materiales del acto, la lesión jurídica y la ofensa real ocasionada a la sociedad, y no en la conciencia y en la intención del sujeto activo. Es el sujeto quien le interesa a GRAMATICA, con una voluntad (en el sentido más amplio). De aquí va a proclamar un "subjetivismo penal", ampliamente expuesto y defendido en su primera obra importante, aparecida en 1934, Ed. Bocca, Torino, "Principii di diritto penale soggettivo".

La "delincuencia", para él, no tiene valor de "categoría natural"; no es más que una simple definición legal. Y la ley, expresión de un poder político inestable esencialmente, es necesariamente relativa. Lo que ella considera como "crimen" es relativo. La noción de antisociabilidad tiene que sustituir a la de delincuencia.[40]

El Estado, creado por el hombre y habiendo recibido sus poderes de él, tiene el deber de asegurar a cada uno de sus miembros las condiciones necesarias para la total expansión de su persona.

El "derecho penal" limitado a los autores de ciertos hechos, se ejerce en función de esos "hechos" y a partir de "daños objetivos". La *defensa social*, que se extiende a todos los miembros del grupo organizado, se ejercerá en función del *hombre* y a partir de su *personalidad subjetiva*.[41] Está actualmente en curso un debate sobre la posibilidad de coexistencia del derecho penal con la defensa social. Unos escritores piensan que esa coexistencia puede subsistir. La "Revue du Droit Pénal Suisse" ha iniciado una polémica sobre tales argumentos. Pero nosotros

[38] FILIPPO GRAMATICA, Principes de Défense Sociale, Paris, Cujas, 1964, p. 1.
[39] FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 2.
[40] FILIPPO GRAMATICA, Trois points de défense sociale, op. cit., p. 3.
[41] FILIPPO GRAMATICA, ibid., pp. 3-4.

deseamos afirmar el principio de que el sistema de defensa social contiene la posibilidad de 'sustituir' el derecho penal, y no solamente de vivir adherido a su lado. El examen de las instituciones particulares que vamos a hacer (de la pena, de la responsabilidad, etc.) espero que podrá demostrarles la verdad de este aserto".[42]

También es partidario de la independencia de la Defensa Social de la Criminología, y no está de acuerdo con este término. "La Defensa Social puede vivir independiente de la criminología, a pesar de que esta nueva ciencia ha ido rápidamente afirmándose y separándose del derecho penal como ciencia autónoma".[43] "El delincuente es un hombre. Es por eso que, en cierto sentido, preferimos que tal ciencia se llame únicamente *antropología;* esto es, ciencia del hombre y de los fenómenos inherentes a éste; no coaligada a ninguna teoría filosófica, ni jurídica, y tampoco antropología 'criminal' o criminología. La adición del término 'criminal' es la raíz de la criminología y compromete la ciencia del hombre en tal forma que la liga al preconcepto del derecho penal, vale decir, de la 'pena', del 'delincuente', de la 'responsabilidad penal', etc. Esto no debe ser así".[44] La criminología no tiene y no puede tener ninguna aspiración en el campo normativo y mucho menos puede absorber la función de la "defensa social".[45] La antropología, de la que acaba de hablar, podrá útilmente colaborar, siempre que se limite al estudio del hombre y de los fenómenos naturales, con la Defensa Social. En la base del sistema de la defensa social, está la personalidad del justiciable. Para juzgar, o mejor, para *évaluer* la personalidad, el juez, el jurista, deben recurrir a la ciencia del hombre, es decir a la antropología en su más vasta acepción y su más amplio alcance.[46] Una tal ciencia sirve para descubrir la antisociabilidad y puede sugerir, caso por caso, la medida aplicable a cada individuo detenido como "antisocial". "La antropología", estudiando al hombre en su aspecto más completo: socio-psicofísico, descubrirá su personalidad, el grado y

[42] FILIPPO GRAMATICA, La Defensa Social como ciencia autónoma, in Rev. Intern. de Def. Soc., 1957, nº 1-2, p. 3.
[43] FILIPPO GRAMATICA, La Defensa Social como ciencia autónoma, op. cit., p. 3.
[44] FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 4.
[45] FILIPPO GRAMATICA, Criminologia e Difesa Sociale, in Riv. Dif. Soc., 1950, nº 3-4, p. 127.
[46] FILIPPO GRAMATICA, Anthropologie et Défense Sociale, in Act. Méd. Leg. et Soc., Bruxelles, 1956, nº 3-4, p. 225.

la naturaleza de su antisociabilidad, sugiriendo así también los medios científicamente adecuados para hacerlo (pedagógica o medicalmente) social.[47]

En esta teoría tan idealista y destructora, que aniquila el derecho penal, necesariamente van a desaparecer los objetivos de este derecho penal. Eliminación de la noción de "delincuente", porque descansa sobre la relatividad de esta noción. Negación del delincuente como categoría. No existen dos categorías o tipos de hombres, los delincuentes y los no delincuentes, sino un *hombre* que infringe a veces la prohibición impuesta por una ley determinada y llega a ser calificado legalmente de "antisocial".[48]

La noción de "delito" queda suprimida también: "La noción de 'infracción', con sus clasificaciones, desaparece así como la reglamentación de las penas prevista en función de la objetividad del hecho".[49]

La pena no va a ser excepción, y quedará abolida también: "No más una pena para cada infracción, sino una medida adaptada a cada individuo".[50]

Por lo tanto, hay que sustituir la noción de "responsabilidad" (fundada sobre la "infracción"), por la de *antisociabilidad* (fundada sobre los datos subjetivos del autor); sustituir la "infracción" (considerada como un hecho) por el *índice de antisociabilidad* subjetiva y sus grados; sustituir la "pena" proporcionada a la infracción, por *medidas* —no de seguridad en sentido moderno[51]— *de defensa social* adaptadas a las necesidades de todo autor de infracción.[52]

Va a colocar en el centro del sistema de defensa de la Sociedad la "personalidad" socio-bio-sicológica del hombre, la antisociabilidad subjetiva evaluada.[53]

47 FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 228.
48 FILIPPO GRAMATICA, Principes de Défense Sociale, op. cit., p. 46.
49 FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 32.
50 FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 4; La lotta contro la pena, in Riv. di Dif. Soc., 1947, p. 3; Difesa Sociale, in Enciclopedia Forense, Milano, ed. Vallardi, 1960, vol. 3, p. 636.
51 FILIPPO GRAMATICA, Principes de Défense Sociale, op. cit., Ch. III, nos. 28 à 31.
52 FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 33.
53 FILIPPO GRAMATICA, Difesa Sociale, op. cit., p. 636.

La personalidad manifiesta, por lo menos, la antisociabilidad. La antisociabilidad (o la delincuencia, si se la quiere llamar así) no es un fenómeno que exista por sí mismo, sino que es la manifestación natural y la más típica del contraste que existe entre las exigencias del individuo y las de la colectividad. Es sobre todo un "síntoma" de la crisis social, que el jurista, el filósofo, el sociólogo, el hombre de ciencia, deben resolver fundamentalmente.[54]

Tres elementos sicológicos de la antisociabilidad descubre GRAMATICA: 1— La "capacidad", que es el conjunto de factores de naturaleza psíquica que permiten afirmar judicialmente que un comportamiento es antisocial.[55] Si esta antisociabilidad existe en individuos desprovistos de capacidad, se acudirá a intervenciones curativas; 2— La voluntad caracteriza precisamente lo que separa la noción de antisociabilidad de la noción clásica de responsabilidad.[56] Para que la voluntad pueda hacer decretar la antisociabilidad, es preciso que ella haya inspirado realmente el acto; lo que se juzgará por una apreciación autónoma de la voluntad misma; 3— la relación entre la voluntad y la ofensa del bien protegido por la ley.[57] En este sistema no tendrá aplicación la distinción entre dolo y falta.

LA RESPONSABILIDAD

En el curso de la transformación del derecho penal que quiere hacer GRAMATICA, pretende abolir la noción penal de la "responsabilidad", y sustituirla por la noción eminentemente subjetiva de antisociabilidad. La "responsabilidad", en cuanto obligación de responder de un hecho, de un daño o de un peligro, sigue siendo una institución de derecho civil, e incluso de otras ramas del derecho. En el dominio legislativo, que es el de defensa social, concierne el problema de la sociabilidad o de la antisociabilidad del individuo, procedente de la obligación de su adaptación y de su mejoramiento social.[58]

[54] FILIPPO GRAMATICA, La recherche d'une "formule d'accord" entre les exigences de la nature humaine et de la vie sociale, in Rev. Crim. et Pol. Tech., 1954, nº 1, p. 4.
[55] FILIPPO GRAMATICA, L'elemento psicologico dell'antisocialitá, in Rev. Intern. de Déf. Soc., 1954, nos. 3-4, p. 130.
[56] FILIPPO GRAMATICA, ibid., pp. 136-138.
[57] FILIPPO GRAMATICA, ibid., pp. 138-142.
[58] FILIPPO GRAMATICA, Le problème de la responsabilité et le sistème de défense sociale, in Rev. Intern. Déf. Soc., 1956, nos. 3-4, p. 120.

