

La resocialización como reestructuración de la personalidad del delincuente. Un aporte dogmático-penal a las teorías que ven, en la resocialización, un proceso de reeducación correccional para el delincuente

RICARDO ANDRÉS VEGA VERGARA*

RESUMEN

El presente estudio monográfico o artículo doctrinario titulado “*La Resocialización como reestructuración de la personalidad del delincuente*”, indaga en el contenido doctrinal – a la luz de las ciencias jurídicas – de la meta privativa de libertad, esto es, el concepto “resocialización”. Muchos han sido los significados y las interpretaciones, casi inagotables, que se le han atribuido.

Pues bien, tomando la propuesta del Dr. LABATUT GLENA quien, atendiendo al *objeto del proceso resocializador*, sistematiza y diferencia unas y otras teorías respecto al contenido de la resocialización, se propone analizar *uno* de los diferentes significados. Para ello, se aborda en profundidad el

ABSTRACT

This case study or doctrinaire article entitled “*Resocialization as restructuring of the personality of the offender*”, investigates the doctrinal content - in the light of legal science - of custodial goal, that is, the concept of “social rehabilitation”. There have been many meanings and interpretations, almost inexhaustible, which have been ascribed.

Well, taking the proposal of Dr. MAPELLI CAFFARENA who, considering the purpose of re-socializing process, systematized and a difference and other theories regarding the content of resocialization, one is to analyze the different meanings. For this, the study of the various theories that see in the resocialization, exclusively or primarily

* Egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, Sede La Serena. Ayudante del Dr. en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España, académico Mario Durán Migliardi (UDA) y ayudante de Coordinación Académica de Post Grado del Magíster en Derecho Penal “Aspectos Sustantivos y Procedimentales” dirigido y coordinado por la Dra. en Derecho Penal y Post Graduada en Criminología por la Universidad de Salamanca, España, académica Myrna Villegas Díaz (UCEN) Correo electrónico de contacto: ricardo.vega.vergara@gmail.com

estudio de las distintas teorías que ven, en la resocialización, un proceso orientado exclusiva o fundamentalmente hacia el delincuente.

Dichas teorías se analizan en sus tres corrientes: (i) *El Correccionalismo* de KARL RÖDER, (ii) *La Pedagogía Criminal* en sus tendencias enfrentadas, por una parte la concepción clásica defendida por PETERS y HELLMER y, por otra, las aportaciones de la moderna sociología de NASS Y BLAU; además se indaga en la función ético-social del Derecho Penal propuesta por HANS WELZEL y en algunos puntos críticos de WINFRIED HASSEMER a la propuesta de WELZEL. Finalmente, se analiza (iii) *La Nueva Defensa Social* – un movimiento de Política Criminal Humanista – en uno de sus más distinguidos representantes, MARC ANCEL. Por último y, para concluir el presente artículo doctrinario, se formulan una serie de conclusiones.

PALABRAS CLAVE
 Resocialización – Correccionalismo
 – Pedagogía Criminal – Nueva Defensa Social.

oriented towards the criminal process is discussed in depth.

Such theories are analyzed in three streams: (i) *The Correctionalism* Karl RÖDER, (ii) *The Criminal Education* at their facing trends, on the one hand the classical conception by PETERS and HELLMER defended and, secondly, the contributions of modern BLAU NASS and sociology; it also explores the ethical and social role of criminal law proposed by HANS WELZEL and in some critical points WINFRIED HASSEMER WELZEL the proposal. Finally, we analyze (iii) *The New Social Defence* - a movement Humanist Criminal Policy - in one of its most distinguished representatives, MARC ANCEL. Finally and to conclude this doctrinal article, some conclusions are formulated.

KEYWORDS

Resocialization – correctionalism –
 Criminal Education – New Social Defence.

I. CONTENIDO DOCTRINAL DEL CONCEPTO “RESOCIALIZACIÓN”

Aunque el legislador jurídico-penal español se ha inclinado por utilizar términos como “reeducación” o “reinscripción social”, la doctrina de las Ciencias Penales denomina, mayoritariamente, “resocialización” a la meta de la pena privativa de libertad. Así las cosas, ZAFFARONI entiende la resocialización como un proceso de “personalización” el cual, a partir de un trato humano y lo menos degradante posible, tiende a disminuir el nivel de vulneración del condenado frente al sistema penal, dotándolo de los medios necesarios como para que pueda tomar conciencia de su rol y salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo.¹

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1995): “Los Objetivos del Sistema Penitenciario y las Normas Constitucionales” (Buenos Aires, edit. Del Puerto), pp. 115 – 129.

Es difícil precisar, cronológicamente, el momento en que la Ciencia Penitenciaria se apropió de este término, entre otras razones, porque la idea nació mucho antes; pero bajo otras “etiquetas”. En España, por ejemplo, autores como DORADO MONTERO² ya se referían a estos *fines de la pena* con expresiones como: reeducación, corrección, rehabilitación o mejora.

Pero —y sin miedo a equivocarme— puedo afirmar que este “cambio de etiquetas” se explica en que, con la aceptación en el ámbito penal de la expresión *resocialización* se inicia, a su vez, su propia decadencia. Ante la imposibilidad de dar una respuesta a las objeciones que se oponían a los fines de la pena, entendidos exclusivamente en un sentido político-criminal, se hace necesario elaborar un nuevo concepto más amplio, abstracto y aséptico; pero por sobre todo, un concepto que denote una orientación neutral y objetiva, en donde antes existía una orientación normativa, el cambio de una filosofía moral a un cientifismo social.

Lo cierto es que conceptos como *resocialización*, *reeducación* o *reinserción social*, han permitido en el pasado —y aun en el presente— un elenco, casi inagotable, de interpretaciones. No están faltos de razón, aquellos que quieren ver tras estas expresiones, un campo ilimitado de posibilidades de intervención estatal sobre el individuo a través de la pena, como tampoco dejan de tenerla los que se sitúan en el extremo opuesto y consideran reducida la actividad del Estado en aras de lograr que el sujeto no vuelva a delinquir.

En este caso, y siguiendo con la propuesta del Dr. MAPELLI CAFFARENA³, se propone estudiar uno de los diferentes significados de la idea que sustenta el concepto de *resocialización*, cuyo origen se encuentra en la teoría de la prevención especial o individual⁴. Para sistematizar este análisis, MAPELLI

² Pedro García Dorado Montero (Salamanca 1861 – Salamanca 1919) Ilustre catedrático, hijo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca; fue un jurista, penalista y criminalista español. Introdujo el positivismo jurídico en España frente al ius-naturalismo católico. Considerado representante del correccionalismo español. Defensor de la denominada “Pedagogía Correccional” como un “derecho protector” de los delincuentes, desprovisto por completo de sentido represivo y doloroso, animado tan sólo de una finalidad tutelar y protectora.

³ MAPELLI CAFFARENA, Borja, (1983): “Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español” (Barcelona, edit. Bosch), pp. 3-5.

⁴ La Prevención Especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de *una persona determinada*. Cuando se persigue mediante la pena, se refiere al *sujeto que ya ha delinquido*: La pena busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La prevención especial no puede operar sino en el momento de imposición y ejecución de la pena. Como esta clase de prevención no se dirige a la generalidad de los ciudadanos, sino a individuos ya determinados —los delincuentes— también se denomina, a veces, *prevención personalizada*.

CAFFARENA⁵ eligió *el objeto del proceso resocializador* como criterio de diferenciación entre unas y otras teorías. El resultado de esta sistematización es que las teorías más importantes, sobre el contenido de la resocialización, pueden agruparse en torno a tres objetos distintos: el hombre, la sociedad y la relación hombre-sociedad. Así las cosas y, en consecuencia, se establecen los tres siguientes grupos:

- a) Teorías que ven en la resocialización un proceso orientado exclusiva o fundamentalmente hacia *el delincuente*. Esta teoría se denomina: “*Resocialización como reestructuración de la personalidad del delincuente*”.
- b) Teorías que entienden que es *la sociedad* que castiga la que debe ocupar el centro neurálgico de la problemática resocializadora. Esta teoría se denomina: “*La sociedad que castiga como objeto del proceso resocializador*”.
- c) Teorías que toman como objeto del proceso resocializador el conflicto *hombre-sociedad* cuya génesis está en la actividad delictiva. Esta teoría se denomina: “*Resocialización como solución al conflicto individuo-sociedad*”.

II. INTRODUCCIÓN A LA RESOCIALIZACIÓN COMO REESTRUCTURACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE

Pertenecen a este grupo algunas posiciones doctrinales que tienen una relación estrecha con el positivismo⁶. Sus presupuestos son: “el consenso, el

ción individual. MIR PUIG, Santiago (2008): “Derecho Penal. Parte General” (Barcelona, edit. Reppertor) p. 84.

⁵ El Dr. Borja Mapelli Caffarena es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España. Su especialización es el Sistema de Penas dentro del Sistema Penitenciario.

⁶ El origen de la Escuela Positiva de la Ciencia Criminal o Escuela Positiva, arranca en el siglo XIX en la obra “*El Hombre Delincuente*” de César Lombroso, como reacción hacia la Escuela Clásica (la denominación de “clásica” la puso Enrico Ferri en forma peyorativa para referirse a “lo viejo”, a “lo caduco”, “lo antiguo”). En esta obra, Lombroso formula la tesis del delincuente nato, naciendo así la Antropología Criminal.

Para la Escuela Positiva, *el delincuente* es aquella persona que comete delitos por influencias del medio en que vive; busca su readaptación a través de los *sustitutivos penales*. Los Sustitutivos Penales – para Ferri – son las medidas de orden económico, político, administrativo, educativo, familiar, etc., distintas de la pena que debe adoptar el Estado, sobre las causas de la delincuencia para hacerlas disminuir. Actualmente se define a los sustitutivos penales como medios de pretensión social. Ellos se basan sobre

determinismo y el cientifismo”⁷. En ningún momento cuestionan el sistema penal, ni en sus normas ni en sus medios. Tienden a considerar al delincuente como *un sujeto que padece determinadas carencias somáticas, síquicas o sociales* y, por último, aplican sobre el total de su persona, las medidas resocializadoras.

Normalmente son, pues, teorías que nacen a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Se adecuan mejor que ninguna otra al concepto de prevención especial⁸ o individual tal como fue imaginado por VON LISZT en su Programa de Marburgo de 1882.

