

TESIS DOCTORAL

2018



***“DEL CASTIGO JUSTO Y NECESARIO A LA
UTOPIA DE LA REINSERCIÓN SOCIAL”***

Diana Isabel Suárez Collía

PROGRAMA DE DOCTORADO EN MADRID

Directora: Dra. María Dolores Serrano Tárraga

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEL CASTIGO JUSTO Y NECESARIO A LA UTOPIA DE LA REINSERCIÓN SOCIAL

INDICE

<i>Índice</i>	2 a 12
<i>Abreviaturas</i>	13 a 14
<i>Introducción</i>	15 a 16
<i>Contenido</i>	17 a 18
<i>Metodo</i>	19
<i>Introduction</i>	20 a 21
<i>Goals/Content</i>	22 a 23
<i>Method</i>	24
<i>Palabras Clave</i>	25
<i>Keywords</i>	25

INDICE

CAPÍTULO I	26
FUNDAMENTO, LÍMITES Y GARANTÍAS DEL CASTIGO	26
1.- INTRODUCCIÓN: FUNDAMENTOS, LÍMITES Y GARANTÍAS DEL CASTIGO.	27
1.1 Cuestiones previas	27
1.2 Orden social y orden jurídico.	28
1.3 Valores a cuya protección se orienta la intervención penal.	29
1.4 Límites y garantías del derecho del Estado para castigar a los ciudadanos.	29
2.- ORDEN SOCIAL Y ORDEN JURÍDICO: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL DERECHO.	30
3.- FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL DERECHO SANCIONADOR, PREORDENADO A LA PROTECCIÓN DE VALORES ELEMENTALES DE LA CONVIVENCIA.	32
3.1 Concepto de “bien jurídico”.	32
3.2 Evolución doctrinal del concepto de “bien jurídico”.	33
3.3 Administrativización del Derecho Penal.	34

4.- TESIS MINORITARIAS SOBRE OTRAS FUNCIONES ATRIBUIDAS AL CASTIGO.	35
4.1 Función “ético-social” del castigo.	35
4.1.1 Derecho Penal y “mínimo ético”.	36
4.1.2 Función del Derecho Penal, como protección de valores elementales de la ética social.	37
4.1.3 Tesis de Welzel.	37
4.2 La llamada “función simbólica” del castigo.	38
4.2.1 El estructural funcionalismo de Durkheim.	40
4.2.2 Teoría sistémica de la prevención integradora: Jakobs, Otto, Amelung y Luhmann.	41
4.2.3 Teoría de la Comunicación social: función comunicativa y expresiva del castigo (Gahringer).	41
4.3 Función “promocional” del castigo: “Welfare State” e intervención mínima y subsidiaria del Derecho Penal.	42
5.- RECHAZO DEL CONCEPTO DE “BIEN JURÍDICO” COMO SOPORTE DE LA FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL DERECHO PENAL: SU FALTA DE “NEUTRALIDAD” Y CARENCIA DE BASE ONTÓLOGICA.	45
5.1 Criminología crítica.	45
5.2 Labeling approach.	46
6.- PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO DEL ESTADO A CASTIGAR: LÍMITES DEL “IUS PUNIENDI”.	47
6.1 Problema de límites del Derecho sancionador en el marco del Estado Social intervencionista.	48
6.2 Límites “formales” del “ius puniendi”.	48
6.2.1 Garantía criminal.	50
6.2.2 Garantía “penal”.	54
Excurso:	55
6.2.3 Garantía Jurisdiccional.	57
6.2.4 Garantía de ejecución.	58

