

La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA
Profesor Adjunto de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. Consideraciones terminológicas: ambigüedad y equívocidad del término: «resocialización» y recepción del mismo. III. El pensamiento de la resocialización y las correlativas concepciones del Derecho penal que subyacen al mismo: a) Antiretribucionismo dogmático; b) Concepción «asistencial» del Derecho penal; c) Neoretribucionismo.—IV. Problemas e interrogantes que suscita todo programa resocializador. Análisis de las respectivas opciones. 1) Ambito o encuadramiento de la polémica sobre la «resocialización». 2) Naturaleza del proceso de «adaptación». Diversas concepciones del mismo: a) Teoría de la «socialización». b) El «correccionalismo» y la «Besserungstheorie». 3) Grado de aproximación o de identificación del individuo al modelo social: a) Diversas opciones. b) Programas resocializadores «máximos» y «mínimos». Análisis y consideraciones críticas a los mismos. c) Examen de las fórmulas de compromiso y terceras vías. 4) Finalidad «defensista» o «tutelar» de los programas resocializadores, y respectivas concepciones del hombre y de sus relaciones con la sociedad: a) Tesis extremas de «prevención especial». b) Tesis «correccionalistas». c) La denominada «defensa social nueva». d) Criminología crítica y marxismo.—V. Polémica actual sobre el ideal «resocializador»: a) El éxito e implantación del pensamiento de la «resocialización»: sus causas. b) Argumentos a favor de la «resocialización del delincuente». c) Argumentos en contra: 1') Objeciones «políticas» y objeciones formuladas desde la teoría de los fines de la pena. 2') Oposición actual al pensamiento de la resocialización: crisis de la denominada «ideología del tratamiento» y aportaciones de la Criminología crítica. Particular referencia a: a'') Investigaciones de la Psicología profunda y del Psicoanálisis. b'') La «resocialización» como «mito». Planteamiento contrario a la misma desde la Sociología y la Criminología. Tesis «funcionalistas» y «labeling approach». c'') Consideraciones críticas a la metodología «funcionalista» y al «labeling approach».—VI. Conclusiones.

I. *Introducción*

En un conocido artículo, aparecido en 1972, afirmaba Karl Peters que el pensamiento de la «resocialización» podría ganar

muchas «batallas», pero que había perdido ya la «guerra» (1). El autor, que es todo un símbolo de la lucha por una ejecución humanitaria de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad en Alemania, fundamentaba su escepticismo en la actual crisis de valores —crisis moral— de nuestra sociedad. A su juicio, la resocialización implica un proceso de «aprendizaje» y de «interiorización» de valores que se perciben y aceptan como tales por la sociedad y el individuo. Tiene, pues, un fundamento moral y valorativo (axiológico) y un mecanismo particular de aprendizaje y aseguramiento (pedagógico). Cuando uno y otro fallan —como sería el caso en nuestra sociedad, la codiciada meta de la resocialización del delincuente —posible y necesaria— deja de ser viable. Karl Peters termina su artículo llamando la atención sobre las consecuencias que se derivarían de un fracaso del programa resocializador: debe quedar muy claro —advierte (2)— que la «resocialización» es una alternativa al retribucionismo, por lo que su no reconocimiento o su fracaso implicarían un retroceso hacia éste.

Junto a este «sí», pesimista por la crisis «moral» de nuestra sociedad, cabe anotar el «sí» entusiasta a la idea de la «resocialización» que acogen las democracias populares, precisamente en nombre del «humanismo socialista» y de la necesaria unidad del Derecho y de la Moral socialistas. Se cree en la resocialización y se pretende su máxima eficacia —como dice Stiller (3), «un Derecho socialista en su dimensión social total»—, por lo que la resocialización no ha de limitarse al comportamiento externo del sujeto, debiéndose exigir su indispensable cambio de «actitud interna» en el sentido de la moral socialista.

En el otro lado de la polémica, son, también, muchas las voces que se alzan contra la «resocialización». Desde una perspectiva liberal se le dirigen las mismas objeciones que los partidarios de las teorías absolutas dirigían a los partidarios de la prevención especial como fundamento único de la pena. En definitiva, tanto la idea de la resocialización como la del tratamiento, son ajenas al Derecho penal liberal clásico. Pero también se cuestiona la resocialización —más exactamente: su «legitimidad»— desde posturas «progresistas». Se dirá que es una «utopía», un

(1) K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzuges*, en Festschrift für E. Heinitz, zum 70 Geburtstag, 1972, W. de Gruyter, pág. 501.

(2) K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 515.

(3) G. STILLER, *Grundfragen der erzieherischen Wirksamkeit des sozialistischen Rechts bei der Gestaltung des entwickelten gesellschaftlichen Systems in der DDR*, en Staat und Recht, 1969, págs. 1437 a 1445.

«mito» (4), un engaño, una declaración «ideológica» (5). La criminología crítica, determinados sectores del psicoanálisis y de la psicología «profunda», las corrientes neomarxistas, las funcionalistas, las teorías denominadas «criminalizadoras» («labeling approach»), apuntan en esta dirección. Lo que se explica fácilmente: porque si es la sociedad la que «produce» la delincuencia, resulta contradictorio que se exija al individuo resocializarse. Si el crimen no es un comportamiento patológico, anormal, aislable, propio de una minoría inadaptada y de determinadas características biopsíquicas del individuo, sino un fenómeno social normal —la otra cara de la conducta prevista en la norma: el comportamiento desviado—, que, además, cumple una importante función estructural en el equilibrio y desarrollo de la sociedad. ¿Qué sentido, entonces, tiene hablar de resocializarse? Es lógico que, en tal supuesto, no se propugne coherentemente otra alternativa que la lucha o modificación de las estructuras sociales, la tajante «no intervención» del Derecho penal (6) o su «supresión» (7).

Una primera aproximación, pues, arroja un resultado que parece sorprendente: desde presupuestos ideológicos muy distintos —y con fundamentaciones y objetivos finales también muy dispares— se puede coincidir en el «sí» o en el «no» a la resocialización.

Y a la inversa: desde concepciones afines —de uno u otro signo— se discrepa abiertamente en cuanto a la aceptación o no aceptación del ideal «resocializador». El resultado, sin duda, es paradójico. ¿Cómo se explica que desde un planteamiento conservador y moralizante, como el de Karl Peters, y el de Stiller —que refleja la doctrina oficial de un país socialista— se coincida en propugnar un «programa máximo resocializador»? ¿Por qué tanto desde los esquemas del Derecho penal «liberal» —de la pena retributiva —como desde los postulados de la criminología crítica se rechaza igualmente la idea de la «resocialización»? ¿Por qué, desde una común óptica liberal, se discute la conveniencia de un programa «máximo» o «mínimo» resocializador; o discrepan, de forma tan ostensible al respecto, los autores marxistas de las democracias populares y los neomarxistas de las democracias occidentales?

Es lícito preguntarse, entonces, qué es lo que se esconde detrás de tantas paradojas y aparentes contradicciones. ¿Sólo palabras,

(4) En este sentido, expresamente, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*. Texto mecanografiado de la ponencia presentada por el autor al Seminario hispano-germano sobre la reforma del Derecho penal, celebrado en la Universidad Autónoma de Barcelona (5 a 8 de marzo 1979).

(5) Así, BARATTA, A., *Strafvollzugssystem und sozial Marginalisierung*, en *Festschrift für Württemberger*, pág. 373.

(6) Una reseña bibliográfica de los autores que, como SCHUR, PLACK, H. J. SCHNEIDER, etc., propugnan esta solución, en KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist. Strafe, Behandlung oder etwas Drittes*, nota 12.

(7) Por todos, PLACK, A., *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, List Verlag.

modas? Parece que no. Es cierto que el término «resocialización», tal vez porque se asocia a la idea «antirretribucionista», está de moda (8). Lo es, también, que todos usamos el mismo sin la debida precisión: a veces sin saber exactamente lo que se quiere afirmar y lo que, de hecho, se afirma (9). La propia imprecisión del concepto, y su elasticidad, han influido, también, en su pronta y acrítica recepción en el mundo del Derecho (10), sin las debidas verificaciones previas en cuanto a su contenido. Pero la polémica sobre la resocialización, lejos de ser una polémica vacía, suscita los problemas más acuciantes del Derecho y obliga a plantear y definir la concepción del hombre, de la sociedad, las relaciones entre uno y otra, y la propia función del Derecho.

El objetivo del presente artículo es simplemente ese: trazar las coordenadas de la polémica actual, clarificar las diversas opiniones y fundamentar una respuesta personal y matizada a la imprecisa y equívoca idea de la «resocialización».

Comenzaré examinando lo que se entiende por «resocialización» desde un punto de vista conceptual, cómo se interpreta este término por la doctrina, y cómo ha encontrado acogida legal.

En segundo lugar, analizaré los diversos objetivos y planteamientos —las concepciones del Derecho— que se esconden debajo del ambiguo lema de la «resocialización».

A continuación, me ocuparé de los problemas fundamentales que suscita cualquier programa resocializador, apuntando las objeciones que cabe formular a cada opción concreta.

Finalmente, termino haciendo un balance del ideal resocializador (argumentos a favor y en contra), poniendo especial énfasis en las objeciones que se dirigen contra la denominada «filosofía del tratamiento» y en la aportación de la «criminología crítica» (funcionalismo, «labeling approach», etc.).

II. Consideraciones terminológicas: ambigüedad y equivocidad del término «resocialización» y recepción del mismo.

El término «resocialización» (Resozialisierung), ha sido y sigue siendo objeto de continuas críticas en la República Federal Alemana. Se ha señalado que carece de un contenido o significación propio —apriorístico— y que el debate sobre el mismo oculta sus fines reales (11); que cuanto más acusados y decisivos son éstos, más tratan de sustraerse a todo tipo de control crítico y polémi-

(8) Cfr. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Was stimmt nicht mit dem Strafvollzug*, Hamburg, 1970, pág. 45.

(9) Como advierte, acertadamente, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 3.

(10) Así, SCHELLHOSS, voz, *Resozialisierung*, en «Kleines Kriminologisches Wörterbuch», editado por KAISER, SACK y SCHELLHOSS, 1974, pág. 268. Confrontar MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 3.

(11) Como advierte NAUCKE, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, Karlsruhe, 1975, pág. 34.

co (12). Se ha afirmado, de forma muy gráfica, que el término «resocialización» es «la palabra oficial», pero, también, la etiqueta más engañosa imaginable. Descifrar su significado —se añade— es como tratar de llenar un tonel sin fondo (13). Cómo ha podido implantarse, con la rapidez que lo ha hecho, y sin necesidad de someterse a filtro conceptual sobre su contenido ni a aduana crítica alguna, es algo que ha llamado poderosamente la atención a la doctrina alemana (14). Ni siquiera cabe invocar un argumento de autoridad, porque von Liszt no utilizó el término: «Resozialisierung», sino el de «Besserung». La 23.^a edición del Lehrbuch de Listz, elaborada por Schmidt (1921) después de la muerte de su maestro, no acogía aún el vocablo «resocialización», que aparece, por primera vez, en la 25.^a edición (1927), junto a los términos: «educación» («Erziehung») y «mejora» («Besserung») (15). Evidentemente, que ya desde el siglo XVIII la doctrina científica se ocupó del problema de si la ejecución de la pena ha de servir sólo a la mejora «jurídica» (lo que hoy llamaríamos «programa resocializador mínimo») o, también, a la «mejora moral» («programa resocializador máximo») del delincuente. Pero el término «resocialización», en el sentido de la polémica a que se refiere el presente artículo, no aparece hasta la 25.^a edición del Lehrbuch de F. v. Liszt. Y puede afirmarse que encuentra su consagración definitiva no ya en la teoría de los fines de la pena, sino en la de la «ejecución» de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, gracias a la importante obra de Schüller-Springorum, en 1969, al abrirse paso la tesis de que la pena no ha de infligir males innecesarios —por ser ya un mal lo suficientemente destructivo en sí—, justificándose su «ejecución», por tanto, no ya en nombre de la defensa de la sociedad, ni en el de la restauración del orden jurídico, sino en cuanto «programa resocializador» (16). Karl Peters ha analizado los jalones de la evolución de este concepto en la doctrina alemana, en donde suele entenderse como sinónimo de «prevención especial» (17); o, para ser más exactos y siguiendo a Schönke Schröder (18), como sinónimo de «prevención especial» pero apartando de ésta los posibles cometidos de «aseguramiento» («Sicherheit») y de «intimidación» («Abschreckung»). En un principio faltó al término «resocialización» el carácter de «fin», de «meta», o fue un mero juego de palabras, usándose indistintamente los términos: «Besserung» («mejora») y «Resozialisierung» («resocialización»). Poco a poco, este último ha venido a sustituir al de «mejora», desplazándole por completo (19). Si el cambio terminológico se ex-

(12) NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 35.

(13) Cfr. *Abweichendes Verhalten*, I, pág. 14.

(14) Por todos, K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 502.

(15) Cfr. K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 502, nota 3.

(16) Según la opinión de MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht und Strafvollzugsreform*, en «MschKrim», 1972 (55), pág. 2.

(17) *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 502.

(18) Cfr. PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., págs. 502 y 503.

(19) Cfr. PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 503.

plica por las concomitancias del término «mejora» con ciertas premisas filosóficas (correccionalistas) o de política criminal (prevención especial de von Liszt); o, simplemente, si la denominada «teoría de la socialización» ha contribuido de forma decisiva a su implantación, es algo que no voy a examinar aquí.

Observaciones muy semejantes se han formulado en nuestra doctrina respecto al concepto de «resocialización», desde el punto de vista terminológico. Pues, si bien en nuestro país contamos con una fecunda y original tradición correccionalista —a la que en su lugar me referiré— el término «resocialización» es una novedad. Ante todo, porque no es un término admitido por el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

Se trata de un término «importado». Es grave, como observa Muñoz Conde (20), «que el optimismo en la idea de resocialización haya sido hasta tal punto acrítico, que nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con ella». Pero tal vez sea aún más grave el momento y el modo en que se produce la recepción (importación) de este concepto: olvidando nuestra tradición correccionalista; cuando el propio concepto de resocialización se encuentra en crisis; y nada menos que en normas legales de gran trascendencia, no precedidas del obligado debate.

En efecto, un término tan impreciso como el de «resocialización» ha conseguido una fulminante e impropia acogida. El artículo 25.2 de la Constitución española advierte que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...». La declaración es, sin duda, prudente: porque no se utiliza el término «resocialización», y porque no se afirma sea aquél el «fin único» de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, sino uno de los objetivos hacia el que se «orientarán» en el posterior momento de la «ejecución». Pero el anteproyecto de Ley General Penitenciaria (21) complica y distorsiona el problema con declaraciones inexactas, imprecisas e innecesarias. En efecto, su artículo 1.º declara que las «Instituciones Penitenciarias»... tienen como fin primordial la «reeducación» y la «reinserción social» del sentenciado a penas y medidas de seguridad privativas de libertad (fin, pues, no de las penas y medidas, sino de la actuación de las Instituciones penitenciarias). Ahora bien, en su exposición de motivos, se advierte que «la finalidad fundamental que doctrina y legislación atribuyen en la actualidad a las penas y medidas de privación de libertad, es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados». Lo que, ni coincide con la declaración anterior, que no se refiere a las penas ni a las medidas, sino a la acción de las instituciones penitenciarias; ni es correcto,

(20) *La resocialización*, cit., pág. 3.

(21) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 1. Con posterioridad a la presentación de este trabajo, el «Boletín Oficial del Estado» acaba de publicar la Ley General Penitenciaria («B. O. E.» de 5 de octubre), suprimiendo el criticado preámbulo al que me refiero.

porque en la actualidad ni doctrina ni legislación entienden que la «prevención especial» sea la «finalidad fundamental» de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Pero, es más: el propio Anteproyecto, a continuación, identifica «resocialización» y «prevención especial» y fundamenta ésta de un modo que, si bien coincide con formulaciones legales de otros países (22), no es por ello, pacífico: «al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena —dice— la Ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometida a un régimen jurídico particular, motivada por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad». Dicho de otro modo: el Anteproyecto de la Ley General Penitenciaria decide: 1.º que el fin primordial de la pena es la prevención especial; 2.º que los términos «reeducación» y «reinserción social» del mismo —que son los citados en el artículo 25 2.º de la Constitución— han de interpretarse en el sentido de: «resocialización»; 3.º que: «resocialización» es sinónimo de «prevención especial», sin más; 4.º que la meta de la actuación de las instituciones penitenciarias es, también, la «reeducación» y «reinserción social» del penado, en el sentido de «preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad».

Ciertamente, en nada beneficia la inseguridad conceptual y continuas imprecisiones del Anteproyecto. Pero más inoportuno parece, aún, acoger un término, como el de la resocialización, sin la necesaria crítica previa y discusión; precisamente cuando dicho concepto se encuentra en crisis; cuando, desde diversos puntos de vista, se cuestiona su conveniencia, su viabilidad e incluso su propia legitimidad. La importación parece, pues, tardía. Y poco reflexiva. Se invocan las doctrinas dominantes «actuales» sobre la pena y sus fines, desconociendo la profunda crisis «actual» y el justificado «escepticismo» y «resignación» que despierta en nuestros días la idea resocializadora; cuando, pasados ya los tiempos de la «euforia del tratamiento», y de la «Meca de la prevención especial», en los propios países nórdicos se habla del «retroceso de la ideología del tratamiento», del «mito del tratamiento» (23), etc. Parece como si nuestro legislador quisiera actualizar todas nuestras leyes e instituciones de un plumazo, incorporando a las mismas la savia mágica de un reciente «descubrimiento», que, en realidad, dista mucho de serlo.

(22) Cfr. MUÑOZ CONDE, R., *La resocialización*, cit., pág. 2.

(23) Cfr. KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., reseña bibliográfica citadas en notas 9, 15, 16 y 17.

III. *El pensamiento de la resocialización y las correlativas concepciones del Derecho, que subyacen al mismo: a) «Antirretribucionismo dogmático»; b) Concepción «asistencial» del Derecho; c) Neorretribucionismo.*

Una segunda aproximación al problema de la resocialización obliga a precisar el alcance y significado de este término. Pues, si desde posturas ideológicas afines no se coincide en su aceptación o rechazo, mientras que se comparte el «sí» o el «no» a la resocialización desde concepciones contrapuestas, es, sin duda, porque se otorga al concepto contenidos distintos. ¿Qué se quiere afirmar, por tanto, cuando se propugna la «resocialización» —o, tal vez más exactamente: qué es lo que se quiere negar o compartir— cuando se rechaza ésta?

Me he referido en páginas anteriores, a la criticada ambigüedad del concepto de «resocialización», y a sus implicaciones ideológicas. Lo cierto es que dicha «ambigüedad» es la que ha permitido que este término se imponga. Y que aglutine concepciones diversas que sólo coincidían, tal vez, en lo negativo: en su manifiesta hostilidad al retribucionismo. Ha sido un lema, una bandera; pero, también, un cajón de sastre, una caja de sorpresas; una etiqueta para contenidos heterogéneos.

