

Las posibilidades del artículo 65 del Código penal

E. PEREZ FERRER

Secretario de la Escuela de Estudios Penitenciarios
Profesor E. de C. de la Facultad de Derecho

...pues que no se trata en última instancia de este o aquel hecho aislado, sino de que se aprenda a ver como un conjunto este producto de singular forma, belleza y dignidad: el hombre en la época de su juventud.» SPRANGER.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Su naturaleza bifronte: jurídico-penal, jurídico-penitenciaria.—3. Conclusiones.

1. INTRODUCCION.

Decir en 1976 que nuestro Código penal vigente es eminentemente legalista, tanto en su aspecto adjetivo —del que tiene no poco—, como ejecutivo, resulta una perogrullada de tamaño in-dimensional que toda la doctrina ha criticado.

Afirmar que el mismo texto legal atribuye al poder más independiente del Estado, el poder judicial, facultades infinitesimales en cuanto a la determinación e individualización de la pena, es afirmar innecesariamente la evidencia. Nuestro Código penal, admitámoslo o no, es, por situarlo en algún lugar, y a los efectos de la materia dicha, un legitimado precedente de los programadores electrónicos cuyas verdades están por situar en alguna de las áreas de lo que técnicamente podríamos llamar «terreno de nadie».

Tan sólo en algún caso (1) en que conforme a las escalas gra-

(1) Descendemos al terreno del detalle por pura eventualidad anecdótica: Art. 75 C. p.: «En los casos en que la Ley señala una pena superior a otra determinada sin designar especialmente cuál sea, si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva o aquélla fuese la de muerte, se considerarán como inmediatamente superiores, no obstante lo establecido en el art. 30 y regla segunda del 70, las siguientes:

duales de la pena y con mayor claridad en el dictado del artículo 65, se percibe la discrecionalidad aunque casi en balanza de precisión de joyero o boticario:

«Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, *en atención a las circunstancias del menor y del hecho*, SUSTITUIR la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable» (2).

Quiero confesar que siempre me llamó la atención este precepto aunque por unas u otras razones el tiempo fue pasando y poco medité sobre él. Ahora bien, desde que mi vocación de penitenciario se ha afirmado sin olvidar mis aficiones a la ciencia penal en la que siempre me moví con mayor o menor desenvoltura y mis más o menos conocimientos, el haz de posibilidades del precepto que sirve de objeto al presente trabajo, se me ofrece a la vista con matices tan atractivos que no he resistido la tentación de tratarlo.

Huelga decir que nos hallamos ante ese problema tan poli-

1.ª Si la pena determinada fuere la de reclusión mayor, la misma pena con la cláusula de que su duración será de cuarenta años...»

En realidad nos hallamos ante un supuesto de determinación legislativa, no judicial, lo que confirma nuestro criterio respecto al estrecho margen en el arbitrio jurisdiccional. (N. del A.).

(2) Art. 65, C. p., en relación con los 9, 3.ª y 61, 1.ª.

La regla 3.ª del art. 9 hace referencia a la atenuante de menor edad de dieciocho años y la 1.ª del art. 61 al criterio de gradación de la pena por concurrencia de una sola circunstancia atenuante.

Con razón, si bien desde un punto de vista foráneo al momento ejecutivo, Cobo se queja de que el contenido del art. 65 y sus problemas han sido por lo general olvidados y «tan sólo ha sido —el mencionado precepto— objeto de ambiguas afirmaciones, desde luego superficiales, que han conducido a una serie de cómodos tópicos con los que se ha ido saliendo del paso». Vid. Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del C. p. español. En RDJ, enero-marzo, 1970, pág. 78.

Es de destacar que la redacción del precepto ofrece flancos que deben ser revisados «de lege ferenda». Inconcreción el primero, al que se aludirá más adelante, imprecisión terminológica en cuanto que la sustitución punitiva, merecedora de elogio, no descarta la culpabilidad —último término del precepto—, razón última de la sanción punitiva. Es claro, si se procede a una medida de internamiento que la inimputabilidad del sujeto es manifiesta, entendida ésta «lato sensu» por la escasez de perfiles que aún se constatan para configurarla. Nos parece más apropiado el empleo de la palabra sujeto que no turba en modo alguno la calificación del destinatario de la norma. (N. del A.).

«Pero el legislador español, también en esta innovación, se ha dejado llevar por la prisa y la irreflexión, incurriendo en notables deficiencias...»

BERISTAIN, A.: «Medidas penales en el Derecho contemporáneo». Mad. REUS, 1976, pág. 178.

valente y concreto al mismo tiempo como es la minoría de edad. Materia tratada y supertratada por penalistas, criminólogos, sociólogos, psicopedagogos y cuantos han captado o han intentado captar, podemos dar fe de este empeño, la complicada problemática del niño, el joven y el adolescente que, no dudamos, hará correr mucha tinta todavía. Por ello me he limitado a verificar la concreción en el título del trabajo designando el número del precepto para circunscribirme, salvo alguna referencia lateral por importante que parezca que se halle en la legislación y consiguientemente pueda sernos útil. Pero también es necesario decirlo, y pensamos que es cierto intencionadamente hablando, que el legislador de 1944 no podía introducir en nuestro sistema punitivo otras instituciones que las que creó, instituciones contenidas en los dos incisos de que consta el artículo 65. Ambos incisos, por otra parte, se dan sencillamente de patadas en la ortodoxia técnica, pues que contemplados en su conjunto, constituyen una mezcla de preceptos tan dispares como su distinta naturaleza y finalidad al ser concebidos en las dos alternativas que el Derecho penal ofrece hoy: la proporcionalidad del castigo con la acción ejecutada y la protección del sujeto en tanto en cuanto sus coordenadas personales se hallan construidas sobre una escasa madurez biológica o psicosociológica.

Antes de finiquitar esta breve introducción, se me antoja necesario, añadir a sus líneas la presencia de un elemento corrector del que no se puede prescindir. Me refiero a lo que Pinillos llama «el proceso de cerebración creciente» (3). Traspongamos nuestra presencia cien años atrás. Situemos los módulos de edad cronológica en ese momento pasado. No es necesario acudir a estudios somatopsíquicos en profundidad ni demandar del biólogo y del sociólogo datos de la progresiva madurez del joven que se integra en la sociedad de 1980.—y no digamos del año 2000— ni tampoco reflexionar sobre la propia observación empírica, aunque quizá con ella bastara, para llegar a una conclusión que se inserta en la evidencia: la paridad de edades es muy diferente. En otro trabajo (4) aludía a que nuestro reloj atrasaba o se había parado. Esto es indiscutible por lo que no podemos sino concluir que la estimativa de la edad en general, bajo todos los puntos de vista, a nivel civil, canónico, administrativo, político y penal, ha dado un salto importante digno de ser considerado «de lege ferenda» del mismo modo que las marcas deportivas de las distintas competiciones olímpicas acusa una progresión clara a medida que van avanzando los años (5).

(3) Ver su obra «La mente humana». Edit. Salvat RTV. Mad. 1969, páginas 18 y ss.

(4) Razón de ser y existir del D. penitenciario. ADPCP, pág. 409.

(5) ¿No resulta incongruente con el argumento expuesto, a modo de cuestión dialéctica, que en el momento actual una mujer de veintidós años pueda ser sujeto pasivo de estupro, cualquiera que sea el sujeto activo?