7.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD, “IUS INCERTUM” Y “MANDATO DE TAXATIVIDAD” O “DETERMINACIÓN” (“LEX CERTA”).	59
7.1 Fundamento: principio de división de poderes y el contrato social.	60
7.2 Limitaciones y escasa vigencia efectiva: el mandato de taxatividad como desideratum.	60
7.3 Presupuestos de la intervención penal: exigencias del mandato de determinación y supuestos controvertidos.	61
7.3.1 Cláusulas generales.	62
7.3.2 Conceptos jurídicos indeterminados.	62
7.3.3 Leyes penales en blanco y técnicas de reenvío.	63
7.3.4 Los denominados “tipos penales” abiertos y la descripción inacabada de la “materia de prohibición”.	65
7.3.5 Comisión por omisión u “omisión impropia”.	65
7.3.6 Los tipos penales imprudentes o culposos.	66
7.3.7 Elementos “normativos” o “valorativos”.	66
7.4 Mandato de determinación y consecuencias jurídicas, “aritmética penal” versus “arbitrio judicial”.	66
8.- ¿CRISIS ACTUAL IRREVERSIBLE DEL PRINCIPIO DE “¿LEGALIDAD”, O DEL MANDATO RIGUROSO DE “DETERMINACIÓN”?	68
8.1 La crisis del ideal utópico e ilustrado de sumisión absoluta del “ius puniendi” a la voluntad social objetivada de la Ley: su doble origen.	68
8.2 La moderna Hermenéutica: del “programa” al “ámbito” de la norma. El poder “normativo” de lo fáctico y la labor “cuasinormativa” de la jurisprudencia.	69
9.- LÍMITES “MATERIALES” DEL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO.	70
9.1 Principio del hecho o de responsabilidad por el hecho.	70
9.2 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.	73
9.3 Principio de intervención mínima (subsidiaria y fragmentaria) del “ius puniendi”.	74
9.3.1 Derecho Penal como “ultima ratio”: origen ilustrado y utilitarista de este principio. La doctrina del “contrato social”.	75

9.3.2	<i>Supuesta efectividad disuasoria de la pena y variables del complejo proceso disuasorio. Costes sociales de la intervención penal, según investigaciones empíricas y el “labeling approach”.</i>	76
9.3.3	<i>Naturaleza subsidiaria del “ius puniendi” y su carácter selectivo y discriminatorio.</i>	78
9.3.4	<i>Carácter “fragmentario” o “selectivo” de la intervención penal.</i>	79
9.4	<i>Principio de culpabilidad o “responsabilidad subjetiva”.</i>	80
9.4.1	<i>Diversas acepciones del principio de “culpabilidad”.</i>	80
9.4.2	<i>Cuestionada utilidad del concepto de culpabilidad: aportación perenne del principio de culpabilidad.</i>	81
9.4.3	<i>Artículo 5º del Código Penal: figuras y técnicas incompatibles con el principio de responsabilidad subjetiva.</i>	81
9.5	<i>Principio de proporcionalidad.</i>	82
9.5.1	<i>Origen histórico y fundamento de este principio en el movimiento constitucional.</i>	82
9.5.2	<i>Reconocimiento expreso en el vigente Código Penal y en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 39/2015 de 1 de octubre</i>	84
9.5.3	<i>Alcance del mandato de proporcionalidad: la gravedad del hecho, la responsabilidad del autor y la finalidad de la norma.</i>	85
9.5.4	<i>Destinatario de exigencia de proporcionalidad: legislador, juez, o ambos.</i>	85
9.5.5	<i>Proporcionalidad, retribución y prevención.</i>	86
9.5.6	<i>Vulneraciones del mandato de proporcionalidad en el Código Penal de 1973 y en el vigente</i>	87
9.6	<i>El principio de humanidad o de salvaguarda de la dignidad humana.</i>	88
9.6.1	<i>Su triple dimensión: sustantiva, penitenciaria y procesal.</i>	88
9.6.2	<i>Su origen en el pensamiento ilustrado. Cesare Beccaria.</i>	88
9.6.3	<i>Su consagración en la Constitución española de 1978.</i>	89
9.6.4	<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.</i>	90
9.6.5	<i>Evolución de los sistemas penales europeos: el modelo alemán.</i>	90
9.6.6	<i>Tendencias del sistema español.</i>	91
	COROLARIO	93