Esta teoría se divide en tres corrientes: *el correccionalismo, la pedagogía criminal* y, por último, *la nueva defensa social*⁹.

el mismo fundamento que la Política Criminal y constituyen uno de sus medios de acción. Se sustituye el concepto de *pena* por el de sanción. La sanción es indeterminada y proporcional al delito (no se debe castigar conforme a lo que dicen los Códigos, sino que tiene que haber Sustitutivos Penales), el delincuente debe estar en la cárcel hasta su rehabilitación. QUISBERT, Ermo, (2008): “*Historia del Derecho Penal a través de Las Escuelas Penales y sus Representantes*” (La Paz, Bolivia, Centro de Estudios de Derecho, CED), pp. 64-65. Disponible en: http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/archivos_varios/historia_derecho_penalRepresentantes.pdf

⁷ TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J., (1975): “*La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*” (Buenos Aires, Amorrortu editores), p. 50.

⁸ La teoría de la prevención especial interpreta que la *misión* de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ella, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla, pues, según esta interpretación de la “prevención especial” como fin de la pena. La teoría de la prevención especial, al contrario de la concepción de la pena retributiva “absoluta”, es una teoría “relativa”, pues se refiere al fin de prevención de delitos (“relativo” viene del latín *referre* = referirse a). También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en SÉNECA (Córdoba, 4 a.C. – Roma, 65 d.C.), evocando la idea de PROTÁGORAS (aprox. 485 – 415 a.C.) que fue transmitida por PLATÓN (427 – 347 a.C.), se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: “*Nam, ut Plato ait: Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...*” (“Pues, como dice Platón: Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...”). ROXIN, Claus, (2003): “*Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*” (trad. de la 2^a edic. alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PENA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, edit. Thomson Civitas, Madrid), p. 85.

Así entonces y al igual que las teorías de la prevención general, tanto en su aspecto positivo como negativo, y a diferencia de las teorías absolutas de la pena, las teorías relativas que postulan la denominada prevención especial o individual del delito, conciben la pena como un *medio*, como un *mecanismo* o *instrumento* y que sólo se justifica si se la emplea para luchar contra el delito y evitar su proliferación en la sociedad. CURY URZÚA, Enrique (2005), “*Derecho Penal, Parte General*” (Santiago, ediciones Universidad Católica de Chile), p. 68.

⁹ MAPELLI CAFFARENA (1983), p. 6.

III. EL CORRECCIONALISMO DE KARL RÖDER

Debemos comenzar diciendo que los propios representantes de esta corriente considerarían el término “*resocialización*” como poco adecuado para abarcar con él, el proceso total de rehabilitación al que debe ser sometido el delincuente, ya que el problema de éste –el delincuente– no se reduce a un desajuste con el sistema social, sino que es algo mucho más profundo, originado por su propia estructura personal. Por ello, los defensores de esta corriente –los correccionalistas– prefieren hacer uso de expresiones como: mejora, rehabilitación, corrección, higiene o profilaxis, entre otras.

El correccionalismo, como Escuela Penal, nace en Alemania a partir de las obras sobre filosofía del Derecho de KRAUSE y, más concretamente, de RÖDER, quien aplica aquellas ideas al problema de la lucha contra la criminalidad¹⁰. A España llega de la mano de Dorado MONTERO que, “pese a lograr pocos adeptos y a sufrir el drama de la escuela solitaria”¹¹, elabora una teoría con importantes matizaciones respecto de la escuela germana originaria¹².

Los correccionalistas parten de una idea radicalmente individualizada de la resocialización. Se trata, sobre todo, de ayudar –cuando esto sea posible– al delincuente para que se someta a una metamorfosis total. Por estas razones, el delito no interesa como tal, sino que se valora como *síntoma de la peligrosidad social del autor*¹³. El propio DORADO MONTERO lo explica con estas palabras: “Lo que se pretende hacer con los delincuentes –y en parte se está ya practicando en algunos sitios– es conducirse respecto de los mismos de un modo análogo a aquél como se obra bastante generalmente y sin protestas apenas de nadie, con los débiles, enfermos y necesitados de toda clase, tales como: los locos, los alcohólicos, los neurasténicos, los epilépticos, los vagos, los niños abandonados y los miserables”¹⁴.

¹⁰ RÖDER, Karl David August, (1876): “*Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*³”, (trad. Francisco GINER DE LOS RÍOS, librería de Victoriano Suárez, Madrid, edit. Jacometrezo).

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1971): “*Recordando a don Pedro Dorado Montero*”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº195, oct.-dic., pp. 1617 y ss.

¹² Ver, en este sentido, SÁINZ CANTERO, J. A., (1970): “*Lecciones de Derecho penal. Parte General. I Introducción*”, (Barcelona), p. 195 y ss.; CASABÓ RUIZ, J. R., en CÓRDOBA RODA, J. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A., CASABÓ RUIZ, J. R., (1976): “*Comentarios al Derecho Penal*”, (II, Barcelona), p. 5; COBO DEL ROSAL, M., BACIGALUPO, E. (1980): “*Desarrollo histórico de la criminología en España*” (Cuadernos de Política Criminal, Nº11), p. 31; QUINTERO OLIVARES, G., (1981); “*Introducción al Derecho penal. Parte General*”, (Barcelona, 1981, p. 10).

¹³ DORADO MONTERO (1915): “*El Derecho protector de los criminales*”, (Madrid), p. 59

¹⁴ DORADO MONTERO (1973): “*Bases para un nuevo Derecho Penal*”, (Buenos Aires), p. 8.

Desde la óptica correccionalista, el delincuente es un ser incapaz de dirigir libremente, por sí mismo, su vida, un necesitado de ayuda. –Los correccionalistas parten de una imagen del hombre como ser inválido, disminuido, incapaz de dirigir, por sí mismo, su vida como consecuencia de una voluntad defectuosa y enfermiza, necesitada de ayuda. El delincuente es como un niño abandonado o un loco– ; el delito, consecuencia de una “voluntad” débil, viciosa o pervertida; y la reacción jurídica, un bien e incluso *un derecho del delincuente*, que está obligado a prestar el Estado y que tiene como única justificación la corrección y enmienda de aquel. Para los correccionalistas, la función penal tradicional, debía dar paso a una “función tutelar”, individualizada, protectora del delincuente: a una “pedagogía correccional” que aproxima el “tratamiento” a una auténtica “cura de almas”.

Lo que caracteriza al correccionalismo es una connotación pedagógica y tutelar. No se trata de una “adaptación” del delincuente a las pautas y modelos sociales –cuyas normas ha de interiorizar y asumir– sino de compensar, de curar su voluntad débil, de corregirle y enmendarle; y de reincorporarle a la comunidad jurídica, una vez rehabilitada su libertad interior mediante una terapia individualizada, tutelar y pedagógica.

El delito –decía DORADO MONTERO¹⁵– no es más que un signo, un síntoma del estado de anormalidad psíquica de quien lo comete; prueba de su desarreglo moral, de la perturbación que su voluntad experimenta; un dato inequívoco que denuncia la necesidad de acudir prontamente por quien corresponda, con el remedio, si no se quiere contribuir a la prolongación de la injusticia. Como el delincuente, por el hecho de serlo, ha demostrado no tener aptitud suficiente para regir por sí solo su vida de un modo racional, es decir, ha demostrado encontrarse en una situación de inferioridad con respecto a los individuos no delincuentes; necesita que aquellos –los no delincuentes– dispongan de medios y los empleen en su beneficio; pues tiene derecho a estos medios. Al efecto, se hace preciso someterle a un tratamiento tutelar conveniente, análogo al que se emplea con otros individuos que se hallan en situaciones semejantes (niños abandonados, locos, enfermos, etc.) y el tratamiento tutelar que conviene a los delincuentes es la pena. De esta suerte, la pena resulta ser un bien verdadero, contra lo que generalmente se piensa, no obstante, que el reo mismo la juzgue mal.

Y termina DORADO MONTERO así: “el correccionalismo es un sistema penal perfectamente preventivo y no represivo, por cuanto en él no se atiende al delito como objetivo al cual hay que dirigirse para castigarlo, sino como

¹⁵ DORADO MONTERO (1901): “Estudios de Derecho penal Preventivo”, (Madrid), p. 56.

señal del desarreglo que en el mundo moral del delincuente existe, y que debe ser curado para prevenirse contra probables atentados futuros. O, lo que es igual, se trata de un sistema donde se ataca la raíz, la causa del delito, y no para borrar el que ya ha tenido lugar, pues “*infectum fieri ne quit*”, sino para impedir los que en adelante pudieran cometerse”.

Por tanto, para el correccionalismo, la resocialización, entendida en el sentido de reincorporación natural del delincuente a la sociedad, una vez compensado su déficit de voluntad a través de una terapia pedagógica individualizada, es un objetivo primordial del Derecho Penal. La tutela social será –contra la tesis de los positivistas– una consecuencia derivada de la previa corrección y enmienda del delincuente. Y éste, no un pecador que ha expiado su mal, ni un ser peligroso, sino un ser “inferior”, necesitado de protección.

En suma, puede concluirse que la teoría correccionalista pretende una meta ambiciosa, de “corrección” o “enmienda”, es proclive a los planteamientos utópicos y maximalistas, y orienta su “pedagogía penal”, exclusivamente, hacia el individuo, partiendo de una escala de valores apriorísticos que vienen ya dada y no se cuestiona¹⁶.

De lo anterior, podemos servirnos para demostrar que, al menos, por lo que se refiere al planteamiento de cara a la rehabilitación, no existen grandes diferencias entre el correccionalismo y las tesis lombrosianas¹⁷. Ambas coinciden en que de acuerdo con la deteriorización que demuestre el delincuente, el Estado deberá considerar medidas concretas y, también, muestran absoluta coincidencia en que para esta labor, no debe trazarse ninguna limitación, es decir, que siguiendo también las directrices de VON LISZT, al delincuente que se le pueda mejorar, se le mejorará y, al que denote una peligrosidad extrema, se le neutralizará.

¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, (1979): “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADP)*, Tomo 32, N°3, pp. 15-27.

¹⁷ César Lombroso, criminólogo italiano, representante del positivismo criminológico y padre de la Antropología Criminal, desarrolló la denominada “Teoría del Criminal Nato o Atávico”; en ella, Lombroso indica que el delincuente es un tipo de hombre especial, esclavo de su herencia genética, debido a un incompleto desarrollo embrionario –y, por ende, carente de discernimiento, intención y libertad– que presenta determinadas características físicas (asimetrías craneales, pragmatismo o deformación prominente mandibular, frente hundida, brazos largos, orejas de inusual tamaño, etc.); una especie de ser involucionado que se comporta como un “salvaje moderno” y que, eventualmente, actuará contrario a las reglas y expectativas de la sociedad civilizada.