La progresión en la edad se nos muestra cada día más clara en cuanto a su relación con la madurez del menor. Echese una mirada a la salida o entrada de nuestros colegiales. Ya no es una tarta o un pastel lo que desaparece en décimas de segundo. Es el cigarrillo compartido con la compañera o el compañero de clase y la palabra que se entrecruza en la conversación de la pandilla. «Es el mejoramiento de la especie» estereotipa el lenguaje vulgar. Y no cabe duda que lo es. El hombre aparece con unos genes más selectos, su herencia es más sana, la alimentación más racional. Cuando apenas ha aprendido a andar se encuentra ya inmerso en un mundo social que tiene aportes culturales de relación y emulación. Su propio organismo se anticipa en base a todos los determinantes dichos y la adolescencia llega antes y la pubertad se precipita y la madurez quema etapas y el proceso de hominización se sacude servidumbres y retrasos en los que la vida caminaba a un «ralenti» propio de sus singularidades personales y colectivas con toda la carga circundante del desarrollo histórico que tiene acentos peculiares en los últimos decenios de nuestro país. Suponemos, abundando en lo que decimos, que nuestra Ley de Defensa Social, antes con el nombre de Vagos y Maleantes, hoy con el de Peligrosidad y Rehabilitación Social, puede haber tenido en cuenta estos argumentos al reducir la edad para la declaración de presunta peligrosidad de los dieciocho a los dieciséis años. Y queremos suponerlo porque nada que hoy se le explique a un muchacho de dieciséis años le resulta tan intrincable como le resultaba al mismo de la generación pasada. Si dice que no lo entiende es que su capacidad de disimulo constituye un elemento más de la madurez a que ha llegado su mente y desarrollo psíquico (6).

La pregunta se hace bajo el imperativo de un convencimiento personal en el que me consta participan la mayoría de los profesionales del Derecho. Pero el art. 434 sigue tan vivo como el 407, que es el ejemplo paradigmático del delito natural. Me atrevo a afirmar que vivimos en una época tan fascinante como avestrucesca. Lo primero puede conducirnos a la aventura en la que por su propia naturaleza, hasta puede hallarse un género de vida distinto al de nuestro planeta en otras galaxias, como prueban las contradictorias noticias que nos mandan los ingenios que alcanzaron Marte. Lo segundo anquilosarnos en esas figuras de granito aparente o de castillo roquero, cual la chistografía mingotiana nos muestra a diario que den lugar a nuestra arribada a museos paleontológicos de siglos venideros y no muy lejanos, si no es que la petrificación ha empezado ya su proceso. (N. del A.).

(6) En la Exposición de Motivos de la mencionada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social hay un párrafo que indudablemente justifica la reforma y sus nuevas directrices: «Constituyó así la Ley de Vagos y Maleantes un avance técnico indudable y supuso un paso acertado e importante en la necesaria política de defensa y protección social, en cuyo campo ha producido inestimables resultados. Sin embargo, los cambios acaecidos en las estructuras sociales, *la mutación de costumbres* —el subrayado es mío— que impone el avance tecnológico, su repercusión sobre los valores morales, las modificaciones operadas en las ideas normativas del buen comportamiento social y la aparición de algunos estados de peligrosidad característicos de los países desarrollados que no pudo contemplar el ordena-

Creemos que, para introducir el tema, hemos agotado las ideas y las palabras. El lector habrá comprendido, no me cabe la menor duda que, entre las finalidades capitales del trabajo, está la de potenciar el artículo 65 del C. p., en su segundo inciso fundamentalmente puesto que nos consta, como más adelante especificaremos, el uso limitadísimo que se ha hecho de él por lo que a instituciones penitenciarias se refiere, cuando encierra el embrión de un sistema que si hoy está custodiado por esos dos años que van de los dieciséis a los dieciocho, en un futuro que deseamos no lejano, podría dar entrada en nuestro país a soluciones que, en otras áreas sociopolíticas, han producido resultados, al menos, moderadamente satisfactorios: la sentencia indeterminada y los medios para sustituir las penas cortas de privación de libertad.

2. SU NATURALEZA BIFRONTE.

La redacción del artículo 65 tiene dos incisos de muy diversa naturaleza ambos. El primero, basta leer su clara dicción, hace referencia a la determinación de la pena cuando concurre la circunstancia 3.^a del artículo 8 C. p., corroborado por la situación del mencionado artículo 65, inserto en el tít. III, cap. IV, sección segunda que aparece titulada «Reglas para la aplicación de las

miento de 1933, han determinado que la Ley referida, a pesar de los retoques parciales introducidos por disposiciones posteriores, aparezca hoy, al menos en parte, un tanto inactual e incapaz de cumplir íntegramente los objetivos que, en su día, se le asignaron. De ahí que, para poner al día y proporcionar plena eficacia a sus normas, haya parecido necesario realizar esta reforma que, manteniendo sustancialmente sin modificación los principios en que la Ley de 1933 se inspiró, adecúe su contenido a las necesidades y realidades de hoy, en beneficio de los propios sujetos a quienes la ley haya de aplicarse y de la sociedad que debe integrarlos.»

Este buen ejemplo que nos muestra la reducción de la edad en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de los dieciocho años que fijaba el ordenamiento anterior a los dieciséis que señala la nueva legislación, tiene otras implicaciones, cual se ha dicho más arriba.

Aunque no debe dudarse que es más relevante la estimación de la edad de cara a la estructura biopsicológica del sujeto y no mirando su certificación de nacimiento, como por desgracia hoy se hace generalmente.

Constituye una muestra singular el RSP vigente y por medio de la reforma de 25 de febrero de 1968, la nueva estimativa de la edad; al referirse a los destinos de las diversas categorías de internos apunta tanto para los centros geriátricos como para los de menores de veintiún años, el mandamiento de apreciar esta característica —la edad—, «de un modo preferentemente biológico», arts. 23 e) y 24.

De modo similar y cual otros códigos emplearon, el CJM mantiene la tesis de la imputabilidad condicionada, como apunta Rodríguez Devesa. La dificultad radica en saber qué debe entenderse por discernimiento, ya que es sumamente vaga y, sobre todo, si operamos con una terminología actual. Vid. DPE., I, págs. 518 y 519, así como la nota de la última. Merece la pena comprobar el discernimiento mientras la imputabilidad penal que rige nuestras instituciones punitivas se apoye fundamentalmente en ese dogma tan discutible como es la libertad moral de elegir entre lo bueno y lo malo.

penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes». De ahí que esta primera dicción tenga unas características puramente jurídico-penales, no porque se halle en el C. p., libro I, sino porque sencillamente hace referencia a la sustantividad punitiva en el recorrido de la teoría jurídica del delito y sus elementos de los que forma parte sustancial la punibilidad, gradación y determinación de la misma.

Gran parte de la doctrina, no dudamos que con razón, critica los efectos prácticos de una dicción legal aparentemente clara. Nos referimos al alcance y significado que ha de darse a la expresión «a la (pena) señalada por la Ley», significado y alcance que afectan a la labor tremendamente difícil de determinar la sanción. Pensemos que la menor edad, como circunstancia atenuatoria, puede concurrir con otras de atenuación o agravación, bien sean comunes o privilegiadas, con otras de extensión discrecional por parte del juzgador, bien con los mecanismos de gradación, como apuntan certeramente algunos autores (7).

No parece difícil resolver, siguiendo la normativa vigente, los diferentes supuestos de concurrencia aludidos pero, en la práctica, lo es y mucho. La suerte de acertar se aproxima más al criterio matemático que a los determinantes exegéticos y de equidad que nos parecen más llenos de sentido.

El segundo inciso no participa de esta naturaleza, sino que, dentro de la estrecha discrecionalidad judicial (8), se faculta al tribunal no para que determine el grado o grados en que debe ser disminuida la sanción, sino para que directamente decrete el internamiento del menor en una *institución especial de reforma* que no tiene por qué ser de cumplimiento de pena privativa de libertad —cual demuestra el legislador al cerrar su párrafo—: «...hasta conseguir la corrección del culpable» (9). La posibilidad de este

(7) CÓRDOBA, MOURULLO, DEL TORO y CASABÓ: «Comentarios al Código penal». Barc. 1972, II, pág. 293. Citan —nota 26 de la misma página— la STS de 26 de febrero 1968, como cauce de solución: «Al producir los mismos efectos de disminuir o agravar, respectivamente en uno o dos grados, a juicio del tribunal, la pena-tipo, arts. 66 y regla 6.ª del 61, han de compensarse racionalmente según la norma preceptiva del núm. 3 del art. 61 de dicho Código, quedando prácticamente igual la pena señalada al delito, como si no hubieran concurrido circunstancias modificativas.»

