

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

APROXIMACIÓN AL
DERECHO PENAL
CONTEMPORÁNEO



1992

JOSE MARIA BOSCH *EDITOR*, S.A. — BARCELONA

II. EL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

II.1. La crisis como característica del Derecho penal contemporáneo.

1. En nuestros días, se ha convertido en un auténtico lugar común la alusión a que el Derecho penal está en «crisis». Por ello, es frecuente que las exposiciones de temas de fundamento o de política criminal comiencen abordando los motivos y la concreta configuración de la referida crisis. Sin pretender negar la parte de razón que asiste a tales planteamientos, se acoge aquí la hipótesis de que tomar la «crisis» como un fenómeno característico únicamente del Derecho penal contemporáneo resulta incorrecto o, al menos, inexacto. La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho. En ellos, en efecto, la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal)¹, empieza a no ser resuelta automáticamente en favor de la seguridad, de la prevención; así se detecta ya un principio de crisis, de tensión interna, que permanece en nuestros días². De ello, sin embargo, habrá ocasión de ocuparse

¹Esta tesis acoge, según creo, el punto de vista dominante acerca de las relaciones entre legalidad y política criminal en el Derecho penal liberal. Con todo, es posible otra interpretación. Así, NAUCKE sostiene recientemente que en el referido momento histórico y, en particular, en las obras de autores como BECCARIA y FEUERBACH, la legalidad no aparece como obstáculo, sino más bien como reforzamiento de una política criminal de signo preventivo, perturbada por el arbitrio judicial (de signo frecuentemente pietista). La naciente legalidad prestaría a la referida política criminal preventiva el relevante factor de la certidumbre del castigo, y ello constituiría su justificación esencial en este ámbito; en cambio, el aseguramiento de las libertades (la vertiente garantística de la legalidad), no constituiría más que un producto secundario de la nueva situación. Según NAUCKE, sólo en el momento en que la legalidad ya aparece como un dato preexistente, comienza a desempeñar su (presunto) papel limitador de la política criminal (en la época de V. LISZT). Sobre todo ello, cfr. NAUCKE, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, JuS 1989, pp. 862-867. p. 863 y 864. Con todo, y pese a que la interpretación de NAUCKE tiene bases innegables, tampoco me parece posible negar la evidente finalidad limitadora, garantística, de la introducción del principio de legalidad (con el nuevo Derecho penal) en el continente europeo.

²MUÑOZ CONDE plantea las cosas de modo diferente cuando sitúa el problema actual del Derecho penal en el conflicto entre prevención general y prevención especial, entendiendo que en el mismo se

más adelante mostrándose cómo, en mi opinión, tal crisis o tensión permanente no constituye, en sí, un fenómeno negativo; al contrario, probablemente es éste el motor de la evolución del Derecho penal. Una evolución que, a mi entender, muestra rasgos significativamente dialécticos, y se plasma en *síntesis* sucesivas de signo ascendentemente humanitario y garantístico, pese a lo que algunos momentos de *antítesis* puedan llevar a pensar. Así, lo negativo, más que en esa realidad, se hallaría en los intentos de ocultarla, creando pantallas ideológicas que tratan de aparentar armonía allí donde hay una confrontación esencial.

2. Sentado lo anterior, se hace preciso señalar que la mención de una crisis «contemporánea» pretende hacer referencia a otros fenómenos superpuestos a aquél (que es, por así decirlo, «estructural») y que han condicionado el marco en el que se desarrolla la discusión jurídico-penal de los últimos treinta años, por un lado, y especialmente del último decenio, por otro lado. En efecto, es cierto que el Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, «*ius puniendi*»), fundamentada y limitada por la existencia de un conjunto de normas primarias y secundarias (Derecho penal en sentido objetivo), se halla en crisis. Es ésta fundamentalmente una crisis de *legitimación*: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal, su instrumento más poderoso. Sin embargo, asimismo se halla en crisis la llamada «ciencia del Derecho penal»: es ésta una crisis de identidad, en la que lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social, y también una crisis de «legitimidad epistemológica», de validez científica. En ambos casos, sin embargo, no nos encontramos ante fenómenos de nuevo cuño. En realidad, esta «nueva» crisis del Derecho penal comienza, como tarde, en los años sesenta, en el momento en que quiebra de modo aparentemente definitivo el esquema tradicional de un Derecho penal de la retribución. Es entonces, en efecto, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho penal se justifique por la realización de la justicia, finalidad metafísica que, al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del

traduce el eterno conflicto entre individuo y sociedad y que, a su vez, es inmanente al Derecho penal y causa de su disfuncionalidad. Concretamente, en *Derecho penal y control social*, Jerez 1985, p. 124 señala que «Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces, impuesto, a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe cómo resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma». A mi entender, en tal expresión, si bien está presente, desde luego, la antinomia entre la prevención general y la prevención especial, entendida esta última ahí como resocialización o, mejor, como no-desocialización, se hace asimismo patente la contraposición existente entre cualesquiera necesidades preventivas y la opción garantista, colisión que, a mi juicio, es previa a la anterior. En efecto, cuando coliden prevención y garantías nos hallamos ante la contraposición radical de los fines del Derecho penal. La antinomia entre las exigencias preventivo-generales y las preventivo-especiales afecta a un segundo momento, una vez que se ha fijado el marco de la prevención (general y/o especial) legítima.

mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social. Tales corrientes adquieren una plasmación espectacular en el Proyecto Alternativo (*Alternativ-Entwurf*) de un nuevo Código penal alemán, presentado en 1966 por un grupo de profesores alemanes en oposición al Proyecto gubernamental de 1962. En lo que hace a la fundamentación de la pena, se contiene en el Preámbulo del Proyecto Alternativo la ya famosa expresión de que el fenómeno punitivo no constituye un expediente metafísico (ni simbólico, habría que añadir ahora), sino «una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres». En el marco de la ciencia del Derecho penal, la referida crisis comienza en los mismos años, desde el instante en que empieza a ponerse en cuestión el modelo clásico de ciencia deductivo-axiomática, abstracta y, en suma, ajena también a la realidad social del delito. Ambos fenómenos, la crisis del Derecho penal y de la ciencia que lo cultiva son, como resulta fácil comprender, paralelos. Lo que quiebra, pues, es el Derecho penal retributivo y la ciencia dogmática abstracta que lo estudiaba con una vocación casi «artística»³. El desencadenante de ambas crisis viene dado por la necesidad, sentida de modo general, de proceder a una legitimación del Derecho penal que resulte immanente a la sociedad y no trascendente a la misma. Una vez producido este primer factor de ruptura, resulta natural que también se sienta la necesidad de orientar la ciencia del Derecho penal a esa misión social del Derecho penal, no construyéndola de espaldas a la misma, en un universo abstracto, ahistórico e independiente de las realidades socioculturales.

3. La mencionada crisis, cuyo comienzo, como se ha dicho, puede situarse en los años sesenta (quizá ya a finales de la década de los cincuenta), generó importantes movimientos científicos que marcaron las décadas de los sesenta y de los setenta. Por un lado, se produjo la «despedida de Kant y Hegel» en la teoría de los fines de la pena, recibiendo influencias escandinavas y norteamericanas, que daban un valor central en esta materia a la prevención especial resocializadora, al tratamiento del delincuente. Por el otro, se produjeron intentos significativos de abandonar la elaboración sistemática del Derecho penal, sustituyéndola por consideraciones tópicas, y produciéndose un gran avance en los estudios criminológicos, que hasta entonces se habían visto un tanto marginados por el brillo teórico de las construcciones dogmáticas. En este sentido, los años setenta se han mostrado como una década de signo abiertamente ecléctico, tanto en lo relativo a los fines del Derecho penal, la fuente de su legitimación, como en lo relativo al método de estudio de la materia penal, en el que se mezclan el sistema y el problema, lo abstracto y lo concreto. Así, es cierto que sigue discutiéndose acerca de cuál es la legitimación empírica de la intervención penal (la función social del Derecho penal) y, también, sobre si cabe atribuir el *status* de

³Cfr. la transcripción de GIMBERNAT de las críticas que R. SCHMID dirige a ese modelo, en GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª edic., Madrid 1990, pp. 140-162, p. 140.

ciencia a una disciplina que incorpora tantos elementos valorativos y se muestra tan inmediatamente condicionada por la coyuntura social como la dogmática jurídico-penal. No obstante, parece haberse alcanzado un punto en el que la mayoría no pone en cuestión ni que tal legitimidad existe, ni que la dogmática constituye un instrumento válido para el conocimiento de la materia penal. Ocurre, con todo, que, en los últimos diez o quince años, a esa crisis global de legitimación todavía no plenamente resuelta, se le han superpuesto nuevos fenómenos conflictivos que han venido a agudizar lo problemático de la situación. A continuación haremos breve alusión a este nuevo aspecto.

4. En efecto, pasados los años de los procesos legislativos de despenalización, volvemos a encontrarnos preferentemente inmersos en procesos de incriminación. Estos procesos muestran la peculiaridad de que a los mismos no cabe oponer un concepto de bien jurídico que, elaborado en los años sesenta y setenta para fundamentar los procesos de despenalización desde una orientación a la distinción de los objetos de protección de la moral y el Derecho, no es adecuado para justificar la exclusión del ámbito *jurídico-penal* de intereses sobre cuya necesidad de protección *jurídica* (pero no necesariamente penal) no parecen existir dudas. Esta tendencia incriminadora, que es muy pluriforme en su interior y, por tanto, difícilmente reconducible a un juicio unitario, adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil. Tal legislación expansiva, que constituye el distintivo fundamental de nuestro tiempo, y a veces conlleva la aparición del denostado Derecho excepcional, choca con dos tendencias, asimismo claras: la que aboga por un Derecho penal mínimo, resaltando la vertiente garantística del Derecho penal⁴ y la que pone de manifiesto un total escepticismo ante la eficacia preventivo-especial (resocializadora, en concreto) del mecanismo punitivo más característico: la pena privativa de libertad⁵. Pero asimismo choca con una realidad del propio sistema de penas privativas de libertad, espina dorsal del sistema penal: en efecto, las modernas instituciones de la política criminal y el Derecho penitenciario —partiendo de aquella inidoneidad para la reinserción— tienden a favorecer una permanencia mínima en prisión, lo que propicia que los efectos del Derecho penal, en muchos casos, en realidad se centren en el poder estigmatizador del sometimiento a un proceso penal y en el hecho simbólico de la imposición de la pena. Esto resulta ser lo único cierto y, por tanto, lo único que puede intimidar. Sin embargo, hasta qué punto todo ello no es una contradicción flagrante con la referida legislación expansiva es algo que, desde luego, debe examinarse y pone de manifiesto importantes elementos de crisis en el Derecho penal actual.

⁴Y aquí nos hallaríamos ante una manifestación agudizada de la tensión entre prevención general (entendida aquí en términos —simbólicos— de integración) y garantías.

⁵Dándose aquí un conflicto entre prevención general y resocialización, en el caso de que se llegara a un internamiento real.

II.2. Las actitudes básicas ante el Derecho penal.

A) Introducción.

1. Si se hace balance de lo que muy sucintamente se ha tratado de transmitir en las páginas anteriores, se constata la superposición de tres «crisis»: la inmanente al Derecho penal moderno; la de legitimidad del Derecho penal y su dogmática; y la más reciente, que enfrenta una legislación penal expansiva con un sistema penal en retroceso. Parece claro que, en una situación así, constituye un deber de honestidad científica aclarar con qué perspectiva, con qué actitud, incluso con qué talante se abordan los temas fundamentales que a continuación se irán examinando. En lo que sigue se procederá a tal declaración de principios.

2. A mi juicio, son tres las posturas político-criminales que en la actualidad cabe estimar básicas, es decir, las opciones fundamentales que se nos ofrecen a la hora de decidir desde qué punto de partida analizar el fenómeno jurídico-penal. Estas, que resultan de un esfuerzo simplificador y obviamente admitirían algún planteamiento mixto, son la *abolicionista*; la *resocializadora*; y la *garantística* (lo que en la doctrina alemana se denomina «*rechtsstaatliche Position*»). La primera se opone a toda forma de Derecho penal, pretendiendo, como se verá, construir alternativas al sistema punitivo. La segunda y la tercera, en cambio, pretenden, desde perspectivas evidentemente diversas, la consecución de un «mejor Derecho penal»⁶. Son, pues, posturas reformistas, que sin valorar negativamente la evolución habida en el Derecho penal moderno, sí han adoptado o adoptan una postura crítica frente a la realidad del sistema penal, pretendiendo introducir elementos de progreso, en uno u otro sentido, que, no obstante, se mantengan en el seno del propio sistema. A este respecto, hay que insistir, en efecto, en que un aspecto común a la tendencia resocializadora y la garantística es la aceptación del sistema en principio sobre la base de su eficacia preventivo-general⁷, algo que los abolicionistas cuestionan. A continuación se analizarán las tres propuestas, fundamentando la opción por una de ellas como punto de partida de la exposición de las cuestiones básicas del Derecho penal.

⁶Cfr. respecto a estas tres opciones SCHUMANN, *Progressive Kriminalpolitik und die Expansion des Strafrechtssystems*, en OSTENDORF (comp.), *Integration von Strafrechts- und Sozialwissenschaften*, Festschrift für Lieselotte Pongratz, München 1986, pp. 371-385, p. 372.

⁷Sólo, como se verá, versiones radicales de la tendencia resocializadora la contraponen incluso a las necesidades de prevención general, optando por aquella en caso de antinomia de fines.

B) La postura abolicionista.

a) Introducción.