Siguiendo la exposición de Naucke (24), podemos comprobar cómo bajo el lema de resocialización se alinean tanto los antirretribucionistas, como los partidarios de un Derecho penal entendido como derecho de asistencia social y quienes propugnan una versión moderna y actualizada del retribucionismo de siempre.

a) *Antirretribucionismo dogmático.*—Los primeros, continúa Naucke, emplean el término «resocialización» como sinónimo de «supresión del Derecho penal retribucionista», lema con el que se expresa un «antirretribucionismo dogmático» (25). Ahora bien, estos autores no se han esforzado por precisar el contenido de la alternativa que ofrecen al Derecho penal retribucionista. A juicio de Naucke, cabe apreciar aquí dos directrices. Una, encabezada —entre otros— por Lüderssen (26), para la que el Derecho penal resocializador no retribucionista, en cuanto expresión del Derecho de la sociedad que autocontrola y dirige su propio proceso de cambio, sería el Derecho de la futura sociedad. Un Derecho penal que no sería ya un Derecho dirigido al «pasado», a las relaciones individuales autor-víctima, sino un poderoso instrumento de conformación de la futura sociedad. Las concepciones cibernéticas y las modernas orientaciones planificadoras («Planungsrecht») están presentes en este esquema resocializador que transforma el Derecho penal en componente de un vasto proceso social y en meca-

(24) *Tendenzen*, cit., págs. 35 a 42.

(25) *Tendenzen*, cit., pág. 35.

(26) *Handbuch zur Rechtswissenschaft*, 1972, pág. 474 y ss.

nismo de autocontrol del mismo (27). La segunda directriz utiliza los términos «resocialización» o, en su caso, «supresión del Derecho penal», como mecanismo para dispensar mayores oportunidades sociales, en nombre de un nuevo concepto de «igualdad ante la Ley» (igualdad real). Se parte, aquí, de una sociedad ideal, que no requiere de la coacción para conseguir la adaptación a la misma de sus miembros. Y se traslada al delincuente, a la víctima, a la justicia penal y al Derecho penal todo el ímpetu pedagógico imaginable, toda la confianza posible en la educabilidad del hombre y de la propia sociedad. Desde esta perspectiva optimista y confiada, se censurará la insolidaridad del vigente Derecho penal, la falta de comprensión de la Administración de Justicia, el desigual impacto del delito en los diversos grupos sociales: la desigualdad ante la Ley (28). La resocialización o la supresión del Derecho penal serían los únicos modos de dispensar a todos los ciudadanos mayores cuotas de igualdad real, de oportunidades sociales. Callies, Klose y Plack (29) pueden citarse en esta dirección. Discrepan, eso sí, en el modo de fundamentar la necesidad de la resocialización, que entienden, más bien, en el sentido de «socialización». Para Callies, su justificación debe encontrarse en la norma constitucional (30). Para Klose, aunque no pueda demostrarse tal apoyo legal a la idea de la resocialización, sólo cabe imaginar (!) un Derecho resocializador de medidas (31). Plack renuncia a todo fundamento jurídico, buscando en una explicación procedente de las ciencias sociales una razón de ser al pensamiento de la resocialización del que, por sus pretensiones y absolutización, se ha dicho supone un «moderno retroceso hacia el Derecho natural» (32).

b) *Concepción «asistencial» del Derecho penal.*—Con el término «resocialización» quieren significar otros autores una exigencia diferente: la de un Derecho penal que concentra todo su interés en la persona del «autor», con un propósito «asistencial» y bienhechor. Se trata, pues, no de un Derecho penal del «hecho», retributivo («Tatvergeltungsstrafrecht»), sino de un Derecho penal (resocializador) que incide en el sujeto. De este modo, el Derecho penal tendría que convertirse en un derecho de asistencia social tanto para el autor como para la víctima; el delito, contemplarse como un «accidente social»; las penas y medidas, trocarse en remedios asistenciales. y el proceso penal, articularse como mecanismo diri-

(27) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 36.

(28) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 37 y 38.

(29) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 38, nota 53.

(30) *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974. Cfr. NAUCKE, *Tendenzen*, cit., pág. 38, nota 53.

(31) Vid. su artículo en ZStW, 86 (1974), págs. 64 y ss. Según NAUCKE, en la tesis de CALLIES, como en la de KLOSE, late un dilema insalvable, cuando tratan de fundamentar la pena en la necesidad de la resocialización. Y es que, no pudiendo apelarse ni a la revelación ni al Derecho natural, tienen que buscar (en la Constitución o en otras fuentes) un sucedáneo de aquéllos para lograr la fundamentación de la tesis resocializadora.

(32) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 38, nota 53.

gido a la constatación y ponderación del «accidente social» (delito) con los consiguientes resortes compensatorios para la rehabilitación del autor y de la víctima (33). Esta moderna orientación que parece haber encontrado eco en el ámbito de la ejecución de las penas y en materia de indemnización a víctimas de hechos criminales (34), choca en la práctica con numerosos obstáculos reales. Porque no parece aún viable el intento de extender el Derecho «asistencial» a supuestos críticos, a conflictos agudos entre autor y víctima, de forma que la etiqueta de «accidente social» —para el delito— y la de «rehabilitación» —para las consecuencias jurídicas de aquél— ofrecen una visión muy pálida y parcial de la realidad total del crimen. Lo que, anticipando alguna idea, puede afirmarse respecto a quienes explican éste como mera solución al problema personal del autor («Problemlösungsansatz») o como resultado de un proceso definitorio que lleva a cabo la sociedad a través de ciertas instancias criminalizadoras («Labeling approach»): que tratan de vaciar el concepto de delito de todo contenido social valorativo (35).

c) *Neorretribucionismo*.—Finalmente, el término «resocialización» se invoca en nombre de una determinada «política criminal» que persigue una eficaz y racional lucha contra la criminalidad y, en definitiva, la coactiva adaptación del ciudadano al «status quo» mediante un Derecho penal efectivo. Esta orientación puede percibirse en la remodelación del Derecho de «medidas» y de la pena de multa, entre otros signos (36). Aquí parece oponerse, nominalmente al menos, el término «resocialización» al de «retribución», pero, en definitiva, estamos en presencia de una versión actualizada y moderna del retribucionismo. Porque las funciones de éste vienen a asumirse por la «adaptación coactiva a través de la resocialización» (37), siempre en nombre de la eficacia y del defensismo. Es lógico, por ello, que se tema de esta política criminal un impacto semejante al del Derecho penal retributivo del pasado siglo, e incluso más peligroso y nocivo: pues éste, al menos, era expresión de un Derecho penal liberal de la época, mientras el pensamiento de la resocialización no está necesariamente comprometido con una tradición liberal (38), ni ha dado hasta la fecha pruebas de ello.

(33) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 39.

(34) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 39 y 40.

(35) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 40 y 41 y nota 56. Objeciones prácticas. Cfr. autor cit., págs. 41 y 42.

(36) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 42.

(37) Así, NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 42.

(38) Para una relación de los autores que han expresado sus temores respecto al impacto de esta dirección de política criminal, vid.: NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 42, nota 60. En cuanto a una falta de antecedentes de un sistema penal basado en el principio de la prevención especial desde una concepción liberal, cfr. BACIGALUPO, E., *Significación y perspectivas de la oposición «Derecho Penal-Política Criminal»*, en «Revue Internationale de Droit Pénal» (que recoge las actas del primer coloquio regional español so-

IV. *Problemas e interrogantes que suscita todo programa resocializador. Análisis de las respectivas opciones.*

Pero una ulterior aproximación al significado de la «resocialización» no puede satisfacerse con el prurito «clasificador»; con encuadrar un programa resocializador completo en alguno de los tres esquemas ideales mencionados, con «clasificarlo». Lo que realmente interesa es examinar cuáles son los grandes problemas que suscita cualquier meta resocializadora: en la selección del modelo final, en el proceso de acercamiento del individuo y del comportamiento desviado al mismo, en el grado de intensidad de tal aproximación, en los medios idóneos y lícitos para conseguirlo, en las transformaciones que esto conlleva en el individuo, etc.

Estos problemas fundamentales, a mi juicio, son cinco. En primer lugar, el propio encuadramiento de la polémica sobre la resocialización, su ámbito. Esto es, si el pensamiento de la resocialización interesa a la teoría de la «pena» (esencia, fines de ésta) o al posterior y más limitado ámbito de su «ejecución». En segundo lugar, como se concibe el «proceso» resocializador, en cuanto proceso de aproximación del individuo al modelo social: si en términos fundamentalmente «funcionales» (acoplamiento, adaptación), o con un alcance más profundo, partiendo de la modificación (mejora, enmienda, corrección, etc.) cualitativa del propio individuo. En tercer lugar, cuál es la dinámica de dicho proceso de aproximación o identificación, y cuál es el grado de acercamiento exigible y deseable para la consecución efectiva de la meta resocializadora. Un problema, pues, de «intensidad» y de «legitimidad» de los medios empleados. Por último, concepto o imagen del hombre, de la sociedad y de las relaciones entre uno y otra que subyace a cada proyecto resocializador y naturaleza meramente defensiva o tutelar de los mismos.

1) *Ámbito o encuadramiento de la polémica sobre la resocialización.*

El ámbito, en el que ha de operar el postulado de la resocialización ofrece ya un primer tema polémico. En efecto, para unos la resocialización constituye nada menos que el fundamento de toda la función penal; mientras otros sectores de la doctrina entienden que su papel es más modesto, limitado al campo de la ejecución y como criterio orientador de la misma (39); tesis que gana adeptos en los últimos años.

Sin entrar en este lugar de la exposición en consideraciones

bre Política Criminal y y Derecho Penal, celebrado en octubre de 1977), página 23.

(39) Una reseña bibliográfica de los dos puntos de vista en la doctrina alemana, en SCHMIDHÄUSER, EB., *Strafrecht, All. T.* 2.ª ed., pág. 51.

críticas, parece oportuno señalar, sin embargo, que todo intento de distinguir drásticamente entre «fines de la pena» y fines de la «ejecución de la pena» es artificioso y contradictorio. Esto es: la pena puede operar de forma resocializadora en su ejecución, si ya en la Ley se concibe como instrumento resocializador. Y a la inversa: si la pena, de hecho, estigmatiza y su ejecución produce un notorio impacto «destructivo» mal puede configurarse, conceptualmente, como medio resocializador. Por otra parte, a las posturas reseñadas cabría añadir sendas puntualizaciones. En cuanto a la primera, contra el supuesto fundamento exclusivo de aquélla: porque la pena, como institución, no surge para resocializar al delincuente (40) y porque está lejos de toda duda que la pena, en todo caso, no sería el medio más idóneo para resocializar, desde el momento en que no es el mismo delito, sino el cumplimiento de la pena lo que, de hecho, suele estigmatizar a los ojos de la sociedad (41). Y, en cuanto a las teorías que se conforman con un cometido más modesto para la idea de la resocialización: que incluso tal cometido resultará contradictorio si se parte de una concepción retribucionista de la pena y de un concepto material de culpabilidad. Si la pena es un mal que se aplica para retribución de otro mal precedente culpable, carece de sentido plantear su función resocializadora (42). A no ser que se atribuya a esta última un contenido mínimo, en el sentido de «ejecución humanitaria» de la pena, en cuyo caso creo que dejaría de ser problemática. Sin embargo, en este último sentido, que descarto, parece pronunciarse algún autor al justificar la necesidad de la resocialización con el argumento de que no cabe prescindir de la misma, ya que en la mayoría de los casos, se reduce a una labor asistencial y caritativa (43), y no necesariamente terapéutica.

2) *Naturaleza del proceso de «adaptación». Diversas concepciones del mismo.*

El programa resocializador puede ir dirigido, en términos de un relativo neutralismo valorativo, a la «adaptación» del individuo a las estructuras y pautas sociales; esto es, puede concebirse «funcionalmente»; o bien, puede pretender una «corrección», «mejora», «reeducación» del delincuente, que se entienden, como es lógico, desde una determinada escala de valores. Aunque una distinción drástica entre una y otra concepción no es posible, sí cabe apreciar en las diversas posturas doctrinales la mayor acentuación

(40) Así, STRATENWERTH, G., *Strafrecht, All. T., Die Straftat*. 2.ª edición, pág. 26.

(41) Así, SCHMIDHÄUSER, EB., *Vom Sinn der Strafe*, 2.ª ed., 1971 (Göttingen), pág. 65.

(42) Sobre esta contradicción, vid. BACIGALUPO, E., *Significación y perspectivas*, cit., pág. 16.

(43) Así, H. J. KERNER, cit., por KAISER, G., en *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 371, nota 55.

del aspecto funcional o del valorativo. La teoría de la «socialización» y la «correccionalista» («Besserungstheorie») podrían corresponder a la fundamentación funcional y a la valorativa, respectivamente.

a) La teoría de la «socialización» (44) alude, en puridad, a ese proceso en virtud del cual el hombre aprende los valores, normas y directrices del grupo a que pertenece (45). El término «socialización» —que otros prefieren sustituir por el de «integración» (46)— procede de la psicología social, y ha recibido un fuerte impulso cuando el psicoanálisis y la antropología cultural han demostrado que también las normas de comportamiento y los sistemas normativos sociales se «aprenden» y «asumen» a través de ciertos mecanismos de «interiorización» (47). No es otra cosa ese proceso a través del cual aprendemos a querer y a hacer lo que debemos, sin percatarnos de ello (48). Se trata, como se ha dicho, de un nacimiento socio-cultural del hombre (49), que limita su inicial más amplio radio de posibilidades de actuar, mediante la asunción de los *standards* del grupo: primero, a través de los controles externos de su comportamiento, y después, cada vez más, interiorizando las normas del grupo y dejando guiar su conducta por las estructuras internas motivadoras (50); desde este punto de partida, la teoría de la socialización explica el delito como consecuencia de un déficit, defecto o trastorno en los procesos de socialización («Mangel an Sozialisation») (51), que se traduce en el lógico aislamiento y conflicto del ciudadano con las pautas y estructuras sociales: un conflicto de sistemas valorativos. El hombre —el delincuente— aparece para la teoría de la socialización como un «retrasado» (52) en el proceso de desarrollo social, debido a trastornos que inciden en la normal evolución de éste. Desde este punto de vista, lógicamente, el objetivo será «reintegrar» al individuo a la sociedad, compensar su «déficit de socialización» y los procesos fallidos o incompletos de aprendizaje y maduración per-

(44) Sobre la «socialización» y su significado, vid, por todos, KAISER, G., *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, en *Sozialwissenschaften und Recht*. Athenäum Rechtswissenschaft, págs. 6 y ss.

(45) Así, KAUFMANN, H., *Kriminologie*, I (Stuttgart-Berlin), 1971, págs. 146 y ss.

(46) Así, KREBS, A., *Die Aufgabe des Freiheitsstrafvollzuges*, en *Mschr-Krim.*, 53 (1970), pág. 156.

(47) Así, KAISER, G., *Strategien*, cit., pág. 9.

(48) Así, POPITZ, H., *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*. Tübingen, 1967, pág. 6. Cfr. KAISER, G., *Strategien*, cit., pág. 9.

(49) Así, CLAESSENS, D., *Familie und Wertsystem. Eine Studie zur «zweiten sozio-kulturellen Geburt» des Menschen*. Berlin, 1962, loc. cit.

(50) En este sentido, STENDENBACH, F., *Soziale Interaktion und Lernprozess. Beiträge zur Soziologie und Sozialphilosophie*. Vol. XII, Köln, 1963, pág. 199, loc. cit.

(51) Así, por todos, MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 26.

(52) Cfr., referencia bibliográfica sobre esta tesis y sus oponentes, MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 26.

(53) Así, MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 26.

sonal (53). En todo programa resocializador, como dice Kaiser (54), se trata de integrar al individuo en el mundo de sus conciudadanos, y, ante todo, en las colectividades sociales básicas, como la familia, la escuela, profesión, trabajo, proporcionándole una auténtica ayuda que le haga salir del aislamiento y asumir su propia responsabilidad. A este planteamiento ha contribuido poderosamente la tesis de la corresponsabilidad de la sociedad: la sociedad, beneficiaria del esfuerzo de sus ciudadanos, no puede desentenderse, tampoco, de la suerte de sus penados ni ignorar su tanto de culpa; antes bien, debe comprometerse con éstos y ofrecerles perspectivas esperanzadoras de una vida humana en libertad (55). Pues sólo entonces, advierte Roxín (56), una vez reincorporado el reo a la sociedad, puede contemplarse la pena —como fenómeno total— justificadamente, con buena conciencia.

Pero la teoría de la socialización no convence, ni como explicación integradora y global de la criminalidad ni como soporte de las concepciones «resocializadoras». Un primer reparo lo ha formulado Schüller-Springorum, calificándola de banal y tautológica: si la criminalidad es, simplemente, comportamiento desviado o no conforme, la constatación de que lo típico en el delincuente es un déficit de adaptación social resulta banal e incluso tautológica (57). Además, en cuanto intento de explicación causal de la criminalidad sirve, tal vez —y siempre que no se la falsifique empíricamente (58)— para examinar la delincuencia de los grupos sociales marginados y de los reincidentes, pero no en cuanto teoría «integradora» de la criminalidad (59). Pues una gran parte de las personas que alguna vez en su vida delinquen apenas si manifiestan, en su estructura individual o desarrollo social, diferencia de relevancia alguna en comparación con el ciudadano normal (60). En ciertas infracciones, como las de tráfico, delitos contra la burocracia, o los denominados crímenes sin víctima, es muy frecuente el delincuente «integrado», cumplidor, que no requiere ser «resocializado». Es decir, en los infractores con «socialización normal» no se puede explicar teóricamente la criminalidad, a no ser como «normalidad» (61); por otro lado, no parece que la pena privativa de libertad sea un medio resocializador efectivo, ni el más idóneo

(54) *Resozialisierung und Zeitgeist.*, cit., pág. 362.

(55) Sobre esta idea de «corresponsabilidad social», vid. NOLL, P., *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, Tübingen, pág. 17; SCHMIDHÄUSER, Eb., *Vom Sinn der Strafe.*, cit., pág. 102.

(56) ROXIN, C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, Berlin-New York, W. de Gruyter, pág. 27.

(57) SCHÜLER-SPRINGORUM, *Was stimmt nicht.*, cit., pág. 161.

(58) Cfr., SCHÜLER-SPRINGORUM, *Was stimmt nicht.*, cit., págs. 42 y ss.

(59) Así, KAISER, G., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*. Madrid, 1978. Espasa-Calpe (traducción a la segunda edición alemana, por J. Belloch Zimmermann), pág. 147.