(8) Se faculta al tribunal —«facultad (reglada)»— expresión elocuente de BERISTAIN: «Medidas penales...», ob. cit., pág. 178.

(9) El término viene connotado por el pensamiento correccionalista que se ha superado en la actualidad por finalidades más acordes al momento. No en vano su progenitor perteneció a la digna y no valorada suficientemente escuela de Dorado Montero. Nos referimos al profesor Cuello Calón, quien, no obstante, su ausencia en la reforma —de 1944—, como se expresa Cobo del Rosal en el trabajo ya citado, fue un tanto el fantasma del que nació el precepto digno de más extenso y atinado desarrollo. «Es urgente, se expresaba Cuello, que terminen para siempre el abandono, lleno de peligros, en que nuestra legislación penal y nuestra práctica penitenciaria mantienen a los jóvenes delincuentes y que estos precoces desviados, por imperativos de justicia y de humanidad, a la par que por motivos de pro-

internamiento se podrá realizar en cualquier institución entre las que cuentan las penitenciarias siempre que estén caracterizadas por el principio de la especialidad.

De ahí que hayamos llamado bifronte a la naturaleza de tantas veces citado precepto.

2.1. NATURALEZA JURÍDICO-PENAL.

La naturaleza jurídico-penal carece de sentido en su aplicación al caso concreto, si se prescinde del aspecto contextual que informa la redacción de 1944. Por muchas razones, aunque la fundamental sea la crisis de la justicia penal en la forma en que hoy se administra no sólo en nuestro país sino en los demás que se llaman civilizados. La alternativa que ofrece el artículo 65, en su primera parte, es una declaración formal del retribucionismo como respuesta al delito. Reducir, no ya en un grado sino en otro más, supone una proporcionalidad establecida por el poder legislativo que navega en nuestro mundo con pocos puntos de convergencia. Cabría la proclamación o declaración judicial de inimputabilidad y la solución tampoco sería correcta. En definitiva el valor punitivo no tiene contrapartida en tanto no se adecúe a sus finalidades. Castigar menos no es sino una defeción del poder que se detenta —so pena que sea una postura adoptada por vía de la equidad, la clemencia—; la retribución mira al pasado y con frecuencia puede convertirse en estatua de sal, que para nada sirve o contraproduce los resultados. Los añadidos, fruto de una política en la que se intenta dejar tranquila a la comunidad, sólo actúan como la cafi aspirina tras un dolor de cabeza, cortándolo hasta que vuelva a producirse. Desde Alfonso X a Juan Carlos I, «*salvatis salvandis*», navegamos en el mismo barco. Y digamos las cosas con sus nombres: Cuando el menor pertenece a esa familia cuya salida a la exposición pública puede provocar consecuencias trascendentes para su círculo, el artículo 65 sobra en doble aplicación y, quién sabe, si en su errónea aplicación por falta de acomodación de los esquemas individuales, familiares y sociales a las exigencias

tección social, sean sometidos a un régimen jurídico que por su especialidad física, psíquica y moral demandan, propugnando como solución que el «régimen aconsejable para estos delincuentes sería su internamiento relativamente (sic) indeterminado, que pudiera alcanzar cierta duración en establecimientos de este tipo, organizados conforme a un régimen de educación moral e intelectual, formación profesional y desarrollo físico con severa disciplina, tratamiento que sería aplicado por un personal dotado de especial captación (sic)» —capacitación, debemos leer—. Vid. CUELLO: «El nuevo D. p. Juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España». En RLJ, 1944, págs. 488 y ss. Citado por Garrido Guzmán. Compendio de Ciencia Penitenciaria. Valencia, 1976, pág. 174.

del siglo XXI que empieza a abrir sus puertas (10). Nadie pone en duda la ductibilidad de las personalidades que se hallan poco más allá de los dieciséis años. Quien esto escribe se siente solidario de esa legión de chavales que trasponen el paralelo de la hombría sin conocer el Derecho penal y su normativa porque crecen andando caminos en los que no existen condicionamientos o han tenido medios para sortearlos y, muchas veces, para superarlos aunque procedan de su propia personalidad.

Creemos que no se ha valorado, en su justa medida el peso específico de la prevención. En mis clases, más dialogadas con los alumnos que expositivas de la materia, la pregunta me ha salido de los labios con harta frecuencia: ¿Cuántos jóvenes no estuvieron entre rejas por la sola razón de existir las mismas?, o, dicho de otra manera, ¿cuántos menores no fueron a prisión porque sabían que la prisión existía? La contestación está en la mente de quien me lee porque cualquiera comprende lo que significa la estancia privado de libertad o puede imaginarlo. Conscientes de este hecho la libertad personal se constriñe a límites de difícil concreción. No sería fácil, por supuesto, estructurar una estadística con mínimos índices de fiabilidad sobre tal hecho negativo aunque la dificultad no excluye de plano el que sea posible hacerlo, aun rozando las fronteras de la utopía. Ahora bien, se dé o no esta virtualidad preventiva asignada al encierro carce-

(10) Aun cuando se acuda a soluciones puramente ortopédicas, en las que los tribunales hacen descansar su decisión en la inmadurez biopsíquica que comporta la minoría de edad, nada positivo deviene del intento. Por dos razones: a) Se admite todavía con carácter absoluto la exigencia del binomio «ratio-voluntas» —versus discernimiento—, presupuesto desechado motivadamente por las modernas corrientes punitivas y de defensa social, y b) La finalidad de recuperación personal y social del delincuente o menor inadaptado continúa siendo preponderante, la proclama el pasado con exclusividad, la pide el futuro como la única que justifica su propia existencia, aunque en el presente se la considere totalmente inútil, cuando no perjudicial por la crisis del sistema penitenciario tradicional que a tantas causas obedece. El profesor Cobo, en el trabajo citado más arriba, y con el que no comulgamos por su falta de anclaje en el quehacer penitenciario, no obstante su abundante información, responde con acierto, eso sí, en cuanto al primer inciso del art. 65, no con respecto al segundo, citando la doctrina legal del Tribunal Supremo referida a la época anterior al Código de 1944, en que la menor edad no era sino una circunstancia de atenuación como cualquiera otra. Cita sentencias de 1903, 1914, 1928 y 1930, concluyendo: «Como fácilmente puede deducirse, el Tribunal Supremo ha mantenido en la comprensión de la atenuante una tesis «subjetivista» a ultranza: aun cuando no se diese la edad, admitía la atenuante por razones exclusivamente subjetivas. Justamente se trata del supuesto inverso que se apunta en el texto. En referencia con la estricta apreciación de la edad, y nada más, como único elemento sobre el que apoyar la atenuante, puede verse, a título de ejemplo, la terminante sentencia de 11 de febrero de 1958, en la que se declara la automática aceptación de la atenuante, radicada en la simple edad que debe hacerse mediante el «cómputo exacto de años, meses y días naturales», art. cit., pág. 82, nota 7. Quizá se preste a confusión el aspecto subjetivo de la minoría de edad con los presupuestos determinantes de la medida de internamiento. Más adelante volveremos sobre ello.

lario, ni que decir tiene que una gran parte de la población delincuente descarta la posibilidad de su encuentro con las fuerzas del orden que pueden conducirles tras un muro o tras una reja a una convivencia a la que nunca han sido llamados y en la que nunca hubieran querido integrarse. Para los menores delincuentes —y en esto coinciden con los rasgos del delincuente adulto—, la posibilidad de ver disminuido su castigo en base a una inmadurez fruto de su estadio cronológico, es casi siempre desconocida y ni se les ocurre tomarla en cuenta. ¿A dónde pues conduce la disyuntiva de una pena notablemente aminorada con el internamiento indeterminado en una institución de reforma que comporta la privación de libertad? Atenuar la sanción sólo significa retribuir. Sin embargo, el internamiento para procurar la recuperación del menor participa de la prevención, como se ha indicado líneas más arriba y busca, a través de la diagnosis y prognosis del sujeto una readaptación eficaz. Respecto a la credibilidad que pueda darnos esa prognosis en base al tratamiento empleado en una materia tan plástica como la que conforma la personalidad del joven, doctores tiene el área de las ciencias del comportamiento humano que nos puedan dar una respuesta aceptable, por otra parte, la única que hoy se concibe en el terreno de la política criminal que afecta a la creciente delincuencia juvenil.