1. El abolicionismo constituye el modo más radical de afrontar la realidad del Derecho penal, entendido como potestad punitiva del Estado ejercida en el marco de un conjunto de normas: en efecto, en su versión más radical⁸, rechaza la existencia del Derecho penal y propone su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos que llamamos «delitos»⁹. El movimiento abolicionista, si es que de movimiento puede hablarse¹⁰, constituye la manifestación contemporánea esencial del fenómeno, en cierta medida permanente, de la «crítica al Derecho penal»¹¹. Ello, de algún modo, determina que tenga precedentes y orígenes tan diversos como sus propios planteamientos y fundamentaciones¹². Un dato significativo es que su aparición se haya producido fundamentalmente en países en los que la tendencia predominante ha sido la resocializadora (Estados Unidos, Holanda, Escandinavia), y sin duda como una reacción al fracaso de ésta. Sin embargo, en el plano teórico, estimo decisiva la vinculación —debida a la necesidad que el abolicionismo tiene de una fundamentación que trascienda al mero «humanismo ético»—¹³ que surge entre la propuesta abolicionista y la argumentación de la corriente criminológica que hoy conocemos como criminología radical, nueva criminología, o criminología crítica¹⁴. Ello puede hacer procedente en este punto una caracterización, siquiera

⁸Sobre los diversos modelos abolicionistas, ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires 1989, p. 101 y ss. En ocasiones, cuando se habla de abolicionismo no se sabe muy bien a qué se hace referencia: si a la abolición de la cárcel tal como ésta se entiende hoy, a la abolición de la cárcel «tout court» o a la abolición del Derecho penal. Cfr. LARRAURI, *Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*, Poder y Control n.º 3-1987, pp. 95-116, p. 98 y ss y p. 104 donde indica que «el abolicionista 'verdadero' aboga no sólo por la abolición de la cárcel sino también por la abolición del sistema de justicia penal». Cfr. asimismo NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart 1985, p. 33 nota 33, que distingue entre el modelo abolicionista de la «diversion» y el abolicionismo real. También FERRAJOLI, *El Derecho penal mínimo* (trad. Bergalli), en Poder y Control, n.º 0-1986, pp. 25-48, p. 35-36, nota 22.

⁹Cfr. el trabajo programático en cierto sentido, de SCHEERER, *Towards abolitionism*, ContC 1986, pp. 5-20, p. 9 y ss.

¹⁰Cfr. LARRAURI, *Poder y Control* n.º 3-1987, pp. 95-115, p. 95-96, sobre esta cuestión.

¹¹Cfr. KAISER, *Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht?*, en *Festschrift für K. Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York 1987, pp. 1027-1046, p. 1028; KAISER (p. 1029 y 1031) estima que, en efecto, el abolicionismo, además de una perspectiva teórica, constituye un movimiento social con determinadas estrategias políticas.

¹²Cfr. sobre una concreta perspectiva, FLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*. München 1974, especialmente p. 395 y ss. También las referencias de GIMBERNAT ORDEIG a Hochheimer, Reinwald y Forel, en *Estudios*, 3.ª ed., p. 141 y nota 7, desde perspectivas de psicoanálisis marxista. Es innegable la influencia de FOUCAULT (concretamente, de su obra *Surveiller et punir*, 1975) sobre el abolicionismo europeo [al respecto, KAISER, *Lackner-FS*, p. 1029-1030]. Vid también KAISER, *Lackner-FS*, p. 1038-1039, sobre las diversas variantes del abolicionismo.

¹³Así, KAISER, *Lackner-FS*, p. 1031.

¹⁴De distinta opinión, según parece, LARRAURI, *Poder y Control* n.º 3-1987, p. 97-98. Pero véase la lista de críticas que «han sido dirigidas a la ley penal desde diversas perspectivas teóricas, y que el

sucinta, de esta «nueva criminología» a fin de obtener un mejor conocimiento de los presupuestos del abolicionismo.

b) Abolicionismo y criminología crítica.

1. Con la denominación de «radical» o «crítica» se conoce a la orientación que, abandonando el llamado «paradigma etiológico» esto es, la explicación clásica de la criminalidad como un fenómeno individual, debido a razones antropológicas, psicológicas o sociales, propia de la «criminología positivista», pasa a centrar su análisis en el sistema penal, en tanto que generador de criminalidad («paradigma de control»). Su fundamento teórico lo obtiene de doctrinas marxistas así como del interaccionismo simbólico expresado en las doctrinas del «etiquetamiento» (*labelling approach*). Según estas últimas, el delito no tiene lugar como tal en la realidad, sino que surge por medio de una definición, de una atribución de «status» criminal, que tiene lugar en forma selectiva y discriminatoria¹⁵. La conclusión, expuesto todo ello muy esquemáticamente, es que el sistema penal, en tanto que producto de la estructura clasista y patriarcal de la sociedad, es el principal responsable de la existencia del fenómeno criminal¹⁶. Así las cosas, se impone una transformación del modelo de sociedad

movimiento abolicionista ha hecho suyas» que ofrece en p. 104-105, y decídase a qué orientación teórica responden. Además, baste cfr. HULSMAN, *La criminología crítica y el concepto de delito, Poder y Control* n.º 0-1986, pp. 119-135, p. 135 donde asigna a la criminología crítica, como tarea principal, la de «estudiar estrategias sobre cómo abolir la justicia penal»; SMAUS, *Bemerkungen zum Stand der kritischen Kriminologie*, en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung in der 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland, Band II*. Freiburg 1988, pp. 543-569, p. 553: «El abolicionismo es concebido como un desarrollo consecuente de la criminología crítica, que tiene en común con la teoría crítica (y el marxismo) que aspira a la liberación del ser humano de relaciones de opresión»; también STEINERT, *Gerechtigkeit als der Versuch, Herrschaft zu kontrollieren, und das Problem der staatlich organisierten Zufügung von Schmerz*, en *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung* 1989 (Aktuelle Probleme der Demokratie), pp. 341-358, p. 343. De todos modos, sería inexacta la conclusión de que el abolicionismo se ha limitado a apoyarse en un cuerpo teórico preexistente. Es más cierto que también el abolicionismo, por su parte, ha contribuido al desarrollo de las investigaciones de la propia corriente de la criminología crítica (Cfr., en este sentido, FERRAJOLI, *El Derecho penal mínimo*. (trad. Bergalli), Poder y control n.º 0-1986, pp. 25-43, p. 36).

¹⁵Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid 1988, p. 104, 582 y ss., 634 y ss., 677 y ss, donde se contiene una magnífica exposición detallada de todas estas cuestiones. También, HULSMAN, Poder y Control n.º 0-1986, p. 124 y ss; KAISER, *Was ist eigentlich kritisch an der «kritischen Kriminologie»? Festschrift für R. Lange zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York 1976, pp. 521-539; DE HAAN, *The Politics of Redress. Crime, Punishment and penal Abolition*, London 1990, p. 3 y ss, 6 y ss.

¹⁶Cfr. YOUNG, *Radikale Kriminologie in Großbritannien: De Entfaltung eines konkurrierenden Paradigmas* (trad. del inglés al alemán por Wettmann-Jungblut), *KrimJ* 1988, pp. 247-264, p. 248. Los textos básicos de esta corriente se encuentran en la obra de I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, *The new criminology; for a social theory of deviance*. London 1973, así como en la obra, compilada por los mismos tres autores, *Critical criminology*. London 1975, en la que se contiene el importante trabajo de Jock Young *Working-class criminology*.

como única vía real y profunda de eliminación de la criminalidad. Pero, en todo caso, de ahí se sigue la necesidad de prescindir del sistema penal en que nos movemos, ineficaz, selectivo y criminógeno.

2. Desde luego, es cierto que el abolicionismo no agota el contenido de la criminología crítica¹⁷ y también, por otro lado, que hay naciones, como es el caso de Holanda, con cierta tradición abolicionista, donde esta tendencia, más que en una criminología radical, parece tener sus orígenes en un «humanismo con mala conciencia»¹⁸. Sin embargo, y pese a ello, conviene insistir en que la más firme apoyatura de la propuesta abolicionista se halla en la actualidad en el planteamiento de la criminología radical que descalifica al sistema penal: el abolicionismo ha hecho de éste su principal base teórica.

c) Bases para una crítica de la opción abolicionista.

1. Al movimiento abolicionista no debe dejar de reconocérsele el mérito de un importante esfuerzo en favor de la humanización del sistema penal criticando los aspectos negativos del mismo (en lo que coincide con los reformistas liberales)¹⁹. No obstante, sus propuestas se hallan expuestas a importantes objeciones de todo género que a continuación referiremos²⁰. A este respecto, es frecuente que autores pertenecientes al ámbito abolicionista pongan en boca de sus críticos una aseveración que parece complacer significativamente a los propios abolicionistas: la de que sus tesis son buenas, aunque utópicas. Aquí se compartirá tal afirmación sólo a medias; así, partiremos de señalar que las propuestas abolicionistas, independientemente de si son buenas o malas —lo que después se verá— sí resultan ciertamente utópicas. Este será el primer aspecto de la crítica al planteamiento abolicionista que se expone a continuación.

2. La utopía de las alternativas al sistema penal desarrolladas por los autores del abolicionismo «moderado»²¹ se hace patente tan pronto como se advierte su pretensión de sustituir el sistema penal por una solución privada de los conflictos

¹⁷En efecto, como KAISER —Lackner-FS, p. 1033— ha puesto de relieve, si el principio del «labelling approach» se toma en serio, éste no culmina con la abolición del sistema penal sino que debe proseguir analizando los demás procesos de control social informal, lo que ya no es objetivo del abolicionismo. Visto así, el abolicionismo «radical» de MATHIESEN trascendería a la propia propuesta de supresión del sistema penal.

¹⁸Cfr. DE HAAN, *Die Politik mit dem «schlechten Gewissen»*. *Die Diskussion über den Abolitionismus in den Niederlanden*, KrimJ 1985, pp. 246-266.

¹⁹Cfr. KAISER, *Lackner-FS*, p. 1037 y 1044.

²⁰Sobre algunas de estas críticas, desde la perspectiva de un abolicionista, cfr. SCHEERER, *ContC* 1986, p. 11 y ss. Cfr. en España las referencias críticas de ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal (FG)*, Granada 1990, p. 31 y ss; también DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Presupuestos fundamentales del Derecho penal*, Eguzkilore, 3, 1989, pp. 55-78, p. 59 ss.

²¹HULSMAN o CHRISTIE, frente a MATHIESEN, cuya postura radical rechaza todo principio de organización. La terminología es de KAISER, *Lackner-FS*, p. 1032.

(delitos) basada en el principio del resarcimiento civil del daño, a la que se añadirían ciertos procedimientos de arbitraje. Como apunta KAISER, es inevitable concluir que tales soluciones, en cuya ideación pudieron tenerse presentes ciertas comunidades alternativas «en los valles de Noruega» son incompatibles con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas²². A este respecto, no debe estimarse meramente casual el hecho de que el abolicionismo haya sido elaborado ante todo en países como Holanda (por HULSMAN) o Noruega (por MATHIESEN o CHRISTIE), «países pequeños, en los que el problema de la criminalidad es relativamente reducido, el sistema penal tradicional se muestra conservador y la posibilidad de una resolución autónoma y descentralizada de los conflictos es relativamente alta»²³. Pero incluso en países como los citados la creencia en la factibilidad del esquema abolicionista de solución de los conflictos penales debe estimarse extremadamente ingenua.

3. Por otro lado, debe ponerse de relieve que, en el seno del razonamiento abolicionista, se da una cierta inconsistencia entre la orientación de su crítica al sistema penal y la de sus propuestas alternativas. En efecto, el abolicionismo suele argumentar aludiendo a los aspectos esenciales, o incluso, más todavía, a la punta del *iceberg* del sistema penal, la política criminal en materia de drogas o terrorismo, por ejemplo²⁴; en un segundo momento, y a partir de la puesta en cuestión de aspectos concretos, se rechaza todo el conjunto del sistema²⁵. Sin embargo, las propuestas alternativas que ofrece el abolicionismo no se defienden tratando de justificar argumentativamente su bondad en esos casos; tampoco, en los supuestos de criminalidad violenta y otros casos graves, núcleo del Derecho penal en cualquier sociedad contemporánea²⁶. Muy al contrario, se ejemplifican casos triviales²⁷, de bagatela, completamente alejados de la realidad del sistema penal, lo que demuestra perfectamente las limitaciones de la «alternativa abolicionista». Su capacidad real de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del Derecho penal.

Elo se comprueba en el ejemplo propuesto por HULSMAN. En un piso conviven cinco estudiantes, uno de los cuales rompe el televisor. Cada uno de los otros cuatro reacciona de forma diferente ante el hecho: uno propone castigarle (estilo punitivo); otro, que lo pague (estilo compensatorio económico); el tercero opina que se ha vuelto loco y hay que tratarlo (estilo terapéutico); el último, en fin, entiende que deben hacer entre todos un examen de conciencia

²²KAISER, *Lackner-FS*, p. 1036.

²³HESS/STEINERT, *Zur Einleitung: Kritische Kriminologie — zwölf Jahre danach*, *KrimJ* 1. Beiheft 1986 [*Kritische Kriminologie heute*], pp. 2-8, p. 7.

²⁴Con críticas que, en buena parte, pueden ser compartidas desde perspectivas de reforma del sistema.

²⁵HESS/STEINERT, *KrimJ* 1986. Beiheft., p. 8, ponen de relieve que éste es el proceso seguido por el abolicionismo en Alemania.

²⁶En este sentido ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 35 y ss.

²⁷Cfr. los que emplea SCHUMANN, *Lieselotte Pongratz-FS*, p. 376.

para analizar cómo se ha llegado a esa situación (estilo conciliador). HULSMAN se inclina por esto último²⁸.