El motivo particular por el que rechaza la "responsabilidad" está en que ésta lleva en pos de sí la pena. La pena materializa o afirma la noción de responsabilidad. La abolición de la "responsabilidad penal" debe entrañar la abolición de la pena. Esto por dos razones: 1ª— porque la pena, en cuanto retribución o castigo, debería corresponder a un absoluto moral, que es verdaderamente inconciliable con la "relatividad" del derecho positivo (es decir, con su contenido de moral social); 2ª— porque la pena o sanción penal, si es una consecuencia de la "responsabilidad" debe ser, como lo es hoy día, ligada al "hecho delito", prácticamente a la importancia material del daño. Y esta concepción es opuesta totalmente al criterio subjetivo, que está en la base del criterio de defensa social.[59]

Desde este punto de vista, podemos afirmar consecuentemente, que el de negar la "responsabilidad" y su consecuencia, la pena, no equivale a negar la "libertad" humana. Significa únicamente, que en nuestro campo legislativo, la función del Estado y por consiguiente la de la Ley es defender la sociedad "mejorando" (en el sentido amplio propuesto por él) al individuo y no castigándole por el daño causado por él.[60]

Para GRAMATICA una cosa será negar el valor moral de los actos humanos —que él no hace— y otra la "responsabilidad penal" tal como existe en el derecho positivo. No se trata de una negación filosófica del valor "moral" de los actos humanos (sobre cuya base el derecho penal declara la responsabilidad), sino de una toma de posición totalmente ajena a este concepto jurídico, en el sentido de que a los ojos de la ley, el hombre debe ser apreciado desde un ángulo naturalista más amplio y científicamente más capaz, es decir, en relación con su estado real de "sociabilidad" o de "antisociabilidad".[61]

GRAMATICA quiere integrar, lo mejor posible, el derecho con la moral, bajo forma de conciencia social. De ninguna manera trazar una oposición entre derecho (defensa social), moral y conciencia social. Para no comprometer lo absoluto con lo relativo, elimina la noción de "falta" fundada sobre la noción de responsabilidad, y la sustituye por antisociabilidad, que responde mejor a los fines de la justicia social. Un acto prohibido

59 FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 122.
60 FILIPPO GRAMATICA, ibid., p. 122.
61 FILIPPO GRAMATICA, Le problème de la responsabilité et le système de défense sociale, op. cit., p. 125.

por la ley puede ser inmoral —incluso lo es— (al menos en el sentido social del término), pero la ley no es apta para valorar y fijar una "proporción" absoluta entre la inmoralidad y el castigo.[62]

GRAMATICA no niega el aspecto moral de la responsabilidad, sino la noción jurídica de la responsabilidad penal en cuanto institución inadecuada e irracional. Sustituye, como lo hemos visto, "pena fija-delito fijo" (relación basada sobre la responsabilidad penal) por el binomio "medida-personalidad".

La medida de defensa social debe actuar también sobre la personalidad antisocial, en el plano moral e individual, y para aplicarle efectos pedagógicos o correctivos, debe gozar de su capacidad, de su libertad (en el sentido humano del término), de su sentimiento moral. Es por lo que la medida de defensa social debe ser adaptada a cada personalidad y tender, en concreto, al mejoramiento humano y social del individuo. El sentido moral de responsabilidad por los actos cometidos, y la necesidad de consolidar un tal sentimiento en el individuo y en la sociedad, no llevan consigo que se le considere como "penalmente responsable", y que como consecuencia se castigue al individuo, en proporción al delito-daño realizado. Aquí estaría en cierto sentido la afirmación según la cual la medida pedagógica o correctiva de defensa social debe tender al mejoramiento del individuo reforzando u orientando sus sentimientos de moral y de orden. Pero afirmar un tal principio y aceptar una tal exigencia humana, no es estar obligado a introducir en nuestro sistema positivo, el criterio de la "responsabilidad" por el hecho.[63]

GRAMATICA está de acuerdo con la teoría de DE GREEFF sobre el "sentimiento de responsabilidad", para que el hombre sea digno de ese nombre. Sentimiento de responsabilidad de sus actos. Es por lo que define, GRAMATICA, de "antisocial" a un hombre cuando —poseyendo capacidad y libertad, es decir, cuando es normal— comete un acto antisocial, es decir, dirigido contra las normas de la vida en sociedad, dictadas por la experiencia, o las contingencias sociales por la moral social del momento. En relación a este *estado* debe ser valorado, liberado, cuidado,

[62] FILIPPO GRAMATICA, ibid., pp. 124-125.

[63] FILIPPO GRAMATICA, Le problème de la responsabilité et le système de défense sociale, op. cit., pp. 126-127.

reeducado, adaptado, separado, pero no *castigado* con relación (responsabilidad) al hecho-delito que haya cometido. Y además si el elemento físico tiene una tal influencia sobre el elemento psíquico hasta tal punto de confundirse en el enfermo mental, como lo dice el Profesor de GREEFF, el "sentimiento de responsabilidad" con la aprobación de su propia decisión profunda, GRAMATICA advierte que en este caso no puede confundirse este "sentimiento de responsabilidad" con la "responsabilidad moral" (que supone al contrario una total libertad de querer), ni piensa que esto legitima la acogida de una tal norma jurídica. Y añade GRAMATICA que este individuo ve su sentido de la responsabilidad de tal manera falseado, que no es "responsable" y que es todavía menos "antisocial" (al menos en el sentido de los que pertenecen a la categoría de los capaces) y que ciertamente no puede ser juzgado (ni en un sistema ni en el otro) con relación a los "valores" que constituyen la base de la concepción moral.[64]

GRAMATICA divide a los antisociales en dos categorías: los incapaces, que no serán responsables, porque son incapaces de asumir la responsabilidad; y los capaces, que deben ser tratados en base a criterios de apreciación subjetivos y científicos (antisociabilidad) y no castigados sobre la base del daño o del delito, considerado objetivamente y formalmente (responsabilidad).[65]

Ante este sistema de defensa social habrá que sustituir el término tradicional de "imputación", imputabilidad, por la expresión "atribución de comportamiento". El proceso de defensa social, pues, dará, anteriormente a la apreciación de la antisociabilidad, una decisión "atributiva de comportamiento". "Comportamiento" y no "hecho", porque el hecho comprende la acción y su resultado, es decir, el daño, cuando la manifestacion de antisociabilidad es considerada como simple acción (o conducta o comportamiento). Esta "atribución no puede ser hecha más que respetando las reglas que garanticen la libertad y la eficacia de la defensa. El proceso de defensa social nunca debe envilecer ni comprometer la suerte de quien le está sometido. En este sistema no es necesario dar un nombre a la persona sometida a un proceso de defensa social. Dos fases habría en

[64] FILIPPO GRAMATICA, ibid., pp. 129-130.
[65] FILIPPO GRAMATICA, Le problème de la responsabilité et le système de défense sociale, op. cit., p. 131.

el proceso de defensa social: 1—"la atribución del comportamiento", es decir la verificación de las pruebas y de la decisión sobre el saber si una persona determinada se ha comportado realmente de manera, que, en virtud de la ley, puede justificar la declaración de antisociabilidad; 2—"apreciación de la antisociabilidad", es decir, investigaciones sobre la personalidad y la decisión para saber si la persona a la que se le atribuye un comportamiento legalmente preciso, es o no antisocial, y debe o no ser sometida a medidas de defensa social.[66]

B. MARC ANCEL: LA NUEVA DEFENSA SOCIAL

La Nueva Defensa Social ha tenido el mérito, sin duda, de recoger lo provechoso de otras escuelas, actualizándolo, y rechazar lo que comprometía su fin humanitario. MARC ANCEL, figura eminente en el campo jurídico, ha dado a su doctrina la unidad y firmeza de su brillante pensamiento. Construir una doctrina, que no rompe con lo antiguo, en cuanto útil, pero adaptándolo a las necesidades modernas, con una lógica clara, intentando a la vez dar soluciones reales al problema de la criminalidad, no es tarea que puedan todas las inteligencias monopolizar. Doctrina que se ha ido haciendo —desde la primera edición de su "La Défense Sociale Nouvelle" hasta la segunda, ampliamente perfeccionada—, y que seguirá haciéndose y realizándose. Doctrina, por lo demás oportuna —en las circunstancias actuales—, y que ha cuajado como copiosa nevada en el invierno de ideas anacrónicas. Doctrina que ha afrontado fanáticas críticas —quizás diatribas intelectuales de integrismos anquilosados—, y que después de todo se ha afianzado en terreno propicio, que estaba deseoso de cambios suficientemente justificados. Doctrina que, como todo lo humano, imperfecta en matices importantes y en posibilidades de realización absoluta, pero que si la pesamos en la balanza de aciertos y desaciertos, se inclinará imperiosamente hacia lo primero No será, en términos de dialéctica, la síntesis de una tesis: El Derecho Penal Clásico, y de su antitesis: El Positivismo?

[66] FILIPPO GRAMATICA, Imputabilitá - Imputazione e "Attribuzione di condotta antisociale", in Rev. Intern. Déf. Soc., 1953, nos. 3-4, pp. 135-144.

1. *LA NUEVA DEFENSA SOCIAL*

a. Definición?

Es difícil encontrar en los escritos de Marc Ancel una definición de este movimiento. Cuando el Consejo de dirección de la Sociedad Internacional de Defensa Social aprueba una nueva redacción del artículo primero de sus estatutos, Marc Ancel dice, al comentarlo, que se trata de una definición en sentido amplio o una "cierta definición de la defensa social" [67]. Unos años más tarde dice Marc Ancel: "Nosotros hemos creído poder definir la Defensa Social como 'un movimiento de política criminal humanista' y hemos señalado que por política criminal entendíamos 'la organización racional de un sistema de reacción contra el crimen".[68]

b. Política criminal

Es decir, se propone colocar las bases y señalar las direcciones de una lucha clara contra el fenómeno criminal, que de ninguna manera será una fenomenología del problema criminal.

Una sana política criminal moderna debe partir de este hecho evidente: que el individuo no existe en sí, como una entidad político-social, frente a otra entidad que será la Sociedad organizada. El individuo no se manifiesta —no existe socialmente— más que por su encuentro con sus semejantes; y de este encuentro nace necesariamente, en primer lugar, el grupo social. De la misma manera, es preciso reducir su oposición a los otros individuos, no por la fusión totalitaria o por su absorción político-económica en el grupo, sino por una armonización nueva de relaciones sociales. En una tal concepción, los derechos del Estado no se deben oponer a los del individuo, lo mismo que los derechos individuales no se opondrán a los del Estado; porque el Estado no es más que la expresión sociojurídica del grupo humano organizado en tanto que conciencia —en el sentido que la daba el P. Teilhard de Chardin— colectiva; y el hombre-individuo en tanto que ser humano irremplazable, no debe ser ni suprimido ni oprimido por un Estado

[67] Marc Ancel, Una définition de la Défense Sociale, op. cit., p. 452.
[68] Marc Ancel, Les doctrines de la défense sociale devant le problème de la peine de mort, in Rev. Sc. Crim. et Dr. Pén. Comp., 1963, p. 412.

que no existe más que por él y para él. En este sentido, la "fraternidad" no viene a ser una divisa, sino una realidad y un deber, que no amenaza la libertad ni la estructura social.[69]

Este movimiento de defensa social *nació* realmente de la revuelta positivista, y el positivismo fue, en efecto, una "revuelta" contra el derecho penal clásico, asimilable en muchos aspectos, en su significación histórica, al movimiento de revuelta que expresaba, en 1764, el famoso pequeño Tratado "De los delitos y de las penas" de BECCARIA [70]. Pero se puede decir que si la nueva defensa social había recibido del positivismo la consideración de la personalidad del delincuente, ella se liberó del peso ideológico de esta doctrina, y se caracteriza ante todo por el puesto en que cree situarse entre el derecho penal clásico y el determinismo de la Escuela antropológica y sociológica del final del último siglo [71]. Ya tendremos ocasión de ver las divergencias con estas escuelas, más adelante. Lo que sí se ha propuesto este movimiento de defensa social ha sido promover la idea de una política criminal que se situaría, más o menos, sobre el plano en que Montesquieu se colocaba cuando buscaba estudiar "el espíritu de las leyes".