2.2. JURÍDICO-PENITENCIARIA.

Siempre que se ha hablado de instituciones penitenciarias las respuestas se producen con un encogimiento de hombros las menos, o con una actitud despreciativa, las más. Partir de la mala fama es fácil. Acreditar la buena no lo es tanto. Si la «opinión» dominante, tan ramera como la propia circunstancialidad humana es ésta, es aún mucho más difícil orillarla y construir, cuanto más consolidar, una nueva imagen de instituciones que tienen más de positivo que de desechable. Tal imagen necesita renovarse con inminencia siempre y cuando el concurso de todos los que ocupan el carro de la administración de iusticia sean o seamos conscientes de la parcela de responsabilidad que nos incumbe en orden a ello (11).

El artículo 65 del C. p. habla desventajosamente de aminoración de la pena o internamiento indeterminado en institución de reforma. Dejando a un lado la impronta retributiva a que se hizo refe-

(11) Cuestión seria es el divorcio existente entre los órganos de la Administración de Justicia —incluido el Ministerio fiscal— y la forma de actuar en o ante los Tribunales de quienes se pronuncian doctrinalmente por soluciones que luego no adoptan o rigen. La ignorancia no cabe aquí. A pesar de no ser tan pragmáticos como los anglosajones, pero la opinión mantenida necesita de una encarnación en cada caso. Mal le viene a la justicia penal la abundancia de doctrina cuando los cauces de su realización práctica, aunque sean pocos, son ignorados por quienes los propugnan. (N. del A.).

rencia en 2.1., llegamos a la posibilidad de un internamiento institucional que cumpla los fines de readaptación, cambio de aptitudes y formación de una jerarquía de valores en los que la perifrástica dominante comporte hábitos y conductas en permanente superación hasta alcanzar las que el nivel cultural y ético medio, tienen fijados como módulos de normalidad de la conducta social que se demanda.

Dice el segundo inciso del artículo 65:

«...pudiendo el tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable».

La dicción del legislador alberga un contenido que mueve a buscar consideraciones importantes:

2.2.1. En primer lugar habremos de saber el significado y consistencia de la palabra internamiento. Puede conducir a error que se hable en primer lugar de internamiento. Esta voz hace referencia a la marginación social en que se encuentra el afectado, tal y como se ha entendido tradicionalmente. Y estamos seguros de no errar que ese fue el significado que pretendió darle el legislador de 1944 (12) mas no como hoy debe concebirse y trataremos de explicar más adelante, sino como un elemental criterio de separación con ánimo de lo que siempre se ha llamado «contagio moral» respecto de los adultos o delincuentes endurecidos y pensando en la virtualidad de los «correccionales» de menores a los que se ha atribuido, muchas veces con fundamento, estar impregnados de medios de deformación más que de un moderno sistema de educación pedagógico-correccional (13), tan necesario

(12) Hasta este código no existía el inciso que comentamos, si bien desde nuestro primer texto de 1822, la menor edad siempre constituyó una circunstancia atenuante realmente privilegiada. Sus vicisitudes legales y jurisprudenciales las recoge amplia y detalladamente Córdoba, vid. *Coment. Ob. cit.*, págs. 64 y ss.

(13) No pretendemos formular una diatriba generalizada contra todos y cada uno de los llamados «correccionales». Si alguien lo entendiérase así, vaya por delante esta salvedad, puesto que para ellos tenemos un profundo respeto. Pero es muy triste observar que en la historia de la inadaptación que presentan nuestros jóvenes delincuentes, una gran mayoría proceden de instituciones como las que hemos aludido.

Para RODRÍGUEZ SUÁREZ, Vid. «Los delincuentes jóvenes en las instituciones penitenciarias españolas». Madrid, 1976, pág. 43. El porcentaje de estancias de los internos en reformatorios de la jurisdicción tutelar de menores es escaso, situando las cifras sobre una muestra de 709 estudios respecto de la cual sólo 148, es decir, el 22,2 por 100 estuvieron en estos reformatorios.

Para una exhaustiva noticia de las medidas de privación de libertad que puede imponer la Jurisdicción Especial de los TT. TT. MM., vid. BERISTAIN, *Ob. cit.*, págs. 151 y ss.

en nuestros días como medio de yugular el camino delincencial en que los jóvenes inician su carrera. Pero volvamos al internamiento, insistiendo una vez más en que debe entenderse el término no como tratamiento institucional sino como tratamiento en asistencia continua y permanente al menor. En otras palabras, no debe considerarse el internamiento simplemente como una estancia locativa sin concretar su naturaleza y consistencia así como el tiempo de permanencia en la misma.

Desde los dieciséis a los dieciocho años, límite que «ex lege» se señala para la aplicación de la medida (14) a través de esa norma excepcional y no clara cual es la contenida en el párrafo segundo del número 2.º, del artículo 8 del C. p., es prácticamente imposible determinar el régimen ejecutivo que corresponde a la respuesta legal que el Estado utiliza frente a la conducta punible del menor. Pero salvada esta dificultad, se nos ocurre apuntar que el internamiento puede serlo en medio libre, en régimen intermedio o en medio cerrado. El internamiento puede depender de instituciones penitenciarias, establecimientos que Córdoba descarta de plano por aferrarse a que, sobre el papel, existe una normativa de los tribunales tutelares de menores en cuya legislación aparece la existencia expresa de establecimientos especiales de reforma que buscan la corrección del destinatario y no la represión como parece atribuir a la función de los centros penitencia-

COBO, RODRÍGUEZ SUÁREZ, LUZÓN, TOCA, PALACIO, por citar a los monografistas, y la mayoría de la doctrina que hemos consultado se quejan de que nadie prestó atención al art. 65 en su segundo inciso, ni los Tribunales de Justicia que apenas han levantado el vuelo de su interés sobre el tema por el fuerte y alarmante crecimiento de la delincuencia juvenil ni las Instituciones Penitenciarias —palabras de COBO—: «Idéntica despreocupación se ha observado en su dimensión, pudiéramos decir —no se entiende lo que pretende significar la expresión, «pudiéramos decir»—, penitenciaria, pues sólo en fecha muy reciente se ha proveído de contados casos excepcionales —y es mucho, por supuesto, el empleo del plural—, establecimientos que se aproximan a la concreta misión prevista por el art. 65.»

La queja del profesor COBO es perfectamente admisible. Así es o diríamos casi así es, pues que establecimientos hay, aunque no el número deseable. El camino no puede abrirse por otra parte sin la concienciación de todos los que colaboramos en la misma tarea: la de la recuperación del joven y, para ello, mientras no se aumenten los medios, reales y personales, pero, sobre todo, no se permeabilice el muro de silencio existente entre los órganos de la Administración de Justicia y los de la Administración penitenciaria, principalmente el art. 65, y los fines que pretende seguirán siendo estériles y podrían suprimirse de un plumazo legislativo, sin más consecuencias que las de permanecer donde estamos. (N. del A.).

Con cuanta razón han sido llamados los TT. TT. de MM., «Jurisdicción de nadie». Vid. PALACIO, J. R.: en «Surgam», núm. 235, págs. 347 y ss.

Al objeto del conocimiento de su estructura, función y procedimiento, véase la publicación de BERISTAIN. Medidas penales en el Derecho contemporáneo, ya citada. En el mismo estudio se incluye una amplia gama de formularios y textos vigentes.

