

RESOCIALIZACIÓN. UN PROBLEMA DE TODOS

SUMARIO.— Introducción.— Concepto y fines de la pena.— Tratamiento de los fines de la pena.— Resocialización. Concepto. Problemática.— Los fines de la pena en el Código de 1995.— Reseña bibliográfica.

INTRODUCCIÓN

A partir del último tercio del siglo pasado, el derecho penal clásico represivo comienza a verse relegado por un incipiente derecho social o del tratamiento; cobrando su máximo esplendor entre los años cincuenta y sesenta. Será a partir de los 70, y cuando parecía que su asentamiento era definitivo, el momento en que se abre paso una profunda crisis del concepto resocializador y del «derecho del tratamiento».

En la actualidad, y a pesar de las dificultades que la idea resocializadora plantea, un amplio sector doctrinal, y también social, lucha por su resurgimiento. Integrado en esa corriente me propongo defender su consecución, pero estableciendo los correctivos y variantes necesarios para ello.

CONCEPTO Y FINES DE LA PENA

La pena supone una privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la Ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal¹. Con las penas se pretende evitar la comisión de hechos delictivos, en cuanto éstos perturban y ponen en peligro bienes jurídicos alterando con ello la estabilidad social. Y puesto que esos bienes se conciben como atributos de la personalidad imprescindibles para la autorrealización del sujeto en su individualidad, es fácil comprender que se recurra para su protección a la reacción más contundente del sistema de normas de una comunidad.

Como veremos en su momento, esta finalidad preventiva es la que mejor se acomoda a lo preceptuado por el texto Constitucional de 1978; pero antes de abordar el análisis de los fines de la pena desde una perspectiva constitucional, es necesario aludir, aunque sea someramente, a las principales teorías doctrinales sobre la materia.

La justificación del Derecho penal y, por consiguiente, de la pena es un tema pacífico en la doctrina; no lo es, sin embargo, el relacionado con sus fines pues, como es natural, la limitación o privación de derechos que la pena comporta «no puede ser nunca una aflicción gratuita»².

Las *teorías absolutas* aparecen vinculadas al Estado teocrático y al Estado liberal. Les corresponde la concepción más tradicional de la pena, es decir, la que la concibe como una mera realización de la justicia. La pena se impone, exclusivamente, porque el delincuente ha cometido el delito, su esencia es pura compensación; lo realmente decisivo es la afirmación del Derecho mediante la retribución de la pena por el mal del delito³.

En definitiva, estas teorías responden a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo. La pena, sea útil o inútil para asegurar la

1 Cfr.: CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal, parte general*, T. I, Vol. II, 18ª edición revisada y puesta al día por C. Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, 1981, p. 714 y ss.

2 Cfr.: TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, escrito en colaboración con B. Mapelli Caffarena, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 35.

3 Vid.: LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, reimpresión de 1995, p.20 y ss.

paz social, debe imponerse si lo exige la justicia⁴... se constituyen así en teorías de la pena, no en teorías de los fines de la pena.

Esta visión hegeliana de la negación o expiación del delito por el sufrimiento de la pena está actualmente superada entre otras razones porque, como pone de relieve ROXIN, la teoría de la expiación deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, no están comprobados sus fundamentos y porque como conocimiento de fe irracional e impugnable, no es vinculante⁵.

Sin embargo, advierte BUENO ARÚS, no debemos olvidar que la finalidad retributiva y sus módulos responden a un instinto y a un sentimiento primario de justicia arraigado en la conciencia popular; por ello, legislar contra corriente en ese punto supone el desprestigio de la pena. Además, puesto que lo irracional forma parte de la naturaleza humana no debe ser descalificada, sin más⁶.

En efecto, que la pena tiene— e incluso, debe tener— un carácter aflictivo nadie lo niega pero lo que hoy ya nadie acepta es que el único fin de la pena sea la mera retribución.

La alternativa a la retribución son las *teorías relativas*. De acuerdo con las mismas, la pena no se orienta a un fin de compensación por el hecho cometido sino a una prevención de futuras conductas delictivas.

La *prevención general* responde, en esencia, a la conocida teoría de Feuerbach de la «coacción psicológica» que en la colectividad produce la advertencia de la conminación penal. Pero esa legítima pretensión de evitar futuras conductas delictivas implica, como subraya Mir Puig, no sólo una finalidad de inhibición respecto del delincuente potencial, sino también una internalización positiva en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica de los delitos y la satisfacción jurídica de la comunidad⁷.

4 Cfr.: MIR PUIG, S.: *Problemática de la pena y seguridad ciudadana*, en *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, editorial Ariel derecho, Barcelona, 1994, p. 116.

5 Cfr.: ROXIN, C.: *Sentido y límites de la pena estatal*, en *Problemas básicos del derecho estatal*, traducido por Luzón Peña, biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Madrid, 1976, p. 14.