Sin embargo, el correccionalismo se diferencia del positivismo lombrosiano en lo referente al nativismo delictivo. Para aquéllos, existen en el hombre determinadas características que le predisponen a una forma de conducta sin llegar al extremo de determinarle fatalmente, porque hay otros *factores adquiridos* que permiten hablar de cierta capacidad de decisión.

Tienen un interés particular las coincidencias que existen entre una concepción de la resocialización enriquecida por sus aspiraciones éticas y las teorías retribucionistas. Como apunta BETTIOL “La idea retributiva comporta la idea reeducativa”¹⁸. De forma parecida pensaban los correccionalistas, para quienes la mera ejecución de la pena abría posibilidades a que el sujeto reflexionara sobre su conducta delictiva. Ambas corrientes tienen en común la consideración expiatoria de la pena. Las diferencias están en que mientras que para los retribucionistas la expiación es inherente a la pena debido a que ésta ha sido justamente determinada y aplicada y, con ello, se agotan sus pretensiones reeducativas; para el correccionalismo, el sentimiento de expiación no tiene que acompañar, necesariamente, a la ejecución penal y, para los supuestos en que no ocurra, el Estado estará asistido del derecho de reeducar la personalidad del delincuente por otros medios¹⁹.

¹⁸ BETTIOL, G. (1977): “*Colpa d'autore e certezza del diritto*”, *Rev. Ital. Di Proc. Penale*, p. 419. La misma opinión es sustentada por RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978): “*Derecho Penal. Parte General*”, (Madrid), p. II; MELZER, M. (1970): “*Die neue Sozialverteidigung und die Deutsche Strafrechtsreformdiskussion*”, Tübingen, p. 120 y ss. Por lo demás, razones de evolución histórica de la pena, han conducido a esta situación en apariencia paradójica. La necesidad de encontrar una función específica a la ejecución penitenciaria nace, fundamentalmente, cuando las penas dejaron de agotarse en un solo acto. Las penas corporales o pecuniarias, por su propia naturaleza, no podían más que satisfacer aspiraciones retributivas y disuasorias. Es la creación de un tipo de pena de carácter temporal como la privación de libertad, lo que determina el nacimiento de nuevas aspiraciones. HASSEMER, W. (1977): “*Strafzumessung, Strafvollzug und die Gesamte Strafrechtswissenschaft*”, en Lüderssen/Sack, Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die Gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 2, (Frankfurt), p. 250.

¹⁹ En este sentido, ver DORADO MONTERO (1973), p. 12. Precisamente, en este pretendido distanciamiento de DORADO MONTERO respecto de los postulados del positivismo lombrosiano es donde se han encontrado las mayores contradicciones de su doctrina. Así, ANTÓN ONECA, J. (1951): “*La utopía de Dorado Montero*” en *Acta Salmanticensia de la Univ. de Salamanca*, Derecho, Tomo 2, N°1, p. 68. Señala que se compagina mal la teoría correccionalista con el relativismo del delito, pues, conforme a aquélla por medio de la pena, había de proponerse la moralización interna del delinquente, en tanto que el delito se entiende como algo impuesto como tal por el más fuerte. En consecuencia, “el delinquente no es otra cosa que un vencido y no ofrece nada que moralizar. El fin de la pena no será entonces la mejora o protección del penado, la tutela de quien es considerado como un menor, un enfermo, un desgraciado, carece de sentido convertirla en medida de beneficencia, ya que conforme a su esencia, es un instrumento de domesticación”.

La pena tiene para el correccionalismo, desde un punto de vista resocializador, dos efectos sobre el delincuente: (i) la expiación y (ii) la mejora. El primero de ellos, como hemos visto, es también considerado por las teorías absolutas; el segundo es propio de una concepción ética del concepto de resocialización²⁰.

1. La Expiación.

La comunidad tiene la obligación de hacer consciente al delincuente de que debe asumir la pena. Esta aceptación del castigo recibe el nombre de expiación que SCHMIDT define como “una vivencia moral del penado que da lugar a que acoja el imperativo de la pena como un medio para recobrar su libertad moral perdida por el delito”²¹.

El concepto de expiación tuvo, originariamente, un contenido metafísico. Cabe recordar que dentro de las teorías absolutas²² de pena, destaca la teoría de la retribución divina. Ahí, la expiación, pretende restablecer la situación anterior al delito y borrar la falta cometida. Parte de la base de un orden social establecido, impuesto por la divinidad; de que el delito –rebelión contra ese orden– es un pecado y de que la pena, tiene un fin en sí misma: evitar los rigores de la venganza divina. La teoría expiatoria fue sustentada en la antigüedad por PLATÓN²³ y, en los tiempos modernos, por JOSEPH DE MAISTRE²⁴.

Siguiendo con la misma idea, dentro de la evolución histórica del Derecho Penal, en el período teológico-político de la venganza divina, LABATUT señala que entre los pueblos del Antiguo Oriente, semitas y arios, el Derecho Penal se encauza en un sentido teológico. Para los hebreos, cuyo derecho represivo

²⁰ MAPELLI CAFFARENA (1983), pp. 6-9.

²¹ SCHMIDT, Eberhard (1950): “Strafrecht und Disziplinarrecht zum II internat. Kongress für Rechtsvergleichung”, p. 861.

²² Al grupo de las llamadas “Teorías Absolutas” de la pena, pertenecen la teoría de la expiación y la teoría de la retribución. La expiación, pretende borrar o limpiar la falta cometida a través de la pena para reestablecer la situación anterior al delito. Por su parte, la retribución, pretende compensar el mal del delito por el mal de la pena.

²³ PLATÓN, (1975): “*La República o el Estado*”, (Madrid, 12^a edic.), p. 276. Tal como se deduce de la siguiente cita, estaba ya presente la función expiatoria de la pena: “Descubierto un crimen y castigado, la parte criminal se apacigua y se humilla, y la razón recobra todos sus derechos. El alma entera, volviendo al régimen del principio mejor, se eleva, mediante la adquisición de la templanza, de la justicia y de la prudencia, a un estado tanto más superior al del cuerpo, que adquiriría también fuerza, belleza y salud, cuanto que el alma misma está por encima del cuerpo”.

²⁴ LABATUT GLENA, Gustavo (2005): “*Derecho Penal, Tomo I*”, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 9^a edic., actualizada por el profesor Julio ZENTENO VARGAS), p. 33.

—como se desprende del Deuteronomio²⁵— es el más evolucionado de aquellas naciones, el delito es esencialmente un pecado de desobediencia a la divinidad y, la pena, una expiación purificadora, impuesta, en desagravio de la divinidad ofendida, por la autoridad en representación y por delegación suya. Como ya se dijo, la pena tiene un fin en sí misma. La represión, aunque personal, era extremadamente severa y se hace de la muerte, una pena de aplicación casi general²⁶.

La persona que expía sobre sí mismo el delito a través del castigo busca su reconciliación con la divinidad. La forma en que se producía dicha relación entre la función mágica de la expiación y los valores espirituales escapa del ámbito penal y se reserva al fuero interno del sujeto expiante, planteándose desde una perspectiva jurídico-penal un doble problema de legitimación. Primeramente, porque no está claro que un Estado neutral, ideológico y profano pueda fundamentar su castigo en base a una concepción metafísica de la pena. Y, en segundo lugar, porque es problemático justificar de qué forma las necesidades criminal-pedagógicas puedan legitimar la aceptación de concepciones de carácter metafísico. En consecuencia, la resocialización, entendida en este sentido, aparece ajena completamente al sistema penal y no puede esgrimirse ni como fundamento ni como fin de la pena. La expiación, como dice CEREZO, es en todo caso posible, pero no necesaria²⁷.

La expiación también puede ser concebida como una reconciliación del sujeto consigo mismo (interpretación sicológica), o bien, como reconciliación de la sociedad (interpretación social)²⁸. En este último supuesto, cabe también distinguir entre la reconciliación con la víctima y con la comunidad. Entender el proceso resocializador como un acto de reconciliación con la víctima

²⁵ Quinto libro bíblico del Antiguo Testamento —cuyo autor es Moisés— y del Tanaj hebreo; cuyo origen proviene de la palabra griega que significa “segunda ley”.

²⁶ LABATUT GLENA (2005), p. 17.

²⁷ CEREZO MIR, J. (1976): *Curso de derecho Penal español. Parte General I. Introducción*, (Madrid), p. 24. Tampoco para ROXIN (1976) en *“Problemas básicos del Derecho Penal”*, (Madrid), pp. 14-15, la expiación puede fundamentar la pena, porque “deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, ya que no están comprobados sus fundamentos y debido a que, como conocimiento de la fe irracional y además impugnable, no es vinculante”.

²⁸ Si bien existe un importante número de autores que entienden que la expiación no es otra cosa que retribución, ver por todos: BERISTAIN, A. (1961): *“Fines de la pena” (importancia, dificultad y actualidad del tema)*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nov., (separata). Hay, sin embargo, quienes rechazan esa identificación, incluso el carácter metafísico e ideológico con el que se ha querido relacionar el pensamiento expiatorio y, en su lugar, entienden que la expiación es básicamente un proceso reconciliador. Dentro de esta corriente está BOCKELMANN, P (1961): *“Von Sinn der Strafe”*, en *“Heidelberg Jahrbücher”*, p. 38.

se nos asemeja a la idea de venganza privada, en tanto que para verlo como acto de reconciliación con la comunidad, deberemos contar también con una predisposición de ésta similar al sentimiento que se pretende estimular en el autor del delito²⁹.

De las distintas formas de concebir la expiación tan sólo aquella que la entiende como un proceso sicológico-individual tiene en la actualidad defensores, si bien entendiéndola como una consecuencia deseable y adjunta a la pena, más que como el fin de ésta³⁰. Así, por ejemplo, SCHÜLER-SPRINGORUM³¹ concibe la expiación como un proceso en el que pueden distinguirse dos fases: en la primera de ellas el sujeto reconoce el injusto del hecho como tal y, en un segundo momento, identifica este juicio de reproche de carácter interno con el juicio de valor de carácter externo que emite el juez en su sentencia. Resumiendo, por medio de la expiación, el autor del delito reconoce la pena como justa.