CAPÍTULO II	99
EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LOS FINES Y FUNCIONES DE LA PENA ...	99
1.- INTRODUCCIÓN: CRIMEN Y CASTIGO.	100
1.1 Dimensiones del problema de la función y fines del castigo.	101
1.2 Estereotipos e imágenes del hombre delinciente.	102
1.2.1 En el liberoarbitrismo del mundo clásico.	102
1.2.2 En el positivismo criminológico.	103
1.2.3 En el correccionalismo.	104
1.2.4 En el marxismo.	105
1.3 Evolución del debate sobre fines de la pena en la actualidad.	108
2.- FUNDAMENTO, ESENCIA Y FUNCIONES DE LA PENA.	108
2.1 Fundamento del castigo: necesidad de la pena estatal.	108
2.2 Esencia de la pena.	109
2.2.1 La pena como retribución.	109
2.2.2 Efectos de la pena: reales, personales, psicológicos y sociales. “Sanciones informales” y efectos aflictivos a terceros inocentes.	110
2.2.3 La “estigmatización mediática”.	111
2.2.4 Inequívoca naturaleza retributiva de la pena en el ordenamiento jurídico español: gravedad del hecho y culpabilidad del autor como principios rectores del castigo.	111
3.- “FINES” O “FUNCIONES” DE LA PENA.	112
3.1 Retribución versus prevención.	112
3.1 Breve reseña histórica a la evolución de la polémica en distintos marcos políticos.	112
3.2.1 El “Viejo Régimen”: función intimidatoria del castigo y su régimen de ejecución.	113
3.2.2 La ilustración: planteamiento racional y utilitario de los fines del castigo.	113
3.2.3 Las “teorías absolutas”-retribucionistas- del idealismo alemán: la pena justa y merecida.	115
3.2.4 Feuerbach, y el principio de intimidación general (coacción de la conminación penal).	117

3.2.5 “Pena fin” de F. Von Liszt, prevención especial y exigencias del Estado social intervencionista.	118
3.2.6 Pena “intimidación” y “aseguramiento” en los Derechos Penales de “autor” totalitarios.	119
3.2.7 Actuales teorías eclécticas de la pena: la “retribución” como fundamento o como límite de las exigencias preventivas.	119
3.2.8 Tendencias funcionalistas y sistémicas. La “renormativización” de las categorías del sistema.	120
3.2.9 El resurgir del neoidealismo en Alemania.	121
4.- PRINCIPALES TEORÍAS DE LA PENA EN LA DOCTRINA.	121
5.- ANÁLISIS: EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE DIVERSAS TEORÍAS DE LA PENA.	122
5.1 Teorías retribucionistas	122
5.1.1 Presupuestos: ¿Por qué castigar o para qué castigar?	122
5.1.2 Escaso éxito del retribucionismo fuera de Alemania: “Justicia, virtud y fantasma de los alemanes” (Goethe).	123
* INMANUEL KANT.	123
* G. W. FRIEDRICH HEGEL.	124
* KARL BINDING	126
* PENSAMIENTO EXPIACIONISTA.	127
* “NEOIDEALISMO ALEMAN” CONTEMPORÁNEO.	128
5.1.3 Balance crítico del retribucionismo: aportaciones incuestionables y objeciones al mismo.	129
5.2 Teorías prevencionistas o teorías “relativas”.	134
5.2.1 Teoría de la prevención general negativa (Feuerbach).	134
5.2.2 Teorías de la prevención general positiva o integradora.	137
5.2.2.1. Insuficiencia del concepto de prevención exclusivamente intimidatorio.	137
5.2.2.2 Doble origen doctrinal: teoría ético social (Welzel) y teorías sistémicas y funcionalistas.	140
5.2.2.3 Tesis de Alicia Gil Gil.	140
5.2.2.4 Prevención general positiva y teorías simbólicas: la opinión de Zugaldía Espinar.	140