4. A la vista de lo anterior, la pretensión abolicionista de «dejar en manos de la sociedad la resolución de los conflictos»²⁹ no constituye, pues, más que una declaración de buenas intenciones, a la que es sumamente cuestionable que acompañe el acierto. La misma se opone, además, a la valoración, convencionalmente positiva, del proceso histórico de asunción por el Estado del monopolio del «ius puniendi» como única solución al «bellum omnium contra omnes» de los sistemas de la venganza privada³⁰. Así, las propuestas alternativas de autores como HULSMAN, relativas a que, «en las 'situaciones problemáticas' (antes llamadas criminalidad) los directamente afectados busquen una solución»³¹ y que, si no la hallan, se produzca una intervención mediadora que establezca un resarcimiento, quizá puedan contribuir al proceso, que ya vivimos, de despenalización de ciertos delitos de relativa bagatela, pero en absoluto pueden pretender seriamente sustituir al Derecho penal en su núcleo de siempre: la criminalidad violenta, ni en buen número de delitos patrimoniales y socioeconómicos³².

²⁸Citado por GARCÍA VALDÉS en el Prólogo a *Valmaña Ochaita*, Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español, Madrid 1990, p. 14, quien añade con razón: «el ejemplo conflictivo del televisor tiene truco ¿sucedería lo mismo si se tratase de un asesinato, un robo con violencia o una violación? es evidente que la postura del profesor de Rotterdam no es muy convincente»; también recoge el ejemplo críticamente ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 35.

²⁹Es clara la pretensión en STEINERT, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung* 1989, p. 347, cuando indica que el problema es la «dominación» y que debe dejarse que resuelvan sus vidas y sus cuestiones de forma razonable y autónoma, en una sociedad libre.

³⁰En el mismo sentido, KAISER, *Lackner-FS*, p. 1036; FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0, p. 40. En contra, en cambio, STEINERT, *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, 1989, p. 356: «No es cierto que la pena estatal sea necesaria para impedir acciones punitivas privadas. La sanción penal sistemática y organizada es más peligrosa que cualquier reacción autónoma privada, descoordinada, frente a la causación de un perjuicio. La idea de que la venganza privada carecería de límites y de clemencia, mientras que la pena estatal permanece moderada, o de que aquélla llegara a producir guerras privadas y otras atrocidades, mientras que la pena estatal se mantiene razonable y comedida, poniendo fin a posibles incrementos en la reacción, es sencillamente falsa». Similar, BARATTA, *Prinzipien des minimalen Strafrechts*, en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung in der 80er Jahren*, Freiburg 1988, Band 11, pp. 513-542, p. 515: «el sistema penal crea más problemas que los que resuelve»; también ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, p. 107 y ss. No me detendré a rebatir tales afirmaciones. Simplemente permítaseme recordar los supuestos, relativamente frecuentes en nuestro país, de las «patrullas ciudadanas» o de intentos de linchamiento o castración de determinados delincuentes, y juzgue en libertad el lector la corrección de las aseveraciones transcritas.

³¹Alude a esta propuesta SCHUMANN, *Lieselotte Pongratz-FS*, p. 376. Cfr. también LARRAURI, *Poder y Control* n.º 3-1987, p. 105-106.

³²Así también ALBRECHT, *Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat*, en *KritV* 1988, pp. 182-209, p. 206, indicando que en las sociedades modernas faltan las condiciones que permitan una «resolución del conflicto» al margen de los cauces institucionales y mediante formas privadas de regulación (al menos, no permiten que ello tenga lugar en una amplia medida). A lo que añade que las formas privadas entrañan arbitrariedad e inseguridad jurídica.

5. Las propuestas abolicionistas tienen, pues, el sello de lo utópico³³. Ahora bien: ¿Qué decir de su apoyatura en una crítica global al sistema penal? Como antes se ha dicho, sólo excepcionalmente se ha procedido desde las filas abolicionistas a una elaboración trascendente al mero negativismo de un rechazo elemental del Derecho penal y a la creencia optimista-utópica en la bondad de la naturaleza humana. De ahí, quizá, la necesidad de recurrir a la argumentación de la criminología crítica, que aportaría nada menos que toda una teoría social en apoyo de tal propuesta. Sin embargo, la apoyatura teórica que la criminología crítica puede proporcionar a la tesis abolicionista debe ponerse en cuestión en un momento como el actual, en que se registra un importante número de deserciones —y de miembros significativos, además— en las filas radicales. En efecto, los últimos años nos han permitido asistir al surgimiento de una corriente auto-crítica en el seno de la llamada «nueva criminología»³⁴. Manifestaciones de esta postura, a la que se aplica el calificativo de «realista» pueden observarse en la mayor parte de las naciones en las que el discurso crítico ha venido gozando de audiencia³⁵. Sin embargo, es en Gran Bretaña, y en torno a Jock YOUNG, donde parece haberse planteado con mayor intensidad la necesidad de pasar —en el seno de dicha corriente— de una fase «idealista» a otra «realista»; esto es, de un primer momento utópico, de pretensiones academicistas con escasa base real, a un momento de firme asentamiento en la realidad cotidiana. En éste debe comenzarse por tomar el delito en serio³⁶, por aceptarlo como un dato previo que no siempre responde al modelo teórico de la «reacción contra las clases dominantes» sino que en muchos casos causa daño a las propias clases subalternas³⁷. Por tanto, es preciso proponer estrategias que se muevan en el marco del *statu quo* del sistema penal, y, en colaboración con la policía y las instituciones de la justicia —a cuya crítica, sin embargo, no se renuncia—, tiendan a una disminución real de la criminalidad desde perspectivas progresistas, abandonando

³³Como señala NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 33 nota 33, la idea abolicionista de que la supresión del Derecho penal conducirá al surgimiento en la humanidad de un nuevo «estado de naturaleza» de características bondadosas, cuenta en su contra con todas las experiencias jurídicopenales desde Rousseau.

³⁴Sobre la crisis en el seno de la criminología crítica, cfr., por ejemplo, DE HAAN, *The Politics of Redress*, p. 5 y ss., 12.

³⁵Cfr. sobre ello VAN SWAANINGEN, *Linker Realismus: Kritische Kriminologie der achtziger Jahre oder neo-klassizistische Realpolitik?*, *KrimJ* 1988, pp. 278-292, p. 280; también SMAUS, en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung*, p. 558 y ss; De HAAN, *The Politics of Redress*, p. 26 y ss.

³⁶La expresión «*Taking crime seriously*» es una de las frases emblemáticas de este movimiento, que pretende abandonar su academicismo inicial y entroncar con la realidad de la calle, en donde el delito se vive y se sufre en toda su intensidad, muy particularmente por las clases populares. En este sentido debe entenderse la cita de Jock YOUNG: «*Go and tell a worker robbed of his weeks wages or a raped woman that crime does not exist!*». Cfr. al respecto v.d. BOOGAART/SEUS «*Towards a socialist crime prevention: Kriminalpolitische Konzepte der Neuen Realisten*», *KrimJ* 1988, pp. 265-277, p. 266. También YOUNG *Il fallimento della criminologia: per un realismo radicale*, en *Dei delitti e delle pene* 1986, pp. 387-415.

³⁷Cfr. MATTHEWS, *Taking realist criminology seriously*, *ContC* 1987, pp. 371-401, p. 371; crítico frente al abolicionismo especialmente en p. 393.

—o al menos, postergando— viejas pretensiones de abolición³⁸. Son estos auto-denominados «realistas de izquierda», «realistas radicales» o «nuevos realistas» la novedad más interesante que los años ochenta han deparado en el ámbito de las teorías criminológicas radicales, al pronunciarse decididamente contra el abolicionismo y otras manifestaciones de un «*left idealism*». En todo caso, resulta altamente significativo que desde dentro del propio movimiento crítico se alcen voces que admiten la eficacia preventiva de la pena y aceptan el sistema punitivo como base, aun susceptible de mejoras³⁹. Sobre los efectos que esta «crítica desde dentro» pueda tener sobre la perspectiva abolicionista no cabe formular todavía juicios fundamentados: su influencia no debe, pues, magnificarse, pero tampoco perderse de vista⁴⁰.

6. Las propuestas abolicionistas son, ya se ha dicho, utópicas; su bagaje teórico, limitado; además, se ven expuestas a la crítica incluso desde dentro de los propios movimientos alternativos... Pero ¿puede decirse acaso que tales propuestas sean mejores que el Derecho penal actual, que tengamos en nuestras manos, sin saberlo, la ensoñación de la conocida frase de RADBRUCH? A mi juicio, no⁴¹. Así, por ejemplo, las tendencias puestas de manifiesto en las limitadas

³⁸Cfr. YOUNG *The tasks facing a realist criminology*, ContC 1987, pp. 337-356, especialmente p. 355, donde plantea las bases del análisis realista del Derecho penal: «*Taking crime seriously yet being progressive about penalty. It must base itself on a realist theory and a minimalist practice*». En sentido similar, LEA, *Left realism: a defence*, ContC 1987, pp. 357-370, expresando cómo muchas de las críticas puntuales de los abolicionistas pueden solventarse con una mayor participación democrática, por ejemplo de los afectados, en el sistema.

³⁹Cfr. sobre ello, VAN SWAANINGEN, KrimJ 1988, p. 287. Esta postura de los realistas ha propiciado que se les reproche que, en el fondo, son portadores del mismo mensaje oculto que el llamado «neoclasicismo» [sobre este concepto, *infra*], es decir, la apelación a un Estado fuerte y a un poder punitivo centralizado. Vid. también KAISER, *Lackner-FS*, p. 1045. En general, sobre los diversos aspectos de esta corriente, cfr. el interesante resumen de SCHWARTZ/DE KESEREDY, *Left realist criminology: Strengths, weaknesses and the feminist critique*, en *Crime, Law and Social Change. An international Journal*, 15 (1991), pp. 57-72.

⁴⁰Cfr. SCHEERER, ContC 1986, p. 18-19, donde hace referencia a las dificultades de avance del abolicionismo, debido a la fuerte oposición de las propias organizaciones de izquierda y radicales (feminismo, movimiento ecologista, etc.) y propone una cierta «alianza» con los defensores de modelos de Derecho penal mínimo y similares. Recientemente, en España, cfr. sobre la situación actual de la criminología crítica LARRAURI PUOAN, *La herencia de la criminología crítica*, Madrid 1991, *passim*, en especial, p. 192 y ss.

⁴¹En palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico*, RFDUC 63, otoño 1981, pp. 7-42, p. 25: «¡Claro que me complace la visión utópica de Radbruch, de una sociedad nueva que progresa no ya con un mejor Derecho penal, sino con algo mejor que el Derecho penal! Pero no veo tan próximo ese paraíso, ni tan neutros los sustitutivos que puedan reemplazar a aquél». Al respecto de la propuesta de Radbruch, bueno será recordar que la misma expresaba literalmente el deseo de que «algún día la evolución del Derecho penal vaya más allá del propio Derecho penal y que el perfeccionamiento del mismo produzca no ya un mejor Derecho penal, sino un Derecho de corrección y custodia, que sea mejor que el Derecho penal, más prudente y humano que el Derecho penal» [RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed. Stuttgart 1963, p. 269, citado por D. KRAUß, *Strafrecht und Kriminologie*, en Grimm (comp.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, tomo 1, 2.ª ed. 1976, pp. 233-266, p. 247]. Pues bien, esa era, de algún modo, la base de la ideología del tratamiento, cuya pretensión terapéutica predominó, como veremos, algunos años en la doctrina y los proyectos de reforma, hasta constatarse su fracaso y su mayor intervencionismo en los derechos individuales.

experiencias de abolición de algún aspecto del Derecho penal y su sustitución por otras formas de «solución del conflicto» no permiten obtener una impresión excesivamente positiva⁴². Es, pues, más que discutible —y la carga de la prueba de lo contrario les corresponde a los abolicionistas— que sus propuestas conduzcan, como ellos indican, a disminuir el coste social del delito, a producir menos dolor en este ámbito, a que la estigmatización sea menor, a que se respeten más las garantías individuales, a que la arbitrariedad quede excluida, a que se logre una mayor seguridad jurídica⁴³. Por ello, estimo posible concluir que tales propuestas se muestran —con independencia de su eficacia en el campo de la reinserción, dudosa en medida similar a la del sistema penal convencional— como injerencias más profundas e intolerables en la esfera individual⁴⁴ y como manifestaciones de un paternalismo ético cuya eliminación constituye precisamente uno de los objetivos del moderno Derecho penal de base liberal⁴⁵.

En palabras de FERRAJOLI, «el abolicionismo penal —cualesquiera que sean los intentos libertarios y humanitarios que puedan animarlo— se configura, en consecuencia, como una utopía regresiva que presenta, sobre el presupuesto ilusorio de una sociedad buena o de un Estado bueno, modelos de hechos desregulados o autorregulados de vigilancia y/o punición, con relación a los cuales es el derecho penal —tal como ha sido fatigosamente concebido con su complejo sistema de garantías por el pensamiento jurídico iluminista— el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista»⁴⁶. De ser esto cierto —y yo, como se habrá advertido, pienso que lo es— no cabe duda de que resultan incluso «suaves» las categóricas palabras de HASSEMER, cuando afirma que «quien pretenda abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú»⁴⁷.

⁴²En el mismo sentido, FERRAJOLI, *Poder y control* n° 0-1986, p. 40-4, aludiendo a los mayores inconvenientes que presentan, frente al Derecho penal, los demás sistemas alternativos de control social. Baste aludir a las consecuencias —en sus efectos, más represivas— del movimiento descarceratorio habido en Estados Unidos, que pretendía la sustitución de la pena privativa de libertad por medidas alternativas descritas como «control en la comunidad» (lo que, ciertamente, tiene la resonancia de una voluntad de devolver a la sociedad la solución del conflicto). Cfr. al respecto LARRAURI, *Las paradojas del movimiento descarceratorio en Estados Unidos*. ADPCP 1987, pp. 771-793, p. 772, 779, etc.

⁴³En este sentido KAISER, *Lackner-FS*, p. 1043-1044, aportando más argumentos, vid. concretamente sus alegaciones respecto a lo que ponen de manifiesto ciertas experiencias de «diversión» sobre la base del § 153 a de la StPO (Ley de enjuiciamiento criminal alemana).