(14) Por algunos llamada medida de seguridad con evidente desacierto por su propia naturaleza restauradora de la personalidad. Vid. COBO, Ob. cit., págs. 84 y ss.

rios (15). Decir esto en 1980 y de cara al siglo vigésimo de nuestra era no nos parece muy afortunado. Sobre todo cuando debemos distinguir entre la minoría de edad para cuya categoría nacieron y tienen razón de su existencia los tribunales de menores y la juventud que entra en la órbita del Derecho común, máxime cuando los puntos cronológicos de evolución se han adelantado de manera sensible desde nuestra generación pasada a la actual, como apuntábamos en las líneas preliminares de este estudio. Por otra parte, sustraer a la administración penitenciaria el tratamiento de estos jóvenes con un pretexto puramente nominalista como es la terminología empleada por el legislador: «... substituir la pena impuesta por internamiento (16) conduce, como siempre, a confusiones y desvalimientos de los tecnicismos, ¿o es que no se asigna como finalidad primordial a la pena de privación de libertad la corrección, reforma o recuperación del sujeto delincuente?» (17).

Ninguna objeción seria parece asomarse a la solución del problema del internamiento del menor en institución especial de reforma, dependiente de instituciones penitenciarias como, de hecho ha ocurrido ya con el Instituto Penitenciario de Jóvenes de Liria (Valencia) (18), aunque la parquedad de su utilización —los

(15) Para CÓRDOBA los establecimientos penitenciarios no servirían, puesto que o son destinados los menores a un centro abierto, con el consiguiente peligro de que no lo merezcan o a un centro cerrado, con lo que la finalidad del art. 65 se desnaturaliza. No lo creemos así, pues como se verá más adelante, no es la naturaleza del establecimiento abierto intermedio o cerrado, lo que caracteriza la acción sobre el menor, sino los medios de que el centro disponga para ser una institución correccional. El medio libre o cerrado es una instrumentación más del tratamiento del delincuente caracterizado por su menor edad y que demanda, por tanto, una terapia especializada que es con la que hay que contar.

(16) En este nominalismo se apoyan CÓRDOBA, *Ob. cit.*, págs. 290 y 297, así como COBO, citado por el primero.

(17) QUINTANO, vislumbrando la creciente tasa de delincuencia juvenil —aunque confundiendo la medida del art. 65 con una medida de seguridad—, escribe en sus comentarios: «Al posibilitar a los Tribunales la sustitución de la pena atenuada por las medidas de seguridad (?) de internamiento indeterminado en los establecimientos especiales de reforma, se inicia algo que equivale a una posibilidad de ampliación de la jurisdicción de menores.» Y tras aludir al paso que realiza la Ley de Vagos y Maleantes, calificado por el autor de positivo, continúa: «La reglamentación actual es de esperar que ponga punto final al lamentable espectáculo, hasta ahora inevitable, de tantos y tantos mozalbetes delincuentes que, en lugar de ser sometidos a tratamiento correctivo, se beneficiaban inconsiderablemente del privilegio de la simple atenuación, que les solía servir de patente de corso para sus fechorías. Lo que hace falta es tan sólo que se aplique y que la facultad tan certeramente atribuida por la Ley no quede en letra muerta. Y que la medida se extienda en futura reforma a la eximente de enajenación mental.» *Ob. cit.*, págs. 370 y 371.

(18) Creado por ley de 24 de diciembre de 1962 y puesto en servicio por O. M. de 22 de septiembre de 1968. En cuanto al régimen de su funcionamiento, *Vid. DE TOCA*: «Una nueva experiencia en España», en *REP*, 1971, págs. 43 y ss., por cuanto como director que fue del centro durante varios años, conoció e impulsó el funcionamiento del mismo con visión moderna de su finalidad.

casos pueden contarse con los dedos de la mano—, nos obligue a seguir dudando de la norma si el juzgador continúa sin asimilarla o a ello no se atreve.

2.2.2. *En atención a las circunstancias del menor y del hecho.*

Si al principio se habló de la escasa, del escaso margen de arbitrio o discrecionalidad que nuestras leyes penales conceden a los jueces, aquí nos hallamos ante lo que puede llamarse variable del problema, ya que el artículo 65 concede la facultad a los Tribunales «en atención a las circunstancias del menor y del hecho». Dos elementos ha de tener en cuenta el juzgador para sustituir la pena a imponer por la medida de internamiento.

2.2.2.1. *Circunstancias del menor.*

Las que afecta a su subjetividad entre las que destaca de modo prominente el grado probable de su recuperación y, por tanto, de su no reincidencia. Este aspecto tiene más importancia que la que aparentemente muestra. Y es que el problema es arduo en la solución legal y en la ausencia de soluciones claras por parte de la jurisprudencia (19). Desde aquí no renunciamos a apuntar lo que nos parece más atemperado a la teleología del precepto.

También IZQUIERDO, C.: Vid. «El Instituto Penitenciario de Liria. Centro de Formación Juvenil», en REP, enero-diciembre 1975, pág. 171.

Es significativo que el precepto, que data de hace más de treinta años, haya tenido tan parca aplicación. Centrando nuestra atención en la incidencia penitenciaria que el precepto puede producir, hemos de reconocer que los Tribunales de Justicia han hecho muy poco uso de la facultad que les concede el art. 65 —prácticamente ninguno—..., añadiendo Garrido Guzmán, «... aunque la política creadora de establecimientos penitenciarios no sea lo amplia que habría que desear, sin embargo hemos visto anteriormente cómo existen establecimientos especiales para jóvenes en nuestro país, en los que, tanto por sus instalaciones como por su personal capacitado, pueden ejercer el tratamiento adecuado a los jóvenes delincuentes basado en técnicas modernas de Derecho penal juvenil». Vid. «Compendio de Ciencia Penitenciaria». Valencia, 1976, pág. 175.

(19) CÓRDOBA, Ob. cit., pág. 291, nota 16, nos da un ejemplo que ofrece relativa claridad y que resumimos: Si por efecto de la degradación de la pena ésta se convierte en multa, el juzgador, ¿hacia qué pena se inclinaría para su aplicación al caso concreto del menor delincuente?, que, por otra parte, y en la mayoría de los casos, no sería él quien soportara la exacción pecuniaria. De imponer la pena de multa la finalidad más importante de la pena se desnaturalizaría. De acudir al internamiento indeterminado, ¿qué título justificaría la medida y, más aún, de qué sintomatología personal habría que servirse para poner fin a la indeterminación? No hay soluciones fáciles si no se recurre a nuestra tesis. Por un lado, y por imperativo de favorecer al reo, la pena de multa sería la indicada, pero se renunciaría a la virtualidad de su eventual reforma o corrección que es el «leit motiv» de la importante norma contenida en el art. 65.

Desmitificando, aunque sólo sea en el nivel de la teoría, las desastrosas consecuencias que se atribuyen desde la calle a la función penitenciaria, hacemos valer lo que sin duda constituye verdadera conquista de vanguardia en los últimos años que son hitos de verdadera perfectibilidad dentro de las escasas disponibilidades con que la administración está dotada.