5.2.2.5. <i>Funcionalismo sistémico de Jakobs</i>	141
5.2.2.6 <i>Balance crítico: argumentos a favor y objeciones a las teorías de la prevención general positiva</i>	141
5.2.3 <i>Teorías de la prevención especial</i>	143
5.2.3.1 <i>Antecedentes históricos y principales formulaciones</i>	143
5.2.3.2 <i>Correccionalismo y la “Besserungs-Theorie”</i>	144
5.2.3.3 <i>Positivismo criminológico</i>	145
5.2.3.4 <i>Movimiento de la Defensa Social en una genuina “filosofía penal” y una “política criminal”</i>	146
5.2.3.5 <i>Pensamiento de la “prevención especial” y la “pena final” en F. Von Liszt</i>	147
5.2.3.6 <i>Balance de las teorías de la prevención especial: argumentos a favor de la misma y objeciones</i>	148
5.3 <i>Teorías mixtas o eclécticas sobre la pena como fórmulas de compromiso doctrinal: “punitur, quia peccatum est, ne peccetur”</i>	149
5.3.1 <i>“Spielraumtheorie” o “Rahmentheorie”</i>	150
5.3.2 <i>Culpabilidad como “fundamento” y “límite” de la pena</i>	151
5.3.3.- <i>Balance final de las teorías eclécticas o mixtas</i>	153
5.3.4 <i>Orientaciones doctrinales actuales</i>	153
5.3.4.1 <i>Teoría dialéctica de Roxin</i>	153
5.3.4.2 <i>Teoría diferenciadora de Schmidhäuser</i>	153
5.3.4.3 <i>La pena como instrumento del control social formal: análisis sociológico</i>	154
6.- LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO ESPAÑOL	154
6.1 <i>Teorías eclécticas de Pacheco y Róssi. Evolución posterior</i>	154
6.2 <i>La retribución como punto de partida</i>	155
6.3 <i>Otros principios no retributivos</i>	156
6.4 <i>Principio resocializador y prevención especial</i>	157
6.5 <i>Principio “intimidatorio” y sus manifestaciones</i>	157
6.6 <i>Aritmética penal y arbitrio judicial</i>	159

7- REVISIÓN CIENTÍFICA-CRIMINOLÓGICA “EMPÍRICA” DE LAS FUNCIONES DE LA PENA.	160
7.1 Necesidad de un plus de racionalidad en el examen de los fines de la pena: asignados y reales.	160
7.2. Una tesis reciente: el fracaso preventivo de la pena (Garrido y otros).	161
7.3. Valoración de la tesis de Garrido y otros.	162
7.4 Investigaciones sobre la eficacia preventivo-especial de la pena.	165
7.5 Fracaso preventivo general del castigo.	166
COROLARIO DEL CAPÍTULO II.	171
CAPÍTULO III	177
LA FINALIDAD RESOCIALIZADORA DEL CASTIGO	177
1.- EL AMBIGUO CONCEPTO DE “RESOCIALIZACIÓN” Y SUS DIFERENTES PRESUPUESTOS IDEOLÓGICOS.	178
1.1. Concepto de resocialización	178
1.2. Presupuestos ideológicos y doctrinales del concepto de resocialización: programas “máximos” y “mínimos”.	178
1.3. Resocialización y prevención especial: F. von Liszt.	180
1.4.- Resocialización como finalidad específica de la pena ya impuesta, en el ámbito final de su cumplimiento y ejecución	181
1.5.- Humanismo y realismo. Claves del éxito arrollador de la idea de resocialización.	182
1.6 Balance doctrinal de la idea de resocialización: ventajas y objeciones a esta nueva concepción de la pena.	183
1.6.1. Argumentos a favor: único sentido posible de la pena ya impuesta.	183
1.6.2 Críticas a la idea de resocialización. Estudios penitenciarios, Criminología Crítica e interaccionismo simbólico “labeling approach”.	184
1.7 Debate científico criminológico (empírico) sobre la resocialización del penado.	189
2.- HITOS DE LOS PROGRAMAS RESOCIALIZADORES.	189
2.1. La inicial, de “euforia del tratamiento” resocializador.	189