⁴⁴Cfr. además, a título de ejemplo, las críticas al abolicionismo que, sin compartirlas, transcribe LARRAURI, *Poder y Control* n° 3-1987, p. 106 y 108, entre otras.

⁴⁵Como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, RFDUC 63, otoño 1981, p. 26 « si prescindiéramos del Derecho penal, no sería fácil encontrar un sistema de control menos represivo, ni menos arbitrario, ni más selectivo. Quien sabe, quizá, si se operaría tan sólo un cambio de etiquetas, un cambio de titulares y de víctimas, pero no del contenido y extensión del ius puniendi que, en definitiva, es lo que importa», cfr. también HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero), Barcelona 1984, p. 399-400, TAIPA DE CARVALHO *Condicionabilidade sócio-cultural do direito penal*, Coimbra 1985, p. 74 nota 134, indicando que el abolicionismo conduce, por un lado, a un Estado terapeuta y totalitario, y, por otro, a la venganza privada.

⁴⁶FERRAJOLI, *Poder y Control*, n° 0-1986, p. 43.

⁴⁷HASSEMER, *Fundamentos*, p. 400.

7. En conclusión, pues, y a la vista de lo expuesto, no parece que la perspectiva abolicionista pueda constituir el eje fundamental de la consideración del Derecho penal en la actualidad. En tanto subsista lo que conocemos como Derecho penal, y personalmente entiendo, con GIMBERNAT, que «hay Derecho penal para rato» o, dicho en términos menos coloquiales, «que la pena es una 'amarga necesidad', que una sociedad que prescindiese de ella tendría sus días contados»⁴⁸ resulta lo más coherente que el eje de nuestra consideración venga dado por perspectivas que tratan de que el sistema penal realice sus funciones «necesarias» de la forma más humana posible⁴⁹. De ellas nos ocuparemos en adelante.

C) La perspectiva resocializadora.

a) Introducción.

1. A diferencia de la perspectiva abolicionista, que afronta la realidad del Derecho penal proponiendo su desaparición, la tesis resocializadora es una de las posibles manifestaciones de la lucha por un «mejor Derecho penal». En efecto, partiendo de la atribución al Derecho penal de una función preventiva, esto es, de una función real de protección de la sociedad y no meramente metafísica, los partidarios de este enfoque ponen el acento en la necesidad de que el Derecho penal, en general, y el sistema de las penas privativas de libertad, en particular, dispongan de los mecanismos necesarios para la obtención de una auténtica reinserción de los penados, eliminando o, al menos, reduciendo en medida relevante las tasas de reincidencia. Es más, llegan a legitimar el Derecho penal por su capacidad resocializadora, extremo éste que motivará la mayoría de las críticas que se dirigen contra ellos.

2. La doctrina de la «resocialización» constituye una variante de la doctrina de la prevención especial⁵⁰, esto es, de aquella teoría de los fines de la pena que

⁴⁸Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 150.

⁴⁹Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *ibídem.*: «El que el Derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual». Cfr. también MUÑOZ CONDE, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*, PG, de Jescheck, Barcelona 1981, I, p. 65: «En tanto exista el Derecho Penal, será precisa una actividad que se ocupe de él, de interpretarlo, de sistematizarlo y de controlarlo. Aun admitiendo que el Derecho Penal sea un derecho clasista y precisamente por eso, debe ser bien acogido todo lo que signifique limitarlo y controlarlo en beneficio de una mejor y más democrática convivencia».

⁵⁰No debe, pues, identificarse la prevención especial con la resocialización, como si se tratara de términos sinónimos. Contra ello advierte NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 4.ª ed., Frankfurt 1982, p. 51. De hecho, ya v. LISZT *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Tomo I (1875-1891), Berlin 1905 [Reimpr. Berlin 1970], pp. 126-179, p. 163 y 164, distingue tres formas de actuación de la pena sobre el que ya ha delinquido: dos de ellas, de naturaleza indirecta, psicológica (motivatoria), a saber, la intimidación y la corrección (que hoy denominaríamos «resocialización»); la tercera, directa, mecánica, la inoquización. [«*Besserung, Abschreckung, Unschädlichmachung: das sind demnach die unmittelbaren Wirkungen der Strafe*»: p. 164].

estima que ésta se justifica por su incidencia sobre el sujeto que ya ha delinquido, tratando de proteger a la sociedad mediante la prevención de los delitos que el mismo pueda cometer en el futuro⁵¹. Los orígenes modernos de esta propuesta se hallan en el último tercio del S XIX, en que comienza a ser defendida por la *Scuola Positiva* italiana, por la llamada «dirección moderna» en Alemania, y por el correccionalismo español⁵². La causa próxima del acentuado interés por la prevención especial parece haber sido la constatación de las elevadísimas tasas de reincidencia, junto a la convicción acerca de que el delito responde a unas causas empíricas, puestas de manifiesto en la personalidad del autor, cuya remoción con medios científicos determinaría la desaparición de aquél⁵³. En su versión más radical, las nuevas doctrinas condujeron a la sustitución de las penas por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena (especialmente, el principio del hecho, la proporcionalidad, la culpabilidad), sino atentas tan sólo a la constatación de una peligrosidad en el sujeto⁵⁴. Sin embargo, estas tesis radicales conllevaban la desaparición del concepto tradicional de delito y, pese a ciertos intentos⁵⁵, no han logrado imponerse, al menos en la Europa occidental⁵⁶. Sí lo ha hecho, en cambio, el punto de vista matizado, ecléctico, que propone la conservación de las penas, junto a las medidas de seguridad, aunque entiende que también aquéllas deben cumplir funciones preventivo-especiales⁵⁷. Esta corriente se ha manifestado, ya más recientemente, en el movimiento de la Nueva Defensa Social, sobre todo en Francia e Italia. En Alemania, después de años de prevalencia de la concepción retributiva, se expresa

⁵¹ Cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt 1980, p. 19-20.

⁵² Cfr., por todos. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, p. 68; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid 1981, p. 210; MORILLAS CUEVA, *Metodología y Ciencia penal*, Granada 1990, p. 94 y ss. Concretamente sobre el correccionalismo español, que en su vertiente penal tuvo una configuración ecléctica, dada la influencia del positivismo criminológico italiano, cfr. SÁINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Barcelona 1970, p. 141 y ss; MIR PUIG, *Introducción*, p. 266-269; LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal español*, 3.ª ed., Madrid 1989, p. 47 y ss; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 85 y ss., 105 y ss.

⁵³ Sobre estos aspectos en la *Scuola positiva* italiana, cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 179 y ss.

⁵⁴ Cfr. SÁINZ CANTERO, *La Ciencia*, p. 85-86; MIR PUIG, *Introducción*, p. 184. Críticamente sobre las deficiencias de la concepción político-criminal de von LISZT, en la que no se tienen en cuenta los derechos del sujeto delincuente o, en todo caso, se subordinan a los de la generalidad, BAURMANN, *Kriminalpolitik ohne Maß — zum Marburger Programm Franz von Liszts*, *Kriminalsoziologische Bibliografie* 42 (1984), pp. 54-79.

⁵⁵ Así, la orientación radical del «Movimiento de defensa social». Cfr., GRAMÁTICA, *Principios de defensa social* (trad. MUÑOZ y NÚÑEZ DE PRADO/ZAPATA APARICIO), Madrid 1974, *passim*, especialmente p. 107 y ss, donde se expone el concepto de «antisocialidad», y p. 265 y ss, donde se desarrollan las «medidas de defensa social» que se conciben como «indeterminadas» «ya que han de ser continuamente modificables, sustituibles, eliminables, en el curso de la ejecución, y en relación con el constante control de la personalidad» (p. 285). Sobre ello, MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 194 y ss.

⁵⁶ Sobre lo sucedido en Escandinavia y Estados Unidos, cfr. *infra*.

⁵⁷ Concretamente, la concepción de v. LISZT: Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 68-69; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 211.

en el Proyecto Alternativo de 1966, en cuya concepción político-criminal buen número de autores han visto un «retorno a v. Liszt»⁵⁸.

3. La propuesta resocializadora se significa, en el seno de las doctrinas preventivo-especiales, por su carácter positivo⁵⁹; no se limita, como la intimidación individual o la inocuización, a la intervención negativa sobre el delincuente, sino que pretende proporcionarle los medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. De ahí que exprese no sólo una función legítima del Derecho penal, sino, más aún, una necesidad ineludible, a la que ningún sistema penal puede sustraerse: no puede, pues, renunciarse a la reinserción. Que esta afirmación responde a una convicción generalizada lo prueba el hecho de que, a medida que se han ido imponiendo las tesis humanitaristas en el ámbito penal, la idea de la resocialización haya pasado a presidir la discusión de los fines de la pena, mientras que la intimidación individual y la inocuización se estiman «cosa del pasado»⁶⁰.

4. La resocialización ha vivido, pues, quizá dos decenios de gloria⁶¹, en los que se llegó a centrar en ella el discurso legitimador del Derecho penal. Sin embargo, desde la perspectiva actual cabe concluir lo efímero de aquella «gloria»⁶². En efecto, al tiempo que cristalizaba en disposiciones legales de gran trascendencia, en todo nuestro ámbito cultural⁶³, el ideario resocializador —como construcción teórica legitimadora de la intervención penal— entraba en una crisis sin precedentes⁶⁴, sobre cuya superación resulta difícil aventurar nada. Al respecto, han revestido importancia las objeciones que han pretendido advertir acerca de la existencia de ciertos casos delictivos en que la resocialización no es posible o no es necesaria, dadas las circunstancias⁶⁵. Sin embargo, más importantes, en tanto que factores de desencadenamiento de la crisis, han sido otras observaciones. Así: 1.º) Las que rechazan la «absolutización» de la idea de

⁵⁸Sobre MARC ANCEL, creador de la «nueva defensa social» y su obra «La défense sociale nouvelle» (1954), cfr. SÁINZ CANTERO, *La ciencia*, p. 98 y ss; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 201 y ss. Respecto al caso alemán, MIR PUIG, *Introducción*, p. 70.

⁵⁹Cfr., en este sentido, por ejemplo, BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal* (trad. Nogués i Tomás, revisada por Bergalli), Poder y control, n.º 0-1986, pp. 77-92, p. 83, al realizar, dentro de las teorías de la prevención especial, una subdivisión entre teorías positivas y negativas.

⁶⁰En este sentido, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 21.

⁶¹Fundamentalmente la década de los sesenta, caracterizada por un optimismo reformista y resocializador de base liberal.

⁶²Cfr. al respecto, con extensas referencias bibliográficas, GARCÍA-PABLOS, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, en Estudios penales, Barcelona 1984, pp. 17-96, p. 18 nota 1, p. 20.

⁶³Baste aludir al art. 25, párrafo 2 de la Constitución española de 1978: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...» y al art. 1 de la L. O. 1/1979 de 26 de septiembre, General penitenciaria. Sobre otras disposiciones en el Derecho Comparado, cfr. MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, en MIR PUIG (comp.) *La reforma del Derecho penal*. Bellaterra 1980, pp. 61-81, p. 62.

⁶⁴La referencia a una «crisis de la idea de resocialización» es unánime en la doctrina. Cfr. MUÑOZ CONDE, *La resocialización*, p. 63; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 22.

⁶⁵Cfr. MIR PUIG, *Introducción*, p. 70-71.

resocialización, que lleva a prescindir en la sanción de toda proporcionalidad con el hecho cometido, así como de las exigencias de la prevención general, tanto si ello se plasma en una condena excesivamente leve, como si resulta una excesivamente grave; 2.^o) Las que cuestionan de modo general la posibilidad de una resocialización en condiciones de falta de libertad; y 3.^o) Las que, también de modo general, ponen de relieve lo ilegítimo de toda intervención resocializadora, por constituir una injerencia inadmisibles en la esfera individual. En lo que sigue trataremos de analizar y valorar tales observaciones críticas.

b) Críticas a la pretensión resocializadora.

1. Uno de los factores que, sin duda, ha contribuido a la crisis de la idea de resocialización ha sido su absolutización. En efecto, algunos sectores doctrinales y —lo que es más importante— la legislación y la práctica en algunos países (vgr. los escandinavos, así como los Estados Unidos) llegaron, en su empeño resocializador, a prescindir de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, para centrarse de modo absorbente en el pronóstico sobre la reinserción del individuo. Al respecto, y centrándose en el caso escandinavo, señala ANTILA⁶⁶:

«Hubo un tiempo, hace veinte o treinta años, en el que los expertos penales en Escandinavia creyeron que el preso medio podría ser reformado a través de esfuerzos rehabilitadores científicamente planificados. Esta filosofía obtuvo una legión de partidarios, pareciendo ser más humana y benévola comparada con la justicia criminal ordinaria. Sin embargo, poco a poco, el creciente volumen de investigaciones condujo a la conclusión de que, en general, existía un soporte empírico muy escaso para este modelo médico o ideológico del tratamiento. También se demostró claramente que este modelo no llevaba necesariamente a un sistema más humano y benévolo. Por el contrario, a menudo favoreció largas sentencias indeterminadas, algunas de ellas por delitos relativamente triviales. También ignoró el principio de igualdad ante la ley».

El texto transcrito constituye una excelente exposición de la «ideología del tratamiento», contra la cual se han dirigido buena parte de las reacciones que han puesto en crisis la idea de resocialización. La mencionada «ideología del tratamiento» tiene diversas manifestaciones. Sin embargo, no cabe negar que la piedra angular de la misma viene constituida por la pena privativa de libertad indeterminada⁶⁷, que probablemente adquirió su máxima expresión en el Derecho

⁶⁶ ANTILA, *La ideología del control del delito en Escandinavia. Tendencias actuales* (trad. Del Rosal Blasco), CPC 1986, pp. 143-155, p. 145.