(60) Así, Z. B. PVEDA, *The image of the criminal: a critique of crime and delinquency theories, Issues in Criminology*, 5 (1970), págs. 59 a 83. Cfr., MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 27.

(61) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 147.

para recuperar o compensar, por ejemplo, en los adultos un defecto de socialización padecido durante la infancia (62).

Desde el punto de vista valorativo, si contemplamos la «resocialización» en el sentido de adaptación «ritual» y «coactiva» a los valores del grupo, nada puede evitar que dicho proceso termine en sistemas de valores socialmente no deseables, que se asumirían e interiorizarían, también, con las consiguientes actitudes de desinterés, resignación, apatía, pérdida de la identidad, regresión, etc. (63). Porque, en definitiva, la (re)socialización es positiva o negativa, según que sean positivos o negativos los modelos que ofrece cada sociedad, baremo básico implícito en la idea de «(re)socialización».

b) La «*Besserungstheorie*» y el «correcionalismo» 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. Desde la óptica correcionalista, el delincuente es un ser incapaz de dirigir libremente, por sí mismo, su vida, un necesitado de ayuda; 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 aquél. Para los correcionalistas, la función penal tradicional debía dar paso a una función «tutelar», individualizada, protectora del delincuente: a una «pedagogía correcional» (64) que aproxima el «tratamiento» a una auténtica «cura de almas» (65).

El moderno pensamiento de la «resocialización» entronca, sin duda alguna, con la filosofía correcionalista, que constituye un importante antecedente del mismo (66). A diferencia de las teorías de la «socialización», lo que caracteriza a la «*Besserungstheorie*» es una connotación pedagógica y tutelar. No se trata, sin más, de una «adaptación» («*Anpassung*») del delincuente a las pautas y modelos sociales —cuyas normas ha de interiorizar y asumir— sino de compensar, 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.

(62) Cfr., MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 28.

(63) Así, KAISER, G., *Strategien*, cit., pág. 11.

(64) Sobre el pensamiento de GINER DE LOS RÍOS, que utilizaba esta formulación, vid. SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, 1970 (Bosch), págs. 144 y 145.

(65) En este sentido, Dorado Montero, cfr., SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., pág. 152.

(66) Así, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, 1976, pág. 74, nota 138. También expresamente MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., nota 1.

«El delito —decía Dorado Montero (67)— 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 aquéllos de entre éstos que dispongan de medios a propósito, los empleen en su beneficio, tiene, pues, 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, 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 y, no obstante, que el reo mismo la juzgue un mal» (68); 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 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» (69). En términos semejantes se pronunciaba Roeder: «es indudable que el derecho no se contrae únicamente a la mitad exterior del hombre y que la legalidad externa sola no satisface al Derecho, ni a la sociedad para el Derecho, como una especie de semi-equidad. Más bien, la pura disposición injusta del espíritu, como origen continuo de la acción exterior, constituye un ataque al orden jurídico perfecto...; la Ley del Derecho no quedará completamente satisfecha, hasta que el daño exterior causado por aquélla y el daño interior (inmoralidad o contrariedad al deber del Derecho) en el autor, se hayan extinguido, reparado totalmente (70)... pero aquí no se cuestiona tan solo el derecho y el deber del Estado a castigar, sino la obligación en el que cometi6 el delito de aceptar la pena, y, al mismo tiempo, su derecho a exigirla... El objeto íntimo de la pena... consiste en la destrucción por medios justos y apropiados de la injusticia e inmo-

(67) DORADO MONTERO, P., *Estudios de Derecho Penal preventivo*, Madrid, 1901, pág. 56.

(68) *Estudios*, cit., págs. 56 a 58.

(69) *Estudios*, cit., pág. 62.

(70) ROEDER, C. D. A., *Estudios sobre Derecho Penal y sistemas penitenciarios*, Madrid, 1875 (traducción y anotaciones de V. Romero y Gir6n), págs. 151 y 152.

ral disposición de un hombre, manifestada con toda claridad en un hecho. La voluntad inmoral debe ser extirpada de raíz, según su clase y grado, sustituyéndola con la voluntad moral, el justo querer, el justo deseo (71)... Porque no es la sensibilidad como tal, según pretende Feuerbach, aunque de ella proceda el primer impulso, lo que constituye el verdadero fundamento de la negación del Derecho, sino la mala y egoísta voluntad, y por consecuencia ésta ha de ser el verdadero objetivo de la reacción jurídico-penal... Por eso la pena ha de ser también algo más que una simple aplicación de fuerza material, que una especie de educación animal... (72). Los criminales deben ser tratados según la extensión y medida de su injusto arbitrio, pero no más allá como menores faltos de educación y, por tanto, necesitados de ella... Y esto se hace hasta que no queda duda alguna de que los motivos internos que los precipitaron a la injusticia han desaparecido, esto es, hasta que se produzca la enmienda y el arrepentimiento. Según lo dicho, el carácter y espíritu del procedimiento justo aplicable, es el de una post-educatio de los individuos abandonados, enteramente incultos o sumidos en la corrupción de costumbres y en la barbarie, por medio de un influjo bienhechor sobre el fundamento interno u origen de su injusticia, esto es, sobre el error del juicio y del sentimiento, y, por consiguiente, de la voluntad acerca del Derecho. Porque con la reforma del concepto y del sentimiento del Derecho, se despierta, también, y se anima la justa voluntad, aunque ésta, además, deba elevarse gradualmente por el hábito de obrar conforme a justicia y con fin siempre vivificador de la libertad moral, hasta llegar a la perfección y a la costumbre, desterrando de esta suerte la voluntad perniciosa» (73). Y concluye así Roeder: «Todo lo que ... se reconoce como consecuencia jurídica del injusto arbitrio de un hombre, debe imponerse por muy doloroso y sensible que le parezca, como privación de la libertad, alejamiento de la mala sociedad habitual, del bienestar acostumbrado, del ocio, etc., porque aquí nada absolutamente importan su gusto o su sentimiento, sino el derecho y el objeto esencial jurídico de su rehabilitación interior para la plena libertad exterior y su regreso mediante tal requisito a la sociedad civil. Ahora bien, que la pena, considerada en su cualidad externa como limitación de la libertad exterior, como privación de un bien exterior, aparezca en general a aquel a quien se le impone como un mal físico y sea sentida con dolor, es cosa natural, pero en derecho, de todo punto insignificante y eventual. Tan lejos se halla de ser un carácter esencial, o mejor, el carácter principal de la pena, como un daño exterior se halla del crimen... La pena, pues, debe aplicarse sin consideración a que afecte al criminal de un modo desagradable, o que la haya reconocido como saludable y para su propio bien... pero nunca ha de imponerse con el fin inmo-

(71) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 153 y 154.

(72) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., pág. 157.

(73) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 160 y 161.

ral de causarle un mal (como objeto propio), o sólo de hacerle sentir superioridad de fuerzas...» (74).

Comparando, pues, una vez más ambos planteamientos «resocializadores» —las teorías de la «socialización» y las «correccionistas»— puede concluirse que mientras las primeras, persiguen unos objetivos funcionales (mera adaptación del individuo al grupo), desde una óptica relativamente neutral en el plano axiológico y contando siempre con los recíprocos procesos de interacción: «individuo-sociedad, sociedad-individuo», las segundas pretenden unas metas más ambiciosas (no ya adaptación, sino «corrección», «enmienda»), son proclives a los planteamientos utópicos y maximalistas, y orientan su «pedagogía penal» exclusivamente hacia el individuo, partiendo de una escala de valores apriorísticos que vienen ya dada y no se cuestiona.

El planteamiento «correccionalista» no ha sido blanco de menos críticas que las doctrinas de la socialización. Ya Roeder se hizo eco, y trató de replicar a algunas de ellas (75): en cuanto a la supuesta confusión de la moral y el Derecho; imposibilidad de trazar diferencias entre la injusticia en general y el crimen; inexistencia, a favor del Estado, de un derecho o de un deber de corregir, mejorar o educar al ciudadano; imposibilidad de medir proporcionalmente la pena y de fijar, con carácter previo en la ley, la misma; impracticabilidad del criterio básico de la corrección, y consecuencias inadmisibles que se desprenderían en otro caso, etc. Y, probablemente, tenía razón Dorado Montero cuando resaltaba que los principios correccionalistas fueron formulaciones excesivamente genéricas, más «intuiciones luminosas de un espíritu superior, que resultado de una firmísima convicción apoyada en datos de hecho» (76). Lo cierto es que, sin perjuicio de aceptar o no aceptar la romántica, ficticia y eufemística concepción del delincuente como «minusválido» necesitado de la paternal ayuda estatal desinteresada (que patrocinan los correccionalistas), esta filosofía presenta muchos puntos débiles. Comenzando por su optimismo utópico —la corrección del delincuente— que pronto se desmoronó al constatar que muchos criminales no tienen que ser corregidos (vg. los ocasionales), no pueden ser corregidos (los incorregibles por causas constitucionales o adquiridas) o no es lícito tratar de reformarles contra su voluntad (los que no quieren serlo, fundamentalmente si para ello fuese necesario una intervención o tratamiento que modifique cualitativamente sus estructuras mentales o corporales) (77). En segundo lugar, el correccionalismo presenta los inconvenientes propios de todos los programas resocializadores «máximos», que invocan la función «pedagógica» de la

(74) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 162 y 163.

(75) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, Apéndice, págs. 172 y ss.

(76) DORADO MONTERO, P., *Estudios*, cit., pág. 60.

(77) Cfr., BUENO ARÚS, F., *Algunas consideraciones sobre la política criminal de nuestro tiempo*, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, cit., páginas 116 y 117.

pena y reclaman la concordancia plena entre el comportamiento externo del sujeto y su actitud interna. Pues no es fácil justificar que incumba al Estado el deber o el derecho de «corregir» y «educar» a sus ciudadanos (78), ni parece probable se obtenga la enmienda del delincuente precisamente a través de la pena. Aquí, los programas resocializadores máximos y las teorías absolutas de la «expiación» —aunque parezca paradójico— tienen notables puntos de coincidencia. Todo ello sin perjuicio de la dificultad insalvable, en la práctica, de conseguir tales metas sin la plena cooperación del penado, o de someterle a un «lavado de cerebro» gravemente atentatorio para la dignidad del mismo (79).

3) *Grado de aproximación o identificación del individuo al modelo social.*

a) *Diversas opciones.*—El efecto «resocializador» que dice perseguirse con la pena, es susceptible de graduación. No ya porque pueda imaginarse una mayor o menor aproximación a mismo —a cada modelo social—, sino porque bajo el término «resocialización» se entienden procesos y resultados también diferentes. Unas veces, se piensa, sin más en una «ejecución humanitaria» de las penas, evitando males innecesarios y no inherentes a las mismas. «Un procedimiento de ejecución —afirma H. J. Kerner (80)— que no ofrezca socialización ni tratamiento, significa deshumanización y retroceso porque en la mayoría de los casos el tratamiento no hay que entenderlo en el sentido terapéutico estricto, sino simplemente como atención de carácter genérico, asistencia social y prestaciones caritativas». Otras veces, se concede al término un significado puramente negativo: la resocialización que se menciona como fundamento de la pena se agota en el pronóstico razonable respecto a la futura no reincidencia del penado (81). Las más de las veces «resocialización» es un sinónimo de «reinserción social», con el que se alude al momento final de un proceso que culmina con el retorno del penado a la sociedad civil y que implica, por parte de aquél, la asunción formal de las normas del grupo (no necesariamente su conversión a las mismas), y por parte de la sociedad, el reconocimiento de su propia culpa, su reconciliación con el penado a quien recupera, y el ofrecimiento al mismo de salidas viables de vida honrosa en libertad. Se trata, entonces, de compensar, primero, el propio impacto estigmatizador de la pena cumplida (82), y, des-

(78) Sobre un conocido fallo jurisdiccional alemán que negaba al Estado tal «derecho», en sentido crítico, PETERS, K., *Resozialisierung und Erziehungsvollzug*, cit., pág. 509.

(79) Cfr., BUENO ARÚS, F., *Algunas consideraciones*, cit., pág. 117.

(80) Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 371.

(81) Expresamente, ZUGALDIA, A., *Consideraciones sobre las tendencias del desarrollo de la ciencia del Derecho Penal*, en *Revista mexicana de Derecho penal*, núm. 3.º, enero-junio 1978, pág. 74.

(82) Sobre esta interpretación, que ve hoy el único fundamento posible a la función penal, vid, KAISER, G., *Strategien*, cit., pág. 6.

pués, de ofrecer un vasto repertorio de prestaciones sociales, asistenciales y de diversa índole que hagan posible la efectiva reinserción (83), y que eliminen en el futuro las causas que condujeron al crimen. En este último sentido, el término «resocialización» se aproxima, en parte, al de «rehabilitación», reclamando eventualmente un tratamiento que, en todo caso, ha de contar con la aprobación del penado, y no puede afectar esencialmente a las estructuras de su personalidad.

Por último, el término «resocialización» se utiliza, a menudo, en sentido «cualitativo», reclamando una particular transformación de la actitud interna del sujeto («corrección», «enmienda», «mejora», «reeducación», etc.), o el pleno acatamiento e interiorización de los valores sociales, sin distinción entre conducta externa y actitud interna del sujeto (los denominados «programas máximos»).

b) *Programas resocializadores «máximos» y «mínimos». Análisis y crítica de los mismos.*

De toda esta escala matizada de grados e intensidades, la polémica doctrinal se centra hoy día en la alternativa: programa máximo resocializador y programa mínimo resocializador. El dilema es claro: es necesario no limitarse en la tarea de socialización al logro de una mera actitud exterior de educación a la ley, pues de esta manera no se alcanzarán los objetivos buscados. Pero, toda socialización que tienda más allá de dicha conformidad externa, encierra el peligro de una adaptación coactiva a una determinada concepción de la vida social, lo que choca con los principios de una sociedad pluralista (84). En efecto, la idea resocializadora, a la que tradicionalmente se le ha objetado la dificultad de ser llevada a la práctica y los peligros que para la prevención general representaría, es cuestionada, en nuestros días, desde el punto de vista de su legitimidad. No se objeta su romanticismo utópico sino, fundamentalmente, su ilegitimidad en un modelo de sociedad democrática, humanitaria y pluralista.

La polémica comenzó a suscitarse desde una perspectiva ideológica conservadora-humanitaria. Llamándose la atención sobre la progresiva «desetización» y «desmoralización» que el ideal resocializador experimentaba en los modernos textos legales y, en consecuencia, la dificultad de llevar a cabo aquél con un mínimo de estabilidad y eficacia desde el neutralismo moral y axiológico. Si se «escamotean» en la propia ley todas las tradicionales referencias al fundamento «moral» de la resocialización; si ésta, por utilizar las categorías kantianas: «moralidad» y «legalidad», se orienta exclusivamente hacia la segunda; si los tribunales cuestionan o niegan el derecho del Estado a «corregir» al ciudadano

(83) Cfr., BUENO ARÚS, F., *Algunas consideraciones*, cit., pág. 117.

(84) Así, BACIGALUPO, E., *Significación y perspectivas*, cit., págs. 24-25.

o se advierte que «la ejecución de la pena no puede ir orientada a una modificación de la personalidad o de las convicciones del penado» (85), entonces no cabe en nombre de la resocialización de adultos más que una llamada al mantenimiento de la legalidad sin ulteriores exigencias morales (86). Es. o es: entenderla en el sentido de «prevención de la reincidencia» (*programas mínimos*).

El punto de vista que considera términos correlativos: resocialización y mero respeto de la legalidad penal (programas «mínimos»), sería consecuente con la estructura funcional del sistema sancionatorio penal: la norma penal, afirma Muñoz Conde, contiene una serie de expectativas de conductas legalmente determinadas, cuya frustración posibilita, bajo ciertas condiciones, la aplicación de una pena. Fin de la ejecución de esa pena sería, por consiguiente, restablecer en el delincuente el respeto por esas normas básicas, haciéndole corresponder en el futuro a las expectativas en ellas contenidas, evitando así la comisión de nuevos delitos, en una palabra, la reincidencia (87). Este programa resocializador «mínimo» se suscribe, en nuestro país, de forma expresa por un decidido partidario del Derecho de «medidas», antirretributivo: «...La expresión resocialización —afirma Zugaldía (88)— debe reservarse para hacer referencia a fines más modestos de los que hasta ahora se le han venido asignando. Debe reservarse, en definitiva, para hacer referencia a la prevención especial: dentro del principio del mínimo de intervención (carácter subsidiario del Derecho penal), en el marco de una sociedad democrática y pluralista, y con absoluto respeto a la dignidad de la persona. Al Derecho penal sólo le cabe como fin primordial, la modesta y difícil tarea de evitar el delito y, sobre todo, la reincidencia...».

Sin embargo, la viabilidad de un programa mínimo resocializador, que limita éste a la mera conformidad del comportamiento externo del sujeto a la norma legal penal es muy discutible. Ante todo, porque una resocialización eficaz y duradera no puede basarse en el mero miedo a la pena ni en la conformidad formal del comportamiento externo con la ley. Porque sin la «interiorización» moral de la norma —que presupone una actitud axiológica— falta el fundamento estable a su fuerza determinadora. Conformismo y temor al castigo sin convicción interna respecto al valor o desvalor de la conducta subsisten mientras subsisten los controles coactivos sobre el sujeto (89). No cabe resocialización alguna si detrás de la conducta respetuosa para la ley sólo existe un «vacío moral», o una «contradicción» entre las pautas legales y las convic-

(85) Cfr., A. ESER, *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs*, en Festschrift für K. Peters, 1974, págs. 509 a 511.

(86) Cfr., ESER, A., *Resozialisierung*, cit., pág. 511, citando a MÜLLER-DIETZ.

(87) *La resocialización*, cit., pág. 8.

(88) *Consideraciones sobre las tendencias*, cit., págs. 74 y ss. En el mismo sentido, vid. bibliografía alemana citada por ESER, A., op. cit., pág. 511, nota 28.

(89) Así, ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 511, y bibliografía citada en nota 30. PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 511.

ciones íntimas del sujeto. O si no significa más que imposición a éste, de forma coactiva, de unos modelos de conducta —una adaptación forzosa— que pugnan con la pretendida pedagogía de la «autorresponsabilización» y de la «autodeterminación» (90). A esto se ha añadido por K. Peters que todo programa resocializador mínimo implica una peligrosa autorrenuncia a la consecución de objetivos imprescindibles y un planteamiento formalista y negativo que desfigura la genuina función del Derecho penal. Es un error comenzar cediendo terreno en nombre de una falsa identificación de la «tolerancia» y el «neutralismo valorativo», de una determinada «moral» y la «etización» o «desetización» del Derecho (91). Referir la resocialización —continua— al tipo penal, a la prohibición penal (al «no hacer...») concreta, desfigura la función del Derecho penal, la recorta, la «empobrece». Pues el delito no es, simplemente, la infracción de un tipo penal, y al Derecho penal le interesa no ya reforzar las prohibiciones —negativamente— sino poner el acento —de forma positiva— en los valores que las mismas encarnan. Del mismo modo que la meta resocializadora no puede ceñirse a un hecho concreto. La función educadora que ésta conlleva —dice, también, Peters (92)— ha de hacer referencia al «hombre total», a su personalidad integral, y no a conductas aisladas y concretas.