El derecho nuevo de la infancia delincuente es la prefiguración de un sistema racional de defensa social en que la medida educativa sustituye a la penalidad antigua, aunque con la posibilidad (excepcional) de aplicar una sanción punitiva al joven delincuente [72]. Su ideal lo encuentra en esta jurisdicción protectora, que es la jurisdicción para los menores delincuentes, en la cual ve la prefiguración, con las adaptaciones necesarias, de la justicia penal aplicable el día de mañana a los delincuentes adultos.[73]

El *dominio* propio de la defensa social no es ni el derecho penal enfocado como disciplina propia y bajo forma de técnica jurídica, ni —mucho menos— de la criminología enfocada como ciencia del hecho criminal, a la que la defensa social pide

69 MARC ANCEL, Défendre la Défense Sociale?, in Rev. Sc. Crim. et Dr. Pén. Comp., 1964, nº 1, pp. 195-196.

70 MARC ANCEL, La Nueva Defensa Social, op. cit., p. 4.

71 MARC ANCEL, Droit Pénal Classique et Défense Sociale, in Rev. Pén. Suisse, 1965, vol. 81, p. 10.

72 MARC ANCEL, Les doctrines nouvelles de la défense sociale, in Rev. Dr. Pén. et Crim., p. 57.

73 MARC ANCEL, Droit Pénal et Défense Sociale, in Rev. Sc. Crim. et Dr. Pén. Comp., 1953, p. 150.

solamente indicaciones o inspiraciones, sino el de la política criminal, pues ella se propone ante todo organizar y dirigir lo más eficazmente posible la reacción social, inevitable y necesaria, contra la criminalidad.[74]

La reacción social contra el fenómeno criminal comprende tres ciencias:

a. la Criminología, que investiga el fenómeno de la delincuencia.

b. el Derecho Penal. Interpretación y aplicación de reglas positivas establecidas por la sociedad.

c. la Política Criminal, que es a la vez ciencia y arte, y que toma en consideración la personalidad del criminal.[75]

Esta Política Criminal pide una cooperación constante y leal de juristas y médicos, criminalistas y criminólogos, hombres de ciencia y practicantes de la magistratura, del régimen penitenciario o de la acción social.[76]

Esta Nueva Defensa Social se la llama "Nueva", por ser una reacción contra el extremismo de la doctrina de GRAMATICA. Pero MARC ANCEL nos dice más todavía en su segunda edición de su famosa obra: "Es preciso comprender igualmente y retener que esta política criminal socio-humanista debe construirse o, si se prefiere, estructurarse distinguiéndose de esas dos posiciones extremas que consisten la una en fundar la reacción anti-criminal sobre un instinto de defensa primitivo, la otra en situarla fuera del hombre, ser pensante, y fuera del sistema legal, expresión de toda sociedad civilizada".[77]

La Defensa Social es, deliberadamente, un movimiento de reforma o por lo menos supone el deseo de provocar o de favorecer una evolución[78]. El exclusivismo de la retribución clásica, como lo ficticio de la responsabilidad moral tradicional, provoca nuevas reflexiones y una política criminal edificada

[74] MARC ANCEL, Droit Pénal et Défense Sociale, op. cit., p. 150.
[75] MARC ANCEL, Die geistigene Grundlangen der Lehren von der Sozialen Verteidigung, in Monat für Krim, und Strafrecht, 1956, pp. 53-54; Grundtankarna hos rörelsen for Socialskysdd, in Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 1955, pp. 100-101.
[76] MARC ANCEL, Det nya socialskyddet, in Juristnytt, 18, 19 déc. 1958, p. 315.
[77] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 39-40.
[78] MARC ANCEL, Droit Pénal et Défense Sociale, op. cit., pp. 149-150.

en función de la reeducación del condenado, que ningún doctrinario del derecho penal pretende hoy día rechazar[79]. Esta Nueva Defensa Social quiere que el sistema que ella preconiza sea protector tanto del mismo delincuente como de la Sociedad, o más bien, no asegura la protección de la Sociedad más que asegurando primeramente la protección del individuo.[80]

Esta Nueva Defensa Social tendrá una serie de características, impregnadas por las realidades de la vida. Su unidad estará en que ella parte del individuo y tiene al hombre por fin.

La Nueva Defensa Social es esencialmente *positiva,* es decir, activa y actuante. No se trata de esperar a que pase el peligro, sino de combatirlo y hacerlo desaparecer.[81]

Su *humanismo* estará en defender al grupo social a través de la defensa de sus miembros y dar a los derechos del hombre la preeminencia entre todos los aspectos del orden social. Desde este punto de vista existe la Sociedad sólo para el individuo y por el individuo[82]. Es *humana* por tres motivos: 1—en su punto de partida: la Nueva Defensa Social descansa ante todo sobre el conocimiento y la apreciación del delincuente; 2—en sus objetivos: *no* busca ya más asegurar la salvación de la sociedad sacrificando al individuo, incluso criminal, por la segregación brutal y sin piedad de los elementos que se presumen sin enmienda. Ella *se esfuerza* ante todo por realizar un "reclassement" social que asegure una recuperación del delincuente y que actúa en función de esta personalidad humana; 3—por sus métodos y su espíritu. Métodos: observación, clasificación (es decir, diversificación) y *reeducación.* Métodos movidos por un espíritu de asistencia social, que supone una individualización judicial y penitenciaria, regidas por un respeto constante de la dignidad de la persona humana.[83]

Otra característica es la *espiritualización* de la política criminal, en cuanto que ella organiza la reacción social contra

79 MARC ANCEL, Droit Pénal Classique et Défense Sociale, op. cit., p. 5
80 MARC ANCEL, Droit et Défense Social, op. cit., p. 150.
81 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 214.
82 MARC ANCEL, Die geistigene Grundlangen der Lehren von der Sozialen Verteidigung, op. cit., pp. 57-58; Grundtankarna hos rörelsen for Socialskysdd, op. cit., p. 105.
83 MARC ANCEL, Des mesures qui seraient indiquées, au lieu et place de la peine, pour tenir compte des nécessités d'une défense sociale humaine, in Rev. Pénit. et Dr. Pén., 1951, nos. 7-9, pp. 649-650.

el crimen, y del proceso penal en el sentido más amplio de la palabra, de ese largo proceso repensado de reinserción social, que va desde la infracción cometida hasta la rehabilitación definitiva.[84]

Dinamismo doctrinal y operante. Importa en efecto hoy día, y más que nunca después de los acontecimientos que acabamos de vivir —habla del Congreso de Defensa Social, celebrado en Lecce— que el movimiento de defensa social, con todo lo que lleva de generosidad, de optimismo razonado, de confianza en los destinos del hombre y en los ligámenes de cooperación pacífica de los pueblos, continúe afirmándose y desarrollándose regularmente[85]. No es en cierta manera la protección pasiva de la comunidad lo que está en primer plano, es, al contrario, el hombre, el individuo, al que se quiere asegurar activamente la recuperación social. Se ha pasado así de la prevención colectiva a la prevención individual, y de la represión intimidante a la profilaxis matizada de la delincuencia[86]. Este dinamismo lleva en sí a la vez ciertas significaciones profundas y varias manifestaciones. Cambios, reformas. El tratamiento del delincuente será una noción singularmente dinámica. Necesidad de una política criminal *racional*, que se encuentre lógicamente a medio camino de la Criminología (y de la Penología) y de las ciencias del Derecho, pero cuya influencia sea decisiva para la evolución de las instituciones penales[87]. Esta organización racional de una política criminal exige 1—el estudio previo del medio social, de sus variaciones y de las "situaciones criminales" que pueda presentar; 2—el estudio de la dinámica individual del crimen, del paso al acto delictuoso, pero también, con la victimología, el aspecto "relacional" del crimen en cuanto encuentro entre el que lo comete y el que lo padece. Ya que el delito es individual y social, ninguna política criminal racional moderna puede hacer abstracción de un esfuerzo individual de resocialización del delincuente, en el que las ideas de protección del condenado, de prevención, dominen necesariamente sobre la retribución simplista del último

[84] MARC ANCEL, La crise de la répression et la Défense Sociale, in Etudes, 1955, p. 296.

[85] MARC ANCEL, Editorial, in Bull. Soc. Intern. Déf. Soc., 1967, nº 10, p. 6.

[86] MARC ANCEL, Les doctrines nouvelles de la Défense Sociale, op. cit., p. 55.

[87] MARC ANCEL, Défendre la Défense Sociale?, op. cit., p. 193.

siglo [88]. Se trata en las nuevas concepciones de asegurar una protección eficaz de la comunidad social, gracias a la apreciación de las condiciones en las cuales el delito ha sido cometido, de la situación personal del delincuente, de sus posibilidades y de sus probabilidades de cambio y de los recursos morales y sicológicos a los cuales se puede acudir para aplicar específicamente un verdadero "tratamiento de *resocialización*" [89]. Las ideas de la defensa social, en su aspecto positivo y negativo, deben ir dirigidas como debiendo a la vez proteger a la sociedad y asegurar la readaptación social del delincuente.[90]

2. *BASES FILOSOFICAS*

Es obvio que MARC ANCEL es lógico con su posición de arranque en la Nueva Defensa Social. Aunque el Derecho Penal no coincida con la Moral, su doctrina tiene una profundidad ético-social. Ante ese hombre concreto que quiere abordar, su filosofía tendrá más matices existencialistas que esencialistas.