6 Cfr.: BUENO ARÚS, F.: *La legitimidad jurídica de los métodos de la criminología aplicada al tratamiento penitenciario*, en *Estudios penales y penitenciarios*, 1981, p. 195.

7 Cfr.: MIR PUIG, S.: *Problemática de la pena y seguridad ciudadana*, en *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, editorial Ariel derecho, Barcelona, 1994, p. 120.

Se justifica, por ello, la exigencia doctrinal de una necesaria proporción entre la pena y la gravedad social del hecho para evitar una perversa utilización del delincuente en aras de la perseguida prevención general. Además de esa tendencia hacia lo que Roxin califica de «terror estatal»⁸, se cuestiona la propia eficacia preventivo-general de la pena respecto de los delincuentes profesionales o de los que obran por impulsos circunstanciales.

La tesis de la *prevención especial*, definida por VON LISZT en su programa de Marburgo, propugna luchar contra el delito mediante la actuación sobre el delincuente para evitar su reincidencia. Objetivo ya perseguido por el Correccionalismo y el Positivismo criminológico italiano y posteriormente acogido en la Nueva Defensa Social de MARC ANCEL.

Las tres vertientes de la finalidad preventivo-especial son la intimidación, resocialización e inocuización dirigidas al delincuente ocasional, al habitual corregible e incorregible respectivamente.

Tampoco esta teoría queda a salvo de consideraciones críticas. Se aludirá a las mismas cuando se aborde precisamente el exámen de la denominada «resocialización».

Las *teorías mixtas* tratan de conciliar las tesis anteriores. De todas ellas merece destacarse la tesis dialéctica de la unión de ROXIN ya que la misma no sólo se configura como una superación de las aportaciones ya mencionadas sino que evita los perniciosos efectos de una simple yuxtaposición de las mismas mediante la diversificación de las tres fases en las que la pena aparece: conminación, imposición y ejecución de la misma. En la primera fase, coincidente con el momento de la tipificación, prevalecería la finalidad de prevención general. En la fase de imposición, dicha finalidad debe quedar sometida a la medida de la culpabilidad del sujeto y en la fase ejecutiva de la pena—concluye el autor— ha de intentarse la reincorporación del delincuente a la sociedad a través de la resocialización⁹.

En mi opinión, parece aconsejable adoptar una posición ecléctica que si bien trascienda las posturas retribucionistas, reconozca los aspectos positivos de las mismas como son la superación del retribucionismo individual o su razonable defensa de la proporcionalidad. Por ello, y en la línea de

8 Vid.: ROXIN, C.: *Sentido y límites de la pena estatal*, cit. p. 18 y s.

9 Vid.: ROXIN, C.: *Sentido y límites de la pena estatal*, cit. p. 20 y s.

pensamiento de MUÑOZ CONDE¹⁰, considero que la pena adecuada a la culpabilidad es también la pena adecuada desde el punto de vista preventivo-general y que sólo a partir de ella se pueden, y se deben, plantear otras funciones preventivas de tipo especial que, en la medida que sean compatibles con las primeras, permitirían adaptar la pena a la personalidad del delincuente.

En definitiva, mi postura personal es decididamente favorable a la tesis de la prevención especial pero siempre dentro de los márgenes que posibilite la prevención general. Ahora bien, de las dos funciones de la prevención general, la «negativa» realizada a través de la amenaza dirigida al colectivo social y la «positiva» reafirmadora de los valores que la norma representa y fortalecedora de la confianza de los ciudadanos en el Derecho es ésta última la que considero legitimada. Todo ello sin olvidar que, como pone de relieve RUIZ FUNES, el progreso del Derecho está en razón inversa de la frecuencia de la pena¹¹.

Es cierto que la pena es, como lamenta LANDROVE¹², una amarga necesidad. Sin embargo debe intentarse una huída hacia adelante, prescindiendo progresivamente de la misma e incrementando las medidas encaminadas a humanizar el tratamiento penitenciario y buscando nuevas soluciones lejos del Derecho penal.

TRATAMIENTO DE LOS FINES DE LA PENA

El punto de partida del estudio de cualquier aspecto del Ordenamiento Jurídico, y en este caso de los fines de la pena, ha de ser el texto constitucional. De acuerdo con el artículo primero de nuestra Constitución, España se constituye en un Estado social y democrático de derecho. Teniendo en cuenta la estrecha vinculación existente entre los fines de la pena y las características del Estado en el que se imponen y despliegan sus efectos,

10 Cfr.: MUÑOZ CONDE, F.: *Culpabilidad y prevención general*, en Derecho penal y Ciencias Sociales, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 169.

11 Cfr.: RUIZ FUNES, M.: *Meditación actual sobre la pena*, en Academia Mexicana de Ciencias penales, Cuadernos criminalia, nº. 11, 1942, p. 28.