Lo expuesto no significa, sin embargo, que los denominados programas «máximos» ganen terreno, ni que estén libres de objeciones. En efecto, como ya he apuntado, la resocialización implica un proceso recíproco: sociedad-individuo, individuo-sociedad de interacción, de forma que las pautas y modelos de conducta no se pueden imponer unilateralmente por ninguna de las dos partes, y no es lícito propugnar la resocialización del individuo sin la posibilidad eficaz de cuestionar y modificar las propias estructuras sociales (93). Pero, además, un efecto resocializador máximo parece pugnar con la estructura de una sociedad democrática y pluralista, en la que coexisten una pluralidad de conjuntos normativos, a veces incluso contradictorios, y los inevitables «conflictos» (94). La resocialización exige un modelo de referencia, compacto, definido, hacia el que ha de aproximarse o identificarse (en los programas máximos) el individuo. Y la sociedad actual no puede ofrecer tal modelo, porque el caos de concepciones, de ideologías, de estilos rompen cualquier imagen unitaria y congruente de la misma. Entonces, si falta esa base, difícil es trazar un objetivo también común (95). Se quebrará, con frecuencia, la necesaria

(90) Así, ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 512.

(91) *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 510.

(92) PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., págs. 505 a 507 y reseñas bibliográficas en notas 9 y 12.

(93) Así, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 5.

(94) Así, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 6.

(95) Sobre cómo falta en la sociedad de nuestros días una imagen unitaria de sí misma y de los modelos y fines que persigue: ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 512.

«identidad» entre resocializador y resocializado (96). Y la «selección» a que será necesario acudir para decidir qué conjuntos normativos integran el modelo de conducta deseado —caso de conflicto— aparecerá como arbitraria. Será una mera «imposición» autoritaria (97). Late, pues, en el fondo de todo programa resocializador máximo la contradicción que denunciará Haffke (98) entre dos realidades irreconciliables: autodeterminación («Selbstdestimmung») y dominio («Herrschaft»). La pena y el tratamiento desempeñarán impropios cometidos de «adoctrinamiento ideológico» (99), manipulando al individuo. No cabe duda que, desde el punto de vista defensivo, es más eficaz un programa resocializador máximo: sólo cuando se busca la conformidad entre el comportamiento externo y la actitud interna del sujeto, puede conseguirse lo que K. Polak denomina «incardinación del recluso en la organización y disciplina social» (100); pero es obvio, también, que esto sólo es viable a costa del sacrificio de los valores de la libertad personal. Y que toda prolongación del Derecho en el campo propio de la moral, conlleva el peligro de adquirir fórmulas «rigurosas» (101). Incluso cuando se predica desde posturas altruistas, asistenciales y de tutela, yace en la misma una tendencia a la absoluta posesión de la persona. Políticamente, el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona que reconoce nuestra Constitución (102) pugna con los objetivos de todo programa resocializador máximo. La alternativa no puede ser nunca: voluntaria aceptación del modelo social o resocialización. El clima doctrinal, por último, no es propicio a los programas resocializadores máximos. Son hoy, precisamente, las posturas progresivas las que cuestionan la legitimidad de los mismos, como se expondrá a continuación. Baste con observar, por si fuera poco, que entrecuienes propugnan los programas máximos, se discrepa en lo esencial: el diagnóstico de nuestra sociedad. Así, mientras unos autores fundamentan su pesimismo en la crisis moral de valores, y propugnan un programa moralizador como base a todo intento de resocialización (103), otros condicionan éste a la previa «desetización» del Derecho penal retribucionista, al abandono del pensa-

(96) En este sentido, RUNDE, *Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches Problem*, en *Die Strafvollzugsreform*, ed. por A. KAUFMANN, 1971, pág. 116 (cit. por MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 6).

(97) Cfr., BUENO ARÚS, F., *Algunas consideraciones*, cit., pág. 117.

(98) Así, HAFFKE, *Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 88 (1976), págs. 607 y ss., cit., por MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 11. En un sentido semejante, pero desde otro punto de vista, ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 512.

(99) En este sentido, KAUFMANN, H., *Kriminologie*, cit., pág. 159.

(100) Cfr., ESER, A., ... *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 515.

(101) ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 515.

(102) Por todos, artículo 16, 1 (Libertad ideológica, religiosa y de culto...).

(103) Así, PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 516.

miento categorial, y al radical cambio de la actitud de la «sociedad punitiva» que, con sus dogmas, su doble moral y estructuras criminógenas, hace imposible todo ideal resocializador (104).

c) *Examen de las «fórmulas de compromiso» y «terceras vías».*

Dados los inconvenientes de las dos opciones examinadas (los programas máximos y los mínimos), se han intentado formular alternativas variadas. Unos persiguen señalar el camino adecuado para que la resocialización no sea «imposición», sino «autodeterminación». Otros, procuran dar un contenido concreto al proceso resocializador (revolucionario), a fin de que no sea una mera «teoría utópica». En el primer sentido, se enmarca la propuesta de Esser, quien cree encontrar en la «pedagogía de la autodeterminación» la tercera vía a la alternativa: resocialización para la legalidad o resocialización para la moralidad. A su juicio, no se trata de contenidos morales y valorativos concretos, sino de ofrecer al recluso los caminos y metas existentes en una sociedad heterogénea y plural, a fin de que el mismo decida. Puesto que es necesaria una interiorización moral de normas —si bien no de una determinada concepción del mundo— hay que procurar, dice Eser (105), no vincular al penado a una concreta moral, sino a sentirse motivado por el reclamo positivo de los caminos y alternativas que dispensan una protección de los bienes jurídicos afectados. No muy diferente a esta postura —aunque pretenda serlo— es la de Haffke, quien sugiere una «terapia social emancipadora» (106) que, a su juicio, no sería mera «imposición» al individuo de modelos de conducta. También Haffke tiene que vaciar de todo posible contenido al programa resocializador (de contenido «valorativo»), y de carácter coactivo. Se trata de llevar a cabo una labor pedagógica, pero sin adoctrinamiento ideológico. De poner al penado en condiciones de que pueda resolver los problemas derivados del contexto social, pero respetando su capacidad de autodeterminación. De romper la contradicción «autodeterminación»-«imposición», pero sin remitir, como hacen las teorías revolucionarias utópicas, a un futuro cambio de estructuras que nunca llega a producirse.

No es fácil imaginar, sin embargo, cómo es posible articular una «pedagogía de la autodeterminación por la autodeterminación» o una «terapia social emancipadora», sin referencia a contenidos concretos y a sistemas determinados de valores o modelos.

(104) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft. Gedanken zu einer Tagung der Stuttgarter Gemeinschaft «Arzt und Seelsorger»*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, LXXXI, páginas 377 y ss.

(105) ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 518. La expresión «pedagogía de la autodeterminación» procede, en realidad, de H. v. HENTIG, *Spielraum und Ernstfall*, 1969, págs. 10 y ss.

(106) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 13.

Todo proceso «educador» o «pedagógico» pretende unas metas, unos objetivos, unos modelos.

Y, aunque no quiera reconocerse, toda terapia «emancipadora» y toda «pedagogía autodeterminista» implica necesariamente una «imposición». Tal vez más dúctil, más refinada, pero «imposición», en definitiva. No obstante, la crítica más generalizada a estas «terceras vías» —fundamentalmente desde una perspectiva marxista o neomarxista— censura la falta de «contenido» (entiéndase: de contenido «revolucionario») de las mismas. Así, por ejemplo, cuando Esser coloca, entre la «infraestructura económica» y la «superestructura ideológica», la «estructura intermedia del hombre», con su identidad, su conciencia, sus instintos, y su contexto social, lamenta censurar Haffke, que su programa tenga escaso alcance político porque «no pretende eliminar las contradicciones sociales objetivas que se reproducen en el sistema penal»; todo lo más, añade Haffke, «pretende poner de relieve la disfuncionalidad del sistema y la amarga realidad de una sociedad clasista, insolidaria y agresiva», con la que forzosamente hay que contar para evitar que el entusiasmo rehabilitador «desemboque en resignación, odio o escapismo, impidiendo entonces toda labor emancipadora» (107). Y, a su vez, Muñoz Conde (108) y Sack (109) reprochan a Haffke que acepte el sistema y que, con el pretexto de no querer caer en una utópica ideología revolucionaria, deje al delincuente abandonado a su suerte, en aras de un futuro social mejor que nunca llega. En este sentido, Muñoz Conde, después de cuestionar la propia institución carcelaria (110) y la viabilidad, en nuestros días, de un tratamiento rehabilitador que no funcione como utopía o engaño (111), concreta su punto de vista con tres afirmaciones: 1.^a La meta final ha de ser la abolición de la institución carcelaria, abolición que, como dice Baratta (112), tiene para la nueva criminología el mismo significado que la demolición de los muros del manicomio para la nueva psiquiatría. 2.^a Dicha abolición hoy sería un mero gesto simbólico inútil, mientras no se modifiquen las actuales estructuras sociales y relaciones de poder, por lo que es necesaria una estrategia adecuada. 3.^a Tal estrategia ha de asumir, de las tesis reformistas, aquellas realidades que implican un debilitamiento del actual sistema represivo y una mayor protección de los intereses colectivos, sin caer en la trampa revolucionaria de renunciar a determinadas garantías, más o menos eficaces, del estado burgués que históricamente han significado un control y limitación democrática del poder punitivo. Pero no ha de olvidar esta estrategia la alternativa revolucionaria, el «mito» de la resocialización: la verdadera reeducación del condenado —afirma Ba-

(107) Cfr., HAFFKE, en *Abweichendes Verhalten*, III, págs. 311 a 313.

(108) *La resocialización*, cit., pág. 14.

(109) *Abweichendes Verhalten*, cit., III, pág. 261.

(110) *La resocialización*, pág. 14.

(111) *La resocialización*, cit., pág. 22.

(112) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 23.

ratta— «es aquélla que transforma una reacción individual e irracional en conciencia y acción política dentro del movimiento de clase» (113), a través, pues, de la toma de conciencia de clase y de las condiciones sociales que hay que superar.

4) *Finalidad «defensista» o «tutelar» de los programas resocializadores.*

El último aspecto polémico de los programas resocializadores es el de la finalidad defensista o tutelar de los mismos. Esto es, si se pretende una mejor y más eficaz protección de la sociedad, atacando a las causas del delito, o si primordialmente se persigue la tutela del delincuente, aunque también se vea en ésta un índice de seguridad para la sociedad. Podrá pensarse que entre unas y otras concepciones media sólo una diferencia insignificante de matices. Pues, si exceptuamos las posiciones basadas rabiosamente en la idea de la prevención especial (defensistas puras), quienes propugnan la (re)socialización del individuo al amparo de la teoría de la socialización afirman que de este modo se procura el bien del individuo, salvándole de un perjudicial estado de aislamiento y conflicto, que es la causa del delito (114); y, por su parte, los correccionalistas no ocultan que la enmienda del delincuente, al incidir en la raíz misma del crimen, repercute en favor de la seguridad social (115).

Sin embargo, el problema es más complejo. Porque detrás de cada concepción del ideal resocializador hay siempre una distinta imagen del hombre que la inspira. Una imagen del hombre y de sus relaciones con la sociedad que permiten distinguir posturas aparentemente coincidentes en el «sí» o en el «no» a la resocialización.

a) Las tesis extremas de la *prevención especial* parten de una concreta imagen del hombre-delincuente: el delincuente es, para Lombroso (116), un salvaje resucitado por un fenómeno de atavismo, en el seno de las sociedades civilizadas. Si para los clásicos era un pecador llamado a expiar su falta, para los positivistas es un irresponsable condenado al crimen por su naturaleza. El delito no es, tampoco, el «fiat incondicionado de la voluntad humana», sino el producto de una serie de factores, individuales y sociales, y, en todo caso, mero «síntoma» de la peligrosidad y temibilidad de su autor; el Derecho mismo es producto social, y la pena, basada en razones de mera necesidad y orientada a la prevención especial, cumple una función preventiva básica, ajustándose a la peligrosidad del delincuente. Como este es el criterio decisivo, no se descarta la segregación por tiempo indeterminado, hasta que el

(113) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 25.

(114) Por todos, KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 362.

(115) Cfr., ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 148 y ss.

(116) Cfr., SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., pág. 81.

reo se «readapte» a la vida libre (117). En definitiva, pues, el delincuente es un sujeto «peligroso», «temible». La pena, un resorte «defensivo». La eventual reincorporación de aquél a la sociedad, no una meta ni un objetivo, sino una *consecuencia* derivada de la previa innocuización del delincuente que ha dejado de ser peligroso... Este no será recibido de nuevo en la comunidad jurídica mientras siga siendo peligroso, porque la función penal persigue, ante todo, la tutela de la sociedad —incidiendo en las causas últimas del crimen— y no la reincorporación del delincuente a la sociedad. La «resocialización», desde la óptica positivista, es un eufemismo, un tópico defensista.

b) 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 o un loco (118). El pietismo paternalista del correccionalismo —aunque el español sea más ecléctico y realista (119)—, proclive a la utopía romántica, permite asignar a la pena una función pedagógica, curativa, restauradora del equilibrio que el delincuente perdió en el orden moral. La pena es un bien, una ayuda, tutela. Pero subyacen, también, aquí pretensiones defensistas. Roder, por ejemplo, advirtió que la pena correccional era la única eficaz. La idea de la prevención general, basada en la teoría psicológica de Feuerbach, a su juicio, resultaría... insuficiente, dado que el solo temor a la pena «será siempre remedio incompleto y débil paliativo de delitos futuros, y en vano se contará con él en la mayoría de los casos». Habría que incidir en las «causas» del delito, destruyendo el verdadero germen de lo malo, pues sólo después de esta rehabilitación interior, sería posible la reincorporación del penado a la sociedad civil (120). Giner de los Ríos, concebía la pena como un bien, como una restricción y protección de la libertad del sujeto «en interés del organismo del Derecho», que eleva a aquél «desde la condición de criminal a la de miembro útil de la Humanidad y del Estado» (121). Silvela advierte que la enmienda no se busca en favor del culpable, «sino como exigencia y derecho del Estado y de todos sus miembros». Porque, a su entender, la restauración del orden jurídico no se consigue plenamente con el castigo del delincuente si subsiste la causa real de su conducta antijurídica,

(117) Cfr. SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., págs. 85 y 86.

(118) Así, expresamente, DORADO MONTERO, P., *Estudios de Derecho Penal preventivo*, Madrid, 1901, cit., pág. 57.

(119) Así lo entiende, con toda razón, ANTÓN ONECA, J., en *La teoría de la pena en los correccionalistas españoles*. Estudios Jurídico-sociales, Santiago, 1960, II, pág. 1025 (Homenaje a Legaz Lacambra).

(120) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 149 y 163.

(121) GINER DE LOS RÍOS, F., *Resumen de Filosofía*, II, págs. 200 y 201 (en Obras completas, vols. XIII y XIV, Madrid, 1926).

que es la que debe extirparse (122). El mismo Dorado Montero, al razonar por qué el correccionalismo no es un sistema represivo, sino preventivo, decía: «... se trata de un sistema donde se ataca la raíz, la causa del delito, y no para borrar el que ya ha tenido lugar... sino para impedir los que en adelante pudieran cometerse» (123).

Para el correccionalismo, por tanto, 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. La resocialización, pues, es más una utopía romántica y paternalista que un pretexto defensivo.

c) Una postura intermedia mantienen los partidarios de la *Defensa social* (124), movimiento de política criminal que trata de conciliar la eficaz lucha contra el delito y la resocialización del delincuente. La actitud ante éste es, sin duda, la nota más característica de la nueva defensa social: el reo —afirma Marc Ancel— no será sometido a la justicia penal con un fin de expiación, de venganza o retribución, sino con el propósito de aplicarle un tratamiento encaminado a su resocialización. Este tratamiento constituye, a su vez, una actividad de protección de la sociedad y materializa la lucha de ésta contra el crimen. Su objetivo inmediato es la resocialización, esto es, devolver al delincuente a la comunidad jurídica en condiciones de «una vida social libre y consciente» (125); su objetivo mediato, la más eficaz lucha contra el crimen y defensa de la sociedad. Su humanismo, como su imagen del delincuente, permite distinguirla y diferenciarla. Porque (126) el delincuente es considerado no como un pecador llamado a expiar su falta, como pensaron los clásicos, ni como un irresponsable condenado al crimen por su naturaleza —versión de los positivistas radicales— ni como un minusválido o un enfermo necesitado de ayuda, tesis de los correccionalistas, sino como un miembro de la sociedad que ésta debe tratar de comprender, investigando los motivos de su crimen y el porqué de su actitud antisocial. La meta de la resocialización, para la defensa social, es un objetivo «realista» que trata de alcanzarse y espera alcanzarse, con una coordinada acción del Derecho penal, de la Criminología y de las disciplinas peniten-

(122) SILVELA, L., *Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, I (1874), Madrid, págs. 263 a 269.

(123) DORADO MONTERO, P., *Estudios*, cit., pág. 62.

(124) En cuanto a la denominada «defensa social nueva», cfr., SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., págs. 98 y ss.

(125) *La nueva defensa social*, Buenos Aires, 1961 (traducción de F. Blasco y D. García), págs. 127 y 145.

(126) SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., pág. 101..

ciarias, esto es, científicamente. En este sentido, la imagen del hombre no se mide necesariamente en términos de «peligrosidad»; ni es equiparado al enfermo o minusválido, ni al «retrasado social».

d) Finalmente, para el *marxismo*, el delincuente es una víctima de las estructuras de la sociedad capitalista. Quien tiene que resocializarse es la sociedad y no el individuo. La resocialización (al modelo de la sociedad capitalista) es un «mito» (127) o un «engaño», con el que sólo se pretende la defensa del «status quo», y la imposición al sujeto, de los valores de la sociedad burguesa, de la clase dominante.