Los pasos que se han dado adelante en el tratamiento derivan a concluir en la aptitud de las instituciones penitenciarias —que han de ir aún mucho más lejos y de las que por supuesto ni los mismos penitenciaristas estamos satisfechos—, para la ejecución de la medida de internamiento que conlleva, querámoslo o no, el colorido de la retribución. No se olvide que, desde la reforma de 1968 lo que fue una prisión para jóvenes antes de esa fecha, no tiene el menor parecido con lo que quiere la nueva normativa del Reglamento de los Servicios de Prisiones modificado en 25 de enero de ese año (20). Si a esto se une la creación de los llamados Equipos de Observación y de Tratamiento empeñados por imperativo reglamentario en el estudio de la personalidad del delincuente (21) —artículo 11, «in fine» y 52, párrafo primero—, llegará a la conclusión de que la diagnosis y el pronóstico verificado por los especialistas de los equipos dichos, puede revolucionar y de hecho lo está haciendo, los sistemas de predicción de conducta que hasta la introducción de sus técnicas, tenía un basamento puramente empírico y, en muchos casos, casi intuitivo. En esta apreciación y consiguiente solución del problema que suscita la personalidad del menor para el juego de la disyuntiva pena o medida de internamiento correccional, nos hemos movido ante el ejemplo puro, carente de aquellas complejidades que pueden devenir por la concurrencia de otras circunstancias privilegiadas: que, al ser estimadas como tales, deben valorarse en la medida que las reglas de determinación de la pena exigen formalmente por lo que, como concluye Córdoba (22), «la atenuante de edad juvenil establece una presunción «iuris et de iure» de imputabili-

(20) Para ellos se establece, art. 51, párrafo segundo: «En los establecimientos para jóvenes —el régimen general— se caracterizará por una acción educativa intensa con la adopción de métodos pedagógicos y psicopedagógicos en un ambiente social que se asemeje en cuanto a libertad y responsabilidad al que hayan de vivir cuando cumplan su condena», de hecho ya la cumplen por la consecuencia de la aplicación de la medida en sustitución de la pena.

(21) Vid. ALARCÓN, J.: «Tratamiento del joven delincuente». Madrid, 1974. Si bien el autor no contempla el supuesto del art. 60, su trabajo ilustra suficientemente sobre la consistencia de tratamiento y la función de los equipos.

En la preparación del nuevo reglamento que parece estar prácticamente ultimado, al menos en su parte técnica, los equipos reciben un trato más extenso a su composición, estructura, funciones, etc. Lo mismo cabe decir de la figura del educador que, no obstante existir ya en la práctica, no se hallaba reglamentada, exactamente lo mismo que ocurre con la institución del asistente social.

(22) «Comentarios», II, pág. 294.

dad disminuida; es, por consiguiente, a este criterio al que deben atender los tribunales para rebajar la pena en uno o dos grados. En cambio, la aplicación de la pena superior en uno o dos grados por multirreincidencia obedece a criterios que nada tienen que ver con la imputabilidad y a los que debe atenderse tras el estudio de ésta. Por otra parte, no hay que olvidar que la operación de atemperar la pena a la circunstancia de la multirreincidencia debe realizarse *tras la preceptiva rebaja para el joven menor de dieciocho años*

En esta problemática se inserta, sin lugar a dudas, la cuestión que deviene, no como secuela de la reincidencia sino por el pronunciamiento de varias condenas que ha de cumplir el menor derivadas de diversas sentencias, es decir, la acumulación de penas que emanan de distintas decisiones judiciales y recaen en la misma persona, en el mismo sujeto que es menor de dieciocho años y mayor de dieciséis. Problemática que significa realmente una transferencia de la ejecución o del modo de ejecución, desde la administración de justicia —tercer poder—, a la administración penitenciaria —segundo poder— o poder ejecutivo. ¿Qué ha de hacer ésta? Dar prevalencia en el tiempo a la pena o penas o bien que se anteponga el cumplimiento de la medida de internamiento indeterminado a la ejecución de las penas determinadas. Lo que debe descartarse «de lege ferenda» es la ejecución de la medida indeterminada con posterioridad al cumplimiento de otra u otras penas privativas de libertad puesto que resultaría un contrasentido aplicar una medida de readaptación o corrección a una persona que ha traspuesto —en cuántas ocasiones con creces—, los veintiún años como la práctica está demostrando.

De todos modos la cuestión es candente y difícil de resolver. Algún autor, bien anclado en el penitenciarismo y profundo conocedor del mismo en la teoría y especialmente en la praxis, Zapatero, R. —vid. *Cuestiones de Derecho penitenciario*, en REP, enero-diciembre 1975, págs. 168 y 169—, argumenta: «... La más grave e importante cuestión la crea, sin duda alguna, las condenas que sustituyen la pena por internamiento en institutos (sic) especiales de reforma. Hasta ahora es uso y costumbre el refundir las penas cuantitativamente estimables, susceptibles de adición aritmética, dejando para su cumplimiento posterior los internamientos indeterminados (sic) que tuviera el penado, criterio éste bastante seguro (aunque de escaso porvenir) y que tiene como precedente la regulación referente a las medidas de seguridad respecto al orden de cumplimiento, si bien nosotros estimamos que el legislador habrá de tomar la decisión oportuna según el criterio que se le quiera imprimir a la pena, y máxime si nos encontramos frente a delincentes juveniles donde el tratamiento reformador y la readaptación, debieran ser fines primordiales».

En mi opinión hay que atreverse a más. Ir más lejos. Anteponer el cumplimiento de la medida de internamiento —cualquiera

que sea la forma de éste—, puesto que, una vez conseguida o racionalmente estimada la consecución de la reforma del menor, el cumplimiento del resto de las penas sobra. Quizá lo más difícil sea el procedimiento para realizar lo que pedimos. ¿Acudir al párrafo segundo del artículo 2 del C. p.? o, como indica Zapatero, ¿acudir a la soberanía del primer poder? La solución se nos antoja como no fácil; pero la hay y nos pronunciamos con una adición o párrafo segundo del artículo 65 que podría redactarse del modo que sigue:

Cuando el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho cometiere un hecho castigado por la Ley, se le aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondiere aplicarle si fuere mayor de dieciocho.

Este primer párrafo debería ser derogado.

Ello no obstante, el juez o tribunal podrá, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial dependiente de los Tribunales Tutelares de Menores o de la Administración Penitenciaria por tiempo indeterminado hasta conseguir la readaptación del sujeto.

En todo caso el cumplimiento de la medida referida se hará de modo preferente, en el tiempo, al de cualquiera otra pena a que el menor hubiere sido condenado y su ejecución será compatible con cualquiera de los medios sustitutivos que la legislación establece.

Otra cuestión importante que asoma al tratamiento de la materia y desde un punto de vista penitenciario exclusivamente es el que genera la contradicción observada en la expresión del artículo 65 «institución especial de reforma» y la nueva redacción del Reglamento de los Servicios de Prisiones (22 bis), tras la modificación de 25 de enero de 1968.

Nos referimos a la admisión de los menores a quienes se haya aplicado la medida en los llamados centros penitenciarios abiertos, ya que éstos responden al llamado tercer grado del actual sistema progresivo y en el que son situados los penados no necesitados de tratamiento (23) o reforma, lo que obliga a destinar al menor necesariamente a un establecimiento de segundo grado —el primero hay que excluirlo evidentemente—. Esta contradicción deviene como consecuencia del significado que la palabra reforma tiene en 1944, momento en que nace el artículo 65 del C. p., equivalente a corrección que utiliza el legislador de 1956 al promulgar

(22 bis) Por R. D. 2.273/77 de 29 de julio, el término «Prisiones» ha pasado a la denominación de «Instituciones Penitenciarias».

(23) Arts. 48 y 49 del RSP.

el reglamento vigente. Veinticuatro años después y con las nuevas técnicas, el término de tratamiento adquiere dimensiones que yacen lejos del de reforma o corrección por lo que la incompatibilidad terminológica da lugar a una atadura en las manos de quien quiere aplicar el internamiento en medio penitenciario libre. De ahí que se nos antoja necesaria la supresión de la palabra en una futura redacción del artículo 65, como propugnamos en el texto del mismo simplificando la frase: «internamiento en una institución especial», desapareciendo así el obstáculo mencionado.

2.2.2.2. *En atención a las circunstancias del hecho.*

La doble condición a que se somete el juzgador en su criterio disyuntivo, viene expresada en segundo lugar, por las circunstancias del hecho realizado por el menor. Resultaría pueril abordarlas en el terreno de la teoría. Si todo el aparato punitivo deviniese condicionado por la variopinta circunstancialidad en la que el sujeto puede hallarse, la dialéctica carecería de sentido. Pero ocurre que nuestra legislación penal (24) pertenece a la vía estrecha de las opciones que resultan utilizables por el juzgador y es por ello que, cada una de ellas, como la que nos ocupa, ha de tratarse con un rigor que escapa a la uniformidad de nuestro ordenamiento jurídico-punitivo.