12 Cfr.: LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, reimpresión de 1995, p. 17.

procederá estudiar la normativa al respecto, a la luz de los preceptos constitucionales para hacer una valoración fundada del tema que nos ocupa.

Dispone el artículo 25.2 de la Constitución española que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

En virtud de este precepto, la Constitución ha tomado parte respecto de la fundamental cuestión de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad. Ahora bien, como señala BUENO ARÚS¹³, la declaración constitucional habría ganado en exactitud si se hubiese hecho una redacción como la que sigue: «...estarán orientadas *preferentemente*...», pues las señaladas no son las únicas finalidades que aquéllas han de cumplir. Así lo pone de relieve también MAPELLI CAFFARENA¹⁴ al aludir a la referencia del 25.2 como criterio ordenador. En el mismo sentido, se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al interpretar que el artículo 25.2 limita el objetivo de la reinserción social al de un mero y simple criterio orientativo, subrayando al mismo tiempo que existen otros fines, en el cumplimiento de las penas de cárcel, que pueden hacer factible una condena abstraída de los conceptos de reinserción y reeducación del condenado.

Al respecto es especialmente clarificadora la sentencia de este Tribunal de 23 de febrero de 1988 que reza: «este tribunal se ha ocupado en numerosas ocasiones en interpretar el inciso del art. 25.2 de la Constitución... en el auto 15/84, ya dijimos que dicho precepto no contiene un derecho fundamental sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no derivan derechos subjetivos».

Por otra parte el artículo de referencia se encuentra ubicado dentro del título dedicado a los Derechos fundamentales de las personas, planteándose el lógico interrogante de si el condenado tiene un Derecho público subjetivo a la reeducación y reinserción social. De la sentencia analizada, de los autos 303 y 780 del 86; y de la sentencia 2/87, parece inferirse clara-

13 Cfr.: BUENO ARÚS, F.: *Las normas penales en la Constitución de 1978*, en *Doctrina penal*, 1979, p. 838.

14 Vid.: MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 133 y ss.

mente una respuesta negativa. Cabe, por tanto afirmar, que se pueden ejecutar —y de hecho se ejecutan— penas privativas de libertad cuando ya se ha producido la reinserción. La reinserción no se formula en sí misma como un Derecho subjetivo, en sentido auténtico, del penado, sino como un principio orientador de las penas y, en el mejor de los casos, como una finalidad de la imposición punitiva.

En cambio, y sorprendentemente, el código penal anterior guardaba silencio sobre los fines de las penas. En una primera valoración, podría pensarse en una justificación temporal. La Constitución es posterior a aquel texto punitivo común; sin embargo, ¿cómo justificar entonces las numerosas reformas penales operadas con posterioridad y que no han supuesto una correlativa mejora en este punto; más aún, ¿no resulta inexplicable que el Código de 1995, mantenga el mismo mutismo sobre los fines de la pena? Posiblemente se ha pretendido evitar el debate en unos tiempos dónde, por desgracia, vivimos perplejos ante el retroceso protector que sufren los derechos del reo; derechos que, en un futuro inmediato, van a experimentar un freno expansivo considerable. Analícese, a este respecto, la promesa electoral de quienes abogan por un cumplimiento íntegro de las penas.

Por su parte, la Ley General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, refrenda la previsión constitucional señalando que el fin de las instituciones penitenciarias es la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad.

Los principios informadores de esta regulación se encuentran en los arts.62 LOGP y 240 RP, abarcando múltiples referencias a descripciones médico-científicas, pero sin profundizar, en mi opinión, en la finalidad, desarrollo y consecuencias de esos tratamientos, así como tampoco se reflexiona sobre la posibilidad real de aplicar ese conjunto de medidas sobre determinado tipo de delincuencia. ¿Cabe siquiera la posibilidad de plantearse un tratamiento respecto de delincuentes de cuello blanco, o respecto del delincuente ocasional? ¿es posible hacerlos efectivos en relación a un determinado tipo de criminal especialmente peligroso?, en mi opinión, la respuesta ha de ser negativa.

La LOGP establece, como no podía ser de otro modo, la voluntariedad de la aceptación ya que, su imposición sería atentatoria para la dignidad humana y los Derechos fundamentales.

Hay que reconocer que este texto legislativo supone un paso adelante en

la tarea de dignificar el régimen penitenciario en su aspecto humano y también una mejora de las instalaciones e instrumentos, mejorando la calidad de vida de nuestros presos; sin embargo, la realidad carcelaria nos pone ante la evidencia del carácter utópico e irrealista del mismo.