A nuestro juicio, la crítica a esta forma de concebir la resocialización se resuelve teniendo en cuenta la significación del proceso penal y de la posterior ejecución del castigo. El trasfondo ético e ideológico que sustenta la actividad de jueces y fiscales en nada motiva a la gran mayoría de los delincuentes. La propia estimulación al arrepentimiento público que se desprende de la dinámica penal cierra el camino para que el castigo se acepte como expiación. Éste mueve más al sujeto acusado que quiere preservar un resto de dignidad a su defensa y a desmentir su culpa. La pena privativa de libertad, la uniformidad de la vida en una comunidad de violencia o la propia sobrevaloración social del que defiende su interés particular frente al de los demás se desarrollan de tal

²⁹ PLACK, A. (1974): "Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts", München, p. 103.

³⁰ Merece la pena destacar la tesis que, sobre este tema, mantiene BAUMANN, a quien en su momento se le criticó, por el resto de los que participaron en la redacción del Proyecto Alternativo para la Parte General del Código Penal (1969), que defendiese aún el pensamiento expiatorio. Entiende este autor que la expiación tiene un contenido real y unas exigencias concretas que se traducen en presentar una ejecución gradual, en desarrollarla tan libre como sea posible y en no interrumpir los contactos sociales. Parte de estos principios fueron posteriormente recogidos por la actual ley de ejecución de penas alemana en su parágrafo 3. Sigue señalando BAUMANN que expiación también significa un examen de conciencia y una mejora a través de dicho examen. "Esto – dice el autor – es un proceso interior del condenado, que quizás la ejecución de la pena no podrá forzar, pero que, al menos, puede posibilitarse a través del modo como se ejecute la pena". Como se ve en realidad, BAUMANN no aporta nada especialmente diferente a lo que mayoritariamente se entiende y se critica del pensamiento expiatorio, incluso, reconoce una independencia entre este proceso íntimo y la ejecución de la pena, BAUMANN J. (1968): "Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?", en "Programm für ein neues Strafgesetzbuch", (Hamburg), pp. 24-25.

³¹ SCHÜLER-SPRINGORUM (1969): "Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre", (Göttingen), p. 112.

forma en el reo que hace impensable una voluntad de soportar la pena como expiación a corto y a largo plazo³².

2. La Mejora.

Por medio de la pena debe estimularse al delincuente a aceptar el código moral dominante en la sociedad. El sentido del término *mejora* puede referirse a una ética religiosa o social, pero en cualquier caso presupone la pena entendida como bien, o como derecho que la comunidad otorga al delincuente³³. El pensamiento de mejora o perfección está fuertemente influido por las ideas religiosas pese a que su triunfo se fija en el siglo XIX, precisamente, cuando se inicia la división entre pecado y delito.

Todo lo que hoy día denominamos *Ciencia Penitenciaria*, se encuentra desde sus orígenes mediatizada por esta concepción moral. Tanto los penitenciaristas como los sistemas presidiarios ideados por ellos, tienen su fundamento y explicación en *la mejora* del delincuente. En España, por ejemplo, se observa más nítidamente este fenómeno. La gran mayoría de los penitenciaristas han acentuado esta orientación de la pena³⁴.

La idea de mejora conduce a entender la resocialización como un proceso subjetivo e individualizado, por medio del cual los delincuentes corrigen o compensan sus deficiencias espirituales, que son, según los partidarios de esta tesis, las causas inmediatas de la actividad delictiva. La mayor de las aspiracio-

³² MAPELLI CAFFARENA (1983), pp. 9-12.

³³ Mejora y expiación son términos que no tienen por qué verse contrapuestos. Su diferencia fundamental radica en que mientras *la expiación* se reduce, incluso cuando es entendida como un acto de reconciliación, a un proceso interno vivido por el condenado; *la mejora*, en cambio, es algo exterior a él, es el resultado de un conjunto de medidas que se le aplican y que deben de estimularle a ser un ciudadano mejor. Como es lógico, nos movemos aún dentro de las interpretaciones más extensas del concepto de resocialización. Interpretaciones que, como indica GARCIA PABLOS, “ponen el acento más en las transformaciones cualitativas que ha de experimentar el sujeto a través de la pena –en su propia actitud interna, en su voluntad– que en su reincorporación a la comunidad jurídica, una vez cumplida aquélla.”. GARCIA PABLOS (1979), p. 659.

³⁴ Ejemplo de esto nos puede servir la cita del coronel Manuel Montesinos y Molina, quien en 1846 señalaba que: “*Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda a destruir o a entorpecer su sociabilidad impide su mejoramiento; por esto las penas, lejos de atacar deben de favorecer este principio, fomentando su acrecentamiento. El objeto de los castigos no es la expiación del crimen, sino la enmienda y aviso de los criminales, porque el oficio de justicia no es vengar, sino corregir*”.

nes es –para DORADO MONTERO³⁵– la conversión de los centros penitenciarios en “hospitales para enfermos de almas”.

La libertad individual y la capacidad de determinación del hombre se ven mediatisadas por semejante concepción de las metas de la pena. El individuo se reduce a un ser portador de una función divina –en los supuestos de la expiación– o bien, social –en los de mejora–. Como apunta PLACK³⁶, no es difícil encontrar tras estas tesis los fundamentos de una concepción retributiva de la pena. Pero el retribucionismo se convierte –para los partidarios de las teorías correccionalistas– en algo mucho más peligroso, ya que los límites del poder punitivo no se encuentran en la culpabilidad por el hecho, sino en algo mucho más difuso y abstracto como es la peligrosidad social. ¿Dónde acaba la capacidad de intervención del Estado frente al individuo? Es una pregunta que no encuentra una respuesta satisfactoria en las obras de estos autores³⁷.

SCHMIDT intentando atenuar el carácter totalitario que la resocialización tiene para los correccionalistas, señala que no se trata de conseguir un ciudadano de Estado políticamente ideal, sino simplemente la estimulación de una “moralidad sencilla de la vida cotidiana”, mediante la cual el sujeto pueda comprender el valor del simple cumplimiento del deber, la sencilla honestidad y decencia del contacto diario con los demás. Esta moralidad –dice SCHMIDT– varía en cada sistema político³⁸.

La solución apuntada por SCHMIDT no nos parece más satisfactoria que las teorías anteriormente mencionadas, puesto que sólo se plantea una modificación en la intensidad de los presupuestos de la resocialización, lo que –a juicio de MAPELLI CAFFARENA– en nada o casi nada, hace variar la validez a las objeciones presentadas. El añadir el calificativo de “sencilla” a la moralidad que ha de lograrse por medio de la resocialización, no desvirtúa la crítica de que también en esos supuestos se está incidiendo sobre las convicciones íntimas de una persona³⁹.

³⁵ DORADO MONTERO (1973), p. 127.

³⁶ PLACK (1974), p. 112.

³⁷ El problema de la peligrosidad social como criterio jurídico-penal ha sido tratado por TERRADILLOS, J. (1981), “Peligrosidad social y Estado de Derecho”, (Madrid, s.e). También por BERISTAIN, A. (1974): “Medidas penales en Derecho contemporáneo”, (Madrid, s.e) y por BARREIROS, A. J. (1976): “Las medidas de seguridad en el Derecho español”, (Madrid), pp. 197 y ss.

³⁸ SCHMIDT, Eb. (1974), “Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege³” (Göttingen), p. 423.

³⁹ MAPELLI CAFFARENA (1983), p. 12-15.

3. La Resocialización Pasiva de Franz Von Liszt.

La pena concebida como bien social justifica, también para esta corriente doctrinal, que en determinados casos la resocialización del delincuente se convierta en la neutralización o eliminación total o parcial del individuo. Esta concepción, que MAPELLI CAFFARENA denomina *resocialización pasiva*⁴⁰, formaba parte también de la prevención especial o individual, tal como fue concebida por VON LISZT⁴¹. Para aquellos delincuentes incorregibles frente a los que cualquier tratamiento está condenado al fracaso, la pena tiene como fin la inocuización. Ya no se trata como en los dos casos anteriores de estimular el arrepentimiento o de mejorar a la persona de cara a una futura vida social más o menos normalizada, sino que, como señala GÖBBELS hay que reducir “por completo la posibilidad de que el asocial con su actitud individual influya de palabra o de hecho sobre la totalidad”⁴². De forma parecida se expresaba MEZGER para quien la administración de la Justicia penal tiene como fin primordial colocarse al servicio de la “regeneración del pueblo”, entendido en una doble vertiente; de una parte, la responsabilidad del individuo frente a la comunidad y, de otra, la eliminación de aquellos elementos nocivos “al pueblo y a la raza”⁴³.

Esta forma de entender la resocialización –por muy grotesca que hoy nos pueda parecer– no ha dejado de tener sus defensores, de manera que lo que en otra época significó deportaciones o reclusiones perpetuas, se han convertido en la actualidad en tratamientos de alteración cromosómica, cirugía cerebral, psicofármacos o castración. Métodos todos ellos que, como dice

⁴⁰ MAPELLI CAFFARENA (1983), p. 15.

⁴¹ A partir de la idea de fin como motriz de la Ciencia del Derecho, Von Liszt consideró que la pena sólo podía justificarse por su finalidad preventiva: de ahí su concepto de “pena final” en su famoso “Programa de Marburgo” sentó el siguiente programa político-criminal: la finalidad de la prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la Criminología: a) frente al **delincuente ocasional** necesitado de correctivo, la pena constituye un “recordatorio” que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al **delincuente no ocasional pero corregible** –también llamado “delincuente de estado”– deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al **delincuente habitual incorregible**, la pena ha de conseguirse su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo. MIR PUIG, Santiago (2008): “Derecho Penal. Parte General”, (Barcelona, edit. Reppertor, 8º edic.), pp. 84-85.

⁴² GOÖBBELS, Hans, FRIEDRICH, Johann (1952): “Los asociales”, (trad. LINARES, Antonio, Madrid, Moratta), p. 214.

⁴³ MEZGER, E. (1942): “Criminología”, (trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) p. 284.

BÜRGER-PRINZ⁴⁴, buscan más la incorporación pasiva o el mero acoplamiento a la comunidad que la resocialización en un sentido estricto. Lo evidente es que un ordenamiento jurídico que permite la eliminación de las causas de la criminalidad de esta manera –modificando la estructura genética o interviniendo en la personalidad por medio de la cirugía– se invalida a sí mismo al no considerar las exigencias mínimas de respeto a la dignidad humana, ni pretender cambiar al hombre, sino destruirlo⁴⁵.