2.2. <i>Crisis del ideal resocializador, y de la fe en la capacidad rehabilitadora del tratamiento.</i>	190
2.3 <i>El moderado optimismo de la Escuela Canadiense del Aprendizaje.</i>	191
2.3.1. <i>Sus pioneros: Gendreau, Ross, Andrews y Bonta.</i>	191
2.3.2 <i>Los meta-análisis: la relación entre el tratamiento y la llamada “variable criterio”.</i>	192
2.4. <i>La experiencia de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que consagra el modelo científico de intervención.</i>	192
2.4.1- <i>Expectativas del nuevo modelo científico psicoeducativo, basado en los postulados de la Psicología del Aprendizaje.</i>	192
2.4.2 <i>Sus presupuestos científicos.</i>	193
2.5 <i>El replanteamiento de los ideales resocializadores.</i>	194
2.5.1. <i>Desde un punto de vista metodológico.</i>	194
2.5.2 <i>Necesidades “primarias” y “secundarias” del recluso. Régimen y tratamiento.</i>	194
2.5.3 <i>Los problemas domésticos y cotidianos del día a día en la prisión.</i> ..	195
2.5.4. <i>VARIABLES CONCRETAS QUE DETERMINAN LA MAYOR O MENOR CAPACIDAD REHABILITADORA DE UN TRATAMIENTO.</i>	196
3.- CLASES DE INTERVENCIÓN Y MÉTODOS CONCRETOS DE TRATAMIENTO.	196
3.1 <i>Pena y tratamiento rehabilitador.</i>	196
3.2. <i>Modelos de intervención.</i>	197
3.3 <i>Los concretos modelos y clases de tratamiento en el ámbito penitenciario.</i>	198
3.3.1 <i>La psicoterapia y el “counseling”.</i>	200
3.3.2 <i>Las técnicas de modificación de conducta.</i>	203
* <i>Técnicas “aversivas”</i>	204
* <i>Técnicas basadas en el control de las contingencias.</i>	204
* <i>Sistemas de autogobierno y contrato conductual.</i>	206
* <i>Tratamientos de orientación conductual.</i>	206
3.3.3 <i>Técnicas de intervención y tratamiento de orientación cognitiva.</i> ..	207
* <i>Técnicas de solución de problemas.</i>	209
* <i>Técnicas de “control emocional”.</i>	210
* <i>Técnicas de “razonamiento crítico”.</i>	211
* <i>La técnica de “desarrollo de valores”.</i>	211

* <i>Las llamadas “habilidades de negociación”</i>	211
* <i>El “razonamiento creativo”</i>	212
3.3.4 <i>Tratamiento de base cognitivo-conductual seguido en España con delincuentes sexuales y agresores contra la pareja</i>	212
4. EVALUACIÓN EMPÍRICA DE LA EFECTIVIDAD REHABILITADORA DE DIVERSAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN, ESPECIALMENTE EN JÓVENES, ADULTOS, DELINCUENTES SEXUALES Y PSICÓPATAS. .	213
4.1. <i>Los modernos meta-análisis</i>	214
4.2. <i>Tratamientos a los delincuentes sexuales</i>	215
4.3 <i>Esfuerzos terapéuticos y rehabilitadores con la población penitenciaria juvenil</i>	216
4.4 <i>Meta-análisis de May -y otros- en cuanto a delincuentes sexuales jóvenes</i>	217
4.5 <i>Meta-análisis sobre jóvenes psicópatas</i>	218
5. TEORÍA DE LA PENA EN LOS ACTUALES MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES DE “SEGURIDAD” Y DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO.	219
5.1 <i>Derecho Penal de la Seguridad y sus postulados: la actual “Contrailustración”</i>	219
5.1.1 <i>Protagonismo de la delincuencia “convencional”, y correlativo trato de favor del crimen de los poderosos</i>	219
5.1.2 <i>Inseguridad ciudadana y miedo al delito</i>	219
5.1.3 <i>Exacerbación de los intereses de la víctima</i>	221
5.1.4 <i>Populismo y politización</i>	222
5.1.5 <i>Endurecimiento del rigor penal</i>	222
5.1.6 <i>Confianza ciega en la efectividad preventivo-general de las prohibiciones legales</i>	223
5.1.7 <i>Implicación directa de la sociedad en la lucha contra la delincuencia</i>	224
5.1.8 <i>Del paradigma “etiológico”, al paradigma de “control”</i>	225
5.2 <i>El denominado derecho penal simbólico</i>	226
5.2.1 <i>Función simbólica de la pena en la Sociología General y en la Teoría de la Comunicación</i>	226
5.2.2 <i>Función instrumental y función simbólica</i>	227