En efecto, el tratamiento no existe en la prisión, en ningún centro existe una planificación conforme a las prescripciones legales, los presos se hacen en las celdas, el número de presos según la capacidad de los centros está desde hace años desbordado, la atención sanitaria, educativa, deportiva, es escasa, etc...etc.... Ante este panorama el clamor doctrinal en favor de un progresivo abandono del sistema de penas privativas de libertad está generalizado. En este sentido se pronuncia CÓRDOBA RODA¹⁵, «al logro de la reinserción social a cuya consecución aparecen referidas las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, pueden servir con mucha eficacia recursos distintos a aquellos que comportan una privación de libertad».

¿Cuál es la situación de otros países?, el equivalente a nuestro 25.2 de la CE, es el 27.3 del texto constitucional italiano, que reza: «las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de la humanidad y deben tender a la reeducación del condenado».

En ambos textos se recoge la prevención especial como fin de la pena, si bien, como destaca BOIX REIG¹⁶ tres son los criterios diferenciales de ambos preceptos:

1.— en el texto italiano la referencia es tan sólo a las penas, obviando las medidas de seguridad.

2.— la exigencia constitucional no es imperativa en ninguno de los textos constitucionales, si bien el italiano es más laxo, gracias a la expresión «deberán tender».

3.— la finalidad en la Constitución española del 78 es más amplia al admitir no sólo la reeducación sino también la reinserción social.

En el Derecho alemán, la discusión doctrinal ha sido y continúa siendo

15 Cfr.: CÓRDOBA RODA, J.: *La pena y sus fines en la Constitución española de 1978*, en *Papers*, revista de sociología, nº. 13, Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. 134.

16 Cfr. BOIX REIG, J.: *Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución*, en *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, p. 118.

muy intensa respecto de la reforma que ha culminado con la introducción del parágrafo 46 del código penal alemán que toma criterios de prevención especial para la determinación de la pena. En efecto, las diferencias constatables en el Proyecto Alternativo y en el Oficial han supuesto una mayor atención a la prevención especial por parte del primero. Con independencia del cúmulo de teorías reinantes, la Spielraumtheorie y la Theorie der Punktstrafe centralizan el debate alemán.

La primera pretende conjugar los distintos fines de la pena armonizando el principio de culpabilidad y la prevención especial.

La segunda, supone un recurso estricto a la culpabilidad como factor determinante de la pena.

Ahora bien, creo con SCHULTZ¹⁷ que si se toma en serio la idea de resocialización, es necesario que la misma obligue a todos los órganos de la persecución penal en sentido amplio. Es decir, la meta resocializadora debe presidir no sólo la fase ejecutiva sino también la policial y procesal. Además, es imprescindible la implicación de toda la sociedad en una tarea que es de todos.

Concluyo este punto con una reflexión. ¿La incorporación a la Constitución de la filosofía resocializadora y del pensamiento preventivo y del tratamiento a la legislación penitenciaria, no se ha producido a destiempo? ¿O quizás vivimos una época «de vuelta de las tesis resocializadoras»? Esta es la cuestión que abordaré inmediatamente.

RESOCIALIZACIÓN. CONCEPTO. PROBLEMÁTICA

El vocablo aparece, por vez primera, en la edición de 1927 del Lehrbuch de VON LISZT. La lacra y, al tiempo, la grandeza del término «resozialisierung», resocialización, comienza con su propia denominación.

En principio, parece concedérsele a la acción de reeducar e insertar un cierto carácter mecanicista que se ve trascendido por la impronta socializadora (como creación de condiciones sociales óptimas) de que goza el vocablo resocialización.

La resocialización permite ser entendida bajo dos sentidos bien distin-

17 Cfr.: SCHULTZ, H.: *Porsuite pénale et réinsertion sociale*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1981, n.º. 3, p. 535.

tos; como adaptación del preso, que no delincuente, a determinadas actitudes y valores impuestos socialmente (sentido máximo) o como vía favorecedora de alternativas varias al comportamiento criminal (sentido mínimo).

Defender un sentido maximalista de la resocialización pretendiendo el aprendizaje e interiorización de valores me parece, cuanto menos, criticable. En un Estado pluralista y garante de las libertades individuales cualquier tipo de coacción moldeadora de principios y valores éticos supone, de entrada, una vulneración del texto constitucional, arts. 9, 10, 15, 16, 20, 25, etc... Pretender a través de cualesquiera procedimientos modificar los planteamientos valorativos del individuo, atenta contra la dignidad humana. Pero de ahí a desterrar cualquier función reeducadora de la pena, media un abismo. Sostengamos, por tanto y en principio, una posición favorable a un «sentido mínimo» de resocialización.

Ahora bien, ofrecer alternativas al crimen pasa por cuestionarse seriamente, qué sociedad es la que así lo quiere, qué tipo de delincuente pretendemos o podemos resocializar, qué medios se encuentran a nuestro alcance y, por último, cuál es la finalidad pretendida.