Por el contrario, el programa resocializador en las declaraciones oficiales de las democracias populares, se presenta como expresión indiscutible del «humanismo socialista». «A pesar de que las causas de la criminalidad van venciendo, de forma paulatina, a través de la capacidad de concienciación de la sociedad socialista, nuestro Estado —se afirma en una de ellas (128)— no puede renunciar aún en nuestros días, a la pena privativa de libertad en cuanto resorte específico en el marco de un sistema de medidas estatales y sociales. En el supuesto de aplicación de la misma, por su propio contenido ha de ir dirigida, también, a la educación del infractor, educación que si bien se lleva a cabo bajo condiciones especiales, se inserta obviamente en el proceso de educación social y allana al condenado el camino para el retorno a la vida social. Como toda actividad estatal, la de los Organos de la Administración de Justicia, ha de servir para buscar el camino de la lucha consciente para la victoria del socialismo... Desde este punto de vista la reinserción del penado en la vida social es, no sólo expresión, sino exigencia incondicionada del socialismo humanista... Por ello, es necesario reconocer y comprender que el proceso de reinserción no es sólo un período especial, dentro del tiempo de duración del de prisión, sino que debe continuar persiguiéndose tal fin más allá de éste». La necesidad de un programa resocializador máximo y omnicomprensivo, prestado no sólo por los órganos de la ejecución, sino por toda la sociedad, como programa reeducador, deriva de la evidencia de que la reinserción del penado será efectiva sólo en cuanto éste «comience una nueva vida sobre firme suelo» (129). Y encuentra su fundamento en la Ley, en el «derecho» del penado a la reinserción, y en la obligación «moral», que incumbe a los órganos del Estado y a la sociedad, como expresión misma de la concepción marxista leninista del mundo (130). La

(127) Por todos, MUÑOZ CONDE, F., en su trabajo reciente sobre *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*.

(128) Wiedereingliederung aus der Strafhaft entlassener Personen in das gesellschaftliche Leben. Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, que recoge y comenta la declaración del Presidente del Consejo de Estado de la DDR ante la Volkskammer, el 4 de octubre de 1960 (páginas 11 y ss).

(129) *Wiedereingliederung*, cit., pág. 13.

(130) *Wiedereingliederung*, cit., pág. 14.

importancia decisiva de las reminiscencias del pensamiento y hábitos capitalistas en las causas de la criminalidad (131) y la correlación existente entre reincidencia y proceso de resocialización insatisfactorios (132) demuestra la necesidad de una eficaz orientación resocializadora del penado al modo de pensar y a las costumbres socialistas. La actitud personal del penado será de particular significación en este sentido, pero nunca un impedimento. Hay caracteres «fuertes» y personas débiles de voluntad o de actitud lábil. Mas, como la voluntad no está condicionada, de forma necesaria, por la herencia, podrá ser remodelada y desarrollada. Pues, en definitiva, la configuración de la voluntad del hombre depende, en buena medida, del hombre mismo (133).

En todo caso, prescindiendo de la polémica doctrinal reseñada y de sus connotaciones ideológicas, lo cierto es que la consecución de una función penal resocializadora y humanitaria, en interés del recluso y no sólo por móviles «defensistas» sigue siendo una meta codiciada que se señala como última fase en el proceso histórico de evolución del Estado y del Derecho (134).

V. *Polémica actual sobre el concepto de resocialización.*

a) *El éxito e implantación de la «filosofía de la resocialización»: sus causas.*

De todo lo expuesto, se desprende que el término resocialización es absolutamente problemático. Que existe una total discrepancia en cuanto a su alcance, fundamento y consecuencias. Que puede entenderse como un «fin» esencial de la función penal, que legitima a ésta, o como un criterio de interpretación en materia de ejecución de penas y medidas privativas de libertad (ejecución individualizada y humanitaria); resaltándose el efecto de adaptación del individuo al modelo social (planteamiento «funcionalista») o el cambio cualitativo: reforma, corrección, etc., que ha de experimentar el sujeto para reinsertarse en la comunidad jurídica (tesis correccionalistas); reclamando un comportamiento externo del sujeto acorde con la legalidad penal (programas resocializadores mínimos), o exigiendo que aquél acate, interiorice y asuma los valores y normas del grupo, sin distinguir conducta externa y actitud interna (programas máximos), ni conformarse con evitar la reincidencia; desde una óptica meramente defensiva, para una mejor protección de la sociedad, sin contar, si fuera preciso, con la voluntad y cooperación del penado, sometiendo a éste a un tratamiento capaz de modificar sus propias estructuras mentales

(131) *Wiedereingliederung*, cit., pág. 15.

(132) *Wiedereingliederung*, cit., págs. 18 y 19.

(133) *Wiedereingliederung*, cit., pág. 14.

(134) MTR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., 74.

o corporales (tesis de fensistas: positivismo): o desde una concepción humanitaria, llevando a cabo una función «tutelar» en interés del penado, con el consentimiento de éste y renunciando a terapias que impliquen falta de respeto a su dignidad de hombre; viendo en éste un pecador que ha expiado ya su culpa (clásicos), un ser peligroso y temible del que hay que proteger a la sociedad (positivistas), un enfermo o un minusválido necesitado de protección y tutela (correccionalistas), un «retrasado social», como consecuencia de trastornos y déficit en el proceso de socialización, que ha de ser extraído de su aislamiento (teoría de la socialización). un miembro de la sociedad a quien ésta ha de comprender, buscando las causas del crimen y poniendo remedio a las mismas (defensa social nueva); una víctima de las estructuras socio-económicas de la sociedad capitalista, un simple producto o resultado de procesos sociales de interacción y del poder definitorio de ciertas instancias (marxismo, criminología crítica, etc.)..., etc.

Sin embargo, a pesar de la equivocidad del programa resocializador, de las muchas acepciones y significados de éste, el término «resocialización» se ha impuesto de forma avasalladora. La razón tal vez deba encontrarse en su indiscutible valor «lemático», facilitado por la indeterminación de su contenido, que le han permitido presentarse como expresión abreviada del «antirretribucionismo dogmático», como alternativa al mismo, y como bandera de una acertada y oportuna estrategia de política criminal (135). El ideal resocializador, en cuanto bandera antirretribucionista, ha amparado numerosas posiciones doctrinales que sólo tenían en común el propugnar una alternativa válida a las teorías absolutas, pero ocupándose más de resaltar su oposición global a éstas que sus importantes dimensiones internas. A su éxito han contribuido, también, como es lógico, su cariz humanitario —al que dice ser tan sensible nuestra época— y, de algún modo, el ingrediente utópico de la idea de resocialización, que presagia una sociedad mejor que no necesita de la coacción ni de la fuerza frente al comportamiento desviado (136); esa sociedad —en palabras de Radbruch— que permitirá no ya un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal (137).

b) Argumentos a favor de la «resocialización» del delincuente.

El ideal resocializador, a pesar de su ambigüedad y contradicciones, presenta un saldo muy favorable. Sobre todo, en lo que ha contribuido a superar y desterrar las doctrinas absolutas de la pena y apuntar nuevos caminos a la función penal (137 bis).

(135) Vid., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., nota 3.

(136) Una exposición crítica de los planteamientos «utópicos», en NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 37.

(137) RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 1950 (4.ª ed.), por E. Wolf., pág. 269.

(137 bis) Cfr., GARCÍA-VALDÉS, C., *La nueva penología*, Madrid, 1977 (Instituto de Criminología), pág. 48, y bibliografía allí citada.

Por una parte, en lo *metodológico*, ha significado un importante giro hacia lo concreto. Ha puesto de relieve, por ejemplo, el gran abismo que separa la teoría de la praxis y la necesidad de estudiar la pena como proceso total que incide en un hombre concreto y determinado. La ha desmitificado, librándola de los tópicos y mágicos mecanismos con que la habían rodeado las teorías absolutas; contribuyendo a su oportuna racionalización, además, en el sentido de resaltar el carácter «instrumental» de la pena, medio que ha de producir, para que se justifique, un saldo positivo en el «balance» de sus «pros» y «contras» (138).

Las tesis resocializadoras, por otro lado, son perfectamente congruentes con la *realidad política* del modelo de Estado de nuestros días: el Estado social-intervencionista. El Estado clásico-liberal no podía admitir, como es lógico, ni la idea de la resocialización, ni la del tratamiento. Pero el Estado social, activo gestor —y no mero observador— de los procesos sociales, atento y preocupado por las causas del delito y por evitar la reincidencia, asumió la bandera de la resocialización. Nada más eficaz, incluso, desde el punto de vista de la lucha contra la criminalidad que incidir en las causas de la misma y procurar la readaptación del individuo a las normas y pautas del grupo. El fracaso de la pena retributiva, especialmente a propósito de determinados tipos de delincuencia, avalaban la necesidad del tratamiento resocializador.

Finalmente, desde un punto de vista de *política criminal*, ¿cómo dudar siquiera de que el ideal «resocializador» parece apuntar una alternativa válida de futuro? En efecto, si la pena no es una cuestión de principios, un imperativo categórico (139), un resorte dialéctico (140), un remedio mágico que restaura el orden jurídico violado y el señorío del Derecho (141) o que permite la sublime reconciliación del delincuente consigo mismo y con la sociedad (142); si la pena es una «amarga necesidad», que se justifica por los cometidos de prevención que desempeña, es obvio que la «resocialización» aparece, conceptualmente, como una alternativa válida.

¿Cómo puede cuestionarse que el interés de la comunidad en recuperar al delincuente tras de cumplir su pena como miembro apto para la vida y fiel al Derecho, se corresponde asimismo con el verdadero bien del penado y con la idea del desarrollo de su

(138) Así, SCHMIDHÄUSER, Eb., *Vom Sinn der Strafe*, cit., págs. 72 y 73.

(139) Sobre el pensamiento de KANT, vid., *Metaphisik der Sitten*, al parágrafo 49E, I; KANT, *Studienaufgabe der wissenschaftlichen Buchgesellschaft IV*, 1956, págs. 453 y ss. (1797). Cfr., ROXIN, C., *Strafrechtliche*, cit., pág. 2.

(140) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Recopilación de G. Gens, 1883, parágrafos 87 a 88. Cfr. SCHMIDHÄUSER, Eb., *Vom Sinn der Strafe*, cit., pág. 21.

(141) BINDING, K., *Die Normen und ihre Ubertretung*, I (Normen und Strafgesetze), 3.^a ed., 1916, pág. 420. Cfr., *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, de ARMIN KAUFMANN, Göttingen, 1954, págs. 16 y 17.

(142) En cuanto a las teorías de la «expiación», vid. NOLL, P., *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, págs. 8 y ss.

personalidad? (143). El ideal resocializador, como apunté, enlaza, además, con el principio de solidaridad y de corresponsabilidad, que compromete a la comunidad con la suerte de sus miembros, del mismo modo que éstos son, también, partícipes del propio bienestar social. En último término, la resocialización parece presentarse como la codiciada tercera vía a la alternativa: retribución o utópica lucha contra las estructuras.

c) *Objeciones al pensamiento de la resocialización.*

No puedo terminar, sin embargo, esta exposición sin aludir a los numerosos reparos que se han objetado a la idea de la resocialización. Reparos que, a entender de algunos, son útiles para reflexionar sobre los límites y contenido de aquélla; mientras para otros, obligan a rechazar el «mito» —cuando no el «engaño»— de una determinada sociedad; o sirven para reforzar posturas retribucionistas tradicionales (144).

Me referiré a las objeciones genéricas contra la idea de resocialización, como modalidad de las tesis prevencionistas, y a las formuladas en los últimos años por la denominada criminología crítica.

1') Las objeciones *genéricas* apuntan a consideraciones políticas y a la teoría de los fines de la pena.

Políticamente, se ha dicho, la idea de la resocialización no permite trazar un límite claro y preciso al «ius puniendi» estatal, con lo que se frustra uno de los objetivos liberales más trascendentales (145). Porque, ¡quién no necesita, de algún modo o en alguna ocasión de su vida, corregirse, adaptarse o resocializarse, sin que por ello se justifique en todos estos casos la imposición de una pena! Por otra parte, la experiencia histórica ha demostrado que los ideales resocializadores son proclives al abuso, a la manipulación política (146). Que, de hecho, siempre suele ser el contrincante o el adversario político el necesitado de corrección, de reforma, de resocialización. No me constan antecedentes del ideal resocializador en regímenes liberales, por lo que no es una garantía tranquilizadora el humanismo del que hacen gala algunos de los autores que lo propugnan.

Desde la teoría de los *fines de la pena*, se ha dicho gráficamente que ésta, en cuanto institución y control social, no se justi-

(143) Así, en favor de este ideal resocializador, ROXIN, C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., págs. 24 y 25.

(144) Porque la crítica de la idea de la resocialización se lleva a cabo tanto desde posturas conservadoras-retribucionistas como desde posturas progresistas.

(145) En este sentido, por todos: ROXIN, C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., págs. 6 y 7. En general, y respecto a todas las teorías «relativas», RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en R. G. de Legislación y Jurisprudencia, 1965 (separata), págs. 11 y s.

(146) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Significado político*, cit., pág. 23.

fica por razones de resocialización: que no castigamos para resocializar, ni es este el motivo de que se criminalicen ciertos comportamientos desviados (147). Una función penal exclusivamente resocializadora, además, comprometería las necesidades de prevención general, pues ésta obliga a incidir, con eficacia, no sólo sobre los criminales necesitados de resocialización (que son los menos), sino también sobre los delincuentes que no la requieren porque están «socializados», y sobre la criminalidad potencial, que aún no ha franqueado las barreras de la legalidad (148). La meta de la resocialización, al hacer referencia a la «total» personalidad del autor, y no a una parte de ésta ni a un comportamiento aislado (149), rompe con el principio de la responsabilidad penal proporcionada a la gravedad del hecho cometido. Pues, del mismo modo que hay delincuentes que no necesitan resocializarse —y viceversa—, cabe una rápida resocialización después de un grave delito, y una lenta resocialización tras la comisión de hechos punibles de escasa estidad (150). Se pone el acento, excesivamente —y con poco realismo— en la dignidad del delincuente, olvidando, tal vez, los no menos dignos intereses de la víctima. Y no se evitan las ficciones e incoherencias de las teorías absolutas. Pues, si la pena es un «mal», retribución del hecho «culpable», difícilmente se puede pretender con ella la «resocialización» del autor. No es fácil conciliar prevención defensiva y resocialización en interés del penado —mal y bien— por más que se distinga artificiosamente entre la «conminación legal abstracta», dirigida a fines preventivistas, y la «ejecución» de la pena concreta, orientada a metas resocializadoras. La pena no resocializa, sino que estigmatiza.

Pero la propia *filosofía* de la «adaptación» y de la «resocialización» ofrece numerosos puntos débiles. Ante todo, porque exige un modelo o referencia al que ha de aproximarse o identificarse el individuo; y en la sociedad pluralista de nuestros días no existe un tal modelo unitario y definido, sino una pluralidad de conjuntos normativos con frecuencia contradictorios y un mosaico fraccionado de esquemas de vida, ideologías y programas. Falta la base unitaria y la comunidad de intereses y metas que hacen posible un programa resocializador. En segundo lugar, porque tampoco existe acuerdo respecto al grado de aproximación del individuo al grupo en los programas resocializadores, presentando graves problemas, tanto los denominados programas «máximos» como los «mí-

(147) Así, expresamente, SCHMIDHÄUSER, Eb., *Strafrecht., All. T.*, 2.^a ed., pág. 54; del mismo, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a ed., 1971, págs. 42 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht., All. T.*, cit., pág. 26.

(148) En este sentido, LÄW, *Individuelle und kollektive Schuld*, en ZRP, 1973, 4, pág. 93.

(149) Como reconoce K. PEIERS, *Resozialisierung*, cit., pág. 507, nota 12.

(150) Lo que conduce, penalmente, a unas «valoraciones» inadmisibles, que rompen toda relación entre la gravedad del hecho cometido y las consecuencias jurídicas del acto. Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Cara y cruz de las sanciones penales*, en Cuadernos para el Diálogo, 1963, pág. 48. ROXIN, C., *Strafrechtliche*, cit., pág. 7.

nimos». En tercer lugar, porque los presupuestos (inadaptación y necesidad de resocialización) y los medios resocializadores (pena o tratamiento) están justamente muy cuestionados. En cuanto a los primeros, adolecen del relativismo y circunstancialidad de los pronósticos de «peligrosidad», pues en nuestros días carecemos aún de datos empíricos fiables para emitir un juicio de futuro sobre la necesidad de resocialización o el éxito del tratamiento adecuado para un concreto sujeto. Considerar a un hombre «retrasado social», por razón de un déficit del mismo en los procesos de aprendizaje y adaptación, parecerá más halagador que la imagen de «subhombre», «minusválido» o «salvaje», que otras doctrinas prefieren, pero sus consecuencias son muy semejantes: se emite un pronóstico sobre la personalidad «total» de un individuo en base a una concreta manifestación o perspectiva de la misma, prescindiendo del necesario análisis global de aquélla —del «balance total», que podría ser favorable (151)—; quedan fuera de toda sospecha ciertas formas de la moderna criminalidad, porque no se asocian a la imagen tradicional de lo «asocial» («white collar») y se olvida que necesitado de resocialización no lo es sólo ni principalmente el criminal que cae en manos de la justicia; todo ello sin perjuicio de que —como se ha apuntado —la resocialización no siempre es necesaria, ni posible: y que, en el segundo caso, no queda otra alternativa que la innocuización. Por último, los medios resocializadores hoy conocidos (pena o tratamiento) son también cuestionados. La resocialización no puede ni debe «imponerse» coactivamente. La pena, en todo caso, no es el instrumento más adecuado, por sus efectos destructivos, irreversibles y estigmatizadores. Es más fácil resocializar a quien no ha sufrido una pena que a quien ya la ha sufrido; hasta el punto de que, en la consideración social, suele ser más el hecho de haber cumplido la pena que el de la comisión del delito, lo que desmerece a los ojos de los conciudadanos. La pena no resocializa, sino todo lo contrario; sin olvidar que, en buena lógica, la idea de resocialización debería conducir a un Derecho de «medidas» y no de «penas»; y que, planteado el problema en las coordenadas políticas actuales, es obvio que el Estado moderno, que es un Estado «intervencionista», cuenta, sabe utilizar y, por tanto, puede exigírsele que utilice un sinnúmero de resortes eficaces y adecuados antes que la pena.

Pero el argumento más poderoso contra el ideal resocializador tal vez sea el panorama que ofrece la *realidad penal y penitenciaria* en no pocos países. Las penas que se aplican y el modo en que se aplican. Precisamente por la acusada tendencia a la «prevención general», que se aprecia en determinados sectores de la criminalidad, y en el empleo de ciertas penas, se ha dicho que es necesario contrarrestar dicha tendencia con un giro hacia la prevención «especial». En materia de «tráfico», de «delincuencia económica» y «po-

(151) Sobre la «estrechez» de las bases del juicio resocializador, vid., en este sentido, SCHMIDHÄUSER, Eb., *Vom Sinn der Strafe*, cit., págs. 62 y 63.

lítica», de «faltas», el ordenamiento jurídico tiende a dar rienda suelta a los mecanismos de control penal que se orientan de acuerdo con las exigencias de la prevención general (152). Prescindiendo ya del escaso efecto resocializador que puedan producir las penas privativas de libertad, por el sistema de ejecución actual de las mismas (153), no cabe duda que el elevado porcentaje que en el total de la criminalidad y en el repertorio de penas significan la delincuencia económica y la pena de multa (154), respectivamente, son argumentos contra la supuesta orientación de los sistemas punitivos de nuestros días hacia la meta resocializadora. A lo que se añade, desde luego, la existencia de penas privativas de libertad de duración perpetua, y el régimen de la multirreincidencia, que tampoco parecen avalar optimistas augurios. En el marco procesal, por último, se ha destacado, también, que no es el ideal resocializador criterio básico del proceso, en todas sus fases, sino, a lo sumo en la final (ejecución), pues en las anteriores prevalecen las exigencias de la prevención y de la retribución (155).