⁶⁷ Así, VON HIRSCH, «Limits to pain». *Eine (ziemlich) neoklassische Perspektive*. KrimJ 1983, pp. 57-60, p. 57.

norteamericano (*indeterminate sentence*)⁶⁸. En éste, los Tribunales procedían a fijar tan sólo marcos penales amplísimos (no siendo excepcionales las referencias a una privación de libertad «desde un año de duración hasta perpetua»), dejando la decisión definitiva sobre el momento preciso de puesta en libertad a una comisión de expertos penológicos dependientes del Ejecutivo (el llamado «*parole board*»)⁶⁹. La finalidad evidente de tal sistema era poder prolongar la privación de libertad todo lo que fuera preciso hasta lograr la plena resocialización del delincuente. Sus resultados, sin embargo, no pueden calificarse de satisfactorios, dado el excesivo arbitrio incontrolado de los «*parole boards*», la escasa fiabilidad de los criterios seguidos en éstos para la obtención de un pronóstico favorable, con la consiguiente puesta en libertad, y la ruptura de toda relación de proporcionalidad con el hecho⁷⁰. En esta línea, y reiterando lo que antes se transcribía a propósito del caso escandinavo, se ha criticado el autoritarismo y la incompatibilidad de este sistema con la humanidad y las garantías propias del Estado de Derecho⁷¹. La consecuencia del rechazo del estado de cosas tradicional ha sido la aparición, en Estados Unidos y Escandinavia, de una nueva corriente doctrinal que, partiendo del reconocimiento de que la prevención general constituye el principio legitimador fundamental de la intervención penal, pone el acento en la exigencia de proporcionalidad entre el hecho y la sanción, así como en otras garantías formales. Se trata del llamado «neoclasicismo» al que más adelante dedicaremos nuestra atención, pero del que ya ahora puede decirse que ha puesto fin, en aquellos países, al predominio de la ideología resocializadora.

2. La objeción anteriormente examinada se dirigía, más que contra la idea resocializadora en sí, contra algunas manifestaciones extremas de la misma que, en principio, resulta difícil advertir fuera del entorno a que se ha hecho alusión. Mayor entidad tienen, por tanto, las que se dirigen al núcleo del concepto de tratamiento, negando, por un lado, la posibilidad o eficacia del mismo y, por otro, su legitimidad. En lo que hace al primero de los aspectos, se ha argumentado, en efecto, a imposibilidad de una «educación para la libertad en condiciones de ausencia de libertad»⁷² e incluso la ineficacia intimidatoria (individual), en muchos casos, de la pena privativa de libertad⁷³, apuntándose, además, el efecto deso-

⁶⁸Sobre la supresión en el Código penal de California de 1976 de este sistema de sentencia indeterminada, lo que provocó un cambio de sentido en la política criminal norteamericana, GALLIGAN, *The return to retribution in penal theory, in Crime, Proof & Punishment. Essays in Memory of Sr Rupert Cross*. London 1981, p. 144-171, p. 144.

⁶⁹Cfr. sobre esto, extensamente, WEIGEND, *Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA*, ZStW 90 (1978), pp. 1083-1127, p. 1115.

⁷⁰WEIGEND, ZStW 90 (1978), p. 1116, 1117.

⁷¹Así, entre otros, MIR PUIG, *Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual*, Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya n.º 34, enero-febrero 1987, pp. 49-62, p. 52.

⁷²Cfr. la descripción de NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 22-23. Recientemente, LUDERSSEN, *Krise des Resozialisierungsgedankens im Strafrecht?*, JA 1991, pp. 222-228, p. 223.

⁷³Así SCHÜLER-SPRINGORUM, *Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters*, en *Rechtstaat und Menschenwürde. Festschrift für W. Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt 1988, pp. 503-515, p. 509 y 510.

cializador suplementario de esa misma privación de libertad. Con base en tal argumentación, y desde una perspectiva que sigue situando en primer plano los aspectos individuales del sujeto que ya ha delinquido, se ha sostenido la necesidad de prescindir del internamiento, de modo general y no sólo en el caso de las penas cortas⁷⁴, y de sustituir la privación de libertad por formas de «*diversion*»⁷⁵; en términos más radicales, se ha abogado por una «*radical non intervention*»⁷⁶.

3. En fin, se ha rechazado la legitimidad del tratamiento, por dos razones. La primera, entender que carece de sentido resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que, en sí, es criminógena; no habría, pues, que resocializar al individuo, sino a la sociedad⁷⁷. La segunda, considerar que la intervención resocializadora constituye una ingerencia injustificable en los derechos individuales del sujeto que ha delinquido, puesto que, si desea tener éxito, ha de dirigirse a una modificación no sólo del comportamiento, sino también de la actitud interna⁷⁸. Por este motivo —su carácter antiliberal, manipulador, inaceptable en una sociedad entre cuyos valores fundamentales se halla la autonomía de la personalidad— se rechaza esa «resocialización para la moralidad» que tendría como objetivo hacer participar al delincuente en el sistema dominante de valores⁷⁹. Sin embargo, la cuestión es si toda intervención resocializadora ha de mostrar necesariamente esos rasgos o, por contra, podría limitarse a mostrar al sujeto delincuente —en términos racional-económicos— que el delito no compensa (*crime does not pay*) por producir más pérdidas materiales y emocionales que los beneficios —de ambos tipos— que se pretendiera alcanzar con él. Es decir, si es posible que un sujeto no convencido subjetivamente del merecimiento de pena de su conducta decida no reincidir por habersele persuadido de ello en términos meramente utilitaristas⁸⁰. Con independencia de que no se vea muy claro en qué se distinguiría una resocialización así concebida de otra modalidad de la prevención especial —la intimidación individual—, hay quien ha sostenido que una «resocialización para la legalidad», que tuviera como finalidad la mera adecuación utilitarista del comportamiento externo del delincuente a las normas imperantes en la sociedad, es de difícil consecución. En efecto, parece haberse constatado que sólo es eficaz en la obtención de una «relegalización» duradera

⁷⁴Cuyos efectos primordialmente desocializadores se reconocen de modo general.

⁷⁵En esta línea se situaría la reciente propuesta de SCHÜLER-SPRINGORUM, *Maihofer-FS*, p. 511 y ss., del llamado «*Prinzip Aktivierung*» según el cual se trataría de sustituir, dada una posibilidad de elección para el delincuente, el *malum passionis* característico de la pena convencional por un *bonum actionis* (resarcimiento, trabajo en provecho de la comunidad). Estas instituciones tendrían un efecto resocializador mayor que el de las reacciones tradicionales, conformándose como un estímulo para una «ayuda a la autoayuda» del sujeto adulto normal.

⁷⁶Cfr. sobre esto GARCÍA-PABLOS, en *Estudios*, p. 95-96.

⁷⁷Cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 25.

⁷⁸Cfr. la extensa descripción del problema en NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 25 y ss.

⁷⁹Cfr. GARCÍA-PABLOS, en *Estudios*, p. 89 y 94.

⁸⁰Cfr. sobre esto SCHÜLER-SPRINGORUM, *Maihofer-FS*, p. 504-505.

del sujeto un tratamiento basado en la internalización de normas⁸¹. Probablemente sea posible distinguir en esta materia en función de las diversas clases de situaciones delictivas, pero, de todos modos, es evidente que en muchos casos nos hallamos ante un auténtico dilema, que, de no poderse eludir, conduciría a la conclusión del punto de vista crítico: la ilegitimidad de toda intervención resocializadora⁸².

4. Las anteriores objeciones tienen su peso. Sin embargo, su repercusión fundamental no va más allá de imposibilitar que la resocialización se erija en principio fundamental legitimador de la intervención penal. En efecto, las múltiples dudas e insuficiencias que se han puesto de manifiesto a propósito de aquélla, no permiten otra conclusión. Sin embargo, también es evidente que, en tanto en cuanto siga siendo necesaria la pena privativa de libertad —y ésta, por razones de prevención general, habrá de seguir ocupando un papel importante en el sistema penal—, no podrá renunciarse a la resocialización⁸³. Ni siquiera aunque las estadísticas, por otro lado todavía pendientes de interpretación definitiva, pongan de relieve la extrema dificultad de la consecución del objetivo resocializador⁸⁴. Se trata, pues, de decidir cómo habrá de configurarse esa propuesta resocializadora, ya no entendida como principio legitimador fundamental, pero sí como tarea irrenunciable, para no vulnerar los derechos individuales del sujeto delincuente. Como señala LÜDERSSEN⁸⁵, uno de los puntos neurálgicos es la colaboración del penado, esto es, su acuerdo con el programa resocializador. La determinación de la concurrencia o no de dicho acuerdo habrá de rodearse de las garantías formales necesarias para hacer que la decisión del penado sea adoptada en condiciones de libertad análogas a las de los sujetos que conviven normalmente en sociedad⁸⁶. Sin embargo, la obtención del acuerdo del sujeto no basta para afirmar que el procedimiento resocializador es respetuoso de los derechos individuales. Es preciso, además, atender al contenido y a los fines que se asignan a tal proceso o, en otras palabras, a la actitud con que, desde el Estado o el conjunto de la sociedad, se asiste al mismo. El mismo LÜDERSSEN

⁸¹ Cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 30-31.

⁸² En esta línea, MAPELLI CAFFARENA, *Desviación social y resocialización*, CPC 1984, pp. 311-388, concluyendo (p. 388) que «el tratamiento resocializador es insostenible (...) y descaradamente impensable cuando se presenta como fundamento y justificación de la pena». Cfr. la descripción de otras críticas en LÜDERSSEN, JA 1991, p. 224, con una interesante agrupación de las mismas en «tendencias liberal-conservadoras» que critican la inobservancia de los principios del Estado de Derecho; «tendencias izquierdistas», que se centran en la idea de una sociedad criminógena y en la resocialización como medio de perpetuación del *statu quo*; y las críticas en que coinciden los «liberal-conservadores» y los «izquierdistas» que se centran en la incompatibilidad de la resocialización con la libertad y la dignidad humana, así como en la tendencia a la expansión del sistema penal (*Kontrolldichte*).

⁸³ En este sentido, LÜDERSSEN, JA 1991, p. 224-225.

⁸⁴ En este sentido, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 23-24, insistiendo en el hecho de que es pronto para obtener conclusiones, apoyadas estadísticamente, acerca de los niveles de eficacia resocializadora.

⁸⁵ LÜDERSSEN, JA 1991, p. 225-226.

⁸⁶ LÜDERSSEN, JA 1991, p. 226.

alude a la necesidad de que la sociedad adopte un punto de partida relativista y autocrítico, de que se haga consciente de su propio carácter criminógeno, y obre en consecuencia⁸⁷. Ello supone apostar por modelos liberales, comunicativos, de resocialización, no lastrados por burocracias y jerarquías⁸⁸. Ya hace años que CALLIESS y HAFFKE escribieron algunas de las páginas más esclarecedoras al respecto. Según el primero de estos autores, es decisivo que el tratamiento resocializador no se imponga al condenado, convirtiéndolo en mero objeto del mismo, sino que sea producto de un diálogo ininterrumpido entre aquél y el Estado⁸⁹. Por su parte, HAFFKE, más radical, ha descrito el contenido de ese proceso resocializador al que califica de «terapia social emancipadora» en términos puramente negativos: se trataría de una «antipedagogía» sin ningún contenido positivo, sin ninguna finalidad previa más que la de ayudar al sujeto a «ser libre» de un pasado que en la mayoría de los casos resultará ser opresivo y doloroso⁹⁰. Como señalan NEUMANN y SCHROTH, con esta propuesta alcanza el razonamiento preventivo-especial su punto más alto en la orientación hacia una humanización del sistema. Aunque, lamentablemente, haya que ser escépticos en cuanto a la posibilidad de su realización política en un tiempo no lejano⁹¹. En todo caso, sin embargo, queda claro que ésta —u otra muy parecida— es la meta a alcanzar, y que hacia ella deben orientarse las reformas de los aspectos concretos del tratamiento resocializador⁹².

⁸⁷LÜDERSSEN, JA 1991, p. 226-227.

⁸⁸LÜDERSSEN, JA 1991, p. 227 con detalles en p. 228.

⁸⁹CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt 1974, p. 158 y ss., 160 «el sujeto no es contemplado como mero objeto de un proceso de conducción propio del Estado social, sino que es concebido como sujeto de un proceso dialógico de regulación y aprendizaje: El proceso no tiende a la adaptación a las normas dominantes, sino más bien a crear, en un proceso de interacción, alternativas a la conducción criminal de la vida y, con ello, para la participación en relaciones sociales de vida».

⁹⁰HAFFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, en Lüderssen/Sack (comp.), *Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. 2.* Frankfurt 1977, pp. 291-320, passim, y p. 299, 302, 304.

⁹¹NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 32.

⁹²En este sentido MIR PUIG, *Tendencias*, p. 52: «Sin embargo, ello (scil. las críticas efectuadas) no autoriza a abandonar el sentido positivo de la resocialización, en la medida en que no redunde en perjuicio del reo, sino en cuanto se limite a suponer una oferta de alternativas al comportamiento criminal, que el penado pueda rechazar libremente. En este sentido hay que entender el mandato del art. 25.2 de la Constitución española, según el cual las penas y medidas privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social. Se trata, en definitiva, de integrar el programa de la prevención especial, y de la resocialización en particular, en el marco de aquella Política Criminal antiautoritaria que desde BECCARIA considera que ciertos límites como los de legalidad y humanidad son garantías de libertad».

D) *La propuesta garantista.*

a) Introducción. El «neoclasicismo» político-criminal.

1. La decepción acerca de la capacidad del «ideal resocializador» —con sus problemas de factibilidad y licitud— para legitimar por sí solo el ejercicio del «ius puniendi» y el rechazo categórico de los excesos de la denominada «ideología del tratamiento» han propiciado la aparición de opciones alternativas, cuyo propósito fundamental es acentuar el papel de las garantías formales. Estas tendencias parten de la aceptación de que lo que legitima al Derecho penal es básicamente la prevención general de delitos⁹³, siempre que ésta tenga lugar respetando las garantías del Estado de Derecho, verdadera «*Magna Charta*» del delincuente. Naturalmente, sin embargo, dichas corrientes se han hecho más patentes allí donde la ideología de la resocialización fue más allá en su pretensión totalizadora como única vía de legitimación del Derecho penal del Estado: particularmente, en Estados Unidos, pero también en los países escandinavos.