IV. LA PEDAGOGÍA CRIMINAL

La Pedagogía Criminal debe entenderse como un medio para alcanzar la resocialización más que como una forma de interpretar ésta, aunque ambos aspectos tengan una relación estrecha entre sí. Lo que caracteriza entonces a esta corriente es, precisamente, que parte de la idea educacional como medio para resocializar. En principio, puede también afirmarse que los que se muestran partidarios de este medio también conciben la resocialización como un proceso total que afecta a la personalidad en su conjunto y además, también les es común la idea del delincuente como un sujeto que sufre un déficit o una alteración en el proceso normal de educación⁴⁶.

Estos dos presupuestos no pueden considerarse como constantes absolutas entre los que, de una u otra forma, son partidarios de entender la resocialización como proceso educacional. Por ejemplo, en Alemania existen dos tendencias enfrentadas dentro de la pedagogía criminal. De una parte, una concepción clásica defendida por autores como PETERS y HELLMER⁴⁷ y de otra, con

⁴⁴ Citado en BLAU, G. "Aufgaben und Grenzen der Kriminalpädagogik", en Erziehung zur Freiheit durch Freiheitsentzüng. Internationales Probleme des Strafvollzugs an jungen Menschen. Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Krebs. Hrsg., Buch, Edel, (Berlín) 1969, p. 389.

⁴⁵ BLAU (1969), p. 390.

⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA (1983), pp. 16-20.

⁴⁷ PETERS, K. (1960): "Grundprobleme der Kriminalpädagogik", (Berlín); del mismo. *Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs*, en "Festschrift für E. Heinitz", 1972, pp. 501 – 516; HELLMER, J. (1959): "Kriminalpädagogik", (Berlín); del mismo autor (1960): "Strafe und Erziehung"; (Berlín). La sustitución del término "mejora" por el de "educación" representa un cambio formal, pero de extraordinaria importancia, que podemos fijar en tres aspectos concretos. El primero de ellos es que el proceso educacional requiere la participación del recluso, cuestión que hasta ahora se le había dado poca relevancia y, sin embargo, a partir de aquí el consentimiento y la cooperación del interesado se convierten en un requisito exigido generalmente por todas las leyes. En segundo lugar, "educar" se aproxima en cierta medida a una actividad neutral desde un punto de vista valorativo o, al menos, si lo comparamos con la expresión "corregir". Por último, se logra una homogeneización de la educación como fin de la pena y la educación

una posición más próxima a las aportaciones de la moderna sociología, están autores como NASS o BLAU⁴⁸. El propio BLAU se encarga de establecer las diferencias en los siguientes puntos:

- 1) En tanto que aquellos autores desconsideran el pluralismo de valores que existe en la sociedad y, en consecuencia, son partidarios de afectar por medio de la resocialización al núcleo de la persona globalmente; sin embargo, BLAU entiende que reincorporación a la sociedad significa únicamente preservar de los posibles conflictos con la comunidad, es decir, educación a la legalidad, a la mejora ciudadana, pero no a la moralidad porque el orden espiritual y el legal son parecidos, pero no idénticos.
- 2) También se aprecian diferencias en los medios para lograr la resocialización. Para BLAU, en ningún momento estarían justificados unos medios que atentasen contra la dignidad de la persona.
- 3) Por último, la pedagogía criminal tanto de PETERS como de HELLMER muestra, según BLAU, una tendencia a considerar un proyecto ideal de hombre que resulta para los observadores objetivos un fruto inexistente de una elaboración científica. Un modelo de personalidad individualizada cuyo contenido está determinado por los valores dominantes y que deberá ser el fenotipo del ciudadano de clase media. Un modelo, en fin, que carece de los márgenes de juego necesarios para una sociedad del siglo XX.

La pedagogía criminal es concebida como una parte de la pedagogía social y la resocialización como un aspecto de la socialización, es decir, como un proceso

como actividad estatal dirigida a todos los ciudadanos (política educativa). La sustitución de un término por otro se produce en Alemania, según PETERS (*Die ethischen...*, op. cit., 502), con la edición 14º (1970) del *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger/Blei, allí por primera vez se señala que resocialización es, ante todo, “educación”, Erziehung, p. 358. sin embargo, ni entonces fue la primera vez que se utilizó el término, los correccionalistas lo habían hecho con anterioridad, ni tampoco fue la primera vez que se le da semejante contenido. Concretamente en España, QUINTILIANO SALDAÑA en el epílogo al *Proyecto preliminar del Código Penal para Italia*, de FERRI (1925), (Madrid, trad. Jiménez Escrivano), había dejado dicho que “corregir es modificar un carácter, pero petrificar una norma. La pedagogía correccional preventiva no es sino parte de la pedagogía social y, la función penal es una fase de la función social”. p. 215.

⁴⁸ NASS, G. (1968): “Der Mensch und die Kriminalität”, Tomo II, Kriminalpädagogik, Behandlung und Resozialisierung des Rechtsverbrechers. Köln; BLAU, G., “Aufgaben...”, op. cit; del mismo autor, “Kustodial und antikustodiale Tendenzen...”, op. cit.; del mismo autor (1976): “Kustodial und antikustodiale Tendenzen in der amerikanischen Kriminalpolitik”, GA, pp. 33-35.

general que conduce a la autoexistencia y a una convivencia responsable con los demás. Los establecimientos penitenciarios, de acuerdo con lo anterior, deben convertirse en centros donde se continua la política de formación o política social, constituyen junto a la escuela, el instituto o el centro de formación, una instancia social con una misión específica. Su única peculiaridad es que en los casos de establecimientos penitenciarios se trata de organizaciones de formación de adultos que aspiran a satisfacer el derecho a la educación de los penados, en cierto modo, como un derecho a una post-formación mediante las correspondientes medidas de tratamiento. La resocialización, concebida de esta manera, debe verse no solo como una defensa de los derechos fundamentales frente al Estado, sino que, bajo la perspectiva de un Estado Social, también representa un derecho de cada miembro⁴⁹.

Sin embargo, el concepto de educación lejos de garantizar el respeto a la personalidad y a la dignidad humana, crea serias dudas sobre su capacidad para evitar que el proceso resocializador se convierta en un medio de manipulación en manos del Estado. PETERS responde a esta objeción diciendo que la educación no tiene otra finalidad que garantizarle al educando sus propias capacidades y ayudarle de manera que pueda desarrollar lo que posee como valores y posibilidades personales. Educación, dice el autor, es esencialmente no limitación de la libertad, sino orientación hacia ella⁵⁰. BLAU enfoca el problema desde otra perspectiva, a partir de la capacidad educativa del hombre hacia las normas e instituciones; éstas, que asimila el sujeto gracias a su finalidad social y a su capacidad para un desarrollo pedagógico, tienen su significación no como “herencia histórico-cultural, como accesorio existencial del hombre, sino como función de descarga, que no solo no arroja al hombre a la neurosis y a la frustración (como norma general), sino que, por el contrario, lo liberan del peso de las decisiones ético-sociales que se repiten constantemente durante su existencia”⁵¹.

Semejantes consideraciones, entiende MAPELLI CAFFARENA, no responden a la significación que en nuestra sociedad tiene la educación, la cual no solo no se presenta como una institución liberadora del sujeto, sino que está unida a resultados de impotencia. Incapaz de crear relaciones de comunicación y basada en la práctica constante de ejercicios de disciplina y alienación, toda acción pedagógica constituye una violencia simbólica, es decir, una dominación que llega a imponer significados y a imponerlos como legítimos con exclusión de otros. Ese proceso de enajenación que BLAU entiende como liberador, repre-

⁴⁹ CALLIESS, R. P. (1978): “*Strafvollzugsrecht*”, (Hamburg), p. 16.

⁵⁰ PETERS, K. (1961): “*Grundsätzliches über Erziehung und Strafe*”, en “*Kriminologie und Vollzug der Freiheitstrafe*”, Hrsg., v. Würtenberger, Th, p. 67-68.

⁵¹ BLAU (1969), p. 383.

senta en realidad la proyección sobre el educando de un modelo y un orden de valores representados por unos símbolos que conllevan, necesariamente, la pérdida de importantes parcelas de independencia.

Pese a las sólidas objeciones que se han enfrentado a esta forma de entender el proceso resocializador, es necesario tener en cuenta un aspecto muy positivo de ella. Dentro de esta corriente básicamente penitenciaria y también dentro de la escuela de la Nueva Defensa Social, que se analizará a continuación, se plantea por vez primera la necesidad de limitar la actividad resocializadora del Estado en defensa de la persona. Por ejemplo, FRANKE, en 1933, ya se hacía eco de esta nueva orientación diciendo que “la moralidad y no solo la legalidad es fin de toda pedagogía criminal” y, ese mismo sentimiento, refleja la famosa cita de PETERS, defensor en otro tiempo de las interpretaciones más amplias del concepto de resocialización, cuando dice que la entrada de este vocablo en las diferentes leyes penitenciarias no es motivo de alegría porque se ha ganado una batalla, pero se había perdido la guerra⁵². Como se indicó al comienzo, los sucesivos recortes que sufre el concepto de resocialización o, más exactamente, la idea originaria de prevención especial son una prueba irrefutable de que su ubicación dentro del sistema jurídico penal encuentra graves obstáculos. En España, GARCÍA-PABLOS⁵³ habla de la existencia de dos programas –máximo y mínimo– en torno a los que se aglutan las diferentes posiciones interpretativas del alcance de la resocialización. Y MUÑOZ CONDE dedica estas sintomáticas palabras a esa polémica: “Las críticas a la idea de resocialización reflejan mejor que ninguna otra la grave crisis actual del Derecho Penal, sus íntimas contradicciones, sus fracasos y frustraciones”⁵⁴.

El núcleo de esta polémica, aún no concluida, se puede exponer en los siguientes términos: Si partimos de una interpretación amplia de la resocialización, entendiéndola como proceso por el que se fomenta la *responsabilidad social* del penado, se opta por una tesis consecuente con las ciencias del comportamiento, pero se caen en el peligro de etización del Derecho Penal. Si, por el contrario, nos inclinamos por una interpretación estricta, procurando exclusivamente la *responsabilidad legal* del penado, entonces optamos por

⁵² PETERS (1972), p. 501. Ha modificado ciertamente su posición al respecto de la problemática resocializadora. En un segundo momento de su obra e influido ya por las críticas que se habían hecho a un concepto sin límites de resocialización, escribió: “quizá la irrupción definitiva del pensamiento resocializador ha llegado en un tiempo en el que se producen cambios éticos y espirituales, por lo que ya no es posible una resocialización por falta de fundamentos sólidos. La batalla se ha ganado, pero se ha perdido la guerra”.