Rechaza toda metafísica jurídica y todo apriorismo en la ciencia del derecho. No busca instaurar un sistema de justicia absoluta, exactamente proporcionada en lo abstracto al mal causado o a la voluntad de cometerlo [91]. Sin embargo admite una filosofía podríamos decir funcional, que, como veremos, no descarta los principios universales y permanentes en el hombre. En conclusión, yo quiero insistir una vez más sobre el carácter original —nos dice— de la filosofía elaborada por el nuevo movimiento de defensa social. El fin de esta filosofía es organizar la reacción contra el crimen —contra la ofensa y el ofensor— de tal manera que sea realizado lo más efectivamente posible el fin que esta reacción social se propone a sí misma. Este acercamiento supone una filosofía penal fundamental lo mismo que una vuelta a un grupo de ideas de base coordinadas que parecen esenciales a la Nueva Defensa Social.[92]

88 MARC ANCEL, Le point de vue des doctrines de la Défense Sociale, in Rev. Inst. de Soc., Université libre de Bruxelles, 1963, nº 1, pp. 33-34.

89 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 273.

90 MARC ANCEL, L'institution de la mise a l'épreuve, in Rev. Intern. Dr. Comp., 1950, p. 405.

91 MARC ANCEL, Droit Pénal et Défense Sociale, op. cit., p. 149.

92 MARC ANCEL, Social Defence, in The Law Quarterly Review, oct. 1962, pp. 502-503.

La nueva defensa social tiende primeramente a la *afirmación* y a la garantía de los *derechos* del Hombre: el libre desarrollo del individuo. Al mismo tiempo *se une* muy directamente a la corriente del pensamiento de la tradición cristiana: la idea de esfuerzo personal y la toma de conciencia del mal causado, no solamente en sus consecuencias materiales, sino también en su alcance moral, lo toma la Nueva Defensa Social firmemente. Uno de los orígenes incontestables del movimiento de defensa social es la tradición cristiana.[93]

Frente a otras posiciones doctrinales MARC ANCEL proclama principios filosóficos, que aunque hace abstracción de ellos, los admite implícitamente. La Nueva Defensa Social postula filosóficamente el libre arbitrio, aunque este problema permanece exterior a los datos y al dominio de la política criminal aplicada[94]. La política criminal de acción social *descansa* ampliamente, si no sobre la noción filosófica de responsabilidad (que escapa al dominio de la acción social), al menos sobre el reconocimiento, la utilización y el desarrollo de este sentimiento innato de la responsabilidad que todo hombre, comprendido el delincuente, posee necesariamente en él.[95]

Una filosofía así no podrá ser más que una ética social, en la que los valores humanos tendrán una primera fila. Esto es así porque para MARC ANCEL, el problema actual *consiste* en elaborar un sistema de reacción social contra el delincuente que no sea anacrónico, sino *realista,* eficaz y de acuerdo con la *moral social*[96]. Una moral social que *se funde* ante todo sobre la dignidad de la persona humana, cuyo desconocimiento ha indignado a todos los países civilizados. El hombre tiene por sí mismo una dignidad y unos derechos que la Sociedad no puede jamás desconocer. Y así ocurre con el criminal, a quien ya no se trata de dejar al margen de la sociedad, sino que, por el contrario, se pretende reintegrarlo a la comunidad social de la

93 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 323-324, y la nota 115 de la p. 324.

94 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 207.

95 MARC ANCEL, La crise de la répression et la défense sociale, op. cit., p. 298.

96 MARC ANCEL, Die geistigene Grundlangen der Lehren von der Sozialen Verteidigung, op. cit., p. 53; Grundtankarna hos rörelsen for Socialskysdd, op. cit., p. 100.

que él forma parte [97]. Los principios de solidaridad y de subsidiaridad estarán siempre en acción en esta Nueva Defensa Social. La defensa social, en su nueva expresión, *lejos de fundarse,* como tal vez ocurrió en su principio, en el derecho egoísta y en la necesidad utilitaria del Estado de defenderse contra el crimen, *se funda hoy* en la noción de *solidaridad* que una a los hombres que viven en sociedad y en la obligación que se impone al Estado de prestar su *asistencia* a aquel a quien sus inclinaciones naturales o malos ejemplos que ha recibido le han hecho caer en la delincuencia [98]. La Sociedad, pues, tiene obligación, por una exigencia de *ética social,* que resulta de la naturaleza de las cosas, de ayudar al delincuente para que vuelva a ser un ser sociable. Es ante todo un humanismo espiritualista, esta Nueva defensa social.[99]

Por lo tanto la Nueva Defensa Social *introduce* los *valores morales* en la política criminal. Lo hace de la siguiente manera: volviendo a tomar y reexaminando la noción de responsabilidad desde el punto de vista del hombre individual, llega naturalmente a buscar en el individuo el *sentimiento de obligación moral.* Llega a *desarrollar la idea de un deber* del hombre hacia sus semejantes, y que tome en consideración una *moral social* que se le impone necesariamente. Pero la Nueva Defensa Social busca realizar un equilibrio entre el individuo y la Sociedad, gracias a una política criminal racional fundada sobre la idea de que la Sociedad tiene *deberes* hacia el ciudadano. El respeto de la *dignidad humana,* la necesidad de garantizar la *libertad del individuo,* condición primera del ejercicio de sus derechos y del desarrollo de su personalidad, conduce así al mantenimiento de un régimen de legalidad, al establecimiento de un procedimiento judicial y a una desconfianza instintiva hacia el establecimiento de todo un régimen de medidas de seguridad administrativas o de medidas preventivas que pudieran ser establecidas discrecionalmente "ante delic-

[97] MARC ANCEL, Los derechos del hombre y la defensa social, in Rev. Gen. de Derecho, abril-mayo, 1952, nos. 91-92, pp. 211-212; Les droits de l'homme et la défense sociale, in Rev. Intern. Dr. Pén., 1950, p. 186.

[98] MARC ANCEL, Los derechos del hombre y la defensa social, op. cit., p. 212; Les droits de l'homme et la défense sociale, op. cit., pp. 186-187.

[99] MARC ANCEL, La crise de la répression et la défense sociale, op. cit., pp. 293-295.

tum" [100]. La perspectiva de la Defensa Social, lejos de hacer abstracción de los valores morales, los coloca, por el contrario, en primera línea [101]. La Nueva Defensa Social es una reacción contra el carácter amoral del positivismo. La Defensa Social toma para luchar contra el crimen los *valores morales* y las consideraciones éticas que los positivistas, como causa de un inmediato resultado, echaban a un lado.[102]

Estos valores morales son universales y permanentes. Todo sistema social existente descansa necesariamente sobre una filosofía, política y jurídica, que constituye a la vez el origen, la justificación y la medida de la reacción necesaria de la Sociedad contra el fenómeno criminal. Si se quiere hacer obra útil, conviene solamente que esta filosofía sea el objeto de una adhesión consciente, y suficientemente entusiasta, para preparar, en el respeto de los *valores humanos permanentes,* las renovaciones necesarias [103]. La política criminal que preconiza la defensa social no se concibe más que por la salvaguardia previa de los *valores morales y sociales fundamentales* de nuestra civilización. Valores comunes a la humanidad entera. *Valores universales y permanentes* [104]. Es, puede ser, por su aspecto de *moral social* como se definiría de una manera más completa este movimiento moderno.[105]

3. *DERECHO PENAL Y DEFENSA SOCIAL*

En todos sus escritos utiliza MARC ANCEL el término Derecho Penal, y nos lo explica en la nota 2 de la introducción de la primera edición: "Empleamos aquí y en todo el curso de esta obra el término de *derecho penal* en su significado más corriente de sistema legal que abarca la incriminación de los hechos calificados de infracciones y el establecimiento de sanciones (o medidas) aplicables a los autores de tales hechos. El término más apropiado sería sin duda el de derecho 'criminal'

[100] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 210.
[101] MARC ANCEL, Le point de vue des doctrines de la Défesen Sociale, op. cit., p. 34.
[102] MARC ANCEL, Social Defence, op. cit., p. 500.
[103] MARC ANCEL, La crise de la répression et la défense sociale, op. cit., p. 298.
[104] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 320-321.
[105] MARC ANCEL, Droit Pénal Classique et Défense Sociale, op. cit., pp. 21-22.

(o régimen legal de las infracciones); pero el de derecho penal es tan habitual que ya no es sinónimo de 'derecho de las penas' y menos aún de derecho puramente represivo. Tiene sobre todo la ventaja de evocar, de manera necesaria, la idea de una legalidad que ordena, en un sistema de derecho, la reacción de la sociedad contra el fenómeno criminal". Esta nota ha sido también insertada en la segunda edición de su obra principal. Nos dice MARC ANCEL la razón de que en el Programa mínimo se sustituyera el término "derecho penal" por el de "derecho criminal": porque el término "derecho penal" parecía, a los ojos de los teorizantes más avanzados, dar un lugar exclusivo a la noción de "pena" en el sistema jurídico. Por otra parte, "derecho criminal" ha sido resueltamente mantenido ante la petición de ciertos individuos que tendían a verlo reemplazado por otras expresiones que hablaran simplemente de la lucha contra la antisociabilidad: entre ellos GRAMATICA.[106]

Según las doctrinas de la defensa social, la justicia penal no es y no puede ser más que relativa. Tiene como función no juzgar un hecho en sí según reglas abstractas, sino hacer juzgar a un hombre, individuo concreto, por otros hombres. Así pues, la justicia humana, administrada por los hombres, es incapaz de establecer plena y verdaderamente un sistema retributivo. El juez, es decir, el hombre que tiene misión de juzgar, no es tomado por el problema metafísico del bien y del mal, sino por el problema, individual y limitado, de la delincuencia manifestada, en una ocasión particular, por el comportamiento de un individuo. La justicia —humana— tiene pues por misión, no buscar la dosis de pena que, en lo absoluto, podría compensar una falta apreciada en sí o sería apreciada para restablecer el derecho, sino de determinar la sanción eficaz que permita tanto enderezar, y más tarde rehabilitar si es posible al delincuente, como proteger a la Sociedad.[107]

La Nueva Defensa Social concibe a la justicia penal, ante todo, como una acción social.[108]

La política criminal de defensa social se dirige no al "desfasamiento del derecho", sino al perfeccionamiento de este de-