2') *Oposición actual al pensamiento de la «resocialización»: crisis de la denominada «ideología del tratamiento» y aportaciones de la criminología crítica.*

En los últimos años se ha acentuado la oposición al pensamiento de la resocialización. El debate y la polémica se han centrado, desde entonces, en el tratamiento y en la legitimidad de la propia idea resocializadora. Se aunan los esfuerzos por coordinar los datos suministrados por la Sociología, la Psicología, el Psicoanálisis, la Criminología, etc. Paradójicamente, lo que preocupa sin embargo, no es la posibilidad efectiva de la resocialización, sino su legitimidad. La «culpabilidad» de la sociedad, el carácter «normal» del crimen y su «ubicuidad», la importante «función social» que éste cumple —función necesaria e imprescindible— hacen de la delincuencia un «producto de sociedad». Por lo que no tendría sentido —se afirma— hablar de resocialización del individuo, sino de cambio de las estructuras sociales. Metodológicamente esto significa un cambio de objeto: hasta ahora se había examinado al sujeto social, ahora hay que pasar la cuenta a la sociedad culpable y

(152) Así, G. KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist.*, cit., pág. 370. A juicio del autor, la sociedad tiende, por inercia, a satisfacer las necesidades de la prevención general, al menos en ciertos sectores de la criminalidad. Por ello, habría que contrarrestar esta tendencia, considerando las necesidades de la prevención especial.

(153) Sobre el problema, por todos, GARCÍA-VALDÉS, C., *La nueva penología*, cit., págs. 32 yy ss. y 46 y ss.

(154) Cfr., NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 25 y ss. El argumento se utiliza también por KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist.*, cit., pág. 369; y por SIMSON, *Behandlung statt Strafe? Zu den schwedischen Kriminalreformen*, en ZRP, 1972 (11), pág. 266.

(155) Así, NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 33 y 34.

estudiar su psicología, con la ayuda de los nuevos instrumentos científicos; no se trata ya tanto de «a quién» queremos castigar, sino de «quién» es el que castiga. No es necesario resaltar que esta sociedad, blanco de todas las críticas, es la sociedad capitalista occidental, cuyas estructuras de jerarquía, de dominación y explotación —se dice— «producen» el crimen.

La «ideología del tratamiento» es objeto, en nuestros días, de un profundo proceso de revisión, fundamentalmente en lo que se refiere al denominado «tratamiento social pedagógico» y «social-terapéutico» (156), que constituyen el centro de todas las críticas. Y cuentan con el respaldo de años de investigaciones empíricas en los países nórdicos.

El carácter «normal» —no patológico— y la «ubicuidad» del crimen han sido, en una primera etapa, argumentos favoritos para demostrar la inutilidad de cualquier tratamiento resocializador. El delincuente —se insistía— no es un enfermo y la criminalidad, además, opera como un fenómeno normal, inevitable, necesario (157). Posteriores investigaciones han demostrado, sin embargo, el valor más limitado de las de los primeros pioneros, tal vez un poco «naiv» (158). Porque lo cierto es que actualmente nadie afirma, con solidez científica, que el delincuente sea un enfermo. El concepto de enfermedad no juega papel alguno en la justificación, ni siquiera de los establecimientos de terapia social (159). Por otro lado, la repetida comisión de hechos criminales muy graves se ejecutan por un número muy reducido de expenados, minoría cuya posible descripción y análisis posibilita —y justificaría, en su caso— un tratamiento resocializador (160).

La primera objeción de peso, sin embargo, es de carácter pedagógico. Simson se ha referido a ella, enlazando con el sector más progresista de criminólogos y sociólogos suecos, que censuran desde finales de la década del sesenta la efectividad, orientaciones y metodología del tratamiento, con expresiones tan sugerentes como: «el tratamiento como pena», o el «mito del tratamiento». Para el autor, las posibilidades de un tratamiento resocializador aparecen de antemano limitadas por la flagrante contradicción que implica querer adaptar un hombre a la sociedad y —precisamente

(156) Como apunta KAISER, el concepto de «tratamiento» es equívoco, siendo, fundamentalmente, las dos modalidades apuntadas las únicas que suscitan críticas (Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., página 366).

(157) En cuanto a los partidarios de estas objeciones, cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 367.

(158) En este sentido, KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., página 368.

(159) Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 367, y relación bibliográfica allí citada.

(160) En este sentido, KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., página 368.

por ello— aislarle coactivamente de la misma (161). De un sistema de tal naturaleza —añade Simson— no cabe esperar más que una terapia «desintoxicadora», «purificadora» o de trámite (162). A este contrasentido, que sin duda produce un efecto antipedagógico en el penado, se añaden las consecuencias derivadas de los medios y sistemas que se adoptan en los diversos tratamientos. No es que éstos hagan difícil la meta resocializadora, sino que producen el impacto contrario. En efecto, cada vez son más los autores que, al examinar la vida en la prisión, advierten que ésta se caracteriza por la aparición de una genuina «subcultura» (163). Esto es, un conjunto normativo autónomo que coexiste paralelamente con el sistema oficial de valores, y al que el preso tiene que adaptarse, por mucho que pugne dicha subcultura con los valores y pautas oficiales y, por supuesto, con los programas resocializadores. Desde Clemmer se admite la existencia de un «código del recluso» (164) y se examina el proceso de incorporación de éste a la nueva cultura —«subcultura»— cuyos pasos inmediatos se han caracterizado con los términos de «desculturación» (pérdida de las capacidades vitales y sociales mínimas para la vida en libertad: del control situacional, de la propia iniciativa, y de la autorresponsabilidad) y «prisonización» («asunción del código de valores, usos y tradiciones del establecimiento penitenciario») (165). La vida en prisión, por tanto, no sólo no favorece la actuación o el aprendizaje de los valores ignorados o lesionados por el delito, sino que obliga a aprender al recluso un específico código de valores: el propio de una subcultura que se halla en conflicto con el modelo oficial de sociedad hacia la que pretende orientarse al penado (resocializarle) con el tratamiento.

El carácter coactivo del tratamiento y la imprecisión o inefectividad de los controles jurisdiccionales del mismo constituyen una segunda objeción. Se ha insistido frecuentemente que significa un atentado contra los derechos fundamentales del recluso (166), por cuanto éste es tratado como un mero «objeto» al que se «manipula». Por ello gana terreno la tesis favorable al tratamiento «en libertad», y, en todo caso, la convicción de que tanto éste como el que se lleve a cabo en régimen de privación de libertad, es un «derecho» de la persona afectada, y no una «obligación» que pueda imponerse coactivamente (167). El «derecho a no ser tratado» aparecería como manifestación del «derecho

(161) «*Behandlung als Strafe*», «*Behandlungsmythos*», etc., cfr., SIMSON, *Behandlung statt Strafe*, cit., pág. 264.

(162) SIMSON, *Behandlung statt Strafe*, cit., pág. 266.

(163) Cfr., GARCÍA-VALDÉS, C., *La nueva penología*, cit., págs. 37 y ss., y bibliografía allí citada.

(164) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 16.

(165) Terminología de GOFFMAN y de CLEMMER (Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 17).

(166) Por todos, KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 363.

(167) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 18.

a ser diferente», incuestionable en toda sociedad pluralista y democrática (168). El consentimiento, la aceptación del afectado, y la activa participación de éste en el concreto tratamiento, son exigencias ampliamente compartidas, que comienzan a adquirir consagración legal en diversos ámbitos jurídicos. De ahí que despierten justificados recelos textos, como el del Anteproyecto de Ley General penitenciaria, donde se alude al «deber» del interno de colaborar en el tratamiento (169).

La tercera y última objeción apunta a la insuficiencia de nuestros actuales conocimientos, tanto respecto al fenómeno de la criminalidad como al de la terapia en cada caso adecuada (170). No hemos avanzado tan deprisa como fuera de desear. La criminalidad y sus causas sigue siendo un «acertijo», como dice Lange (171). Algunos autores han llegado a afirmar que nos aproximamos al «punto cero» en las ciencias criminológicas (172). Se trata, tal vez, de una actitud prudente y realista, más que de decepción, pero es un dato más. La alternativa: «penar» o «tratar» es, hoy por hoy, prematura, porque falta una base empírica sólida que permita programar científicamente y con un mínimo de garantías los oportunos tratamientos, y las terapias en cada caso más adecuadas al complejísimo y todavía poco conocido espectro de la delincuencia.

La actual encrucijada conduce a tres opciones. Para unos, no se puede renunciar al tratamiento, si bien éste no es una alternativa global y excluyente de la pena, sino sólo válida para ciertos supuestos de criminalidad y siempre perfectible (173). Para otros, es un mito, un engaño, por la forma en que se ejecuta y la manipulación que implica (174). Otros autores pretenden buscar una mágica «tercera vía» (175). En este sentido, parece valiosa la apreciación de Karl Peters: una imagen total, desde el punto de vista criminológico del crimen y del delincuente —afirma el autor—, falta aún a pesar de las completas investigaciones empíricas de los últimos años; y la razón estriba —continúa— en el orden metodológico: en el planteamiento estrictamente «científico» (esto es: empírico) con que se orientan, al olvidar que hay realidades, como el crimen, que no se pueden comprender satisfactoriamente

(168) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 19.

(169) Así, en sentido crítico, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 19.

(170) Es la objeción, tal vez, más extendida: Cfr., MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, cit., pág. 22, y amplia reseña bibliográfica contenida en nota 9; PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., págs. 511 y 512; Löw, *Individuelle und kollektive Schuld*, cit., págs. 92 y ss.

(171) Cfr., Löw, *Individuelle und kollektive Schuld*, cit., nota 14.

(172) Así, KUTCHINSKY, Cfr., KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 161.

(173) En este sentido, la matizada postura de KAISER, que parte de la necesidad de un planteamiento distinto al de la alternativa: «penar» o «tratar» (*Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., págs. 368 y ss.).

(174) MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 22.

(175) Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 368.

desde una sola óptica, con desprecio de toda referencia al mundo de los valores. Cuanto más pretenda explicarse el delito—dice el autor citado—exclusivamente de la mano de la sociología, de la psicología o del psicoanálisis, tanto más fácil será encontrar mecanismos que expliquen el porqué de la comisión del delito, pero, también, tanto más se prescindirá del trasfondo ético y moral sin el que no cabe hablar de resocialización. Es necesario conectar con el mundo de los valores, de las grandes concepciones del hombre y de la sociedad, que quedan fuera de las ciencias empíricas del «dato». Lo contrario supondría reducir el problema de la resocialización a una técnica de correlación de fuerzas, y el hombre a una mera víctima de la misma (176).

La *criminología crítica* constituye, en nuestros días, la fuente de una política criminal alternativa (177), que parte de los datos poco armónicos y homogéneos suministrados por un sinfín de disciplinas extrajurídicas, y, fundamentalmente, por la denominada sociología criminal liberal (178). En lo metodológico supone un importante cambio del «objeto», culminando un proceso histórico que comenzó por examinar el «delito» primero, el «delincuente», después, y las «estructuras sociales» y procesos de interacción, por último (179). El planteamiento «interaccionista» (180), que ve en el crimen no una «cualidad ontológica de la acción», sino el producto de un proceso interaccionista, la resultante neutra de un poder social definitorio que se concreta a través de las denominadas «instancias criminalizadoras»; el paso de un planteamiento clásico «bio-psicológico», que cree encontrar en el propio individuo o en su «inadaptación» las causas del crimen, a un planteamiento macrosociológico, preocupado de poner de relieve las relaciones de funcionalidad o disfuncionalidad entre el «comportamiento desviado» y las «estructuras sociales»; y el salto cualitativo que supone la superación del «paradigma etiológico» de la criminología tradicional (181), con el consiguiente paso del examen de las «causas» del delito (teorías de la criminalidad) al de los «mecanismos de control social» del comportamiento desviado (teorías de la criminalización), son tal vez las notas más significativas de esta «nueva» o «joven» Criminología. En orden al pensamiento de la «resocialización», las consecuencias son obvias. Si la «crimina-

(176) *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., págs. 511 y ss.

(177) Así, BARATTA, A., *Criminología crítica y política penal alternativa*, en *Revue internationale de Droit pénal*, cit., págs. 43 y 44 (y reseña bibliográfica allí citada).

(178) Cfr., reseña bibliográfica en BARATTA, A., *Criminología crítica*, cit., pág. 44, nota 3.

(179) Cfr., SCHUR, en *Abweichendes Verhalten*, I, cit., págs. 73 y ss.

(180) La acentuación de la nota «interaccionista», como particularidad metodológica y sus implicaciones, en H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätentstehung und -behandlung als Sozialprozesse. Kritische Überblick über die kriminologischen Kongresse im Herbst 1977*, JZ, 1972, pág. 192.

(181) Sobre esta característica fundamental de la Criminología crítica, vid. BARATTA, A., *Criminología crítica*, cit., págs. 44 y 45.

lidad» no es algo patológico, anormal, aislable, propio de una «minoría inadaptada», «externo» a la sociedad y que deba aniquilarse por completo, sino un comportamiento social normal, producto de las propias estructuras sociales, necesaria siempre que se mantenga dentro de ciertos parámetros, y que cumple importantes funciones; si cada sociedad tiene la criminalidad que merece (182) y que necesita; entonces, lejos del «optimismo naiv» que cree poder terminar con la criminalidad, o de «declarar la guerra» de la sociedad contra ésta (183), habrá que reconocer que no se puede atribuir el delito a deficiencias genéticas o psicológicas individuales, eludiendo el contexto social (184); que no se puede —ni se debe— terminar por completo con la criminalidad, ya que, en definitiva, es la sociedad la que produce tan pronto ciudadanos honrados como comportamientos desviados, siendo unos y otros, por igual, «funciones» y partes «integrantes» del sistema social (185). En dos palabras: que criminal sería la sociedad, al «producir» la criminalidad, a través de tres mecanismos: el mecanismo de producción de las «normas» (criminalización primaria), el mecanismo de aplicación de las normas o de «selección» (id. secundaria) y el mecanismo de ejecución de penas y medidas (186), pero nunca el individuo. Y que la meta no puede reducirse a criminalizar ni a resocializar, sino a modificar profundamente las estructuras sociales (187). La culpable es la sociedad, y, por tanto, no es el individuo quien tiene que resocializarse.

Del examen de los procesos de criminalización desprende la criminología crítica sus objeciones contra el Derecho penal «burgués» que, con sus «mitos» (igualdad ante la Ley, culpabilidad, legalidad, resocialización, etc.) trataría de encubrir y reforzar la realidad de unas situaciones de desigualdad y de dominio.

a") *Negación del ideal resocializador desde determinados sectores de la psicología y el psicoanálisis.*

Desde la psicología y el psicoanálisis, han procurado explicarse los ocultos mecanismos de la declaración de culpabilidad, concluyéndose que, en definitiva, se trata de un mito más; pues, con ellos —se dice— la sociedad se limita a satisfacer ciertas necesidades, sin que para nada cuenten los méritos o deméritos individuales. El individuo es, simplemente, el «chivo expiatorio» o cabeza de turco, en el que se proyectan y descargan las culpas propias. Pero

(182) SCHUR, en *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 73.

(183) SCHUR, *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 62.

(184) SCHUR, *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 54. O como afirma BARATTA, A. (*Criminología crítica*, cit., pág. 44): que no se puede partir de la criminalidad como dato ontológico que precede a la «reacción social» y al propio «Derecho Penal».

(185) SCHUR, *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 62.

(186) Así, BARATTA, A., *Criminología crítica*, cit., pág. 45.

(187) SCHUR, *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 78.

en cuanto titular de esta importante función —más bien víctima anónima y fungible— el delincuente no es culpable de nada, paga por los demás, por la sociedad, atrayendo la carga de agresividad, frustraciones y culpa que sus conciudadanos tienen que «liberar» (188). Por eso sería utópico y falso todo programa resocializador que pretenda incidir en el individuo y no considere las estructuras sociales. Es más, la declaración de culpabilidad, con arreglo a la teoría del «chivo expiatorio», es un mecanismo psicológico que explica la función de la «criminalidad», y explica, también, por qué se apela tanto a los cometidos «expiatorios» de la pena y, sin embargo, se tiene tan poco interés en la «resocialización» del penado (189). En puridad, no tiene sentido hablar de ésta. Porque es la propia sociedad, que necesita el crimen, la que está creando un «clima emocional» propicio a la pena, un «super-yo agresivo y destructivo» (190) contrario al indispensable fundamento «racional», de aquélla. La «etización», la particular «moral» dualista y la «psicología» retribucionista y categorial de nuestra sociedad son, en realidad, culpables del «envenenamiento» de la atmósfera social que hace inútil todo ideal resocializador (191). Su instrumento es la «pena retributiva», con su notable coloración moral, falta de toda capacidad de convicción; la absolutización de los valores: «lo bueno» y «lo malo», propia de las éticas dualistas, que rompen en dos partes y enfrentan al hombre, desencadenando los mecanismos de proyección y de expiación antes aludidos (192). En conclusión, más que examinar al delincuente individual, asocial o inadaptado, hay que examinar a la sociedad punitiva y su agresiva psicología, causa del clima inhumano y criminógeno que aquél padece. Y antes de hablar de resocialización debe desterrarse el Derecho penal «retributivo», reconocer el carácter «fragmentario» del Derecho penal y acelerar la retirada de éste hacia terrenos libres de toda implicación valorativa y moralizadora, con la consiguiente renuncia al pensamiento categorial (193).

Estos puntos de vista deben tenerse en cuenta, a pesar de que se hallan, también, muy cuestionados. La sociedad, desde luego, necesita del delincuente y del no integrado: porque en ellos des-

(188) Cfr., sobre la teoría del «chivo expiatorio», Löw., *Individuelle und kollektive Schuld*, cit., pág. 94 y ss.; NAEGELI, E., *Aspekte des Strafens*, en *Hat Strafe Sinn?*, 1974, Herder, págs. 36 y ss.; SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden Gessellschaft.*, cit., págs. 375 y ss.

(189) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., pág. 375.

(190) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., pág. 373. Un examen particularizado de esta carga de «agresividad» que implica el penar, por más que se trate de recubrir con «justificaciones metafísicas», en NAEGELI, E., *Aspekte des Strafens*, cit., págs. 35 y ss.