2. Al movimiento a que nos venimos refiriendo se le ha atribuido por algún sector una denominación equívoca: «neoclasicismo», que propicia algún malentendido⁹⁴. Sin embargo, sus propuestas son significativamente claras. El punto de partida del neoclasicismo es la crítica a la ideología del tratamiento y sus manifestaciones más sobresalientes, como, por ejemplo, la «sentencia indeterminada» antes comentada⁹⁵. Sentado el fracaso de aquella corriente, el neoclasicismo se sitúa en el marco de un renacimiento de la prevención general, cifrándose su objetivo en poner freno a los posibles abusos de ésta⁹⁶.

En palabras de CEREZO MIR, a propósito de la reacción habida en Suecia: «Se niega la posibilidad de justificar las sanciones en virtud de las exigencias del tratamiento o de la inocuidad y se afirma la necesidad de acudir, para ello, a consideraciones de prevención general e incluso de justicia y de proporcionalidad con la gravedad de los delitos. Se habla del abandono de la

⁹³Acentuando este aspecto, LÖFMARK, *Neo-klassizismus in der nordischen Strafrechtstheorie und -praxis: Bedeutung und Auswirkungen*, en *Eser/Cornils (comp.)*, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtstheoretischen Kolloquium*. Freiburg i. Br. 1987, pp. 15-34.

⁹⁴Sobre la denominación «neoclasicismo» y la cuestión de su relación con el clasicismo, cfr. KLAGES, *Tagungsbericht über das deutsch-skandinavische Strafrechtstheoretische Kolloquium*, en *Neuere Tendenzen*, pp. 239-252, p. 239-240. En lo que hace a la relativa diversidad de las propuestas «neoclásicas», cuyo único elemento aglutinador es de naturaleza negativa: el rechazo del tratamiento resocializador como fin legitimador de la pena, cfr. WEIGEND, «*Neoklassizismus*» - ein transatlantisches Mißverständnis, *ZStW* 94 (1982), pp. 801-814, p. 802.

⁹⁵Cfr. VON HIRSCH, *KrimJ* 1983, p. 57. La crítica a la ideología del tratamiento comenzó a hacerse patente en las legislaciones de Estados como California, Indiana o Maine, mediante la abolición de la institución del «parole» y el establecimiento legal para cada delito de un marco más o menos amplio, pero en todo caso significativamente reducido respecto al sistema anterior, dentro del cual el juez determina la pena concreta que le corresponde. Cfr. sobre ello WEIGEND, *ZStW* 90 (1978), p. 1118; GALLIGAN, en *Crime, Proof & Punishment*, p. 144.

⁹⁶CHRISTIE, *Die versteckte Botschaft des Neo-Klassizismus*, *KrimJ* 1983, pp. 14-33, p. 16-17.

ideología del tratamiento. Este debe realizarse, cuando el delincuente lo acepte voluntariamente, pero nunca se puede justificar una sanción por las exigencias del tratamiento, dada la escasa eficacia de sus resultados»⁹⁷.

Todo ello se produce en buena parte mediante un retorno a los planteamientos constitucionalistas y a los principios informadores de la sociedad liberal del S. XIX⁹⁸, que en algunos autores adquiere la denominación explícita de un *retorno a Kant*; de ahí, la expresión «neoclasicismo»⁹⁹.

Evidentemente, no se pueden negar ciertos significativos puntos de contacto entre el neoclasicismo y las doctrinas clásicas. Basta leer a CARRARA cuando éste afirma que la ley «tiene por misión refrenar las aberraciones de la autoridad social en la prohibición, en la represión y en el juicio, con el fin de que ésta se mantenga en el camino de la justicia y no degenera en tiranía»¹⁰⁰, para advertirlo. Sin embargo, de todos modos, parece imponerse la tesis de que el llamado «neoclasicismo» es más «nuevo» que «clásico». Es cierto que se dan en él aspectos que recuerdan las tesis clásicas, como el rechazo de la resocialización y la orientación de la política criminal a una compensación proporcionada de la culpabilidad. Ello no obstante, como NAUCKE pone de relieve, nos hallamos más bien ante una opción que se encuadra en la modernidad y, por tanto, en una concepción del Derecho penal como «orientado a fines»¹⁰¹.

El neoclasicismo (conjunto de actitudes que en los Estados Unidos recibe la denominación de «*just-deserts-theory*» o «*just-deserts-movement*»¹⁰²) pretende

⁹⁷CEREZO MIR, *Introducción a Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas* [Comité nacional sueco para la prevención del delito. Informe núm. 5. Estocolmo, Suecia. Julio 1978] (trad. Díez Ripollés), ADPCP 1979, pp. 179-221, p. 179.

⁹⁸VON TROTHA, *Wiederkehr der alten Strafpolitik? Zur Kritik der neo-klassizistischen Kriminalpolitik*, en su obra *Distanz und Nähe*, Tübingen 1987, p. 83 y ss, p. 83.

⁹⁹Cfr. sobre esto VON TROTHA, *Distanz*, p. 84, nota 59. Sobre los fundamentos y repercusiones políticas del neoclasicismo, cfr. CHRISTIE, *KrimJ* 1983, p. 31; VON TROTHA, *Distanz*, p. 85 y 87, 92. Un punto sobre el que suele existir acuerdo es el relativo a que la expresión «neoclasicismo» no es afortunada.

¹⁰⁰CARRARA, *Programa del Curso de Derecho criminal*, 10.^a ed., tomo I, PG, volumen I (trad. por la redacción de la RGLJ y adicionado por Jiménez de Asúa, 2.^a ed.), Madrid 1925, p. XI. Asimismo apunta que «rechazadas las ideas utópicas y vejatorias del correccionalismo y del ascetismo, y la fórmula arbitraria y prepostera de la defensa social, se encuentra, tanto en el argumento de la represión como en el de la prohibición, el eje fundamental del Derecho criminal en la tutela jurídica» (p. XIV).

¹⁰¹Así NAUCKE, *Die Wechselwirkung*, p. 38 nota 35, señalando en concreto que el neoclasicismo es una opción, propia de la modernidad, en favor de un Derecho penal orientado a fines que se tiene por más eficaz que la resocialización. En efecto, el fin de la «fe resocializadora» sólo deja en pie tres corrientes político-criminales: la neoclásica, de base preventivo-general; la de la «diversión», de base preventivo-especial; y el abolicionismo. Ellas tres conforman la política criminal actual. Cfr. también VON TROTHA, *Distanz*, p. 84, nota 59, para quien, asimismo, el neoclasicismo es más «nuevo» que «clásico»; ello, sobre todo, porque su surgimiento se debe, básicamente, a la desconfianza, entre otros aspectos, respecto de la intervención decisoria de profesionales no juristas en la ejecución penal, por lo que se trata de volver a un poder estatal centralizado y fuerte, y a un primado de lo político sobre lo social, cuestiones éstas que, obviamente, no se plantean en las tesis kantianas. Por lo demás, sobre lo novedoso o no del «neoclasicismo», cfr. las observaciones de LUDERSEN y KAISER, en KLAGES, *Neuere Tendenzen*, p. 242 y 243.

¹⁰²Es decir, teoría del merecimiento o de la culpabilidad, o como apunta DEL ROSAL BLASCO, *CPC* 1986, p. 153 (N. del T.), «movimiento para dar a cada uno lo que se merece».

someter a control al poder punitivo del Estado, exigiendo del mismo una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad¹⁰³, seriamente puestos en tela de juicio en los países en que la ideología resocializadora alcanzó su máximo exponente, haciendo de la inseguridad y la arbitrariedad una característica general del sistema. De ahí que, pese a las duras críticas que se le han dirigido, sobre todo desde perspectivas abolicionistas, merezca un juicio, en principio, favorable. Otra cuestión es si la perspectiva del neoclasicismo, centrada en la salvaguarda de las garantías formales, puede estimarse en la actualidad suficiente para hacer frente a la supuesta crisis del Derecho penal. De ello será preciso, pues, ocuparse con algún detenimiento. Sin embargo, de modo previo conviene analizar si la acogida del neoclasicismo supondría realmente un cambio de rumbo significativo en nuestro ámbito cultural más próximo, constituido por países como Alemania o Italia o, en todo caso, por la Europa occidental.

3. No en vano, se ha señalado que se trata de una importación de los Estados Unidos, y que, con su traslación al ámbito continental europeo, ha de mostrar en éste un contenido de sentido algo diferente. En efecto, como se ha apuntado, la aparición del neoclasicismo constituye una reacción a fenómenos que alcanzan una peculiar dimensión en los Estados Unidos y Escandinavia. Por ello, su conceptualización como reacción frontal a las tendencias vigentes en materia político-criminal quizá no sea acertada en un ámbito en el que se han conservado los principios que propugna, o al menos no se han postergado radicalmente¹⁰⁴. En efecto, en los países del occidente continental europeo, por regla general, ni la orientación básica del Derecho penal, ni la configuración de los sistemas de sanciones han perdido de vista las ideas rectoras de proporcionalidad (ni siquiera en las medidas de seguridad) o culpabilidad, así como tampoco el marco preventivo-general¹⁰⁵. Esta situación de base determina que, en definitiva, quepa concluir que, si algo puede aportar el neoclasicismo al debate penal en Europa occidental, ello será un cambio de acento, pero no una variación radical del marco de la discusión político-criminal.

Sería preciso investigar, como pone de relieve ZIFF, en qué medida la objetivización y orientación preventivo-general del concepto de culpabilidad, el entendimiento de la prevención especial dando prioridad a la perspectiva de evitación de la «desocialización» y la concepción positiva o integradora de la prevención general podrían interpretarse como la forma específica de manifes-

¹⁰³ VON HIRSCH, *KrimJ* 1983, p. 58; VON TROTHA, *Distanz*, p. 84. Acentúan el aspecto de la proporcionalidad con el hecho cometido JAREBORG/VON HIRSCH, «Neoklassizismus» in *der skandinavischen Kriminalpolitik: sein Einfluß, seine Grundprinzipien und Kriterien*, en *Neuere Tendenzen*, pp. 35-64, especialmente p. 37 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. al respecto ZIFF, *Mögliche Auswirkungen des Neoklassizismus auf die deutsche und österreichische Kriminalpolitik*, en *Neuere Tendenzen*, pp. 141-146, especialmente p. 143.

¹⁰⁵ ZIFF, en *Neuere Tendenzen*, p. 143.

tación del neoclasicismo en nuestro ámbito¹⁰⁶. Pero obsérvese que, en cualquiera de los tres aspectos, no nos hallamos ante una modificación esencial, sino más bien ante la progresión de tendencias ya arraigadas.

b) El garantismo y los límites materiales de la intervención penal.

1. Una de las críticas más fundadas que se le han dirigido al «neoclasicismo» es su limitación a los aspectos exclusivamente formales, dejando de lado la cuestión de una efectiva disminución de la intervención penal, de su reducción a lo estrictamente necesario. En efecto, se ha demostrado empíricamente que la abolición de la «sentencia indeterminada» y de los «parole board» en los Estados Unidos no ha traído consigo una disminución de la duración de las penas efectivamente impuestas, sino más bien, al contrario, un aumento de la misma¹⁰⁷. A la vez, se constata en la ideología del neoclasicismo un rechazo frontal de todas las instituciones político-criminales de nuevo cuño que han producido una cierta flexibilización en la ejecución de la pena privativa de libertad, así como su sustitución, en determinados casos, por consecuencias jurídicas específicamente orientadas a la resocialización o no desocialización del individuo¹⁰⁸.

2. Por todo ello, una reacción a la ideología del tratamiento que, como el neoclasicismo, se limite a resaltar la necesidad de observar las garantías formales, aun siendo imprescindible —sobre todo en los países que más padecieron los excesos de aquella orientación—, no es suficiente. Además, se trata de introducir, junto a las exigencias formales, nuevas exigencias de contenido, que traten de conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad y humanidad, por un lado, y de resocialización, por el otro¹⁰⁹. Esta última, como antes se ha señalado, ha de seguir constituyendo un punto de referencia, de modo que no puede renunciarse al tratamiento, siempre que el mismo se plantee como un ofrecimiento que el condenado es libre de aceptar o no. Sin embargo, otras instituciones tratan de corresponder al ideal resocializador ya antes, concretamente en el momento legislativo: así, mediante la reducción de la pena privativa de libertad al mínimo imprescindible (eliminación de las penas cortas o excesivamente largas) mediante la instauración de nuevas formas de reacción punitiva, y a través de la formulación de alternativas a la pena (por ej. especialmente, la responsabilidad civil).

¹⁰⁶ ZIFF, en *Neuere Tendenzen*, p. 144.

¹⁰⁷ WEIGEND, *ZStW* 94 (1982), p. 812; VON TROTHA, *Distanz*, p. 92.

¹⁰⁸ V. TROTHA, *Distanz*, p. 87.

¹⁰⁹ En este sentido, por ejemplo, BARATTA, quien, desde una perspectiva muy crítica respecto al sistema penal, estima que, precisamente porque éste —a su juicio— crea más problemas de los que resuelve, se trata de ponerle límites por la vía del reconocimiento de los derechos humanos y de la realización de la justicia social [cfr. BARATTA, en KAISER/KURY/ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung*, p. 517].