En palabras de GARCÍA PABLOS¹⁸, «no se trata de a quién castigar sino de quién castiga...». Doctrinas como la criminología crítica o el psicoanálisis coinciden en que es la sociedad, y no el delincuente, la que debe ser objeto de tratamiento. Comparto el criterio de que una sociedad asentada en el individualismo más atroz, en el endiosamiento del «Conde» de turno, en la hipervaloración de «lo material» frente a todo tipo de ética solidaria y de igualdad, jamás podrá estar legitimada para reinsertar a nadie. Toda persona, por el hecho de serlo, tiene derecho a ser diferente y a «presumir de ello».

¿Qué sentido tiene resocializar al delincuente contra la propiedad adoctrinándole en el respeto de la propiedad privada en una sociedad basada en la desigualdad económica o en una injusta distribución de sus recursos?, ¿cómo resocializar al psicópata autor de una violación, sin cuestionar al tiempo, una educación hipócrita absolutamente represiva del instinto sexual?. Estas reflexiones de MUÑOZ CONDE CONDE¹⁹ nos conducen a

18 Cfr.: GARCÍA PABLOS, A.: *La resocialización del delincuente, ¿un mito?*, en Problemas actuales de la criminología, publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 245.

19 Cfr.: MUÑOZ CONDE, F.: *Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles*, en La reforma penal, Madrid, 1982, p. 115.

un primer posicionamiento: la resocialización dejaría de tener sentido en una sociedad con unas estructuras sociales justas e igualitarias.

Pretender reincorporar a la sociedad a todo delincuente es, por definición, inadmisibile. Piénsese en criminales y psicópatas peligrosos que tienden irremisiblemente al delito y para los que no cabe más tratamiento que la inocuización. En delincuentes ocasionales de tráfico, en la denominada delincuencia de cuello blanco, en personajillos de gatillo fácil como el asesino del profesor TOMÁS y VALIENTE, en aquéllos que— en el momento de la condena— ya están reinsertados o, por qué no, en aquéllos que no quieren reinsertarse.

Parece, pues, que el objeto de tratamiento se ve reducido considerablemente respecto del total de población reclusa.

Consideración aparte merecen los medios e infraestructuras disponibles para tan loable fin. Al respecto se ha dicho por MIR PUIG²⁰, que «es un verdadero obstáculo tener que intentar la resocialización en el medio carcelario».

Entre otras razones porque, como ya dijimos, basta comprobar la situación carcelaria en España para aseverar con firmeza la imposibilidad de procurar unas condiciones mínimas de vida en tales centros.

El requisito «sine qua non» para un pronunciamiento favorable a una resocialización bien entendida es el respeto a la libre voluntad del preso y, por ende, su colaboración a tal fin. Pretender eso en una situación dominada por la denominada «subcultura carcelaria» es luchar contra el status quo de la prisión, es ir contracorriente en un mundo dónde lo importante es sobrevivir. El respeto a las jerarquias, a las mafias, a un severo «código del recluso», al encubrimiento frente al opresor, son condiciones de supervivencia.

Hablar, en estas condiciones, de instituciones desocializadoras es descender a la realidad diaria de nuestro país. Por ello se explica la pesimista afirmación de MUÑOZ CONDE «el único sentido que puede y debe tener hoy en la actual realidad punitiva española el concepto de resocialización y de tratamiento que le es inherente, es procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras»²¹.

20 Cfr.: MIR PUIG, S.: *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, editorial Ariel derecho, Barcelona, 1994, p. 145.

21 Cfr.: MUÑOZ CONDE, F.: *Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles*, en *La reforma penal*, Madrid, 1982, p. 118.

En realidad en España no se ha pretendido seriamente la eliminación de este estado de cosas. Posiblemente porque la conciencia social vive de espaldas a la realidad constitucional.

El reconocimiento de Derechos y Libertades se postula de todo ciudadano, pero eso o no se entiende o no se quiere entender; además, es más cómodo para las Instituciones del Estado mantener una situación que económica y políticamente les resulta rentable. El delincuente, «ya en prisión», no interesa.

Por otra parte, como denuncia DOLCINI, desde el momento de su ingreso el detenido «es sometido a una serie de humillaciones, degradaciones y profanaciones del ego que viene sistemáticamente, aunque no lo sea intencionadamente, mortificado. Este es el preludio de una vida en la que todo será reglamentado, predeterminado y controlado y en la que se tenderá a sustraer al detenido el mínimo margen para elecciones responsables. Privado por otra parte de toda esfera de intimidad, el detenido regresa a un estado infantil»²².

¿Es así como se quiere «recuperar» al recluso?, ¿no será que lo que se pretende con la represión es una más fácil domesticación?