⁵³ GARCÍA-PABLOS (1979), p. 664.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE (1979), p. 93.

una actitud pacífica para con el Derecho Penal, pero inoperable desde una perspectiva de las ciencias sociales.

Sumamente clarificadora de esta diversificación tan difícil de conjugar es la teoría de WELZEL sobre la función del Derecho Penal, que fue lógicamente apoyada por algunos representantes de la pedagogía criminal en su concepción clásica. Sin ánimos de agotar los argumentos a favor y en contra de las tesis de WELZEL, nos parece interesante traer aquí algunas consideraciones al respecto.

1. *La Función Ético-Social del Derecho Penal de Hans Welzel.*

Según WELZEL, es *misión* del Derecho Penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad⁵⁵.

Toda acción humana, buena o mala, señala WELZEL, está sujeta a dos aspectos distintos de valor. Por una parte, puede ser valorada según el resultado que alcanza (*valor del resultado o valor material*) y, por otra, según el sentido de la actividad en sí misma (*valor del acto*). Por ejemplo: uno de los valores humanos más elementales es el trabajo. Su valor puede ser apreciado, por una parte, viendo el resultado material que produce, esto es, la obra (valor del resultado o valor material). Pero, independientemente de que la obra se logre o no, el trabajo en sí mismo es un valor, ya que tiene una significación en la existencia humana; esto, en la medida en que sea realizado con sentido, es decir, como actividad dirigida hacia el logro de una obra positiva (valor del acto del trabajo). Lo mismo ocurre desde una perspectiva negativa: podemos hablar de *disvalor del resultado de la acción* cuando el resultado que se produce es digno de desaprobación; y de *disvalor de la acción* cuando, independientemente del resultado que se obtenga, la acción –que tiende a un resultado reprobable– es digna de desaprobación; por ejemplo: la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío.

Ambas clases de valores (*valor del resultado o valor material y valor del acto*) tienen significación para el Derecho Penal. El Derecho Penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como: la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc.; estos son los llamados *bienes jurídicos*. Bien jurídico, señala WELZEL, es un bien vital de la comunidad (grupo) o del individuo que, en razón de su significación social, es amparado jurídicamente⁵⁶. Es, por tanto, todo estado

⁵⁵ WELZEL, Hans (1956): “Derecho Penal. Parte General”, (Buenos Aires, Roque Depalma editor), p. 1.

⁵⁶ En su substrato, el bien jurídico puede presentarse de las formas más diversas: como objeto psicofísico o como objeto ideal-psíquico (así, la vida, por un lado y el honor, por

social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un “montón atomizado”, sino “el orden social” y, por tanto, la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social.

Pues bien, frente a la lesión de los bienes jurídicos, se determinan consecuencias jurídicas (*el disvalor del resultado*). Esa tutela o protección de los bienes jurídicos la obtiene, el Derecho Penal, prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, en palabras de WELZEL, “evitando o tratando de evitar el *disvalor del resultado* con la punición del *disvalor del acto*”. Con ello, el Derecho Penal, asegura la vigencia de los *valores positivos ético-sociales* de actos, tales como el respeto por la vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc.

Esos valores, que se hallan en el pensamiento jurídico permanente del obrar conforme a derecho, constituyen el *sustrato ético-social* de las normas del Derecho Penal. El Derecho Penal asegura su real observancia determinando una pena para quienes se apartan de ellos a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas y desleales. *La misión central* del Derecho Penal, según WELZEL, reside entonces en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de la pena para las acciones que se apartan de modo realmente evidente, notorio u ostensible de esos valores fundamentales.

El Derecho Penal, fijando una pena a los actos que se apartan, realmente, de un actuar conforme a derecho, ampara, al mismo tiempo, los bienes jurídicos, sancionando el *disvalor del acto* correlativo. Así entonces, asegurando la fidelidad para con el Estado, protege al Estado; asegurando el respeto por la personalidad humana, protege la vida, la salud, el honor del prójimo; asegurando la honradez, protege y respeta la propiedad ajena, etc. Sin embargo, la *misión primaria* del Derecho Penal no es amparar los bienes jurídicos. Por encima del amparo de los bienes jurídicos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. El mero amparo de bienes jurídicos, según WELZEL, sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva, insuficiente por sí sola para justificar la misión del Derecho Penal. La pena sería entonces degradada a una pura medida finalista de defensa social, al juez se le emplea en un papel similar al del funcionario administrativo, cuya tarea debía ser más bien la

otro); como estado real (la paz del hogar); como relaciones de la vida (matrimonio, parentesco); como relación jurídica (propiedad, derecho de caza); y hasta como conducta de un tercero (deber de fidelidad del empleado público, protegido ante el soborno); WELZEL (1956), p. 6.

previsión y seguridad que la aplicación del Derecho⁵⁷. En cambio y por el contrario, la función del Derecho Penal es de carácter “éтиco-social”; el papel más profundo que juega el Derecho Penal es de naturaleza *positivo-éтиco-social*: proscribiendo y sancionando el apartamiento, realmente manifestado, de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza del modo más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho⁵⁸.

Como señala WELZEL, asegurar el *respeto* por los bienes jurídicos (es decir, la validez de los valores del acto), es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales⁵⁹.

Solamente sobre el aseguramiento de los valores elementales ético-sociales de la acción, puede lograrse un amparo, amplio y duradero, de los bienes jurídicos. Mediante la *función ético-social del Derecho Penal*, más amplia, se garantiza en forma más comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos que con la mera idea del amparo de esos bienes.

De ello resulta que es misión del Derecho Penal la protección de los valores *éтиco-sociales* elementales del sentir (acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales⁶⁰.

2. Críticas de Winfried Hassemer a la Función Ético-Social del Derecho Penal de Hans Welzel.

La tesis de WELZEL ha sido criticada desde puntos de vista muy dispares y, entre otras cosas, se ha dicho que con ella se provoca una grave etización del Derecho Penal que puede hacer que éste se convierta en un instrumento de alienación de la comunidad al servicio del Estado, pese a que el propio

⁵⁷ WELZEL, Hans (1951): “*La teoría de la acción finalista*”, (Buenos Aires, trad. FON-TÁN/FRIKER), p. 11 y ss. La misión del Derecho no es la de representarse una realidad ajena o distinta, sino la de conocerla tal como nos suministran los objetos (epistemología objetivista), lo verdaderamente importante es la valoración de una acción y no de un resultado, pues con éste, sólo llegaríamos a conocer una realidad transformada. Ver MIR PUIG, Santiago (1976): “*Introducción a las bases del Derecho Penal*”, (Barcelona), p. 245 y ss.; ROXIN, Claus (1976): “*Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*”, (Madrid, trad. Luzón PEÑA), pp. 84-127.

⁵⁸ Compárese con WELZEL, HANS, “*Probleme*”, p. 101 y ss.

⁵⁹ WELZEL (1951), p. 4.

⁶⁰ WELZEL (1951), p. 5.

WELZEL entendía que una de las ventajas de su concepción era, precisamente, la de evitar la manipulación política del Derecho Penal.

A continuación, se expondrán los puntos críticos más destacados que enfrenta HASSEMER a la teoría de WELZEL:

- 1) Lo que es un bien jurídico resulta más o menos claro, se puede llegar a una enumeración sistemática de ellos. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los valores convencionales. Es cierto que con ello la teoría de los bienes jurídicos no logra sino un reconocimiento formal: la defensa de un bien jurídico sólo tendrá lugar cuando la conducta que lo pone en peligro está contenida entre las obligaciones y prohibiciones taxativamente reflejadas en la ley penal. Pero los valores de la acción no posibilitan su descripción legal más que de forma abstracta o bien a través de su reflejo en la correspondiente determinación de los bienes jurídicos por lo que su funcionalización resulta difícil desde una perspectiva dogmática y político-criminal⁶¹.
- 2) Las valoraciones de la acción no surgen de la nada, por lo que necesitan ser permanentemente evocados y reforzados. Lealtad, obediencia u honradez tienen que ser de alguna manera fundamentados frente a los particulares y sólo mediante el ordenamiento jurídico pueden adquirir una consideración social. La estricta defensa de los bienes jurídicos puede tener entonces capacidad por sí sola para fundamentar y preservar los valores de la acción. Es decir, invirtiendo el principio establecido por WELZEL de que los valores de la acción garantizan y aseguran la defensa de los bienes jurídicos, también puede afirmarse que éstos servirán para asegurar el acatamiento de aquéllos⁶².
- 3) Por último, WELZEL opina que la función del Derecho Penal es el aseguramiento de los valores convencionales, sin embargo, este principio es difícil de sostener si, partiendo de consideraciones filosóficas-jurídicas, tenemos en cuenta cuál es la función del Derecho en la sociedad. Finalmente, también la sociología jurídica nos suministra argumentos para cuestionar la capacidad

⁶¹ HASSEMER (1973): “Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre”, Frankfurt/M., p. 93.

⁶² HASSEMER (1973), p. 93.

del sistema penal y, especialmente, de sus medios para asegurar los valores de la acción⁶³.

Pese a la certeza de estas consideraciones, las tesis de WELZEL han sido aceptadas en gran medida. Hoy se reconoce mayoritariamente que una concepción liberal del sistema penal no satisface las exigencias de un Estado Social de Derecho. “La tarea del Derecho Penal –dice JESCHECK– no encaja sin contradicciones en una construcción monista, sino que sólo puede explicarse satisfactoriamente considerando que la *protección de bienes jurídicos* y la *incidencia en la voluntad de la acción* de los ciudadanos son cometidos equivalentes del Derecho Penal que se complementan, condicionan y limitan mutuamente”⁶⁴. En el mismo sentido, pero refiriéndose en concreto a la pena, apunta MIR que con su ejecución ha de cumplirse una “función social de creación de posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento humano”⁶⁵. Ambas citas, según MAPELLI CAFFARENA, están estrechamente relacionadas, ya que no podría entenderse la resocialización como “ofrecimiento de alternativas a la conducta criminal”, si antes no se reconoce que al Derecho Penal le incumbe “la cualidad de las acciones humanas”⁶⁶.