[106] MARC ANCEL, Un programme minimum de défense sociale, in Rev. sc. crim. et dr. pén. comp., 1955, p. 566.
[107] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 202.
[108] MARC ANCEL, Droit Pénal et Défense Sociale, op. cit., p. 149.

recho o, más exactamente, a la adecuación siempre más grande de la reacción anticriminal a las necesidades conjugadas del individuo y de la sociedad, objetos y sujetos a la vez de la protección social [109]. Enfáticamente lo repite: todo el esfuerzo de la Nueva Defensa Social tiende a integrar este movimiento en el derecho penal existente, para modificarlo siguiendo las concepciones de una sana política criminal [110]. El movimiento de la Nueva Defensa Social se opone vigorosamente a las doctrinas que pretendían suprimir o reemplazar el derecho penal en cuanto sistema jurídico [111]. La doctrina nueva de defensa social mira al derecho penal no más en función de un utilitarismo pasivamente protector de la paz social, sino en función de los datos permanentes y generales del problema humano. Ella desemboca así en un nuevo humanismo jurídico que tendrá como efecto transformar o, más exactamente, renovar, sin ruptura brutal, la reacción que la sociedad debe oponer al fenómeno criminal [112]. La defensa social exige una "personalización" creciente del derecho penal, que prefiere los motivos concretos a la intervención abstracta, y cuya influencia se hará sentir notablemente en las teorías de la tentativa, de la complicidad o del recidivismo. Pero para que ellas aseguren el respeto de los derechos del hombre y puedan mantener al derecho penal sobre una base jurídica, las doctrinas de la defensa social nueva mantienen el principio de la legalidad de los delitos y de las sanciones.[113]

La Defensa Social está por un derecho penal orientado, pero quiere deliberadamente aceptar una cierta orientación, y es la aceptación de esta orientación lo que caracteriza a las doctrinas de defensa social, y asegura, más allá de las divergencias individuales, su unidad fundamental.[114]

Lo que permanece en el movimiento de defensa social, lo que se manifiesta positivamente en su permanencia y en su continuidad, es un esfuerzo de lucidez que consiste en sobre-

109 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 128.
110 MARC ANCEL, ibid., pp. 220-221.
111 MARC ANCEL, Défense Sociale, "Allocution de MARC ANCEL: le cent cinquantenaire du code pénal", in Rev. sc. crim. et dr. pén. comp., 1960, p. 387; La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 127-128.
112 MARC ANCEL, Les doctrines nouvelles de la défense sociale, op. cit, pp. 57-58.
113 MARC ANCEL, ibid., p. 58.
114 MARC ANCEL, Droit Pénal et Défense Sociale, op. cit., p. 151; Droit Pénal Classique et Défense Sociale, op. cit., p. 3.

pasar la fórmula o, si es preciso, el concepto jurídico, para atender a la realidad social, que debe solamente servir de base a la política criminal nueva. He aquí por qué el movimiento de defensa social desemboca en una "des-juridización" de ciertos conceptos o de ciertos sectores de la acción anticriminal. Va contra esas ficciones del derecho penal neoclásico, que todavía están en vigor. Reacción contra afirmaciones "a priori" de metafísica jurídica. No se trata de "des-juridización del derecho penal", lo que sería una empresa imposible y absurda.[115]

La "des-juridización" no es el punto más importante, aunque sí el más señalado en cierto aspecto. No consiste en quitar al derecho penal su carácter ni su técnica de ciencia jurídica. Consiste solamente en señalarle los límites, a sostener sobre todo que el fenómeno criminal no puede ser comprendido y apreciado socialmente por los solos procedimientos del análisis jurídico, y que existe, al lado del derecho penal, cuya importancia no ha sido negada y cuya autonomía es cada vez más afirmada, disciplinas, no anexas, sino paralelas, a las que se debe reconocer su autonomía y su importancia. Consiste también y sobre todo en luchar contra el *abuso del juridismo*, que, por su recurso a ficciones y a razonamientos puramente abstractos, corre el riesgo a menudo de ocultar la realidad del hecho y del hombre criminal[116]. Ante una orientación de la política criminal, entendida en el sentido de lucha social contra el crimen, el derecho penal aparece sin lugar a disputa como uno de los elementos o uno de los instrumentos más importantes de esta política; pero en esto no es más que un elemento o un instrumento. Sus principios, sus nociones de base, sus teorías, incluso las más fundamentales, no se justifican más que en la medida en que ellas concurren a esta finalidad social que se asigna la política criminal[117]. En esta afirmación se ve la supremacía de la política criminal sobre el Derecho Penal, pero su explicación está en ir contra todo apriorismo jurídico, contra cierta metafísica del derecho penal, de lo que somos testigos todos.

[115] MARC ANCEL, La Defense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 232.
[116] MARC ANCEL, Défendre la Défense Sociale?, op. cit., p. 193; Droit Pénal Classique et Défense Sociale, op. cit., p. 16.
[117] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 232.

Así pues la "des-juridización" tendrá tres objetivos: 1—protesta contra el *abuso del juridismo,* el recurso a ficciones que se toman por realidades y que, por lo contrario, ocultan la realidad del hecho y del hombre criminal; 2—marcar los límites de la técnica del derecho penal y de la dogmática jurídica; 3—desarrollar una política criminal orientada a la organización racional de la lucha contra el crimen y que, situada exactamente entre la Criminología y la Ciencia del derecho penal, tienda al mejoramiento y a la mayor eficacia de las instituciones penales.[118]

El problema de hoy no es suprimir el Código Penal, sino darle lo que podría llamarse su tercera dimensión, hacer que, estando ya el Código "de los delitos y de las penas", sea igualmente el Código "del delincuente".[119]

La Nueva Defensa Social no sólo afirma la regla "nulla poena sine lege", sino que añade otra: "nulla poena sine iudicio". El juicio no es solamente la declaración formal del acto incriminado y de la pena en que incurre, sino la manifestación concreta de la reacción anticriminal en su doble significación, legal y social, y juzga al hombre en el pleno sentido de la palabra, disponiendo de su futuro más que borrando su pasado.[120]

La defensa social reconstruye o, como se dice actualmente a veces, repiensa los problemas fundamentales del derecho penal, no solamente en función de un utilitarismo protector de la paz social, sino en función de los datos esenciales y permanentes del problema humano. La última fase de la evolución de la defensa social podría casi caracterizarse como el advenimiento de un nuevo humanismo jurídico-social, llamado a transformar ampliamente y a renovar espiritualmente las concepciones fundamentales, que estarán en la base del derecho criminal del mañana.[121]

118 MARC ANCEL, ibid., p. 238.

119 MARC ANCEL, Défense Sociale, "Allocution de MARC ANCEL: le cent cinquantenaire du code pénal", op. cit., p. 389.

120 MARC ANCEL, Droit Pénal Classique et Défense Social, op. cit., p. 7 y nota 18.

121 MARC ANCEL, L'évolution de la notion de défense sociale, in Svensk Juristtidnings Festskrift för Karl Schlyter, Stockholm, 1949, p. 38.

4. *CRIMINOLOGIA Y DEFENSA SOCIAL*

La Defensa Social pretende armonizar el Derecho Penal y la Criminología en las perspectivas de una Política criminal resueltamente moderna.[122]

La Defensa Social se enorgullece de haber resistido al imperialismo criminológico, en el sentido de dar campo libre a una prevención médico-social sin dar entrada a los juristas, a una Criminología únicamente deseosa de intervención eficaz, fruto de las teorías de la criminalidad atávica.[123]

5. *DIVERGENCIAS CON OTRAS DOCTRINAS*

a. Derecho Penal clásico

Entre la Nueva Defensa Social exactamente comprendida y el derecho clásico, no existe un antagonismo irreductible, que deba desembocar en una guerra de exterminación, sino todo lo más a una competición, incluso una emulación susceptible de desembocar eventualmente en una cooperación...[124].

La Nueva Defensa Social es una reconstrucción del sistema antiguo, una oposición bien entendida, una reacción contra esas concepciones "a priori" sobre las que descansa el derecho penal tradicional; es la desconfianza hacia la noción de una justicia penal absoluta y su preocupación de no abordar el crimen y la sanción del crimen como entidades puramente jurídicas, tangibles por los solos procedimientos de la ciencia y de la técnica del derecho. Es por su aspecto anti-metafísico y por su negativa a encerrarse en un cuadro exclusivamente jurídico por lo que la defensa social se opone primeramente al derecho penal tradicional, a la doctrina del pretendido liberalismo neoclásico del siglo XIX.[125]

Tres puntos de vista diferentes:

122 Marc Ancel, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 281.
123 Marc Ancel, ibid., pp. 212-213.
124 Marc Ancel, Droit Pénal Classique et Défense Sociale, op. cit., p. 3.
125 Marc Ancel, La crise de la répression et la défense sociale, op. cit., p. 291; Die geistigene Grundlangen der Lehren von der Sozialen Verteidigung, op. cit., p. 54; Grundtankarna hos rörelsen for Socialskysdd, op. cit., p. 102.

1. Rechazo vigoroso —se podría decir casi sistemático— de toda metafísica o, más exactamente quizás, de todo apriorismo jurídico. La Nueva Defensa Social afirma hoy, como hace 50 años, que la justicia penal no tiene por fin instaurar una justicia *absoluta*, exactamente proporcionada en lo abstracto al mal causado o a la voluntad de cometerlo. Hay separación entre el campo de la moral y del derecho penal, entre el derecho y la filosofía.

2. Rechaza el delincuente abstracto de los clásicos. El hombre, obre bien o mal, es siempre un individuo concreto cuyos actos no pueden explicarse más que cuando se ha aprendido a comprender su personalidad.

3. Rechaza la organización de la justicia en función de la distribución automática de penalidades legales; el juez no debe intervenir en nombre de un poder superior ni en vista a asegurar el restablecimiento de un orden ideal. Rechaza la teoría puramente retributiva.[126]

b. El Positivismo

La Defensa Social nace de la revuelta positivista, en cuanto que el Positivismo había conducido a repensar los problemas del derecho penal y sustituido una construcción puramente jurídica por una política criminal fundada sobre las enseñanzas de la ciencia experimental. Este sería el aspecto negativo de la doctrina de la defensa social. Pero se separará resueltamente de muchos de sus posiciones de principio:

1. Rechaza el determinismo positivista. No admite ni el fatalismo biológico de Lombroso, ni la necesidad social de Ferri, ni una clasificación "a priori" de los delincuentes.