Ante la evidencia de que la prisión estigmatiza, parece que la solución es obvia: desterrémosla. Sin embargo hoy por hoy, reconozcámoslo, es una pretensión utópica, máxime cuando acabamos de convenir la necesaria inocuización de determinado tipo de delincuencia.

Pero también existen «delincuentes potencialmente recuperables» y para ellos debemos seguir intentando sustituir el castigo por el tratamiento, la cárcel por el centro terapéutico. En definitiva se debe seguir batallando para que la resocialización deje de ser un mito.

Al respecto resulta especialmente interesante la prospección realizada por SCHÜLER SPRINGORUM²³ en los denominados «establecimientos de terapia social» de Alemania. Los *Bewahrungsanstalten* o establecimientos en régimen semiabierto de prisión condicional para adultos; y los

22 Cfr.: DOLCINI, E.: *La rieducazione del condannato tra mito é realtà*, en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1979, p. 475. Vid. Mapelli Caffarena, *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 241 y ss.

23 Vid.: SCHÜLER-SPRINGORUM, H.: *Problemática de los establecimientos de terapia social*, en *La Reforma penal*, Madrid, 1982, p. 122 y ss.

Verwahrungsanstalten o establecimientos en custodia para delincuentes juveniles.

La idea de los «Sozialtherapeutische Austalt»— centros de terapia social— surge en 1960 y apuntaban a una especie de tratamiento pero no en el sentido propio de una terapia hospitalaria sino de una terapia social.

Existen varios en Alemania y tienen una capacidad media de 20 a 60 plazas. Son centros independientes y no secciones o departamentos. La dotación de personal en ellos es singularmente generosa siendo la proporción de 1 a 1. Los servicios técnicos se encomiendan principalmente a psicólogos y profesionales de la psicología social. Los internos suelen ser denominados «klienten» —clientes— y nunca pacientes (recordemos que están allí voluntariamente).

Los inconvenientes de este tipo de instituto son denunciados por el propio SPRINGORUM pero como él mismo subraya, quedan compensados por los logros conseguidos y los resultados esperanzadores: los violentos y los agresivos reinciden casi siempre, pero se comprueba que sus nuevos delitos son de menor gravedad y, en todo caso, de lo 58 casos examinados en la prisión de Munich en 1981 el 50 % no reincidieron.

Estos resultados son lo suficientemente alentadores como para otorgar a la idea resocializadora un margen de confianza.

La estadística valorativa de la reincidencia en España es escasa. La primera información empírica sobre la reincidencia se recogió en las memorias 1990-91 del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, sobre estudios llevados a cabo por la Dirección General de Servicios Penitenciarios Y Rehabilitación²⁴.

A lo largo de 1987 salieron de prisión, tras el cumplimiento de su condena, en torno a 530 individuos. Durante los dos años siguientes se controló cuántos de ellos volvían a ingresar en prisión por una nueva causa penal. En 1988 fueron excarcelados más de 700 internos de las cárceles catalanas. Durante el primer año de seguimiento reincidieron un 28% de los individuos de la lista de 1987 y un 22.7% de la de 1988; durante el segundo año, la reincidencia había ascendido al 35.66% .

Los sujetos que pasaron más días efectivos anteriormente en prisión, ya

24 Vid.: FUNDACIÓ JAUME CALLÍS: *Justicia penal y reincidencia*, en *Comunidad y Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 15-31, 114-134, 170-171.

sea preventiva o con condena, son más reincidentes. Asimilación que no hace sino corroborar anteriores pronunciamientos favorables al disfrute de medidas de reinserción para todo interno. Al mismo tiempo pudo constatarse un efecto más pernicioso sobre quienes pasando un mismo tiempo en prisión, lo hacen en un régimen cerrado.

Otras estimaciones valorativas coinciden en reflejar el aumento de la cifra de condenados e ingresados en prisión mientras parece que los estudios de victimología apuntan a un descenso de la criminalidad. Este fenómeno, en principio contradictorio, responde a una política conservadora y retributiva. La dirección seguida por el «nuevo Código penal» parece seguir esta misma línea. Pasemos a analizarlo.

LOS FINES DE LA PENA EN EL CÓDIGO DE 1995

El denominado Código penal de la democracia, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es más realista respecto de la prevención general. Se elimina la redención de penas por el trabajo, buscando así una mayor eficacia en la prevención general. Respecto de la prevención especial, y también en líneas generales, prescribe que en penas inferiores a dos años se puede intentar evitar la cárcel sustituyendo la de prisión por otras alternativas.

No obstante hay un punto especialmente negro en la nueva regulación. Es el tema relativo al cumplimiento íntegro de las penas. Este es interpretado por algunos como el cumplimiento íntegro de la condena impuesta; es decir, si ésta es de 100 años la pena sería la cadena perpetua (supondría una reforma del artículo 25.2 de la Constitución). Otros, en cambio, entienden que lo que debe cumplirse íntegramente es el máximo establecido en el artículo 76, esto es, 30 años. Las tres cuartas partes se computarían respecto de los cien años de tal forma que la libertad condicional no procedería antes de haber cumplido 75 años de prisión; con lo cual, como el límite de 30 años es inferior, hasta ese límite habría un cumplimiento efectivo de la pena.