(191) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., pág. 377.

(192) NAEGELI, E., *Aspekte des Strafens*, cit., págs. 40 y ss. SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., págs. 378 y ss.

(193) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., págs. 382 y 385.

carga sus afectos y agresividades (194), y porque el castigo recuerda la existencia de la norma infringida y actualiza la efectividad de los valores que subyacen a la misma. Pero la teoría de la «víctima propiciatoria» no explica por qué discurren como discurren los procesos de selección y control de la criminalidad. El modelo de «proyección» parece demasiado simplista. Es muy positivo su afán crítico y su preocupación por la humanización del sistema penal, así como su frecuente apelación a la responsabilidad solidaria de la sociedad, pero no satisface en cuanto respuesta al fenómeno complejo, global e integrador de la delincuencia. La teoría de la víctima propiciatoria puede hacer comprender que ciertas personas o grupos, son estigmatizados como «ovejas negras» y que así se cumple una función «expiatoria», «liberadora» y «consolidadora» de la propia sociedad; pero, como apunta Kaiser (195), no puede explicar por qué se elige a una y no a otra persona para cumplir este cometido, por qué se envía a la cárcel, por ejemplo, a diez —y no a una, a cien o a mil— y, por qué no basta con imponer una multa u otra sanción. La Biblia, al menos, lo atribuía a la «suerte»; Lombroso, al estigma corporal del delincuente; y la doctrina hoy dominante, al efectivo carácter nocivo del comportamiento del sujeto (196). La muy diferente reacción de la sociedad ante las diversas clases de criminalidad (por ejemplo: la de grupos inadaptados y la «white collar») parecen avalar la tesis contraria (197).

b") *La «resocialización» como «mito». Planteamientos contrarios a la misma desde la sociología y la criminología.*

Pero es desde la sociología y la criminología donde proceden las críticas más duras para el ideal resocializador.

Baratta, en un conocido trabajo (198), ha resumido aquéllas, calificando de «mito» y de meras «declaraciones ideológicas» (en el sentido marxista, esto es: en el de falsa conciencia que pretende legitimar instituciones sociales, atribuyéndolas funciones ideales distintas de las que realmente cumplen) los postulados básicos del Derecho penal de la sociedad (burguesa) de nuestros días. A su juicio, tales postulados son: 1.º El principio del bien y del mal. El delito es un mal para la sociedad, y el delincuente un elemento

(194) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 149 y 150, quien estima evidente la importancia de la «actitud» de la sociedad para el tipo de control y resocialización del delincuente. Así como comparte la tesis de que la sociedad necesita—si bien sólo en cierto sentido—a la criminalidad, que cumple una función.

(195) *Criminología*, cit., pág. 150.

(196) *Criminología*, cit., pág. 150.

(197) KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 150.

(198) BARATTA, A., *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*. Estratto da: «La questione criminale», núm. 1, enero-abril 1975). Società ed., il mulino. Bologna, págs. 7 y ss.

disfuncional para el sistema. La sociedad encarna el bien. 2.º Principio de culpabilidad. El delincuente representa una actitud interior reprochable, antes incluso de ser contemplada en la ley, en cuanto violación de los valores y normas de la voluntad general. 3.º Principio de legalidad. El delito es la violación de la legalidad penal y, por ello, comportamiento de una minoría desviada. La Ley penal es igual para todos, como lo es la reacción efectiva del ordenamiento jurídico para quienes la infringen. 4.º Principio de legitimidad. El Estado, expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir el crimen, a través de las instancias oficiales de control social. Estas interpretan fielmente la legítima reacción de la sociedad frente al comportamiento desviado. 5.º Principio del interés social y del delito natural. El núcleo esencial del repertorio de delitos de los códigos representaría el catálogo de intereses fundamentales reales y de condiciones esenciales para la existencia de cualquier sociedad: los intereses comunes a todos los ciudadanos. 6.º Principio de la verdad procesal. La misión del proceso es el esclarecimiento de la verdad material, y en el mismo todos los ciudadanos son iguales, presumiéndose la inocencia de aquellos hasta la condena. 7.º Principio de la prevención. La pena no tiene la función de reprimir, sino la de prevenir. En abstracto, significa un contramotivo para el estamento criminal. En concreto, apunta a la resocialización del delincuente (198). Pero, frente a este mito de la «igualdad» formal, advierte el propio Baratta (200), se alza el hecho real innegable de la efectiva desigualdad que produce ese mismo Derecho penal, desigualdad que puede formularse con dos proposiciones: 1) El Derecho penal no defiende todos y solo los bienes en los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos; y, cuando penaliza las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo fragmentario. 2) La ley penal no es igual para todos; el status de «criminal» se aplica de modo desigual a los sujetos independientemente de la dañosidad social de sus conductas y de la gravedad de las infracciones cometidas.

Todos los postulados transcritos, según Baratta, quedarían desvirtuados a tenor de los actuales conocimientos científicos que coordina la criminología crítica. Pero, sobre todo, gracias a las aportaciones del pensamiento «funcionalista», del «labeling approach» y demás metodologías interaccionistas. El ideal resocializador, por supuesto, como un «mito» más, correría la misma suerte.

Particular interés tiene el pensamiento funcionalista de Durkheim, para quien el delito debía estimarse «parte integrante» de la sociedad y la reacción social cumpliría la importante función de estabilizar y mantener vivo el sentimiento colectivo en los ciudadanos de conformidad con las normas» (201). Merton apor-

(199) BARATTA, A., *Criminología liberale*, cit., págs. 11 y 12.

(200) BARATTA, A., *Criminología crítica y política penal alternativa*, cit., pág. 45.

(201) Cfr., BARATTA, A., *Criminología liberale*, cit., pág. 13.

taría a esta dirección funcionalista su tesis de la «anomia», según la cual el comportamiento desviado es un comportamiento normal más, que responde al tipo «innovador» (frente a los de: «conformidad», «ritual», «apatía», y «rebelión», que integrarían las cinco modalidades del comportamiento social humano); y, en último término, a la contradicción existente entre «objetivos culturales» o «estructura cultural» y «medios institucionales» o «estructura social» (202). Desde ambos puntos de vista se llega a la conclusión de que la criminalidad es un fenómeno «social» y «normal» —no patológico—, inherente a toda estructura social y que cumple una función útil al equilibrio y desarrollo socio-cultural. Por otro lado, las teorías de la «subcultura criminal» demostrarán cómo los mecanismos de aprendizaje y de interiorización de las normas y modelo de conducta, constatables también en el hecho criminal, no difieren en nada de los mecanismos de «socialización» que explican el comportamiento normal, el no desviado: unos y otros operan de la misma manera. De modo que si la teoría de la «anomia» contribuye a una «relativización» del mundo de los valores, afirmando la «normalidad» del comportamiento criminal, la teoría de la subcultura, además de una negación de toda teoría normativa, implica una negación del propio principio de culpabilidad individual y de responsabilidad ética (202). Y si la «causa» del comportamiento desviado no reside en el hombre, sino en las estructuras sociales: ¿cómo puede hablarse de resocialización?

Como se ha dicho, dos son las etapas que han llevado a los umbrales de la sociología crítica: el giro del planteamiento teórico del autor a las estructuras sociales y el del interés cognoscitivo, de las causas de la desviación criminal al de los mecanismos sociales e institucionales que producen aquélla (criminalización primaria y secundaria) (204). En este proceso desempeña un papel decisivo la metodología interaccionista del «*labeling approach*», que no es una criminología del «autor», ni una teoría de la criminalidad, ni una teoría del delito, sino una teoría de la «criminalización», una criminología del sancionar, que analiza el comportamiento a través del cual ciertas personas o instituciones (instancias criminalizadoras) atribuyen a otra u otras un hecho punible —estigmatizándoles—, en virtud de ciertos procesos de definición, primero (criminalización primaria), y de selección, después (id. secundaria) (205). La «criminalidad» no es, pues, una cualidad negativa de la acción del sujeto, inherente a ésta, sino una «etiqueta social», el producto de complejos procesos sociales de interacción que se aplican a un suceso en sí mismo «neutro» (206). Un proceso,

(202) Cfr., BARATTA, A., *Criminologia liberale*, cit., págs. 13 a 16.

(203) Cfr., BARATTA, A., *Criminologia liberale*, cit., pág. 20.

(204) Cfr., BARATTA, A., *Criminologia crítica*, cit., págs. 44 y 45.

(205) Así, NAUCKE, W., *Las relaciones entre la criminología y la política criminal*, en Cuadernos de política criminal, 1978, núm. 5, pág. 98.

(206) Cfr. NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., pág. 97. Para una exposición de la metodología del «*labeling*», aplicada a la delincuencia «económica», e

afirma F. Tannenbaum (207) «de etiquetamiento, de definición, de identificación, de especialización, de descripción, de acentuación, de concienciación, de autoconcienciación», en el que toman parte no sólo el que realiza la acción, sino también los que reaccionan a la misma (208). Criminal es el que resulta «estigmatizado»: no todo el que infringe la norma penal, sino sólo aquel que recibe el «nuevo estatus» a través de los oportunos mecanismos de «selección», y que se verá sometido a un procedimiento ritual de degradación (209), asumiendo el «roll» criminal y, por tanto, la inevitable «desviación secundaria» que éste conlleva (210). La criminalidad es como un «bien negativo», sometido a los mismos mecanismos de distribución de los bienes positivos: el estatus, el roll, etc. (211). Si los procesos interaccionistas de definición y selección, y los de desviación primaria y secundaria (consecuencia de la estigmatización) constituyen los centros de interés del «labeling», la criminalidad de «white collar» y la «cifra negra», son los datos que maneja e interpreta con preferencia.

c") *Consideraciones críticas a la metodología funcionalista y al «labeling approach».*

Pero tanto las tesis funcionalistas, como la metodología del «labeling» —negadoras ambas de la propia idea de la «resocialización»— tienen sus puntos débiles.

Que todo programa resocializador que pretenda operar exclusivamente con medidas sobre el individuo —sin considerar las estructuras sociales— está condenado al fracaso, es evidente. La resocialización, como se ha dicho, se encuentra equidistante de la adaptación del individuo y la reforma de la sociedad. Pero contentarse con declarar culpable a la sociedad —exonerando al individuo— puede ser un mito más. Tal vez una salida fácilmente explicable, que consiste en «anonimizar» una responsabilidad que amenaza con convertirse en insoportable (212). En principio, la

interesantes consideraciones críticas de la misma, vid: BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*. Civitas, 1978, páginas 59 y ss.

(207) TANNENBAUM, *Crime and community*, New York, 1938, págs. 19 y 20.

(208) Cfr., HOWARD S. BECKER, *Outsider*, 1963 (New York-London), pág. 14. Una exposición en H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätstestehung*, cit., pág. 192.

(209) Cfr., H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätstestehung*, cit., pág. 192, notas 5 y 6.

(210) Sobre el concepto de «desviación secundaria», vid., EDWIN M. LEMERT, *Human deviance, social problems and social control*, Englewood Cliffs/N. J. 1967, págs. 1107 y ss. Cfr., H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätstestehung*, cit., pág. 192, nota 7.

(211) Así, BARATTA, A., *Criminologia liberale*, cit., pág. 29.

(212) En este sentido, H. MARCUSE, en *Suddeutsche Zeitung*, 34 de junio de 1972. Cfr., LÖW., *Kriminalitätstestehung*, cit., pág. 95. Así afirma SCEZESNY: «Ninguna propaganda, ninguna manipulación psicológica o política estará en condiciones de impedir el hecho de que la realidad humana se llame

esperanza de que un cambio de las estructuras permita terminar con el crimen es utópica, porque precisamente si éste es un producto de la sociedad, y no del individuo, cada tipo de sociedad producirá su «clase de delincuencia». Y de hecho esto es así (213). La experiencia, además, ha demostrado que una mejora sustancial de las estructuras sociales lejos de terminar con el crimen, no ha hecho sino engendrar una delincuencia distinta (214). Desde un punto de vista metodológico, cuando se abandonan todas las teorías monocausales de la criminalidad, cuando se rechaza, por su simplismo, el dogma de la «casualidad» y se prefieren explicaciones «plurifactoriales» del crimen, sugerir una lucha contra éste basada simplemente —y solo— en una mera sustitución de las estructuras sociales es una contradicción (215). La imagen «inhumana» de un programa resocializador que prescinde del mismo hombre, por último, puede esconder la apelación a una vacía reforma de las estructuras que, mientras llega —y suele tardar demasiado— no hace sino aplazar la lucha contra el retribucionismo sin ofrecer alternativas válidas al mismo. Lo que en el campo de la ejecución de la pena no favorece nada su necesaria «humanización», ya que ésta —la ejecución humanitaria o no humanitaria de la pena— en definitiva, no afecta para nada ni contribuye al perfeccionamiento de las «estructuras».

La metodología del «labeling approach» ha aportado una buena dosis de realismo y de sentido crítico. Hoy comienza a admitirse ya que el ordenamiento jurídico no es un compendio de normas positivas, sino el «derecho vivido», el derecho «efectivamente aplicado» (216). A lo que, sin duda, ha contribuido el «labeling», atento más al proceso de concreción de la norma a través de las instancias de criminalización (criminalización secundaria, estigmatización, desviación secundaria) que a la norma misma considerada en abstracto. El planteamiento «interaccionista», específico del «labeling», es una de las notas más características de las metodologías más avanzadas (217) y su dinámica promete excelentes fru-

siempre Meier, o Müller o Schulze» (*Das sogenannte Gute*, 1972, pág. 25), loc. cit.

(213) En cuanto a la criminalidad en los países socialistas y la existencia de «factores de criminalidad» neutros respecto al sistema, vid. KAISER, G., *Criminología*, pág. 54.

(214) La criminalidad del ocio, de la sociedad de consumo superdesarrollada, lo demuestra. Si la miseria produce criminalidad la saturación y el hastío también. Vid. sobre este tema, GIMBERNAT, E., *Relación general del coloquio regional español*, cit., *Revue Internationale de Droit Pénal*, cit., XXVIII.

(215) Contra el simplismo de los monismos metodológicos que creen poder terminar con la delincuencia mediante la sola reforma de las estructuras sociales, vid. ALBERT K. COHEN, *Mehr Faktoren Ansätze*, en SACK, F.-KÖNIG, R., *Kriminalsoziologie*, págs. 219 y ss.

(216) Cfr., G. ENDRUWEIT, citando a ARTHUR KAUFMANN y a K. MAIHOFFER, en *Kriminologisches Journal*, editado por el círculo de jóvenes criminólogos, 1972 (4), pág. 65.

(217) Así, H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätstestung*, cit., págs. 191 y ss.

tos. No obstante, hay que convenir que esta joven orientación presenta serios reparos, aunque pretenda monopolizar el cientifismo más riguroso, la neutralidad política y el más saludable progresismo. Prescindiendo ya de temas accesorios, como el del lenguaje que utiliza —del que se ha dicho que es «intimidante», «agresivo», «cansino», «burocrático» e incluso «inhumano» (218)— parece indiscutible que el «labeling» adolece, hoy por hoy, de una excesiva carga especulativa (219), favorecida por el «eclecticismo metodológico», con el que trata de combinar signos y modelos heterogéneos, procedentes de la nueva fenomenología, de la filosofía del lenguaje, de la cibernética, etc., cuya idoneidad para integrar los resultados de las respectivas investigaciones es muy dudosa. Ha de descender, todavía, al terreno de lo concreto, para verificar sus postulados y apriorismos. Se han denunciado, también, su vacío fenomenológico y el desprecio que manifiesta respecto a los datos e investigaciones criminológicas ya realizadas. Parte —se dice— (220) del hecho «social» de la criminalidad, sin más matices, como si hubiera un cuadro unitario de la misma; sin distinguir, desde un punto de vista cualitativo ni cuantitativo, las diversas clases de delitos y de delincuentes; haciendo gala de una «globalización» y «vulgarización» del tema que pugna con la imagen diferenciada del crimen y de sus causas que arroja la criminología moderna. Todo queda reducido a una simplista explicación: a unos procesos sociales de interacción y al efecto criminalizador que producen ciertas instancias. Que éstas, de hecho, influyen en la criminalidad es de siempre sabido. Pero la «absolutización» con que el «labeling» afirma el carácter «constitutivo» de tal proceso «criminalizador», choca con la evidencia de «carreras criminales» que no han tenido contacto alguno con aquellas instancias (Administración de Justicia, policía, etc.) y viceversa: que la mayor parte de los jóvenes que alguna vez tuvieron contacto, no vuelven a delinquir (221). El número de expenados, por otra parte, que vuelven a cometer delitos de particular gravedad es muy reducido, y responde a características definibles, lo que habla contra la supuesta y exclusiva eficacia criminalizadora y definitiva de las denominadas: «instancias de criminalización» (222). El «labeling», al preocuparse del proceso de concreción de la norma a la realidad, se desentiende del momento previo: de la propia instancia legislativa (223), como si fuera irrelevante. Y sobreviene

(218) Así, NAUCKE, W., *Las relaciones entre la Criminología y la Política Criminal*, en Cuadernos de Política Criminal, 1978 (5), págs. 99 (traducción de E. BACIGALUPO, con la colaboración de A. ZUGALDÍA) y 100.

(219) En este sentido, *Dietrich Engelhardt*, en *Kriminologisches Journal*, cit., 1972 (4), págs. 58 y 59. Para Kaiser su mérito deriva más de sus pretensiones metodológicas que de sus resultados prácticos (*Criminología*, cit., pág. 157).

(220) D. ENGELHARDT, *Kriminologisches Journal*, cit., pág. 59.

(221) D. ENGELHARDT, *Kriminologisches Journal*, cit., pág. 59. No todos los delincuentes (que, por tanto, han tenido ya contacto con las «instancias.

lora, probablemente, el significado de hechos nunca desconocidos, como es el de la «cifra negra» (224). En todo caso, el «labeling» no es una teoría del autor, ni de la criminalidad (de sus causas), sino de la «criminalización», lo que no puede satisfacer enteramente. Porque, incluso si se acepta que aquella se produce en virtud de ciertos procesos de «interacción», siempre quedará por responder una interrogante: por qué tales procesos discurren en la forma que lo hacen y cuáles son, a su vez, sus presupuestos, sus condiciones y sus causas: cómo y por qué se desencadenan y afectan a las personas que afectan (225). Finalmente, cabe apuntar dos objeciones más. La primera, en el campo «valorativo». El «labeling» en su intento de realizar un análisis científico, químicamente puro (226), rompe con toda consideración axiológica, vacía el delito de toda referencia normativa; lo trata como si fuera una «etiqueta social» que se aplica a un hecho social «neutro» y fungible. Con lo que, en definitiva, lo desvirtúa (227), porque es difícil explicar el «proceso»: «delito», prescindiendo de la carga social (des)valorativa, que le da todo su significado. Del «formalismo» de la teoría jurídica del delito se pasa al otro extremo: a un sociologismo que olvida lo específico del Derecho: el ámbito de lo normativo. La segunda objeción, muy relacionada con la anterior, es fundamentalmente práctica: el «labeling» al interesarse sólo por los procesos sociales de interacción y despreñar el mundo de los valores, no puede ofrecer —porque no lo tiene— un modelo (228) o referencia hacia el que se oriente la sociedad. No puede justificar ni orientar una «intervención» ni una «anticipación» al crimen. Desde un punto de vista criminológico y de política criminal, dicho vacío e indiferentismo puede ser peligroso. En todo caso, como ha puesto de manifiesto Naucke, no es lícito que pretenda atribuirse el monopolio del cientifismo, del neutralismo ni del progresismo. La supuesta prioridad de las teorías de la criminalización, basada en la dependencia de las teorías de la criminalidad de alguna «ontología» es un argumento esgrimido antes y después de Kant, pero

oficiales de criminalización») vuelven a cometer delitos de gravedad: Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 368.