¿Qué ha de entenderse por las circunstancias del hecho?

Si al hablar del autor quedó como signo determinante su personalidad (25), grado sumo de la individualización punitiva, la objetivación de su conducta escapa a él mismo. Por ello, estamos seguros, se trata de un determinante que no merece la pena considerar con la atención que el legislador de 1944 le dedica, ya que el juzgador quedaría reducido a estimar las siguientes improntas:

- Alarma social producida por el hecho.
- El perjuicio causado a la víctima y sus circundantes.
- La reparabilidad de dichos perjuicios.

Se nos antoja analizar los tres determinantes que, por otra parte, están plenamente superados, ya que no responden a la traducción real de lo que pretende el artículo 65 del C. p. Intentaremos demostrarlo:

a) *La alarma social.*—Con más frecuencia de lo que nosotros mismos estimamos, el fenómeno de la delincuencia de menores

(24) Volvemos a retrotraernos a las argumentaciones expuestas al principio sobre la discrecionalidad o arbitrio judicial en nuestro Derecho que no puede ser más limitada por cuanto sólo puede hallarse casi por vía del privilegio.

(25) En trabajos anteriores hemos defendido que el hombre, como tal, no nace enteramente libre, sino que es capaz de serlo, superando todos los condicionamientos bio-psico-sociológicos que configuran su entorno y que queremos o no predeterminan su libertad. PÉREZ FERRER, «La juventud delincuente y las bandas criminales». Septiembre, REP, 1964, pág. 228.

se acepta como algo inevitable: ¿Cómo no iba a suceder si se trata de un «niñato» de dieciocho años?, ¿cómo iba a respetar el «stop» un crío que ni tendría permiso de conducir?, ¿cuál iba a ser el resultado de tres parejas que conducían un «mini», adelantando «sin ton ni son» a otro coche de mayor cilindrada?; ¡si el niño se drogaba!, ¡si tenía asustado al barrio! ¡y a su propia familia! Cuando la gran parte de lectores de la prensa diaria llega al capítulo de sucesos se encuentra si no con los interrogantes dichos, sí al menos con una indignación embrionaria dispuesta a castigar sin juzgar o, en cualquier caso a sancionar —¿por vía de la vindicta?—, una conducta irregular aunque no sea punible. Conducta irregular que no debe medirse en sus manifestaciones, sino en la íntima estructura personal de su protagonista cuya inmadurez es indiscutible. Peligrosa pues, la estimación de la alarma social cuantitativamente o en su intensidad.

b) *El perjuicio causado a la víctima y sus circundantes.*—Otra de las respuestas de indudable validez que no pueden olvidarse en el contexto de la materia que es objeto de nuestros planteamientos se concreta en: lo que puede ser la valoración del perjuicio y lo que puede constituir el mismo.

Nunca se ha producido una proliferación de las formas del perjuicio cual hoy sucede, entendido el perjuicio bien «ad personam» o «ad rerum» pues que, en las dos instancias claramente diferenciadas, el evento tiene una trascendencia dañosa difícil de establecer. Lo verdaderamente espinoso del determinante que comentamos es hallar la medida que le sirva al juzgador para tomar en cuenta el perjuicio causado en orden a la aplicación atenuada o sustitutiva del dictado del artículo 65. Una nueva prueba de la difícil misión de enjuiciar porque, ¿hasta qué punto es lícito que recaiga sobre la eventual recuperación del menor, la consecuencia dañosa de sus actos? Este interrogante subyace de modo claro en el terreno de la culpabilidad, descartada con respecto a los menores lo que da lugar a que el obstáculo crezca.

Por otra parte, la sociedad reclama, ¡cuántas veces sin la menor razón!, el cumplimiento del imperativo «fiat iustitia» ya que la acción del protagonista alcanza los perfiles de un delito que de no ser castigado, dejaría indefensa a la comunidad.

En cualquier caso si hubiéramos de consultar públicamente las penas o sanciones que debieran imponerse a las conductas delictivas de los menores que nos ocupan, la opinión generalizada se pronunciaría por duros castigos, sanciones de severa gravedad que constituirían un verdadero salto atrás, una vuelta a la vindicta germánica o a las ciegas reacciones que nos proporcionaron los siglos de oscurantismo.

Y es que, de un modo u otro, con palabras más o menos elocuentes, la venganza, la vindicta no ha terminado ni terminará en un futuro próximo, porque sigue generalizada en los más pri-

mitivos instintos de la persona humana aún aferrada a desconfiar de la justicia ajena y sólo a aceptar la propia.

Difícil oficio para el juez que tendrá que poner a prueba su sensibilidad, capacidad apreciativa, sentido común y firmeza en el momento de decidir. Mas ¡ay de él! y de la comunidad si no lo hace o no se atreve a hacerlo.

c) *La respuesta jurídica a la infracción.*—Una tercera instancia que viene determinada por condicionamientos técnicos aún inexplorados.

De aquí parte nuestra oposición más decidida en cuanto a la estructura disyuntiva del artículo 65 del C. p. (26). Quizá la opcionalidad que otorgó el legislador de 1944, contemplada en relación con lo dispuesto en el párrafo final del artículo 8, 2.º se pueda llegar al fin cuando no a la agonía del fundamento teleológico de la pena. Alrededor de esta disyuntiva asoma a nuestro parecer una cuestión que no debe arrinconarse. En un país cuyo ordenamiento jurídico-punitivo no admite la indeterminación de la pena, sino que, por el contrario, las sanciones penales están afectadas de una determinación casi absoluta, resulta que alberga en su artículo 65 una dicción como la que sigue:

«... Internamiento... por tiempo indeterminado...» (27).

Esa cuestión adquiere peso específico cuando nos hallamos de cara a saber y decir lo que significa la frase «por tiempo indeterminado». En este estudio no nos planteamos la consistencia de la sentencia o medida (28) indeterminada de internamiento. Pero como se apuntó más arriba —vid. 2.2.2.2.—, la medida puede

(26) Volvemos a repetir que la norma de este precepto no constituye sino una conformación de dos principios totalmente opuestos. El Derecho penal puede estar en crisis, y de hecho lo está; esa crisis tiene sus raíces en preceptos como éste en cuanto admiten la pareja de dos ideas previamente descasadas. Establecer el castigo o medida de corrección es inadmisibles, cual se dijo páginas arriba. Estamos en el momento vestibular de la desaparición del Derecho penal tradicional. Bien es cierto que no tomamos partido ni por el principio de la retribución ni por el de la defensa social —entendida ésta como profilaxis basada en las medidas de seguridad— separadamente, sino por un Derecho penal con la trascendente misión de defensa de los intereses del ciudadano como tal, de su libertad, derechos e intereses reglamentados establecidos y ordenados al bien común prevalentemente, pues que de ello dimana su responsabilidad.

(27) Para BERISTAIN el precepto crea la facultad que se inserta en la moderna corriente teórico-legislativa de Alemania, Argentina, Gran Bretaña, Italia, Suiza, etc., para los llamados jóvenes delincuentes o semiadultos. *Ob. cit.*, pág. 178.

Esta indeterminación venía ya arrastrada por las medidas para el enajenado y sordomudo, sin el término de indeterminación, aunque el término subyace en la dicción los correspondientes preceptos, art. 8.º, 1.º y 3.º: «... y del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal», para el primero, y «... será ingresado en un establecimiento para la educación de anormales», para el segundo.

(28) La nueva legislación de defensa social —Ley y Reglamento de Peligrosidad y Rehabilitación Social— sí establece medidas indeterminadas, pero relativamente indeterminadas.

coexistir con la ejecución de penas aplicadas a otras infracciones cometidas por el menor. Nos pronunciamos entonces por la prevalencia del cumplimiento en el tiempo de la medida y volvemos a ratificarlo aunque algún autor (29), con acierto en el papel, pero con equivocada comprobación de la variable, en nuestro criterio, se inclina por la conversión de la medida y de su ejecución en la pena a que pertenece por sustitución, es decir, el fracaso de la medida de internamiento para la corrección da lugar a la resurrección de la pena aminorada del primer inciso del artículo 65.