2. Rechaza el que se niegue "a priori" las nociones de libre arbitrio y de responsabilidad. Está lejos de la responsabilidad legal u objetiva de los positivistas.

3. Rechaza abordar el problema de la criminalidad desde sólo el ángulo de la protección de la Sociedad.

[126] Marc Ancel, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 201-203; Droit Pénal Classique et Défense Social, op. cit., pp. 1 et ss.

4. Rechaza limitarse a un estudio puramente científico, experimental, de los fenómenos, y el considerar al ser humano como *objeto* del estudio científico.[127]

c. ADOLFO PRINS

La Nueva Defensa Social concede un lugar más amplio a la libertad humana del que le daba Prins.

1. Rechaza el que haya que dejar de lado el problema de la responsabilidad, como lo hace Prins.

2. Rechaza que haya que hacer una "defensa pasiva" de la Sociedad en la que haya que neutralizar o eliminar al delincuente —ocupándose del alienado o del anormal— menos para curarlo que para impedir que sea nocivo.

3. Rechaza la posición de Prins sobre el estado peligroso: la idea de que existen individuos peligrosos en cuanto tales, que serían inmediatamente reconocibles; que el problema criminal pueda ser resuelto por la sola distinción de la personalidad peligrosa y la que no es.

4. Rechaza la simplificación del problema hecha por Prins. Rechaza la posición estática en la comprensión de la personalidad del delincuente.[128]

d. FILIPPO GRAMATICA

Habiendo nacido en parte esta Nueva Defensa Social como una oposición de las teorías de GRAMATICA, veremos a través de esta exposición el rechazo casi absoluto de ellas.

En el problema de la responsabilidad está la oposición más seria entre los dos.[129]

127 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 201-211; Droit Pénal et Défense Sociale, op. cit., p. 150; La crise de la répression et la défense sociale, op. cit., pp. 55-56; Défendre la Défense Sociale?, op. cit., p. 189; Die geistigene Grundlangen der Lehren von der Sozialen Verteidigung, op. cit., pp. 55-56; en el mismo artículo, en sueco, op. cit., p. 103.

128 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 207-217.

129 MARC ANCEL, ibid., p. 225-226.

6. *EL DELINCUENTE*

Otra posición de base de la Nueva Defensa Social se caracteriza activamente por una actitud nueva hacia el delincuente. La delincuencia es un problema que sobrepasa el dominio restringido de la ley y del derecho penal. Es un problema más complejo, como lo han demostrado las ciencias del hombre. Es un problema social y humano concreto.[130]

El problema criminológico consiste menos en colocar al individuo que ha cometido el acto en un cuadro anteriormente elaborado que en buscar y explicar por qué este hombre particular, en tal o cual circunstancia, con tal o tales antecedentes y tal o cual constitución biológica, ha cometido esta acción determinada.[131]

La Nueva Defensa Social pretende promover una Política criminal renovada en el encuentro del hecho criminal definido como tal por la ley, y el delincuente que sigue siendo, quiérase o no, como aquel que ha cometido un acto calificado como crimen o delito por la ley penal.[132]

La Nueva Defensa Social se preocupa de todos los delincuentes y de todas las situaciones criminales o precriminales.[133]

Tomar en consideración la personalidad del delincuente constituye el primer rasgo de esta actitud nueva hacia el delincuente, característica de la defensa social moderna. Es la irrupción de la personalidad del criminal en el derecho penal. Y esto significa:

1. El delincuente debe ser integrado en el proceso penal. El juez continúa juzgando el acto calificado de infracción, pero lo hace no solamente según el criterio objetivo de la ley, sino en función de los elementos subjetivos de la personalidad de su autor. Hay un ligamen existencial entre el hecho y su autor.

2. Esta política criminal exigirá que el juez conozca al delincuente. No se trata solamente de las circunstancias exteriores del acto y de los antecedentes legales del detenido, sino

130 MARC ANCEL, Ibid., pp. 204-205.
131 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 208, 240.
132 MARC ANCEL, ibid., p. 221.
133 MARC ANCEL, Défense Sociale et Prophilaxie Criminelle, in "Hommage à Georges Heuyer, pour un humaniste médico-social, Paris, P.U.F., 1961, p. 149.

de su constitución biológica, de sus reacciones sicológicas, de su historia personal y de su situación social.

3. Es preciso integrar este estudio de la personalidad en el proceso penal: será el "dossier de personnalité". Aunque consciente de las dificultades que plantea, dice MARC ANCEL, la política criminal acabará por integrar el examen de la personalidad en el proceso penal del mañana.

4. Esta integración del examen científico en el proceso penal no se puede hacer sin realizar algunos cambios en el procedimiento tradicional. Ya se han hecho en algunos países, sobre todo en lo referente a la jurisdicción de menores.

5. Es inexacto o insuficiente distinguir entre la fase prejudicial y la fase postjudicial o de ejecución. El desarrollo de la noción de "tratamiento del delincuente" muestra que el proceso penal debe extenderse no solamente al juicio del acto calificado de infracción, sino al proceso que comienza con las primeras diligencias, para no terminar hasta la expiración de la última medida tomada frente al delincuente; es decir, que estén íntimamente ligadas la fase judicial y la del tratamiento.[134]

Esta noción de tratamiento penitenciario no podía menos que llevar a una reorganización del sistema actual de sanciones penales, como veremos más adelante. La reeducación activa, fruto de este tratamiento, supone:

1. Tratamiento especializado del delincuente. Tratamiento especializado y organización práctica, gracias a un proceso que va desde la observación prejudicial a la "clasificación" penitenciaria, en el sentido comprensivo que este término tiene en la terminología de los penólogos americanos contemporáneos.

2. Asistencia al delincuente. No se trata de castigar o de humillar al delincuente, sino de devolverle a la vez el sentido personal de su dignidad humana y el sentido colectivo de la comunidad social.[135]

La resocialización de la Defensa Social no constituye una modificación arbitraria y autoritaria de la personalidad del

[134] MARC ANCEL, La Défense Social Nouvelle, op. cit., pp. 240-257.
[135] MARC ANCEL, Les doctrines nouvelles de la Défense Sociale, op. cit., p. 56.

delincuente, sino un tratamiento de reeducación que le devuelva el sentido —y la conciencia— de las necesidades de la vida social.[136]

7. *EL DELITO*

El problema del crimen, problema humano y social, no se deja encerrar tan fácilmente en el cuadro de una reglamentación legal. La Nueva Doctrina Social rehúsa construir el delito como una noción de puro derecho, y la sanción como la consecuencia, jurídicamente necesaria, de la violación del orden establecido. Conviene admitir que a la noción objetiva de delito (infracción legal) es indispensable añadir la noción —inevitable— del sujeto de la infracción con sus elementos subjetivos.[137]

El delito es ante todo la expresión de una personalidad individual.[138]

La Nueva Defensa Social mantiene las posiciones clásicas en este punto: la legalidad de los delitos y de las penas es un bien muy valioso para que un sistema que es de protección vaya a renunciar a él. La definición de crimen y el reconocimiento en derecho de su existencia son para nosotros exigencias mayores. La regla de legalidad es la regla tutelar indispensable, tanto en la economía como en la comprensión del sistema. Pero sostiene que no se puede disociar el crimen del medio social en que se ha producido, ni separarlo del hombre que es su autor. Juzgar la infracción en sí, según un standard puramente jurídico, es resignarse a hacer una obra incompleta.[139]

La defensa social considera el crimen como un fenómeno humano, y, por consiguiente, un fenómeno de todos los tiempos y lugares. Fenómeno espacio-temporal. De ahí su aspiración natural, y se podría decir irresistible, a la universalidad, o más exactamente puede ser, al universalismo, en su voluntad y su deseo de repensar los problemas de la delincuencia, al nivel

136 MARC ANCEL, Défendre la Défense Sociale?, op. cit., p. 196.
137 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 201-204.
138 MARC ANCEL, ibid., p. 208.
139 MARC ANCEL, ibid., p. 279.

del hombre, elemento esencial y permanente de la sociedad. Considera el crimen como un hecho humano, como la manifestación y la expresión de la personalidad de su autor, es decir, de ese ser concreto que constituye el hombre.[140]

8. *LA PENA*

Para la Nueva Defensa Social, la medida de seguridad como la pena pueden aperecer igualmente útiles. La evolución moderna del sistema penal positivo consiste en utilizar a la vez la sanción retributiva y el procedimiento no punitivo con finalidad preventiva. Pero en una política criminal racional de "prevención del crimen y del tratamiento de los delincuentes", en el sentido de la Nueva Defensa Social, se deberá tomar como guía de su acción anticriminal la eficacia de la sanción frente al individuo, que es el objeto de ella, o del grupo de individuos del que forma parte. Así se pasará de la pena a la medida, no por consideraciones de dogmática jurídica o por comodidades administrativas, sino en razón de consideraciones biológicas, médicas, sicológicas o sociológicas, en razón de tomar en consideración la personalidad del delincuente y las reacciones de su medio. Según esta política criminal se deberá casi poder tomar un procedimiento u otro sin tenerlo que calificar de "pena" o "medida", pues lo que importa es el contenido y la coloración de la sanción, mucho más que su denominación formal.[141]

La Nueva Defensa Social no rechaza "a priori" la pena como medio de reacción criminal, ni todo castigo de carácter retributivo. Pero, quiérase o no, la fuerza intimidante de la pena permanece como una simple hipótesis [142]. La Nueva Defensa Social no tiene como regla absoluta la sustitución integral de la pena por la medida de seguridad, sino que tiende a la integración de todos estos medios de lucha contra la criminalidad en un sistema uniforme y unitario de reacción social contra el hecho criminal [143]. La pena puede aparecer como siendo el tratamiento adecuado para tal o cual sujeto particular, incluso las cortas penas de prisión. Lo que caracteriza a la

[140] MARC ANCEL, Les doctrines nouvelles de la défense sociale, op. cit., p. 60; Droit Pénal et Défense Sociale, op. cit., p. 149.

[141] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 265-271.