3. Es ésta una vía que, en los últimos años, ha tratado de abrirse por la concepción del llamado «Derecho penal mínimo»¹¹⁰. Sin embargo, la doctrina del Derecho penal mínimo, como elaboración teórica, no supone una novedad tan sustancial como algunos han querido advertir. En realidad, su punto de partida se halla ya en las bases ideológicas del Proyecto Alternativo de Código penal alemán, según el cual la pena es una «amarga necesidad», y, de modo general, en los principios inspiradores de la tradición liberal. No puede olvidarse, a este respecto, que ya el art. 8 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 establecía que «*la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires...*». Existe, pues, una amplia coincidencia en el sentido de entender que sólo son legítimas las penas necesarias: el arraigo del principio de «intervención mínima» muestra, precisamente, que no hay discrepancias a la hora de proponer una reducción de los mecanismos punitivos del Estado al «mínimo necesario». Sin embargo, parece obvio que debe hallarse el objeto de referencia de ese mínimo necesario. El límite de la reducción ha de hallarse en el mínimo necesario. Pero en el «mínimo necesario» ¿para qué?. La tesis de autores como FERRAJOLI, que sostienen la doctrina del «Derecho penal mínimo» es que ha de ser primariamente el mínimo necesario para evitar la «violencia social informal», concepto éste en el que se cuentan ante todo las posibles reacciones punitivas espontáneas de los ciudadanos agredidos por un delincuente o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ellos¹¹¹. La función preventiva, por tanto, es doble: prevención de los delitos y de las penas privadas, o arbitrarias o desproporcionadas. En definitiva, pues, lo que legitima al Derecho penal es la minimización de la violencia en la sociedad. Como dice FERRAJOLI: «Un sistema penal —puede decirse— está justificado únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y punitivas arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas»¹¹². La propuesta de un Derecho penal mínimo, que se define en el triple sentido de «la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva»¹¹³ marca, según creo, el camino a seguir. Sin embargo, parece obvio que lo anterior debe ser objeto de múltiples concreciones. En primer lugar, porque la construcción de un Derecho penal garantista en lo formal y en lo material exige una profunda labor de depuración de los objetos de protección penal. Lo «mínimo» ha de manifestarse

¹¹⁰Sobre sus presupuestos, cfr. FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0-1986, p. 35 y 55. Relativamente próximo, BARATTA, en KAISER / KURY / ALBRECHT (Hrsg.), *Kriminologische Forschung*, p. 517 y ss.

¹¹¹FERRAJOLI, *Poder y Control*, n.º 0-1986, p. 37; EL MISMO, *La legalidad violenta* (trad. Rivaya García), CPC 1991, pp. 305-319, p. 305. Crítico con esta idea como único criterio legitimador del Derecho penal, ZUGALDÍA, *Fundamentos*, p. 59; en favor de la misma, DE LA CUESTA, *Eguzkilore* 3, 1989, p. 60-61.

¹¹²FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0-1986, p. 39.

¹¹³FERRAJOLI, *Poder y Control* n.º 0-1986, pp. 45-46.

también en una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico penal, por ejemplo. Además, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que no nos movemos con magnitudes exactas, que no puede fijarse el punto exacto en el que la reacción penal sigue siendo necesaria para «prevenir». En este, como en tantos otros temas penales, nos hallamos en continua evolución, marcada, según se verá luego de modo más detallado, por la tensión dialéctica entre el interés prevencionista (uno de los varios a que debe atender el Derecho penal) y otros como el humanitario o el resocializador, centrados en la protección de las garantías individuales. Lo que en cada momento histórico se estima como «mínimo necesario» de la intervención penal constituye, pues, el punto de equilibrio alcanzado por la referida tensión dialéctica constante en ese determinado momento. Una tensión cuyo motor es la continua relativización del interés intimidatorio mediante la intensificada atención a los intereses garantísticos. El Derecho penal evoluciona por la vía de su restricción progresiva y, si se me permite la expresión, cada vez es más «mínimo».

7. No muy lejos de este punto de vista se sitúan las propuestas efectuadas en Suecia a partir del abandono de la ideología del tratamiento en aquel país. Ciertamente, la reacción producida no se detiene en una mera propuesta de garantías formales como límite a la prevención general, sino que penetra en ámbitos materiales. Así, no se piensa tan sólo en la seguridad jurídica y en la proporcionalidad, sino que se insiste en la humanización como uno de los intereses a valorar junto a la prevención general. A ello ayuda el hecho de tomar claramente la idea preventivo-general como punto de partida. En efecto, si se parte de que la pena es un mal con el que se amenaza y no un bien con propiedades terapéuticas para el delincuente, se hace más fácil entender que es preciso restringirla al máximo¹¹⁴. A la vez, adoptada la prevención general como fundamento principal de la intervención penal, no es difícil llegar por vía empírica a la conclusión de que la severidad de las penas no es lo decisivo para su eficacia intimidante, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida¹¹⁵. La consecuencia de todo ello es, pues, que no sólo se trata de recuperar la seguridad jurídica y la proporcionalidad perdidas con la fe desmesurada en el ideal terapéutico. La adopción de la prevención general como base de la construcción político-criminal nos devuelve a la realidad de la pena como «mal», invitándonos a reflexionar sobre los términos de la necesidad de ese mal. La consecuencia, extraída por vía empírica, es que la eficacia intimidatoria no re-

¹¹⁴«Puesto que se admite abiertamente que la intervención penal es casi siempre nociva para el delincuente, resulta más fácil justificar la inserción de elementos humanizadores. Es menos difícil mitigar algo que es, por definición, perjudicial, que algo que se considera beneficioso»: *Comité Nacional sueco*, ADPCP 1979, p. 195.

¹¹⁵«Podemos concluir, por tanto, que el riesgo de ser descubierto, así como el proceso, son en muchos casos más importantes que el nivel de punición, desde un punto de vista intimidatorio. Cuanto más expeditivamente, y con mayor certeza, reaccione la sociedad a la infracción, menos importante pasa a ser la severidad de la reacción»: *Comité Nacional sueco*, ADPCP 1979, p. 193.

quiere penas graves, por lo que nada se opone a la progresiva humanización del sistema de sanciones. Además, que en los casos en que la pena privativa de libertad no se estime estrictamente necesaria, nada obstará a su sustitución por otras consecuencias jurídicas. Finalmente, que, presupuesto que la pena es básicamente un mal, nada se opone a introducir en ella elementos que tengan la pretensión de favorecer al delincuente. A este respecto, no cabe ignorar que la doctrina del tratamiento surgió inspirada en un ideal humanitario y que probablemente sentó algunas bases para el progreso en este sentido. Nada obsta, pues, a que «se ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el servicio o tratamiento que pueda precisar»¹¹⁶ siempre que ello se interprete como un derecho y no como algo a lo que se somete obligatoriamente a los reclusos por ser la función determinante del sistema penal. Como se señala en el informe del *Comité Nacional sueco*: «Es probable que la tesis del tratamiento haya establecido las condiciones previas para una considerable humanización del sistema penal. Un rechazo de tal teoría no ha de llevar necesariamente a un descenso de la humanidad, y a un aumento de la severidad, en el sistema penal»¹¹⁷. Se trata, en suma, de recuperar las garantías formales, sin olvidar la progresión humanizadora que pasa por la disminución de la severidad de la intervención penal y de su propio ámbito de incidencia, así como por el mantenimiento de los aspectos positivos del tratamiento.

8. La «propuesta garantista» ni implica una vuelta atrás ni ofrece algo completamente nuevo. Más bien, expresa la síntesis adecuada al presente momento histórico de la evolución de las ideas penales. Así, y si prescindimos de la prevención general, a la que cabe estimar una «constante» en el fenómeno punitivo, el liberalismo se centró en la salvaguarda de las garantías formales, mientras que el asentamiento de la idea de Estado social propició que el tratamiento pasara a un primer plano (primero en el nivel ideológico: «defensa social»; y posteriormente en el nivel de las realizaciones prácticas). Dado que en la actualidad nos hallamos todavía inmersos en la reacción a la ideología del tratamiento, es hasta cierto punto natural que se subrayen los aspectos relativos a las garantías formales, tan gravemente afectadas por los excesos de la ideología resocializadora. Sin embargo, no cabe ignorar los logros que esta última corriente de pensamiento ha alcanzado en el plano de la humanización progresiva del sistema penal (eliminación de penas de prisión excesivamente cortas o excesivamente severas; creación de alternativas a la pena privativa de libertad; etc). El garantismo que, partiendo de la función de protección de la sociedad a través de la prevención general de delitos, procede a subrayar las exigencias formales de seguridad jurídica, proporcionalidad, etc, y acoge, a la vez, las tendencias humanizadoras, expresa el estado hasta ahora más evolucionado de desarrollo de las actitudes

¹¹⁶ *Comité Nacional sueco*, ADPCP 1979, p. 195.

¹¹⁷ ADPCP 1979, p. 195.

políticocriminales básicas, la síntesis de los esfuerzos en pro de un mejor Derecho penal y constituye la plataforma necesaria para abordar de modo realista y progresista los problemas teóricos y prácticos del Derecho penal¹¹⁸.

¹¹⁸Sobre todo esto, con algún detalle más, cfr. *infra* el capítulo relativo a los fines del Derecho penal.

III. LAS CIENCIAS PENALES. EN PARTICULAR, LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

III.1. Introducción. Dogmática. Criminología. Política Criminal. Victimología.

1. La adopción, en el plano político-criminal básico, de una perspectiva garantista conduce en nuestro planteamiento, de modo prácticamente necesario, al cultivo de la dogmática como disciplina penal fundamental¹. Como ha dicho, con razón, MUÑOZ CONDE, «la Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de *garantizar los derechos fundamentales del individuo* frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una *conquista irreversible del pensamiento democrático*»². En efecto, si hay algo sobre lo que no parece existir discusión alguna, esto es que la elaboración categorial y la integración de los diversos conceptos jurídico-penales en un sistema características de los estudios dogmáticos, proporcionan —sea cuál sea el método o la concepción dogmática de la que se parta— una seguridad jurídica de otro modo inexistente. La dogmática jurídico-penal, en palabras de GIMBERNAT, «hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable

¹Ello no significa que sólo quepa concretar la concepción garantista a través del cultivo de la dogmática. Pero sí, en todo caso, que el cultivo de la dogmática es una buena forma de traducir en hipótesis concretas una concepción general garantista del Derecho penal.

²MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, p. 136 (*los subrayados son míos*); y continúa: «la mejor ley no deja de ser un *desideratum* desprovisto de eficacia práctica, si no hay una actividad que se ocupe de ella, que la conozca, la delimite y la aplique. La idea de Estado de Derecho exige que las normas que regulan la convivencia sean conocidas y aplicadas, además de ser elaboradas por un determinado procedimiento, de un modo racional y seguro, que evite el acaso y la arbitrariedad en su aplicación y que las dote de una fuerza de convicción tal que sean aceptadas por la mayoría de los miembros de la comunidad. De este modo incumbe a la dogmática jurídica una función 'legitimadora'».

del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución»³. Algo que, decenios atrás, había subrayado ya el propio VON LISZT: «Cuanto más se abandonen a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la Administración de Justicia. Sólo el conocimiento sistemático garantiza un pleno dominio sobre la materia»⁴. Debe, pues, ponerse de relieve que la aspiración tradicional de la dogmática no ha sido la de cultivar su disciplina «*l'art pour l'art*» sino la de obtener seguridad jurídica, levantar un edificio firme frente a intervenciones ideológicas, y reafirmar así la idea de *Estado de Derecho* y la concepción del Derecho penal como «Magna Charta»⁵. Todo ello es reiterado por JESCHECK, a propósito de la teoría general del delito, sin duda la construcción dogmática jurídico-penal por excelencia: «Los elementos generales del concepto de delito, reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan (...) una jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria, de modo que contribuyen de forma esencial a garantizar la *seguridad jurídica*»⁶. Puede, pues, calificarse de abrumadora la coincidencia existente sobre este punto, que agrupa a autores que parten de premisas valorativas o se sirven de métodos absolutamente dispares, y que se va extendiendo a ámbitos tradicionalmente reacios a la dogmática, como los de la doctrina anglosajona⁷. Por su parte, la referida *consideración formal* bastaría para justificar plenamente a la dogmática ante cualquier jurista que afronte la problemática jurídico-penal desde perspectivas garantistas⁸. Pero la aportación

³GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., p. 158. Al respecto señala WELZEL, *Zur Dogmatik im Strafrecht. Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe 1972, pp. 3-8, p. 5: «Es sintomático y, en cierto sentido, (para nosotros) lamentable, que un no-alemán, un español, haya hecho recordar, frente al griterío de los críticos de la reforma del Derecho penal, el significado de la dogmática» reproduciendo a continuación la frase de Gimbernat que transcribimos en el texto.

⁴VON LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche* (1886), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, tomo I, Berlin 1905 (Reimpr. Berlin 1970), pp. 212-251, p. 218-219.

⁵WELZEL, *Maurach-FS*, p. 4.

⁶JESCHECK, *Tratado de Derecho penal PG* (trad. Mir Puig/Muñoz Conde), I, Barcelona 1981, p. 264.

⁷En el ámbito jurídico-penal anglosajón no existe, por el momento, algo comparable a lo que en la tradición continental conocemos como «dogmática». El mejor estudio comparativo, según alcanzo a ver, de las características del «modus operandi» continental —que es calificado en esta obra de «conceptualista»— y el anglosajón —calificado de «intuicionista»— se halla en el libro de NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires 1980, traducción de su tesis doctoral presentada en Oxford. En cualquier caso, es patente que, en los últimos años, se advierten tendencias en el ámbito anglosajón dirigidas a una aproximación a la consideración dogmática del Derecho penal. Cfr. las pruebas actualizadas en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4.ª ed., Berlin 1988, p. 175 nota 3. Los nombres de FLETCHER, en Estados Unidos (recuérdese su importante obra *Rethinking Criminal law*, Boston-Toronto 1978) y de GLANVILLE WILLIAMS, en Gran Bretaña, son significativos a este respecto.