5.2.3 <i>Repercusiones de una orientación simbólica en la delincuencia expresiva.</i>	228
5.2.4 <i>Diversas acepciones de la función simbólica en la doctrina española.</i>	229
6. LA VÍCTIMA DEL DELITO Y LA RESOCIALIZACIÓN DEL INFRACTOR.	230
6.1 <i>Evolución histórica de los modelos de justicia penal: “de la pena justa, a la rehabilitación del autor y la reparación del daño, justicia restaurativa”.</i>	230
6.2 <i>Crisis del modelo clásico de justicia criminal: irrupción de un nuevo modelo.</i>	230
6.3 <i>Redefinición del nuevo ideal de Justicia.</i>	231
6.4 <i>Expectativas que despierta la “justicia restaurativa” respecto al infractor y respecto a la víctima</i>	232
6.5 <i>La calidad de un sistema legal: reparación simbólica a la víctima y a la comunidad.</i>	233
 COROLARIO DEL CAPÍTULO III.	237
 CONCLUSIONES FINALES	244
 BIBLIOGRAFIA	252

ABREVIATURAS

art.....	Artículo
arts.....	Artículos
ATC.....	Auto del Tribunal Constitucional
ATS.....	Auto de Tribunal Supremo
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CE.....	Constitución Española de 1978
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.....	Confrontar
cit.....	Cita
CP.....	Código Penal
CPM.....	Código Penal Militar
DD TT.....	Disposición Transitoria
edit.....	Editorial
ed.....	Edición
Fasc.....	Fascículo
FJ.....	Fundamento Jurídico
FFJJ.....	Fundamentos Jurídicos
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO.....	Ley Orgánica
LOGP.....	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOTCC.....	Ley Orgánica Tribunal Constitucional.

LRJAPAC.....	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LORPM.....	Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los menores
núm.....	Número
ob.....	Obra
pág.....	Página
págs.....	Páginas
PG.....	Parte General
RD.....	Real Decreto
ss.....	Siguientes
STC.....	Sentencia Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia Tribunal Supremo
STEDH.....	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
SSTC.....	Sentencias Tribunal Constitucional
SSTS.....	Sentencias Tribunal Supremo
t.....	Tomo
TC.....	Tribunal Constitucional
TS.....	Tribunal Supremo
Vid.....	Véase
vol.....	Volumen

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia del hombre, ha existido un vivo interés en determinar cuál debe ser la finalidad del castigo.

Con la evolución de los tiempos, el criterio sobre la finalidad del castigo y la función que el mismo debe desempeñar en la sociedad, ha ido variando en función de los valores del grupo, las orientaciones filosóficas y sociológicas predominantes en cada momento.

Reflejo de esta evolución, el sistema penitenciario español, muestra los valores que imperan en cada etapa social. Durante la primera mitad del siglo XIX, el humanitarismo liberal se imponía con cierta comodidad, aunque influenciado por el utilitarismo dieciochesco; la ley y el discurso político, se decantaron por el retribucionismo penal y las ideas correccionalistas eran motivo de un importante debate en Europa a finales de siglo. A principios del siglo XX, se implantaron reformas de carácter correctivo y tutelar, si bien pasada la Segunda República, se dejó de lado la etapa científica penal que buscaba el mejor sistema penitenciario, y se impuso un racionalismo mecanicista en la regulación y ejecución de las penas.

La aclamada supresión de la pena capital, inútil e injusta, iniciada por Beccaria, *es un espectáculo para la mayoría de la sociedad y un objeto de compasión mezclado con desagrado para otros*, es una decisión acertada, que llegó, ante la inexistente solución que esta pena aportaba en la sociedad post-ilustrada. La historia, por tanto, nos ha llevado a afirmar que el rigor de la pena capital no llega a separar a los hombres del delito y el ejemplo que se da a la humanidad, con ésta pena, supone un delito en sí mismo.

Manuel de Lardizábal manifestó, siglos atrás *“Nada interesa más a una nación, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal”* en su preocupación por la corrección y enmienda del delincuente, denunció el efecto corruptor de los presidios y arsenales y propuso la creación de casas de corrección.