Nueva Defensa Social es que para ella, pena o medida de seguridad se confunden necesariamente; pues ellas tienen, una y otra, el mismo fin y deben, una como otra, ser puestas en acción según métodos ampliamente idénticos. Así una acción interna se ejerce sobre las penas antiguas, que, a la luz y bajo la influencia de la defensa social, se han hecho reeducativas, curativas o "protectoras" [144]. El fin de la sanción —y poco importa que ésta sea técnicamente una pena o una medida de seguridad— no debe ser jamás el infligir un sufrimiento al delincuente, sino reconducirlo a la vida social por los medios más apropiados.[145]

Si la Nueva Defensa Social tiene un aspecto antirrepresivo o al menos no represivo, no se sigue por lo tanto el abandono de la pena, pero comprueba la insuficiencia, probada científica y socialmente, de la pena clásica. Por esto existe un esfuerzo por preconizar un sistema de medidas diferentes a las penas y más aptas para luchar contra el peligro que pueda presentar el delincuente. De todas formas la pena ocupa un lugar en este sistema. Esas medidas deben ser sometidas a un régimen de legalidad y también, en cierta manera por esencia a una intervención judicial. Ellas constituyen así los instrumentos de acción de una política criminal inspirada sin duda por los datos de la ciencia y encaminadas ante todo como un arte social de lucha contra el crimen, del cual el derecho penal es un medio.[146]

Se trata de aplicar al delincuente un tratamiento de prevención, lo que no significa necesariamente que este delincuente escape a toda medida desagradable para él, incluso a toda sanción aflictiva, ni a todo dominio sobre su personalidad o sus derechos. La acción de defensa social no se ejerce más en vista a una retribución simbólica o con la esperanza de alcanzar más o menos directamente una justicia penal absoluta; el problema es reaccionar contra el crimen en cuanto hecho humano individual y en cuanto fenómeno social. Esta reacción

142 MARC ANCEL, Défendre la Défense Sociale?, op. cit., pp. 190-191.
143 MARC ANCEL, Droit Pénal et Défense Sociale, op. cit., p. 150.
144 MARC ANCEL, Des mesures qui seraient indiquées, au lieu et place de la peine, pour tenir compte des nécessités d'une défense sociale humaine, op. cit. pp. 656-657; Les doctrines nouvelles de la défense sociale, op. cit., p. 57.
145 MARC ANCEL, Los derechos del hombre y la defensa social, op. cit., p. 212; Les droits de l'homme et la défense sociale, op. cit., p. 182.
146 MARC ANCEL, La Défense Social Nouvelle, op. cit., p. 211.

ha sido inspirada por ideas obligadas a llamarse de protección, por oposición a las ideas de represión que dominaron a través de toda la historia del derecho penal anterior. El castigo no reside en la pena aplicada uniformemente al culpable en el fondo de una sombría prisión; no es el resultado de una pena abstracta proclamada por la ley y automáticamente pronunciada por el juez, pero desconocida a continuación por la autoridad de ejecución. El verdadero castigo reside primeramente en la obligación del infractor de la ley penal de ir a dar cuenta, a la autoridad cualificada, de sus actos. El proceso eficaz de reacción anticriminal tiene como característica obligar al delincuente a tomar conciencia de su responsabilidad social, a la vez que la sociedad toma conciencia de la acción que debe emprender y por la cual esta sociedad, que frecuentemente no ha sabido impedir el crimen, deberá integrar al delincuente en la comunidad social.[147]

9. *LA PREVENCION*

Sin duda la defensa social piensa que la noción de prevención general, en cuanto aplicada por la pena, ha sido singularmente exagerada; pero esto no quiere decir que no sea admitida.[148]

La Nueva Defensa Social no rechaza de ninguna manera, ni la prevención general, ni la intimidación. Ella realiza solamente sobre estas nociones el mismo trabajo de renovación que sobre la noción de responsabilidad. La prevención general no resulta, en la doctrina de la Nueva Defensa Social, de la sola presunción, o del solo postulado de la fuerza intimidante de la pena. La intimidación —cuya fuerza sicológica no la niega— no es sólo el resultado de la previsión legal de la sanción, ni incluso del pronunciamiento de la condenación; en la realidad concreta, deriva esencialmente de la obligación para el delincuente descubierto de dar cuenta del acto cometido ante una autoridad cualificada.[149]

Se reprocha a la defensa social de haber sido negligente con la prevención general. La razón ha sido porque partiendo

[147] MARC ANCEL, Le point de vue des doctrines de la Défense Sociale, op. cit., p. 34.
[148] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 222.

del deseo casi brutal de asegurar la seguridad pública, la defensa social viene hoy día a tomar en consideración las necesidades del delincuente abordado en cuanto hombre, a volverlo a colocar en la comunidad humana de la que continúa siendo parte, incluso cuando se le aplica un tratamiento penitenciario, y a desarrollar o a fortificar en él todo lo que constituye su dignidad humana.[150]

La política criminal de la Nueva Defensa Social debe ser orientada totalmente al tratamiento del delincuente, pero este tratamiento forma parte de una acción general de protección social que constituye un aspecto primordial de la lucha contra la criminalidad [151]. La Nueva Defensa Social se ha dado cuenta de que la prevención individual era frecuentemente más importante que la prevención general o colectiva, que queda por lo demás siempre hipotética.[152]

10. *LA RESPONSABILIDAD*

La Nueva Defensa Social es particularmente respetuosa de la libertad individual; pues ella se funda ante todo sobre el estudio e incluso sobre la protección del delincuente individual, abordado como ser humano. Hay que darse cuenta de que en el momento actual, el problema de la libertad individual en el proceso penal no es solamente una cuestión de procedimiento penal o de técnica penitenciaria, sino un problema social; y este problema consiste en hacer de este hombre, contra el cual la sociedad tiene el derecho de tomar una medida que pueda afectar su libertad, un hombre que el día de mañana pueda obrar libremente, en un mundo libre, con el sentido verdadero que debe tener la libertad humana.[153]

La Política criminal de defensa social debe fundarse en la noción de responsabilidad, cuya realidad existencial consti-

149 MARC ANCEL, Droit Pénal Classique et Défense Sociale, op. cit., p. 11; Défendre la Défense Sociale?, op. cit., p. 192.

150 MARC ANCEL, L'évolution de la notion de Défense Sociale, op. cit., p. 38.

151 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 273.

152 MARC ANCEL, De mesures qui seraient indiquées, au lieu et place de la peine, pour tenir compte des nécessités d'une défense sociale humaine, op. cit., p. 649.

153 MARC ANCEL, Exposé introductif aux Premières Journées de défense sociale (POITIERS, 1953) sur "La défense sociale et la liberté individuelle", in Rev. sc. crim. et dr. pén. comp., 1954, p. 175.

tuye una de las bases mayores del sistema; y esta responsabilidad, basada en el sentimiento íntimo y personal de la libertad del individuo, es el motor principal del proceso de resocialización [154]. Este proceso de resocialización sustituye a la retribución pasiva del sistema antiguo [155]. La Nueva Defensa Social engrandece la responsabilidad. No repudia esta noción de responsabilidad, ya que su sistema de reacción contra el crimen no se comprende más que en función de una concepción realista, de una aprehensión total y con el fin de una verdadera pedagogía de la responsabilidad [156]. Carácter irreductible de la responsabilidad en el plano individual, social y moral.

La Nueva Defensa Social aborda de frente este problema, y da a esta noción toda su importancia, todo su valor y todo su alcance. Es, desde luego, un problema complejo, y las grandes dificultades que han surgido han sido consecuencia de que muchas veces los autores no se han puesto de acuerdo sobre la noción de responsabilidad. Ya vimos en la introducción las diversas significaciones de este término, según el enfoque que se le ha hecho de acuerdo con el objeto formal de cada ciencia. MARC ANCEL está de acuerdo en las dificultades que ha provocado la misma definición de responsabilidad.[157]

La Política criminal de Defensa Social sustituye la presunción legal clásica de responsabilidad por la consideración concreta del sentimiento —individual y social— de responsabilidad, sobre el que se edifica todo el proceso de resocialización, como ya lo hemos dicho [158]. Y lo explica así MARC ANCEL: La Nueva Defensa Social se funda sobre la realidad humana y social. Doble hecho, de los cuales el primero es el fenómeno humano del sentimiento sicológico, profundo y natural, de la responsabilidad. Sentimiento tan natural al hombre, en efecto, que los siquiatras modernos afirman que se descubre incluso en los delincuentes calificados habitualmente como anormales [159]. Para confirmarlo trae el testimonio de E. DE GREFF: sentimiento de responsabilidad que se encuentra normalmente en todo ser hu-

154 MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 128.
155 MARC ANCEL, Le point de vue des doctrines de la Défense Sociale, op. cit., p. 34.
156 MARC ANCEL, Droit Pénal Classique et Défense Sociale, op. cit., p. 9; La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., 295.
157 MARC ANCEL, Responsabilité et Défense Sociale, in "La Responsabilité Pénale", op. cit., pp. 356, 359.
158 MARC ANCEL, Défendre la Défense Sociale?, op. cit., p. 192.
159 MARC ANCEL, Responsabilité et Défense Sociale, op. cit., p. 363.

mano y que da la certeza de la libertad interior, experiencia vivida de su libre arbitrio [160]. El segundo de estos hechos es el fenómeno social del sentimiento colectivo de la responsabilidad, por el cual la masa de ciudadanos no afectados directamente por el crimen, exige que el delincuente sea objeto de medidas penales y llamado a comparecer ante el juez habilitado para aplicarle una sanción. Este fenómeno humano y social lo acepta la Nueva Defensa Social como uno de los medios o de los resortes esenciales de su política criminal de resocialización. Y este sentimiento de responsabilidad incluye necesariamente las nociones de falta y de arrepentimiento [161]. Sin embargo no se le pasa por alto, a MARC ANCEL, que pueda haber una patología de la responsabilidad individual, y que el sentimiento colectivo corra el riesgo de convertirse en un deseo primitivo de venganza y traducirse en una vuelta indiscriminada a la expiación elemental. MARC ANCEL, pues, va a desarrollar este concepto sicológico en el campo jurídico.