⁸No puedo compartir el punto de vista de NINO, *Los límites*, p. 82, cuando señala que no siempre la dogmática proporciona seguridad, textualmente, «que la metodología conceptualista no favorece sino que, por el contrario, perjudica a los ideales de certeza y previsibilidad». Por lo demás, su propio análisis del «enfoque intuicionista», denominación que da a la elaboración teórica característica del Derecho inglés, (p. 101 y ss.) muestra hasta qué punto la seguridad jurídica es mayor en nuestro ámbito.

de la dogmática no acaba ahí. Además, y sin entrar en detalles que habrán de ocuparnos más adelante, puede afirmarse ya ahora que, al posibilitar un adecuada diferenciación de los casos realmente distintos mediante la delimitación de los aspectos esenciales y accesorios, sienta las bases de una *aplicación más proporcionada y justa* del Derecho penal a las diversas situaciones delictivas⁹. Por último, determinadas concepciones dogmáticas —sólo algunas—, al proponer la configuración de un «sistema abierto», permeable a la incidencia directa de los principios materiales que han de inspirar la intervención penal, se constituyen asimismo en vehículo adecuado para traducir en términos conceptuales y trasladar a la práctica aspiraciones como la de restringir la intervención del poder punitivo al mínimo auténticamente necesario¹⁰ (*perspectiva garantística material*). Es este el caso, según creo, de la propuesta metodológica iniciada por ROXIN y que cobra un auge cada vez mayor en nuestros días, como habrá ocasión de exponer.

2. Sentado lo anterior, a nadie extrañará que aquí se comparta la tesis de que la dogmática jurídico-penal constituye la *Ciencia del Derecho penal por excelencia*¹¹ constituyendo otras disciplinas, como la Criminología, la Política Criminal o la Victimología, sin perjuicio de su autonomía, disciplinas esencialmente auxiliares. Sin embargo, en nuestro propio ámbito cultural ha sido posible asistir a momentos históricos en los que se ha pretendido marginar a la perspectiva dogmática, o incluso prescindir de ella, atribuyendo el papel central, en el seno de las «Ciencias penales», a las consideraciones criminológicas o político-criminales. Ello ha tenido lugar, según entiendo, en dos circunstancias históricas concretas: en la segunda mitad del siglo XIX, con motivo del predominio del *positivismo sociológico*; y en la segunda postguerra mundial, al extenderse, por un lado, el *pensamiento tópico*, y, por otro, la convicción de la necesidad de tener presentes, en la aplicación del Derecho, las *valoraciones político-criminales* y las aportaciones, en general, de la criminología y las demás *ciencias sociales*.

⁹Cfr. en JESCHECK, *Tratado*, I, p. 264, la referencia al enjuiciamiento en Gran Bretaña del caso de la *Mignonette*, en el que dos marineros náufragos, tras sufrir largas privaciones, habían acabado por matar a un compañero agonizante para alimentarse de su cuerpo. La ausencia, entre el instrumental jurídico a disposición del Tribunal, de mecanismos dogmáticos como el del llamado «estado de necesidad exculpante» (al que subyace la distinción entre justificación y exclusión de la culpabilidad), determinó que se les impusiera la pena de muerte, luego conmutada en vía de gracia. Y ejemplos como éste podrían citarse a cientos.

¹⁰Obviamente, el mecanismo por excelencia de restricción de la intervención penal al mínimo necesario es el de la reforma legal. Sin embargo, también es evidente que una determinada orientación dogmática, con sus consiguientes repercusiones prácticas, puede contribuir en no poca medida a tal restricción. El descubrimiento por vía dogmática de las causas de exculpación o del principio de exigibilidad, en general, o la propia posibilidad de «restricción teleológica» de los tipos constituyen un ejemplo de ello.

¹¹También en este sentido MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 120: «A mi juicio, la consideración jurídica de la criminalidad debe ser destacada frente a las de otro tipo, y ello por dos razones: en primer lugar, porque los conceptos delito, pena o medida de seguridad sólo tienen relevancia para las disciplinas no jurídicas en cuanto vienen definidos y delimitados por las normas jurídicas penales; es el Derecho penal, por consiguiente, quien suministra el objeto de estudio a las otras ciencias no jurídicas; en segundo lugar, porque los conocimientos que brindan estas ciencias tienen fundamental significación en tanto que sirven para una mejor regulación jurídica, adquiriendo únicamente en función de esta regulación jurídica importancia práctica».

3. La corriente filosófica del positivismo tuvo, en nuestro ámbito, como consecuencia más o menos directa, entre otras, el rechazo del carácter científico de la consideración jurídica del delito, y la propuesta de su sustitución por una consideración sociológica o antropológica (*positivismo sociológico-naturalista*). Manifestaciones de esta tendencia, que hace surgir a la Criminología como ciencia de contenido autónomo, son, sobre todo, la «*Scuola positiva*» en Italia (LOMBROSO, FERRI, GAROFALO)¹² y la llamada «*jungdeutsche Kriminalistenschule*» (dirección moderna), en Alemania (VON LISZT). En este momento histórico, la labor científica del penalista se estima consistente en el análisis de las causas del delito y de los efectos de la pena¹³. La Criminología, la Penología y la propia Política criminal empírica, como disciplinas científicas, vienen, pues, a sustituir en el centro de las «ciencias penales» a la dogmática. Esta, cuando se la considera disciplina integrante de las mismas, como ocurre en el caso de VON LISZT¹⁴ y su «*gesamte Strafrechtswissenschaft*»¹⁵, aparece reducida a una disciplina didáctica, dedicada sustancialmente a la formación de los juristas prácticos, pero desprovista de toda significación en el plano científico¹⁶.

4. La superación de este primer momento crítico para la dogmática, cuya científicidad aparecía cuestionada a partir de su sometimiento al baremo del concepto positivista de ciencia (explicación causal de fenómenos empíricos), vino propiciada por el *neokantismo*. Este, al fundamentar la posibilidad de diferenciar entre un método *explicativo* propio de las *ciencias de la naturaleza*, y otro *comprensivo* propio de las *ciencias del espíritu* (o ciencias culturales), permitió fundamentar convincentemente, conforme a los principios metodológicos dominantes, la legitimidad científica de la dogmática (tesis del dualismo metodológico)¹⁷.

5. El segundo momento crítico —que cabe ubicar en torno a los años sesenta y primeros setenta de este siglo—, en cambio, no vino propiciado por un cuestionamiento de la científicidad de la metodología dogmática —o, al menos, no de modo directo—, sino por el rechazo de un método dogmático excesivamente encerrado en sí mismo e inadecuado, por ello, para conformar una técnica ope-

¹²En detalle, sobre ella, MIR PUIG, *Introducción*, p. 179 y ss.; GARCÍA-PABLOS, *Manual*, p. 243 y ss.; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 18 y ss.

¹³Expresamente, VON LISZT, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft* (1899), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, tomo II, Berlin 1905 (Reimpr. Berlin 1970), pp. 284-298, p. 289: «*kausale Erklärung von Verbrechen und Strafe*».

¹⁴Cfr. el instructivo cuadro de VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 296.

¹⁵Cfr. sobre la «*gesamte Strafrechtswissenschaft*» en la obra de VON LISZT, destacando con razón que la misma no expresa una unificación metodológica, sino una reunión funcional, vinculada al papel que se atribuye al jurista como «político-criminal», BACIGALUPO, *Relaciones entre la dogmática penal y la criminología*, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra 1982, pp. 53-70, p. 55 y ss, y 58.

¹⁶VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 285 y 296. Obsérvese que se equipara, en cuanto a su función pedagógica, a la Dogmática con la por él denominada «Criminalística».

¹⁷En detalle, MIR PUIG, *Introducción*, p. 231 y ss.; MORILLAS CUEVA, *Metodología*, p. 24 y ss.

rativa de resolución de los conflictos sociales. La perspectiva crítica se manifestó en dos frentes distintos. Así, por un lado, se puso de relieve la inidoneidad de las tesis dogmáticas para resolver los problemas prácticos de la aplicación del Derecho. En otros términos, se alegó su falta de referencia al problema, a la realidad del Derecho penal, su basamento exclusivo en un método deductivo-axiomático necesariamente abstracto. Por otro lado, se objetó a la dogmática su reticencia a considerar los avances habidos en las ciencias sociales del comportamiento humano, incluida de modo especial la criminología, así como su impermeabilidad a las valoraciones político-criminales¹⁸.

6. Tales críticas —como después se expondrá con más detenimiento— han sido asumidas ampliamente por la mayoría de los dogmáticos, hasta el punto de que en nuestros días un autor puede caracterizar la dogmática jurídico-penal como un medio para la aplicación segura, racional e igualitaria del Derecho penal, que pretende resolver los problemas de ésta en forma adecuada a la materia, en el marco de ciertas determinaciones político-criminales de fines y con ausencia de contradicciones sistemáticas¹⁹. A este nuevo estado de cosas ha contribuido en medida decisiva, junto a otros factores, la obra programática de ROXIN «Política criminal y sistema del Derecho penal»²⁰. En ella se proclama la necesidad, no de prescindir del sistema en favor de una consideración tópica, sino de conformar un «sistema abierto» del Derecho penal: abierto tanto al «problema» como a las «consideraciones valorativas», entre las que se incluyen las consistentes en valorar las nuevas aportaciones de las diversas ciencias sociales. Del grado de asimilación de las referidas objeciones por la dogmática alemana, incluso por la menos inclinada a modificar los planteamientos tradicionales, dan fe las siguientes palabras de JESCHECK: «No cabe (...) desconocer el peligro que encierra una dogmática jurídico-penal excesivamente anclada en fórmulas abstractas, a saber: de que el juez se abandone al automatismo de los conceptos teóricos, desatendiendo así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, en tanto que las exigencias sistemáticas deben permanecer en segundo plano. Es necesario 'dar entrada a las decisiones valorativas de política criminal en el sistema del Derecho penal'»²¹.

7. Así pues, tras esta sucinta referencia, cabe concluir que la dogmática ha ido superando los momentos críticos de su historia y en la actualidad aparece

¹⁸Sobre ello, cfr. HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach WELZEL*, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln 1988, pp. 399-427, p. 402-403 (hay traducción española de una versión algo más corta de este trabajo, debida a MARIANO BACIGALUPO, bajo el título de *El desarrollo de la dogmática penal después de WELZEL*, en POLAJNO (Comp.), *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba 1987, pp. 19-45).

¹⁹Se trata de MATWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht*, en Behrends/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 3. Symposium der Kommission «De Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» Göttingen 1989, pp. 120-137, p. 120.

²⁰Traducción española de MUÑOZ CONDE, Barcelona 1972.

²¹JESCHECK, *Tratado*, I, pp. 264-265.

asentada en su lugar de ciencia penal fundamental. Junto a ella, la *Criminología*, como ciencia empírica del delito, aporta los imprescindibles datos acerca de la fenomenología criminal y las diversas instancias implicadas en ella (delincuente, víctima, aparatos del control social)²². Por su parte, la *Política Criminal* proporciona la necesaria referencia a fines y valores, al cumplir la «misión política»²³ de orientar la evolución de la legislación penal (perspectiva *de lege ferenda*) o su propia aplicación en el presente (perspectiva *de lege lata*) a las finalidades materiales del Derecho penal²⁴. A ellas se ha unido recientemente, con aspiraciones de autonomía, la *Victimología*, que se ocupa específicamente de la víctima del delito, atendiendo a su intervención en el surgimiento del delito y en la posterior solución del conflicto²⁵. Entre todas estas disciplinas²⁶ existen significativas interacciones que trataremos de mostrar con algún detalle, aunque desde la perspectiva exclusiva de la dogmática jurídico-penal, en un apartado posterior²⁷.

~~III.2. La dogmática jurídico-penal. Rasgos generales de la evolución en el objeto y en el método.~~

~~A) Introducción.~~

~~1. Como con razón han puesto de relieve algunos autores en los últimos tiempos, no resulta claro qué deba entenderse por dogmática jurídica²⁸ ni, en~~

²²Cfr. KAISER, *La criminología hoy* (trad. Mira Benavent), CPC 1988, pp. 43-61, p. 45-46 y p. 55. En cualquier caso, hay que señalar que también la criminología ha experimentado una profunda crisis, debido, entre otras causas, a la opción de una corriente doctrinal —la Criminología crítica— por un «cambio de paradigma», consistente, como ya se ha señalado *supra*, en abandonar el estudio de las causas del delito en el delincuente y su entorno para pasar a centrarse en el fenómeno del control social. Cfr. al respecto, GARCÍA-PABLOS, *Manual*, p. 684 y ss. Crítico sobre todo ello, KAISER, CPC 1988, p. 52. Por lo demás, la mejor, a mi juicio, exposición de los problemas pasados y presentes de la Criminología en lengua española se contiene en el citado Manual de Criminología de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, al que me remito.

²³En VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 296 se trata de una política criminal empírica, caracterizada por la «zielbewußte Bekämpfung des Verbrechens».

²⁴Cfr. ZIPF, *Introducción a la Política Criminal* (trad. Izquierdo Macías-Picavea), Madrid 1979, p. 4.

²⁵JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 41. Por lo demás, detalladamente, GARCÍA-PABLOS, *Manual*, p. 76 y ss.

²⁶Naturalmente, existen otras disciplinas que probablemente deben incluirse entre las ciencias penales, como la estadística criminal, la criminalística o la medicina forense, pero éstas no tienen incidencia directa en los aspectos que aquí se examinan. Una gran trascendencia le atribuye VON LISZT a la Criminalística (como formación técnico-práctica para la determinación del supuesto de hecho) en *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 286-287.

²⁷Una buena descripción de las relaciones entre Dogmática y Política Criminal, así como entre Criminología y Política criminal, siempre desde la perspectiva de ésta última, se halla en ZIPF, *Introducción*, p. 4 y ss., 9 y ss., respectivamente. Sobre las repercusiones de las investigaciones criminológicas en la Política Criminal, VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, II, p. 294-295.

²⁸Así, por ejemplo, ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Atienza/Espejo), Madrid 1989, p. 240.