No, no es esa la solución, aunque ortopédicamente pueda ser considerada. Bien es cierto que el problema afecta de modo directo a la naturaleza de la medida —¿pena o medida de seguridad?—, lo que demuestra su escasa virtualidad «in mente» puesto que puede su empleo acarrear consecuencias graves en cuanto a situaciones como las de posible aplicación del perdón legal —amnistía, indulto— o de sustitución punitiva —condena condicional— (30), etcétera. Tampoco Beristain nos ofrece una solución aceptable de tipo general en su aplicación y, menos aún, partiendo del contenido de la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo ya citada. Su aporte «de lege ferenda» acusa una confusión a la que todos estamos abocados desde el momento en que argumentamos críticamente un precepto nacido en 1944 y apenas llevado a la práctica en 1976 (31).

Se nos antoja que hemos llegado a las conclusiones de cuanto se ha escrito. Pensamos en ello porque sólo resumiendo el discurso expuesto en las páginas anteriores se puede llegar al destinatario de las mismas con un mínimo de claridad y transferencia de la tesis mantenida.

No sé quiénes me leerán. Pero el firmante de estos folios, con más o menos aprovechamiento, ha tomado postura en un tema

(29) BERISTAIN, Ob. cit., pág. 178. Comenta la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, elevada al Gobierno en 15 de septiembre de 1972 —vid., págs. 418 y ss.—, criticando la inconcreción de la doctrina de su contenido. «La Fiscalía del Tribunal Supremo manifiesta con razón que la medida del art. 65 no se impone directamente en función de un estado peligroso definido, porque, en definitiva, el estado peligroso en el joven lo es tanto de futuro como de pasado, especialmente en cuanto a lo primero. Y en este punto es donde ha de potenciarse la función de la medida del tantas veces citado precepto objeto de este trabajo.

(30) Las dificultades que plantea nuestro ordenamiento jurídico penal adaptando el sistema dualista —pena y medida de seguridad— son notables. La medida de seguridad no ha debido perder nunca su exclusividad predeictual. El que permanezca como aplicable «ex delicto», constituye la más flagrante violación del principio de legalidad. (N. del A.).

(31) Nos remitimos a las propias palabras del autor: «En resumen, el internamiento del art. 65 se apoya en la peligrosidad postdelictual del joven y pretende su reinserción social. Es una medida de corrección (si el joven fuese incurable sería medida de seguridad) (?). Por lo tanto, no debe aplicársele indulto alguno (salvo excepciones circunstanciales). ¿Qué excepciones, se nos ocurre preguntar? La dificultad que entraña el hallazgo de las mismas nos obliga a descartar el aserto de Beristain.

de tanto interés social como el planteado por nuestra juventud..

Si la prevención falla, como evidentemente está fallando del modo más estrepitoso, encarámonos con la posibilidad del tratamiento y la meta de la recuperación, aunque seamos conscientes de las dificultades para alcanzarla.

3. CONCLUSIONES.

3.1. El artículo 65 del C. p. de 1944 abre un interrogante serio en cuanto a la ejecución de la pena de privación de libertad en la que incurren los sujetos mayores de dieciséis años y menores de dieciocho que no puede ser contestado únicamente con la individualización legislativa como hasta ahora se hace.

3.2. El primer inciso del citado precepto, es decir, «... al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal...», está condenado a desaparecer o preferiblemente a ser modificado. De suyo la menor edad a nivel de atenuante, tiene suficiente reconocimiento legal en las reglas que establece el artículo 61 del C. p., máxime cuando un joven de dieciséis a dieciocho años de 1980 posee unas dotes de estructura personal sedimentadas de las que carecía el de 1900.

3.3. La fórmula híbrida, incorrecta, concesiva y de la más absoluta inconcreción del artículo 65 en su inciso final debe figurar no como fórmula disyuntiva, sino con la vigencia independiente que los nuevos medios de tratamiento de la delincuencia juvenil demandan.

Por vía de solución y por imperativos técnicos y de sistemática, presupuesta la mayoría de edad penal a los dieciséis años, parece que el lugar donde la medida de internamiento debiera situarse es fuera de las reglas de la determinación de la pena, pues que no lo es, sino dentro de la atenuante 3.^a del artículo 9 con un texto que podría ser redactado del siguiente modo, como párrafo segundo del número 3.º:

«Cuando el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho cometiere un hecho castigado por la Ley, se le aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondiere aplicarle si fuere mayor de dieciocho». *Este párrafo debería ser derogado.*

«Ello no obstante, el juez o Tribunal podrá, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial dependiente de los Tribunales Tutelares de Menores o de la Administración penitenciaria por tiempo indeterminado hasta conseguir la readaptación del sujeto.

En todo caso, el cumplimiento de esta medida se hará de modo preferente en el tiempo al de cualquier otra pena a que el menor hubiere sido condenado y su ejecución será compatible con cualquiera de los medios sustitutivos que la legislación establece, incluidos el indulto y la amnistía respecto de las penas a que hubiere sido condenado.»

No nos parece, para terminar, disparatado lo que pedimos. En tanto en cuanto nuestro ordenamiento jurídico no adopte el singular aporte anglosajón de la sentencia indeterminada que, en su encaje relativo, nunca absoluto, no rompe ni vulnera el principio de legalidad, conquista (?) del Estado de Derecho, lo que sigue siendo un absurdo que debemos enterrar, es mantener un precepto como el artículo 65 que constituye, en su redacción actual un cadáver viviente.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN BRAVO, J., BERISTAIN, A.: «Tratamiento del joven delincuente». Madrid, 1974. «Medidas penales en el Derecho contemporáneo». Madrid, 1976.
- ARANZADI: «Diccionario de Jurisprudencia penal», III, Pamplona, 1972, página 685.
- COBO DEL ROSAL, M.: «Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del Código penal español». En RDJ, enero-marzo 1970, pág. 78.
- CÓRDOBA, MOURULLO, DEL TORO y CASABÓ: «Comentarios al Código penal». Barcelona, 1972.
- CUELLO CALÓN, E.: «El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delincuentes en España». En RGLJ, 1944.
- DEL ROSAL, J.: «Derecho penal español», II, Madrid, 1960.
- FERRER SAMA, A.: «Comentarios al Código penal». Murcia, 1947.
- IZQUIERDO, C.: «El Instituto Penitenciario de Liria. Centro de formación juvenil». En REP, enero-diciembre 1975.
- LUZÓN DOMINGO, D.: «Tratamiento penal de la delincuencia juvenil». En ADP y CP, 1966.
- MIDDENDORF, W.: «Criminología de la juventud». Trad. José María Rodríguez Devesa. Barcelona, 1964.
- PALACIO, J. R.: «Jurisdicción de nadie». En SURGAM, núm. 235, octubre 1968, pág. 347.
- PÉREZ FERRER, E.: «La juventud delincuente y las bandas criminales». En REP, abril-junio 1964.

- PÉREZ VITORIA, O.: «La minoría de edad». Barcelona, 1940.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Comentarios al Código penal». Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: «Derecho penal español», I, Madrid, 1976. «Problemática jurídica de la delincuencia juvenil de menores. En delincuencia juvenil». Santiago, 1973, pág. 193.
- RODRÍGUEZ SUÁREZ, J.: «Los delincuentes jóvenes en las instituciones penitenciarias españolas». Madrid, 1976.
- SPRANGER, E.: «Psicología de la edad juvenil». Trad. José Gaos. Madrid, 1961.
- TOCA, A.: «Una nueva experiencia en España en orden al tratamiento de los delincuentes». En REP, 1971, pág. 43.
- ZAPATERO, R.: «Cuestiones sobre Derecho penitenciario». En REP, enero-diciembre 1975, pág. 161.