La Defensa Social no considera a todos los delincuentes como anormales, ni suprime la culpabilidad y la sanción, pero sí quiere permanecer en contacto con la realidad social. Esta realidad lleva en sí, a la vez, una responsabilidad individual, que es preciso desarrollar y explorar, y, de otra parte, ciertas anomalías o ciertas "enfermedades sociales" de las cuales el crimen sigue siendo la más importante, para las que es necesario una terapéutica apropiada. De donde la idea esencial de *tratamiento penitenciario,* que comprende, no un tratamiento médico de un anormal inconsciente, sino una terapéutica con fundamento moral, es decir, inspirada por la ética social. Este tratamiento debe ser necesariamente individualizado, ya que cada caso criminal es diferente y, en cierta medida, único. La responsabilidad personal no se pesa en términos de derecho puro; y la balanza de la Justicia, si quiere ser exacta, debe, casi paradójicamente, ser sensible a los imponderables humanos.[162]

[160] E. DE GREEFF, Sur le sentiment de responsabilité, in Rev. intern. déf. soc., 1956, nº 2, p. 1; Notre destinée et nos instincts, Paris, Librairie PLON, 1945, pp. 57-58; Les instincts de défense et de sympathie, Paris, P.U.F., 1947, pp. 36-37.

[161] MARC ANCEL, Responsabilité et Défense Sociale, op. cit., pp. 363-364; L'activité du Groupe médico-psychojuridique de Genève (Colloque sur la responsabilité pénale", in Rev. sc. crim. et dr. Pén. comp., 1961, p. 332; La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 290-291.

[162] MARC ANCEL, Le point de vue des doctrines de la Défense Sociale Nouvelle, op. cit., p. 35.

La responsabilidad para la Nueva Defensa Social consiste esencialmente, si no únicamente, en ese sentimiento íntimo y colectivo de responsabilidad, susceptible de ser racionalmente utilizado con fines de justicia social, y en una acción metódica, resuelta, de protección anticriminal. De esto resultan consecuencias particulares o, si se quiere, complementarias, de las que señalamos rápidamente las más importantes:

a) reacción contra el juridismo y contra la intrusión de nociones metafísicas o ficciones legales en el derecho. La Política criminal descansa sobre una noción concreta de responsabilidad.

b) la responsabilidad que la Nueva Defensa Social mantiene, o, más exactamente, pretende restaurar, no es ni exterior ni sobreañadida al hombre. No es un don abstracto y general del espíritu humano, sino una toma de conciencia concreta, una reacción profunda y total de la personalidad toda entera ante una situación dada. Ella no existe, ni se manifiesta, ni se comprende más que en el contexto social en que el individuo se halla inserto. La responsabilidad posee un valor múltiple, pues ella manifiesta su pasado, expresa su presente, prepara e incluso prefigura su futuro.

c) la responsabilidad así comprendida puede solamente permitir y legitimar la acción de resocialización.[163]

Otras consecuencias de orden práctico van a seguirse:

a) la culpabilidad, en tanto que responsabilidad reconocida por el pasado, no valdrá para la Nueva Defensa Social sino en la medida en que pueda constituir una liberación susceptible de preparar un futuro mejor, y deliberadamente querido como tal por el sujeto.

b) la sanción penal, en un sistema a la vez realista y humanista de Política criminal, debe ser un elemento concreto de pacificación y de un mejor bienestar común. La sanción debe ser elegida y pronunciada por un juez consciente de su acción social. La toma de conciencia por el mismo delincuente de su responsabilidad, será el comienzo y el motor de un proceso de

[163] MARC ANCEL, Responsabilité et Défense Sociale, op. cit., pp. 366-367.

resocialización que, en muchos casos, pero no uniforme o necesariamente, deberá apoyarse sobre una verdadera pedagogía de la responsabilidad.[164]

c) la intención concreta, tal como la comprende la Nueva Defensa Social, es inseparable de los motivos, que son los motores del acto, los que lo determinan, lo esclarecen y lo explican. La dinámica del crimen desemboca en muchos aspectos en restituir al hecho cometido una importancia.

d) este hecho delictuoso permanece siempre para la Defensa Social, y sin ninguna contradicción de su parte, como el *delito* imputado al prevenido. Pero la infracción no es abordada en sí y desligada de su autor, sino como la proyección sobre el plano social de la personalidad del delincuente. Ella llega a ser la razón de ser de que comparezca ante el juez penal, ella es la traducción concreta de la obligación de dar cuenta, la manifestación tangible de la responsabilidad individual sobre el plano social.

e) esta noción de responsabilidad desemboca en conceder un amplio lugar a la noción de intimidación, que no es otra cosa, en muchos aspectos, que su reflejo. Lo que subsiste en todo caso, y de manera evidente, es el temor de tener que dar cuenta, el temor de ser enjuiciado, el temor al juez que será elegido por las manifestaciones positivas de la conducta antisocial.

f) no existe oposición irreductible entre responsabilidad y peligrosidad; pues una y otra son expresiones —expresiones sociales— de la personalidad.

g) esta responsabilidad, en el doble aspecto individual y social da al juez penal misiones nuevas y delicadas. Sobre la base de la responsabilidad viviente y concreta, y habida cuenta de la peligrosidad manifestada, se le exigirá un verdadero pronóstico criminológico. Esta misión nueva supone una revisión de la teoría tradicional de la experticia, y una verdadera colaboración médico-judicial. El proceso y el juicio penal se orientarán hacia la determinación de un tratamiento. Pero este tratamiento no se justificará legalmente y no podrá ser apreciado

[164] MARC ANCEL, ibid., pp. 365-366.

como justo, moral y socialmente, más que cuando sea eficaz y corresponda a la personalidad del sujeto.[165]

11. *ALGUNAS APLICACIONES PRACTICAS*

Reforma penitenciaria. Partiendo de la insuficiencia del sistema represivo tradicional, ve MARC ANEL que hay que dar una finalidad reeducativa a la pena, buscar una reinserción social del delincuente, por medio de un tratamiento, rico de contenido humano y de justicia social. Este tratamiento abre perspectivas de redención, y la oportunidad verdadera de que el delincuente vuelva a ser un ciudadano libre: resocialización.

Esta mejora del individuo por un tratamiento supone una afirmación positiva y un límite infranqueable:

1. *La afirmación positiva* se deduce del movimiento moderno que reconoce los derechos del detenido: derecho a la resocialización. Si la Sociedad no existe más que por el hombre y para el hombre, ella tiene deberes imperiosos hacia el hombre. Aunque el hombre haya quebrantado las reglas de conducta social, la Sociedad no puede atacar su dignidad humana —lo que excluye las penas puramente corporales e infamatorias—, ni excluirlo definitivamente de la comunidad —lo que debería descartar lógicamente la pena de muerte y las condenas perpetuas—. La Sociedad tiene la obligación de ofrecer al hombre —ya que está creada por él— todas las posibilidades normales de expansión, de desarrollo. La comunidad debe cooperar a hacer de cada uno de sus miembros un ciudadano libre, aunque haya tenido una caída o un error reparable.

2. Este derecho individual y esta obligación social a la resocialización tienen a la vez sus *límites*: los progresos de la ciencia pueden ser utilizados en favor del hombre, pero no contra él. La Nueva Defensa Social clama contra todos los métodos totalitarios: lavados de cerebro, tortura, etc. En el proceso de resocialización hay un deber paralelo del sujeto: debe merecer un puesto en la Sociedad. El esfuerzo personal de readaptación del condenado no es menos necesario que el

[165] MARC ANCEL, Responsabilité et Défense Sociale, op. cit., 368; La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 291-294; L'activité du Groupe médico-psycho-juridique de Genève (Colloque sur la responsabilité), op. cit., p. 333.

empleo de métodos de reinserción. Es evidente que todos los delincuentes no son igualmente susceptibles a este esfuerzo y que todos no pueden ser llevados al bien. Cuando una resocialización es imposible, ¿qué hacer?: la política criminal sabe que este problema es uno de los más difíciles que deba resolver. Pero ella da a todos la posibilidad de esa reinserción. Lo importante es comenzar por una clasificación científicamente elaborada. Es una política criminal que se asemeja a la existencia sobre los jóvenes delincuentes, pero sin tratar al adulto como a un joven delincuente, ni abolir la noción de mayoría penal o enviar a un quincuagenario delincuente a una prisión escuela. La Nueva Defensa Social sólo pide que el método para los jóvenes delincuentes, realista y humano, de hoy día, sea aplicado el día de mañana, *mutatis mutandis* a los delincuentes adultos, y particularmente tomar en consideración ciertas categorías entre ellos.[166]

La sanción penal. ¿Qué sentido dar a la pena? La política criminal racional va a hacer un examen crítico de la pena, una vez aceptada su realidad. Es preciso construir la pena reeducativa en sí, es preciso que su función de resocialización sea reconocida como esencial, y distinguida del simple efecto educador secundario de la pena retributiva neoclásica. Precisamente porque ella es inseparable de la verdadera responsabilidad, "la pena de defensa social" debe situarse ella también, primeramente, en la perspectiva de la reinserción social. El único sufrimiento que ella puede o debe proporcionar —y este sufrimiento es ya considerable para el hombre— consiste en una privación de libertad, privación de medios pecuniarios, privación de derechos (que deberá cesar de ser ciega y de impedir todo retorno a un comportamiento social normal) y privación de ciertas actividades o de ciertas facilidades. La pena de prisión crea muchos problemas, no sólo al individuo, sino a su familia. El problema está hoy en saber si detención y "corrección" —resocialización son verdaderamente compatibles. La pena privativa de libertad deberá estar sometida a un examen crítico. La política criminal moderna ha realizado progresivamente la unificación de estas penas. Métodos de curación en libertad. Todo sistema de sanción, incluso de defensa social, lleva en sí una dosis inevitable de privación de libertad. Es más difícil, pero más urgente, volver a coger el problema por

[166] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 300-309.

la base, y preguntarse si en la acción penitenciaria de reeducación, debiendo ser mantenida y perfeccionada por las largas penas inevitables, no convendría reservar la prisión tradicional —que se podría mejorar— para el "choc sicológico" de la breve privación de libertad, casi llevada a la categoría de arrestos militares, para buscar y colocar una gama razonada de medidas de curación en libertad, o de libertad vigilada y de pruebas diversas, que sustituirían a nuestras condenas, mecánicas y abstractas, de la vieja prisión de nuestros antepasados.[167]

[167] MARC ANCEL, La Défense Sociale Nouvelle, op. cit., pp. 309-316.