En el Proyecto de código penal se recurría a este sistema sólo para determinados delitos considerados por la doctrina especialmente reprobables (terrorismo, narcotráfico, contra la libertad sexual, etc...) y, sin embargo, en el nuevo artículo 78 se prevé para todos los delitos y en función de la peligrosidad. Aunque la referencia a la «peligrosidad» parece evocar la idea de tratamiento, de prevención especial, es evidente que las previsiones del

artículo 78 responden a una pretensión de prevención general, cuando no a una pura y dura inocuización.

Esta supresión, que supone el reconocimiento legislativo del efecto criminógeno de las mismas, sí responde a la idea «resocializadora» en cuanto elimina uno de los factores delincuenciales de primer orden como es el denominado «contagio criminal».

Toda pena prevista por tiempo inferior a seis meses, y en ocasiones inferior a dos años, son sustituidas por arrestos fin de semana, los trabajos en favor de la comunidad o por el sistema de días multa. Como contrapunto hay que señalar que los delitos de los que se nutre fundamentalmente la población carcelaria han visto agravadas sus penas, con lo que mucho me temo que el efecto desmasificador no vaya a producirse. Como una posible solución en la materia me parecen especialmente interesantes iniciativas como la de la circular 2/1995 de la Fiscalía General Del Estado, que impregna de racionalidad prescripciones que no son sino fiel relejo de una codificación «mal consensuada». Sirva, como fiel ejemplo de lo dicho el párrafo siguiente: «cuando la libertad en cualquiera de sus formas es solicitada por el Ministerio fiscal y no existan otras partes acusadoras, la solicitud vincula al juez o tribunal. Aunque no lo dice expresamente la Ley, se deduce tal principio con claridad de la filosofía que inspira la Ley».

Por último, y a modo de conclusión, expondré mi personal punto de vista sobre la cuestión central de esta trabajo:

Coincido con García Pablos²⁵ en que «el argumento más poderoso contra el ideal resocializador tal vez sea el panorama que ofrece la realidad penal y penitenciaria en no pocos países». La idea resocializadora conlleva un tratamiento, y éste requiere medios materiales para llevarlo a efecto. Si realmente nuestras adormecidas conciencias están dispuestas a un dar un salto cualitativo, dispongámonos a luchar ,en primer lugar por la mejora de las condiciones de vida en prisión. A partir de ahí aceptamos un concepto resocializador *encaminado únicamente a procurar al penado medios materiales que le faciliten su retorno a una vida en libertad.*

Admito una visión más amplia del tratamiento sólo en dos supuestos. Para el caso en que el interno lo asuma libremente y acepte ser influido por

²⁵ Cfr.: GARCÍA PABLOS, A.: *La resocialización del delincuente, ¿un mito?*, en Problemas actuales de la criminología, publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 243.

una serie de valores ético-morales que la sociedad acoge como tales. Y para el caso del tratamiento de menores. Esta afirmación, expresada con la máxima cautela, se basa en mi personal convicción de que se puede formar socialmente a un joven en los primeros estadios de su vida. Formación que no debe interpretarse como imposición de una moral concreta sino como un instrumento que haga posible su reintegración.

Una sociedad amiga del conformismo es una sociedad meramente defensiva. Para luchar por una resocialización «factible» en términos de practicidad, considero que hay que adoptar las siguientes medidas:

Limitar las pretensiones de política criminal respecto del delito, viendo en él un fenómeno digno de ser mermado y controlado, pero reconociendo que no puede ser totalmente erradicado.

Fomentar desde el Estado la verdadera conciencia social de que para reducir la delincuencia es necesario eliminar el sistema actual de prisiones y cambiar la actitud frente al etiquetado socialmente como «ex presidiario».

Incrementar los programas de educación, sanidad, lucha contra la pobreza, ayuda a las zonas marginadas, etc..

Sustituir progresivamente el Derecho penal, convirtiendo algunas conductas hoy delictivas en ilícitos civiles o administrativos o, simplemente, discriminatorizándolas. Así, conductas meramente inmorales, delitos de vagancia o de carácter económico de escasa importancia o también aquellos delitos que podríamos denominar «sin víctima».

Aumentar las medidas post-penitenciarias orientadas a la ayuda material al penado.

Considero, asimismo, que una verdadera política de reinserción pasa por una modificación del régimen de anotación de antecedentes penales, optando en cualquier caso, por su cancelación, coincidente con el fin de cumplimiento de la pena.