(222) Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 368.

(223) En este sentido, JOHANNES FEEST, *Kriminologisches Journal*, cit., 1972 (4), pág. 63.

(224) Así, NAUCKE, W., *Las relaciones entre la Criminología y la Política Criminal*, cit., pág. 107.

(225) Tal vez es la objeción más esgrimida contra el «labeling approach». Cfr., NAUCKE, W., *Las relaciones entre la Criminología y la Política Criminal*, cit., pág. 110; ENDRUWEIT, G., *Kriminologisches Journal*, cit., pág. 65; HANS HAFERKAMP, en *Kriminologisches Journal*, cit., págs. 66 y 67.

(226) El «labeling» se presenta como método científico químicamente puro, acusando a las teorías tradicionales de la criminalidad de depender de un «ontologismo» poco científico. Sin embargo, tal objeción, antes o después de Kant, no es de excesivo peso en la teoría del conocimiento (Cfr., NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., pág. 102).

(227) Así, NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 40.

(228) Así, D. ENGELHARDT, *Kriminologisches Journal*, cit., pág. 60.

no excesivamente convincente desde el punto de vista de la teoría del conocimiento (229). La neutralidad de las teorías de la criminalización no es ni más ni menos cierta que la de las teorías de la criminalidad, pues unas y otras conectan —aunque se trate de negar— con una determinada concepción de la sociedad y con una determinada política criminal (230). Por último, el progresismo del «labeling» —que no puede discutirse— puede sugerir una alternativa que sería falsa: pues sería falso tachar de reaccionarios a todos los representantes de las tradicionales teorías de la criminalidad (231). Podría recordarse, en este sentido, lo que ya he expuesto a propósito de una alternativa similar: que existe un retribucionismo liberal y un retribucionismo reaccionario, igual que existe un programa resocializador liberal y otro que no lo es (232).

VI. Conclusiones.

1) Con frecuencia, el pensamiento de la resocialización suscita una drástica alternativa, que se plantea como «test» de la actitud del jurista. Este ha de decidirse: sí o no a la resocialización. Y, entonces, el «sí» se interpreta como síntoma de «actitud progresista», y el «no», como expresión del tradicional «retribucionismo». En la opción juega un papel decisivo el «modelo» social, la imagen de la sociedad ideal que pretende construirse.

Este trabajo pretende poner de relieve que el problema es mucho más complejo, que no puede preguntarse, sin más, si se comparte o se rechaza la idea de la resocialización, porque ésta puede significar —y de hecho significa— muchas cosas distintas. Puede contestarse «sí» o «no» a esta u otra opción, pero habrá siempre que precisar previamente qué es lo que se entiende por «resocialización». Esto es: cuál es el modelo de sociedad que se toma de referencia, cuáles son las normas y valores básicos de la misma, qué grado de aproximación ha de exigirse al individuo respecto a las pautas del grupo y por qué medios pretende conseguir dicho acercamiento o identificación. Pero, del mismo modo que no es válida la alternativa: sí o no a la resocialización, tampoco cabe identificar toda tesis positiva a la resocialización como «actitud progresista», ni tachar de «conservador» o «retribucionista» a quienes la rechacen. En la «resocialización» se esconden, a veces, verdaderos pretextos defensistas. Constituye, otras, la línea de retirada del (neo)retribucionismo. Y es tachada de ilegítima e inadmisibles por las tesis más progresistas.

2) El justificado y trascendental auge de las ciencias «sociales» y el evidente trasfondo ideológico del problema hace que éste se plantee, fundamentalmente, en torno a los respectivos «modelos».

(229) NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., pág. 102.

(230) NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., págs. 103 y ss.

(231) NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., pág. 104.

(232) NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 18.

Se traslada el centro de gravedad del hombre a las estructuras sociales y a los procesos de interacción social. Importa más la bondad de los respectivos modelos sociales que el propio proceso de aproximación o identificación del individuo a las normas de los mismos, y la legitimidad de los medios empleados en los procesos de «aprendizaje».

Este trabajo pretende poner de manifiesto, en tal sentido, dos reflexiones. Una, de mera coherencia. El problema de la resocialización no puede plantearse en los mismos términos en la sociedad monista y en la sociedad pluralista. Dicho de otro modo: tan contradictorio es propugnar la resocialización desde el modelo liberal clásico, como no exigirla un estado social intervencionista que se encuentre en una fase avanzada. No puede extrañar, por ello, que el neomarxismo rechace la meta de la resocialización (a la sociedad burguesa) en las democracias occidentales, y que, sin embargo, la invoquen y la practiquen, con todo convencimiento (a la sociedad socialista) las democracias populares. La segunda reflexión es de índole metodológico. Creo que es un error convertir el debate sobre la resocialización en un debate ideológico sobre los respectivos modelos sociales. Por supuesto, no ha de tratarse de comparar esquemas abstractos, sino modelos «reales», vigentes. La resocialización debe abordarse «aquí» y «ahora»: a la sociedad de hoy —no a una futura sociedad que no existe, por deseable que sea—; y ponderando el impacto real y efectivo de los medios resocializadores (?) con que esa sociedad cuenta. Es decir, partiendo de los resultados que arrojan las investigaciones empíricas sobre los efectos de la «pena», en su actual forma de ejecución, y del «tratamiento», tal y como hoy efectivamente se practica. Pero, sobre todo, entiendo que no debe tratarse de un mero debate ideológico sobre modelos sociales, en el sentido de que no basta con la discusión sobre éstos: a mi juicio, es necesario trasladar el centro de gravedad al proceso de aprendizaje social, a los mecanismos, técnicas y métodos que emplea el grupo para forzar la interiorización de sus normas. En una palabra: más que los modelos (concretos), hay que analizar la dinámica de la resocialización. Sus medios, la legitimidad de éstos, el impacto que producen en el individuo, los límites que deben imponerse a todo proceso de aprendizaje social.

3) El pensamiento de la resocialización es un cajón de sastre y una caja de sorpresas. Un lema bajo el cual militan muy distintas concepciones del Derecho. Hay en él muchas y nobles esperanzas, pero también, muchas y absurdas contradicciones, utopías, mitos, e incluso bellas palabras que encubren engañosos afanes represivos.

Pero todos invocan la «resocialización». Tanto los preventivistas, como los neorretribucionistas. Tanto en nombre de la necesaria defensa de la sociedad, y como mejor garantía de la misma, como en nombre de desinteresados y altruistas programas tute-

lares. Sin que parezca importar la concepción del hombre y del Derecho que se profese: lo mismo si se ve en el delincuente un salvaje peligroso que hay que domesticar, que si se le concibe como un minusválido necesitado de ayuda, un retrasado social a quien hay que sacar de su aislamiento, o una víctima de las estructuras injustas.

Aunque, tal vez, el mayor contrasentido reside en convertir el pensamiento de la resocialización en una meta absoluta del actual sistema penal de nuestra sociedad. A pesar de que los 2/3 de la delincuencia de ésta no necesita de resocialización alguna, por tratarse de delincuentes perfectamente socializados. A pesar de que sigue incrementándose la tasa de reincidentes —del otro tercio— sector del que proceden la mayor parte de los individuos no susceptibles de resocialización, incorregibles. Y a pesar de que está comprobado que los actuales sistemas penales no se orientan precisamente hacia la resocialización del delincuente. Porque en ciertos sectores de la criminalidad preocupa de forma casi exclusiva la prevención general (tráfico, delincuencia económica, delincuencia política violenta, contravenciones, etc.). O porque la naturaleza de las penas que efectivamente se aplican y el modo en que hoy por hoy se aplican, producen el efecto contrario (vg. penas perpetuas, penas privativas de libertad, etc.). ¿No parece contradictorio que un país pionero en el pensamiento de la resocialización, como Alemania, se queje del retraso en que se encuentra el proceso de individualización y de ejecución de las penas privativas de libertad, al que suele calificarse de «escandaloso»? ¿No es paradójico que un sistema, como el alemán, en el que el 90 por 100 de las penas efectivamente impuestas son penas «pecuniarias», se pretenda sirve al fin de la resocialización?

4) Cuatro de las soluciones básicas que se ofrecen al problema de la resocialización me parecen insatisfactorias.

a) Para la doctrina dominante, resocialización significa «ejecución» resocializadora de la pena; ejecución humanitaria, tendente a la «reinserción» del penado. Sus premisas son dos: la idea de que la pena es un mal lo suficientemente gravoso y destructivo, como para que no se añadan al mismo, en la fase de su ejecución, males adicionales innecesarios; y el principio de corresponsabilidad social, que hace solidaria a la comunidad de la suerte futura del penado, igual que es, también, beneficiaria, del progreso y del esfuerzo de todos los conciudadanos.

Comparto las exigencias derivadas de ambos principios, pero creo que —precisamente por la evidencia de los mismos— ni es un tema problemático, ni afecta al pensamiento de la resocialización, en sentido estricto.

Esta tesis, a mi juicio, se enfrenta demasiado tarde con el problema de la pena y lo hace con un peligroso sentido acrítico. Pues, en efecto, no analiza la pena como control social, como institución, sino la pena efectivamente impuesta. Se parte de la pena

ya impuesta, planteando la necesidad de su «ejecución» resocializadora. Pero, no se cuestiona la propia justificación de la pena, ni se analizan críticamente los modelos sociales, con lo que la aparente «neutralidad» de esta solución tenderá a consolidar ciegamente cualquier «status quo». Por otro lado, creo que esta tesis opta por cerrar los ojos a datos empíricamente comprobados, acudiendo a la ficción de distinguir entre «fines» de la pena y fines de la «ejecución» de la pena. Pues si se parte de que la pena es un «mal», y somos conscientes de que produce un efecto destructivo y estigmatizador, el supuesto efecto «resocializador» con que se recompensa al delincuente al ejecutar aquel «mal», parece no puede ser, a lo sumo, más que un mito o un eufemismo.

b) Para los programas resocializadores «máximos», a la pena incumbe, además, la función de facilitar el proceso de identificación del individuo al modelo de valores y normas del grupo; de interiorización de los mismos, allanando el camino de la reinserción del penado a la comunidad jurídica. Una función, pues, «pedagógica».

A mi juicio, tal planteamiento es inadmisibles, tanto si se predica en nombre de una determinada moral, como del humanismo. Pugna con la más modesta función del Derecho penal en la sociedad democrática pluralista, que no es, desde luego, ni la de moralizar ni la de adoctrinar. Olvida que la «resocialización» implica necesariamente un proceso recíproco de «interacción»: sociedad-individuo, individuo-sociedad, que, por tanto, no puede trazarse unilateralmente ni desde el individuo, ni desde la sociedad. Y olvida, sobre todo, que si la resocialización supone un proceso «pedagógico», el modelo que ofrecen estos programas máximos no es el de «autodeterminación», sino el de «imposición», absolutamente contraindicado para una sana, eficaz y duradera interiorización de normas y valores. Hablar de resocialización —hacia un determinado modelo— sin la previa discusión de éste; sin que todo ciudadano pueda contribuir a su definición, corrección o sustitución por otro; o sin que se analice la legitimidad de los medios empleados para conseguir la fidelidad del individuo, es un mero pretexto defensivo. Los modelos sociales han de ser modelos abiertos y flexibles. Y la función «pedagógica», insustituible, desde luego, y más eficaz que la represiva debe fomentarse: ¡pero no a través de la pena, que es el resorte pedagógico menos indicado!

c) Para un sector doctrinal muy heterogéneo, resocialización no significa mucho más que «antirretribucionismo». Se trata, pues, de un lema, de una bandera bajo la que militan muy distintas concepciones, que sólo tienen en común un dato negativo: el rechazo a las teorías absolutas de la pena. A los modelos, entre otros muchos, ciberneticos, asistenciales, estructuralistas o funcionalistas ya me he referido en su lugar, al que me remito.

Considero positivo el esfuerzo desplegado por superar la fundamentación absoluta de la pena, y la función unificadora que ha

desempeñado el impreciso —deliberadamente impreciso— término «resocialización», en este sentido. Pero creo no merece el mismo juicio la gran cantidad de opciones, a veces contradictorias —y la ambigüedad de sus respectivos contenidos y programas— que se amparan bajo un lema que se ofrece y presenta como alternativa única y global.

El monopolio del progresismo y de la pureza metódica que algunos de estos sectores se atribuyen, me parece, también, rechazable. En cuanto al primero, porque no se puede olvidar que las teorías absolutas tuvieron como soporte histórico-político el Estado liberal. Son, tal vez, algunos de los partidarios de un «sí» testimonial a la «resocialización» quienes tendrían que dar pruebas de su sincera profesión «liberal»; porque carecemos aún de precedentes históricos, en cuanto al posible desarrollo total de un sistema humanitario basado en la idea de la prevención especial. Y, porque no parece viable la necesaria «limitación» del «ius puniendi» estatal previa renuncia o superación de ciertas garantías y conquistas del denominado Estado «burgués». En cuanto al monopolio del cientifismo, reitero lo ya dicho. Cuando en las propias ciencias del dato se rechazan, por simplistas, los planteamientos «causales» y «monistas»; cuando se acude, cada vez más, a tesis «plurifactoriales» para «explicar» el crimen, o incluso se habla, con buena dosis de realismo del «punto cero» de la criminología, o de que el crimen, hoy por hoy, es todavía, un «acertijo», ¿cómo puede creerse en geniales descubrimientos metodológicos?

d) Finalmente, el sector más «crítico» de la doctrina rechaza la idea de la resocialización; o, lo que viene a ser lo mismo: prefiere referirse a la «resocialización de la sociedad» y al cambio de sus estructuras criminógenas. El auge de las ciencias «sociales», que fascinan incluso con su criptolenguaje; y la imposición avasalladora de los métodos «interaccionistas» explican que hoy se vuelvan los ojos a la sociedad, a sus estructuras, a su psicología «sancionadora», superándose el tradicional «paradigma etiológico» del crimen.

He de expresar, sin embargo, mis reservas hacia todo programa resocializador que prescinda del hombre y cuente sólo con las estructuras. Los planteamientos «despersonalizados», terminan siendo «inhumanos». El fantasma de la «utopía» estará siempre al acecho. Porque las reformas estructurales siempre tardan demasiado en llegar, si es que llegan, y mientras la situación sigue siendo la misma. El peligro de que se consolide el «status quo», y de que el sistema de ejecución de las penas sea inhumano parece obvio, pues, en definitiva, éste no afecta a la modificación de las estructuras sociales.

Con lo que si las tesis del apartado a) aceptaban todo, y aportaban poco, dado su escaso criticismo, estas otras, por cuestionar todo, corren el peligro de poder aportar menos aún que aquéllas. De hecho, por último, la experiencia ha demostrado que el cambio

de las estructuras no termina con la criminalidad, sino que produce una criminalidad distinta. Porque el delito no es patrimonio de los desheredados, de los marginados sociales (233); ni el delincuente es el otro, el inadaptado, el antisocial (234); ni tiene sentido pretender el aniquilamiento total de la criminalidad, sino el control de la misma dentro de ciertas tasas razonables (235), lejos de una utópica actitud optimista «naïv».

5) Tampoco me parece realista la supuesta alternativa: pena o tratamiento. Hoy por hoy, estimo que no son incompatibles. A la pena no podemos aún renunciar, por razones de prevención general. El tratamiento, aunque no es tampoco un sustitutivo global de la pena, si ha producido en algunos sectores de la delincuencia resultados satisfactorios. Con ayuda de los datos que suministren las ciencias empíricas, y discriminando, prudentemente, los muy distintos tipos de autor, debe progresarse en esta dirección. Pero hay que evitar el simplismo fácil de las rotundas alternativas. El futuro no puede depender de la opción entre la prevención general, proclive al «terror», y la prevención especial, que convierte la pena en mera medida de higiene social.

6) Pero el Derecho penal llega demasiado tarde, y sus efectos son, normalmente, destructivos. ¡Cómo no compartir el sueño de Radbruch; el sueño de padecer no un mejor Derecho penal, sino algo mejor que el Derecho penal! Dicha meta, sin embargo, ha de ser fruto de un proceso.

El primer paso consiste en limitar las pretensiones de política criminal en cuanto a la actitud frente al delito. Ver en éste un fenómeno normal que hay que controlar, pero no erradicar. Que hay que asumir, tolerar siempre que se mantenga dentro de ciertas cuotas, y no desterrar. Una sociedad sana no puede desear la «paz de los cementerios».

El segundo implica una anticipación realista al delito, incidiendo en sus causas, y no, tardíamente, en sus manifestaciones. Un examen crítico de las estructuras sociales, y la oportuna transformación de las mismas a través de una eficaz y progresiva política económica y social capaz de reducir las desigualdades e injusticias. Antes de castigar la lesión de un bien jurídico, es más importante y eficaz fomentar en el ciudadano el respeto positivo y activo hacia tales bienes jurídicos. Ahora bien, en esta labor pedagógica todavía no ha de intervenir el Derecho penal.

El tercer paso consiste en asignar al Derecho penal la modesta función de prevenir razonablemente la reincidencia. Sin apelar a bellas palabras ni a coartadas metafísicas. Este es el cometido básico del Derecho penal, que, además, debe llevarlo a cabo respetando su naturaleza «subsidiaria». Cediendo ante cualquier otro

(233) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*, Anuario de Derecho Penal, 1978. Separata, pág. 7.

(234) Así, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Alegato*, cit., pág. 7.

(235) Así, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Alegato*, cit., pág. 7.

resorte de semejante eficacia y de menor capacidad destructiva, esto es, sólo como «última ratio». Y procurando la deseada y paulatina sustitución del mismo por otros controles sociales no penales: controles que, por más que sigan actuando «represivamente», pues no hay controles sociales «neutros», contarán, sin duda, con una menor carga estigmatizadora.

En definitiva, y parafraseando una frase muy conocida, la historia del Derecho penal más que la historia de su «desaparición» es, y debe seguir siendo, la historia de su progresiva «racionalización».