Sin duda que esta teoría de la misión del Derecho Penal tiene consecuencias muy importantes para la dogmática jurídico-penal en comparación con la teoría de WELZEL. Aquella resuelve mucho más satisfactoriamente algunos aspectos concretos de la dogmática que ni tan siquiera merece la pena enumerar aquí. Pero el problema, para nosotros, es si se puede decir lo mismo respecto de la problemática concreta de la resocialización, como fin de la ejecución de la pena. Dicho en otros términos, lo que queremos plantearnos es si también la concepción que se desprende de las citas de JESCHECK o de MIR, garantiza suficientemente que a través del proceso resocializadora el mundo de las convicciones individuales va a quedar inalterable.

Estas dudas resultan aún de mayor gravedad si tenemos en cuenta las dos siguientes circunstancias: La primera de ellas se refiere al concepto de ética, entendida en su sentido más estricto como normas que emanan de la conciencia humana, difícilmente se puede hoy establecer una línea divisoria nítida

⁶³ HASSEMER (1973), p. 94.

⁶⁴ JESCHECK, H. (1981): “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, (trad. MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, Barcelona); ver también MUÑOZ CONDE, F. (1974), “Funktion der Strafniorm und Strafrechtsreform”, en “Strafrecht und Strafrechtsreform”, Köln, p. 312 y ss.

⁶⁵ MIR PUIG (1976), p. 85.

⁶⁶ JESCHECK (1981), p. 10.

entre exterioridad e interioridad para marcar unos límites a la posibilidad de intervención del Estado por medio del Derecho. El propio RADBRUCH, citando a RÖEDDER, nos habla de la existencia de un “Derecho interior”, es decir, reconoce que el Estado interviene cada vez más en lo que se ha considerado la esfera de la dignidad personal. En este mismo sentido, se valora también, cada vez más intensamente la ética colectiva frente a la individual, todo lo cual representa argumentos a favor de una mayor intervención sobre el penado por medio de la pena. La segunda cuestión a considerar es que salvo que se defiendan las tesis de un Derecho de autor, la resocialización debe ser, ante todo, entendida como un beneficio para la colectividad, la cual ve de esta manera la defensa más eficaz de sus intereses representados en los bienes jurídicos. El individuo que roba para vivir sin trabajar como un acto de insolidaridad con la comunidad y en esa habitualidad delictiva encuentra un *modus vivendi* que le satisface, raramente entenderá la pena o la resocialización como un beneficio para él o, al menos, es evidente que esa concepción es indefendible para todos los supuestos – piénsese, por ejemplo, en la delincuencia de cuello blanco.

V. LA NUEVA DEFENSA SOCIAL DE MARC ANCEL

Dentro de las opciones netamente individualizadoras de la resocialización, podemos incluir a la Nueva Defensa Social⁶⁷, cuyos planteamientos más actualizados encuentran muchos aspectos de similitud con la pedagogía criminal. El propio ANCEL, uno de los representantes de esta corriente, dice que “cuando esta doctrina hace de la resocialización el fin fundamental de la sanción penal, pone en primer plano la noción de reeducación, a la que confiere un nuevo valor”⁶⁸. Quizás la única razón que justifique un estudio por separado de ambas posiciones sea de una parte el especial énfasis que la pedagogía criminal pone en los aspectos penitenciarios y, de otra, como dice BERISTAIN⁶⁹, el que la Nueva Defensa Social no se contenta con mejorar el tratamiento penitenciario, sino que le preocupa de igual modo que el Derecho Penal no tenga solo la función negativa de castigar a los delincuentes, sino que se oriente también hacia la defensa positiva de la sociedad. Esta orientación es especialmente importante en los orígenes de la escuela de la Defensa Social, su fundador, el italiano GRAMMATICA, era partidario de la eliminación del

⁶⁷ MAPELLI CAFFARENA (1983), pp. 25-29.

⁶⁸ MUÑAGORRI, I. (1977): “Sanción penal y política criminal”, (Madrid), p. 136.

⁶⁹ BERISTAIN, Antonio (1979): “Cuestiones penales y criminológicas” (Madrid, Reus), pp. 80-81. ANCEL representa frente a GRAMMATICA una posición más moderada. Al contrario que éste, ANCEL no es partidario de hacer desaparecer la figuras delictivas, ni tan siquiera algunos aspectos del retribucionismo, ZIPF, H. (1979), “Introducción a la política criminal”, (trad. M. IZQUIERDO, Madrid), p. 61 y ss.

Derecho Penal vigente y su sustitución por un derecho de medidas adecuado al criterio de peligrosidad social⁷⁰.

Tanto para GRAMMATICA como para ANCEL, el sujeto delincuente denota una falta de *responsabilidad social*, la cual no se relaciona, necesariamente, con la forma directa con la comisión delictiva. Simplemente el delincuente al llevar a cabo su acción muestra unos indicios subjetivos de anti-sociabilidad que son utilizados como fundamento para la intervención estatal a través de la pena. A esta corriente doctrinal preocupa en especial aclarar que la pena, sólo encuentra su fundamento bien en el orden social, bien en la corrección y resocialización del delincuente, pero en ningún caso el orden jurídico y su defensa como categoría independiente puede justificar la aplicación de una sanción⁷¹.

Para la Defensa Social el Derecho representa un conjunto de normas que responden más a un carácter de bondad que de necesidad, es el fiel de la balanza entre los intereses del individuo y la sociedad, un instrumento imprescindible de adaptación social. GRAMMATICA lo explica con estas palabras: “(El sistema jurídico) debe tener no solo una finalidad objetiva de orden o defensa social, como un reflejo útil, sino una finalidad dominante, directa y sustancial de mejora de la sociedad a través de la adaptación, de la mejora y, en términos más completos, de la socialización del individuo”⁷². La resocialización no es, pues, únicamente un fin de la ejecución personal, sino algo mucho más importante que constituye la propia esencia y razón de ser del Derecho Penal. Con aquélla debe preocuparse “la recuperación moral y social del delincuente” (NUVOLONE), aunque la mayoría de los autores prefieren hablar de una “acción sistemática de socialización del individuo” (ANCEL), lo que en términos de la Defensa Social no puede afirmarse que haga cambiar sustancialmente las cosas, ya que es una sustitución de la moral individual por la moral colectiva.

Como señala con acierto MUÑAGORRI, el concepto social o antisocial no puede verse como lo hace la Defensa Social neutralmente sin considerar tras él las relaciones de dominio que se establecen en toda la comunidad⁷³. Cuando el sistema penal pierde las garantías jurídicas para multiplicar la eficacia de su

⁷⁰ Sobre las diferencias concretas entre el pensamiento de GRAMMATICA y ANCEL ver JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1950): “Tratado de Derecho Penal. Filosofía y ley penal”, (Buenos Aires), p. 200 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. A., “La ciencia...”, op. cit., p. 96 y ss.; ZIPF, H., “Introducción...”, op. cit., pp. 58-62.

⁷¹ BERISTAIN, A. “Cuestiones...”, cit. (n. 70), p. 66.

⁷² GRAMMATICA, F., “Principi di difusa sociale”, Padua, 1961, p. 41; del mismo autor (1941): “Principios de Derecho Penal subjetivo”, trad. Del Rosal/Conde, (Madrid), p. 104 y ss.

⁷³ MUÑAGORRI, I., cit. (n. 69), p. 154.

lucha contra la anti-sociabilidad se corre el riesgo de perder de vista los valores individuales de la persona y, sobre todo, de convertir aquél en un instrumento de manipulación política.

PINATEL responde a estas objeciones señalando que la “acción resocializadora consiste en resolver los problemas, crisis y traumatismos que se encuentran regularmente en el curso de los procesos de socialización del delincuente. Este proceso se efectúa, principalmente, en el interior de la familia y es independiente de todo sistema político”⁷⁴. Con lo que no solo no se alude a las objeciones críticas más arriba apuntadas, sino que se reconoce implícitamente que el núcleo del proceso resocializadora tiene como objeto la personalidad del delincuente y como aspiración la aceptación de éste del conjunto de las normas sociales, éstas vuelven a representarse para PINATEL como categorías abstractas ajenas a todo juicio crítico.

También ANCEL intenta, por su parte, ir a la búsqueda de posiciones más conciliadoras y reconoce que el sistema penal es también retribución, pero acepta un concepto de retribución con una naturaleza expiatoria que, como dice MAPELLI CAFFARENA, BETTIOL comportaba la idea reeducativa. Estas nuevas posiciones de los defensistas no ayudan, a juicio de MAPELLI CAFFARENA,

⁷⁴ Ibíd., p. 155. Como en casi todos los supuestos en que se plantea la resocialización a partir de un tratamiento individualizado del delincuente, los defensores de la Nueva Defensa Social y, en este caso concreto, PINATEL se ve obligado a justificar dicho tratamiento en razón de las deficiencias que padece el sujeto. Por más que apreciamos sustanciales diferencias entre el determinismo lombrosiano y el planteamiento de PINATEL, no pueden desconocerse que ambos la fundamentación etiológica responde a la misma necesidad de resolver la delincuencia manipulando al delincuente, sin cuestionar ni la norma ni el mecanismo de distribución de la cualidad negativa: criminalidad. “Los resultados obtenidos por las investigaciones clínicas contemporáneas – dice PINATEL, “*La sociedad criminógena*”, trad. RODRÍGUEZ RAMOS, Madrid, 1979, p. 80 – convergen para constatar que en la mayor parte de los delincuentes graves existe un núcleo común cuyos componentes son: el egocentrismo, la labilidad, la agresividad y la indiferencia afectiva”. Semejantes conclusiones son, por lo menos, aventuradas si tenemos en cuenta los datos suministrados por la “cifra oscura de la criminalidad”. Habría que preguntarse si cuando PINATEL habla de delincuencia se refiere al sujeto-infractor de la norma penal o al sujeto-detectado por los aparatos de control estatal, diferencia de extraordinaria importancia a la vista de la desproporción numérica que existe entre ambos. Un segundo aspecto que se escapa de aquel resultado es si también entre el ciudadano no delincuente se aprecian las mismas características. Y, por último, hablar de delincuente y asignarle una cualidad distinta de la de delincuente, representa una simplificación de las conductas tipificadas en el Código Penal español, tan variadas como la propia conducta humana, por la que se nos hace difícil imaginar que puedan establecerse coincidencias sicológicas entre el sujeto que conduce sin permiso y el homicida pasional (en este último sentido, ver CÓRDOBA RODA, Juan (1977): “*Culpabilidad y pena.*” (Barcelona, Bosch), p. 133).

aclarificar sino, por el contrario, a elaborar una teoría híbrida y confusa que, JIMÉNEZ DE ASÚA, calificó con cierta razón de “cajón de sastre” al que se trata de poner un poco de orden sin conseguirlo. La etiqueta “Nueva” añadida a la escuela originaria de la Defensa Social no logra diferenciarla de las viejas teorías subjetivistas tras las que se esconde –según JIMENEZ DE ASÚA⁷⁵– el fracasado Derecho Penal de autor⁷⁶.