Concluyo, finalmente, con la sólida esperanza de que en pocos años comencemos a ver los frutos de una verdadera conciencia resocializadora. Y también con el convencimiento de que como recuerda Normandeau, «la justicia social es más importante que la justicia penal. Si la primera gozara de buena salud, no tendríamos necesidad apenas de la segunda. No tendríamos ya necesidad ni de rehabilitación ni de punición»²⁶.

²⁶ Cfr.: NORMANDEAU, A.: *Le mythe de la réhabilitation*, en *Revue de Droit penal et de Criminologie*, 1978, n.º. 1, p. 408.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

BELTRÁN BALLESTER, E.: «La rehabilitación en relación con la reincidencia y la reiteración, en la Ley de 29-XII-1978», en *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, p. 85 y ss.

BOIX REIG, J.: «Significación jurídico penal del artículo 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)», en *Escritos penales*, Universidad de Valencia, 1979, p. 107 y ss.

BUENO ARÚS, F.: «Las Normas penales en la Constitución de 1978», en *Doctrina penal*, 1979, p. 836 y ss.

BUENO ARÚS, F.: «La legitimidad jurídica de los métodos de la criminología aplicada al tratamiento penitenciario», en *Estudios penales y penitenciarios*, 1981, p. 195 y ss.

CARMENA CASTRILLO, M.: «El juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de las penas», en *Cursos de Derecho penitenciario*. Consejo General del Poder Judicial, 1996.

CLAUS ROXIN: «Problemas básicos del derecho penal», editorial Reus, S.A., Madrid, 1976.

CÓRDOBA RODA, J.: «La pena y sus fines en la Constitución Española de 1978», en *Papers*, revista de sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, nº. 13, Barcelona, 1980, p. 129 y ss.

CUELLO CALÓN: «Derecho penal. Parte general», T. I, vol. II, 18ª edición, Bosch, Barcelona, 1981.

DOLCINI, E.: «La rieducazione del condannato tra mito e realtà», en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1979, p. 469 y ss.

FUNDACIÓ JAUME CALLÍS: «Justicia penal y reincidencia», en *Comunidad y Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 15-31, 114-134, 170-171.

GARCÍA PABLOS, A.: «La resocialización» del delincuente. ¿un mito?», en *Problemas actuales de la criminología*, publicaciones del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 203-273.

GARCÍA PABLOS, A.: «La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal», en *Libro homenaje al profesor Antonio Beristain*, «Criminología y Derecho penal al servicio de la persona», San Sebastián, 1989, p. 193 y ss.

HASSEMER, Winfried: «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en *Derecho penal y Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 117 y ss.

LANDROVE DÍAZ, G.: «Las consecuencias jurídicas del delito», editorial Tecnos, Madrid, 1995.

LUZÓN PEÑA, D.M.: «Alcance y función del Derecho penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XLII, Madrid, 1989, pp. 38-53.

MAPELLI CAFFARENA, B.: «Desviación social y Resocialización», en *Cuadernos de política criminal*, 1984, p. 311 y ss.

MAPELLI CAFFARENA, B.: «Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español», edit. Bosch, Barcelona, 1983.

MIR PUIG, S.: «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en *El derecho penal en Estado Social y Democrático de Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 115 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: «Culpabilidad y prevención general», en *Derecho penal y Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 161 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. 61 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: «Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles», en *La Reforma penal*, Madrid, 1982, p. 101 y ss.

MUÑOZ CONDE, F.: «La prisión como problema:resocialización versus desocialización», en *Derecho penal y Control social*, Fundación universitaria de Jerez, 1985, p. 89-118.

NISTAL BURON, J.: «El régimen penitenciario:Diferencias por su objeto.La retención y custodia/La reeducación y reinserción», en *Plan estatal de formación del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1996.

NORMANDEU, A.: «Le mythe de la réhabilitation», en *Revue de Droit penal et de Criminologie*, 1978, nº 1, p. 401 y ss.

ROXIN, C.: «Iniciación al Derecho penal de hoy», Universidad de Sevilla, 1981.

ROXIN, C.: «Problemas básicos del Derecho penal», *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros*, Madrid, 1976.

RUIZ FUNES, M.: «Meditación actual sobre la pena», en *Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Cuadernos criminalia nº. 11, 1942.

SCHÜLER-SPRINGORUM, H.: «Problemática de los establecimientos de terapia social», en *La Reforma penal*, Madrid, 1982, p. 119 y ss.

SCHULTZ, H.: «Porsuite pénale et réinsertion sociale», en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1981, nº. 3, p. 529 y ss.

TERRADILLOS BASOCO, J.: «Las consecuencias jurídicas del delito», en colaboración con Mapelli Caffarena, Civitas, Madrid, 1996.

LORENZO PEÑAS ROLDÁN
Alumno de 5º curso de la Facultad de Derecho
Universidad de Murcia