VI. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de las establecidas de forma particular en el presente trabajo monográfico o artículo doctrinario, del contenido integral del mismo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Se hace necesario elaborar un nuevo concepto de resocialización, más amplio y aséptico que denote una orientación neutral y objetiva. Ello, ante la imposibilidad de dar una respuesta a las objeciones que se oponían a *los fines* de la pena entendidos, exclusivamente, en un sentido político-criminal.

SEGUNDA. Un concepto abstracto de resocialización puede ser llevado al extremo interpretativo tanto en un campo ilimitado de posibilidades de intervención estatal sobre el individuo a través de la pena, como en un campo reducido de la actividad estatal tendiente a lograr que el sujeto no vuelva a delinquir. Todo ello favorece a que los órganos encargados de poner en práctica las metas de resocialización, no sepan con exactitud cuál es el contenido ni cuáles sean los límites del proceso de resocialización.

⁷⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA (1950), pp. 114-115.

⁷⁶ ROXÍN entiende por Derecho penal de hecho una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una *acción concreta descrita típicamente* (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la *personalidad del autor* y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. “Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea ‘tal’ se convierte en objeto de la censura legal”; “allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”. ROXÍN, Claus (2003): “Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito” (trad. de la 2da edic. alemana y notas por LUZÓN PENA, Diego-Manuel, DÍAZ GARCÍA CONLEDO, Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier (Madrid, edit. Thomson Civitas), pp. 176-177.

TERCERA. La idea que sustenta el concepto resocialización encuentra su origen en la prevención especial en donde la *misión* de la pena consiste, únicamente, en hacer desistir al autor de futuros delitos. El fin de la pena, por tanto, apunta a la prevención que va dirigida al autor. Pues, como señala Platón: “*ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque*”.

CUARTA. Los “correccionalistas” prefieren hacer uso de términos como: corrección, higiene o profilaxis en vez de resocialización. Ellos parten de la idea de someter al delincuente a una metamorfosis *total*. Dicha corriente tiene ciertos matices de coincidencias con el positivismo criminológico del médico y criminólogo italiano Cesare Lombroso postulada en su denominada “tesis lombrosiana”, en donde las causas de la criminalidad y el delito están relacionadas y son el resultado de tendencias innatas, de orden genético y de causas físico-biológicas por parte del individuo. Esta forma de entender la resocialización se ha convertido, en la actualidad, en tratamientos de alteración cromosómica, cirugía cerebral, psicofármacos, castración, etc. Métodos que, más que buscar la resocialización en un sentido estricto, buscan la incorporación pasiva del individuo a la sociedad.

QUINTA. La pena para los correccionalistas tiene una dualidad de fases; una de ellas es la *faz expiatoria*, de purga, o purificadora. Por una parte, íntimamente relacionada con las teorías absolutas –se habla de teorías absolutas porque el *fin* de la pena es independiente o no tiene vínculo alguno con su efecto social– en donde, el sentido de la pena, se fundamenta en la culpabilidad del autor del delito: la pena es retribución del mal causado y, por ello, tiene aquí un carácter absoluto, no sirve para nada más, pues constituye un fin en sí misma. La pena *tiene que ser* porque debe imperar la justicia. Y, por otra, con el período teológico-político de la venganza divina y pública, en donde el delito es, esencialmente, *un pecado* de desobediencia a la divinidad y, la pena, una expiación purificadora, impuesta por la autoridad, en desagravio a la divinidad ofendida; logrando, de esta manera, una reconciliación con la divinidad, consigo mismo (expiación psicológica) o la sociedad (expiación social).

SEXTA. La característica fundamental de la denominada Pedagogía Criminal es la idea educacional como medio para resocializar, en donde los establecimientos penitenciarios deben convertirse en centros donde se continúe la política de formación y, junto a la escuela, al centro de formación, al instituto o la universidad, constituyen una instancia social en donde se forman y educan los individuos. La resocialización, en esta forma, debe verse como un derecho (de educación, enseñanza o formación) que tiene cada individuo en el Estado social y democrático de Derecho.

SÉPTIMA. La Defensa Social, fue fundada por Filippo Gramática, entendiéndola como una escuela penal. Posteriormente, y debido al desarrollo de las ciencias humanas, se percibe que la protección de la sociedad (la “Defensa Social” en sentido estricto) no reside solamente en la puesta a punto de un arsenal de “penas-castigo”, sino que existen diferentes categorías de criminales y que al lado del Derecho Penal, que enuncia el acto prohibido y fija la sanción, puede recurrirse útilmente a otros modos de reacción no estrictamente represivos. Así entonces y post segunda guerra mundial, aparece una “*Nueva Defensa Social*” postulada por Marc Ancel ya no como escuela, sino como un movimiento reformador cuyo fin es influenciar a la política criminal de un carácter humanista para proteger a la sociedad contra el crimen; considerando el problema criminal como un problema individual que sólo puede ser resuelto en función de la personalidad de cada delincuente que vive en cierto medio. Por tanto, el estudio de la personalidad del delincuente es fundamental en este sistema. La Nueva Defensa Social implica la constitución, previa al juicio, de un “dossier de personalidad” del delincuente por un colegio técnico de la observación humana: médicos, psicólogos, sociólogos, criminólogos, etc. La reivindicación principal, entonces, es considerar el fin de la reacción contra el crimen y no tanto la expiación o la represión punitiva, sino la prevención de la delincuencia y la recuperación del delincuente, recurriendo a medios extra-penales, en un contexto de armonización social. Pues, como señala Adolfo Beria Di Argentine, “*todo hombre que comete un crimen representa un caso en sí mismo. Debe ser estudiado y juzgado por lo que es y no sólo por lo que ha hecho. Su comportamiento no es más que uno de los elementos sobre el cual nos orientamos para establecer la medida adaptada a su personalidad aplicada con vistas a su recuperación social; la cual deberá ser elegida entre la extensa gama de medidas que el sistema penal ha puesto a disposición de estos fines. El delincuente no es un pecador llamado a expiar su falta, es un miembro de la sociedad que la misma debe estudiar y comprender para establecer cuáles son sus móviles y para esclarecer las razones de su anti-sociabilidad, antes de someterle a un tratamiento. Pues, es la sociedad la responsable de esta manifestación anti-social*”.

OCTAVA. La Nueva Defensa Social se presenta como un vínculo entre el Derecho Penal y la Criminología, organizando la lucha contra el crimen de una manera racional y científica, es decir, inspirándose en las enseñanzas científicas del hombre, como la Sociología, Psicología, el Derecho, la Ciencia Política, etc. A través de ellas, la Nueva Defensa Social se encamina a promover en la ciencia criminal un humanismo jurídico y moral y, en el ámbito jurídico, una utilización racional de los diferentes temas de la ciencia criminológica.

NOVENA. La metodología de la ciencia jurídico-penal, como bien indica Durán Migliardi, constituye la manifestación más concreta del avance teórico en la protección de los derechos y garantías del hombre a través de una ciencia jurídico-penal cada vez más racional y garantista, cercana a los valores, a la realidad y a los principios del Estado social y democrático de Derecho.

DÉCIMA. La ciencia jurídico-penal moderna, garantista y democrática, exige una discusión acerca de los fines de la pena y de la justificación del Derecho Penal. Por ello, debe mantenerse viva la discusión tanto en cuanto a la legitimidad o el *porqué* de la utilización de la pena por parte del Estado, como respecto del *para qué*.

REFERENCIAS

- CEREZO MIR, José (1976): “*Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción*”, (edit. Tecnos, Madrid).
- DORADO MONTERO, Pedro (1973): “*Bases para un nuevo Derecho Penal*” (Buenos Aires, edit. Depalma).
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1979): “*La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo*”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 32, N°3. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/207104>
- JESCHECK, Hans Heinrich (1981): “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, (Tomo I, trad. MIR PUIG, Santiago, MUÑOZ CONDE, Francisco, Barcelona, edit. Bosch).
- LABATUT GLENA, Gustavo (2005): “*Derecho Penal, Tomo I*” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (1983): “*Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*”, (Barcelona, edit. Bosch).
- MIR PUIG, Santiago (2008): “*Derecho Penal. Parte General*” (Barcelona, edit. Reppertor).
- MIR PUIG, Santiago (1976): “*Introducción a las bases del Derecho Penal*” (Barcelona, edit. Bosch).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1979): “*La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*”, en *Cuadernos de Política Criminal* (CPC) N°7.
- PLATÓN (1975): “*La República o el Estado*¹²” (Madrid, edit. Espasa-Calpe).
- QUISBERT, Ermo (2008): “*Historia del Derecho Penal a través de Las Escuelas Penales y sus Representantes*”, en *Centro de Estudios de Derecho* (CED), enero 2008. Disponible en http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/archivos_varios/historia_derecho_penalRepresentantes.pdf
- ROXIN, Claus (1976): “*Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*”, en “*Problemas básicos del Derecho Penal*”, (trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Madrid, edit. Reus).
- ROXIN, Claus (2003): “*Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*” (traducción de la 2^a edic. Alemana y notas por DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Madrid, edit. Thomson Civitas).
- ROXIN, Claus (1976): “*Problemas básicos del Derecho Penal*” (trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Madrid, edit. Reus).

WELZEL, Hans (1956): “*Derecho Penal. Parte General*” (trad. FONTÁN BALESTRA, Carlos, Buenos Aires, Roque Depalma).

WELZEL, Hans (1951): “*La teoría de la acción finalista*” (trad. FONTÁN BALESTRA, Carlos, FRIKER, Eduardo, Buenos Aires, Roque Depalma).

ZAFFARONI, Eugenio (1955): “*Los Objetivos del Sistema Penitenciario y las Normas Constitucionales*” en *El Derecho Penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, (Buenos Aires, ed. Del Puerto)..