Pero el pensamiento sobre el castigo ha cambiado, y los anteriores ilustradores, nos deben remitir, inevitablemente, a una posible revolución jurídica, que debe fraguarse en la actualidad. El complemento del Derecho Penal a través de nuevos métodos de análisis criminales y otras disciplinas jurídicas se encamina hacia un castigo más conciliable, menos riguroso, tendente a evitar, en la medida de lo posible, el encarcelamiento; fomentar la cultura, la educación, los valores, factores criminógenos, cuya ausencia supone una pauta de comportamiento de indudable influjo en el potencial

delincuente; apostar por medidas de seguridad; mostrar un discurso público con reparos constitucionales para lograr el equilibrio del Ius Puniendi del Estado; respetar el principio de intervención mínima y evitar figuras delictivas que restan eficacia al Derecho Penal por pertenecer a otras ramas del ordenamiento jurídico y en definitiva confeccionar un futuro Derecho Criminal con reformas menos perversas e interesadas sobre una base jurídica en la que intervengan expertos penalistas, criminólogos y penitenciarios.

Debemos tender, por tanto, a la imposición del castigo que pretende proteger el orden social, de manera que se actúe en el proceso de socialización del individuo, con la finalidad de que interiorice y asuma los valores del grupo y el sometimiento a las normas de convivencia social. Este ideal ha de partir de los cimientos de una política criminal que permita incluso anticiparse a la creación de las propias normas, disminuir los costes de la tradicional intervención instrumental del Derecho Penal, con un alto grado de racionalidad en la creación de las normas, que incluye evaluar la eficacia de los cambios legislativos para verificar el logro o el fracaso de los objetivos que los inspiraron, y examinar cómo el efecto preventivo se alcanza de manera más exitosa, así como encauzar de manera ordenada, la creciente influencia de la opinión pública, en la vigencia y reforma de las normas jurídico-penales.

CONTENIDO

La aplicación del castigo, o intervención del control social, con el objetivo de asegurar la supervivencia del grupo ha sido llevado a cabo a través del poder punitivo del Estado, que se encarga de tutelar bienes indispensables para la convivencia humana y encuentra en el Principio de Legalidad su límite formal.

El Principio de Legalidad genera sus bases actuales con la Ilustración y se configura como derecho fundamental del ciudadano, condicionando la imposición del castigo a la existencia de una ley previa que delimite cualquier acción contraria al orden social establecido.

Kant expresó que el castigo era la manera de que cada individuo pudiera experimentar el valor de sus actos, sin embargo esta experiencia no siempre impedirá la lesión del orden social establecido.

Las innumerables teorías sobre fines y función de la pena, se agrupan en dos grandes bloques: *retribucionistas o absolutas*, que contemplan el castigo como una respuesta aflictiva al mal causado, la idea de ética individual y culpa moral, en definitiva, el castigo justo y merecido, por la gravedad del hecho cometido; y *prevencionistas o relativas*, que conciben el castigo como instrumento útil para evitar la comisión de delitos futuros por el propio infractor y como elemento disuasorio para otros individuos.

Se han criticado intensamente los postulados de ambas concepciones, tan antagónicas, e incluso han surgido posiciones que refunden criterios retribucionistas y prevencionistas, las llamadas *teorías mixtas o eclécticas* en las cuales la retribución actúa como límite a metas prevencionistas, pero sin aportar criterios novedosos al respecto, teorías, que están abocadas al fracaso al desnaturalizar las posturas iniciales, sin argumentos propios.

Nos encontramos, jurídicamente, en un momento de la historia en que lo emanado de la Ilustración está, sino en crisis, sí sometido a observación y debe ser racionalizado. Necesita, el *Ius Puniendi* ser reconsiderado y, sin duda alguna, apoyado por otras disciplinas como la Criminología moderna, ciencia empírica y multidisciplinar, que ha puesto de manifiesto el escaso poder intimidatorio del castigo, volcando en aspectos más subjetivos relacionados con el potencial infractor, los motivos que inducen a la comisión de hechos contrarios al orden social.

Si bien resulta inevitable la imposición del castigo para mantener el orden social, procede durante el tiempo de su ejecución, examinar el proceso cognitivo-conductual, a través de terapias positivas que procuran potenciar la voluntad y determinación del individuo castigado o penado y su evolución hacia posiciones más acordes con el respeto a las normas establecidas.

Mi propuesta es aspirar a un modelo de política-criminal que incluya prevención y castigo del delito, en su justa medida. Para la prevención es necesario buscar el origen de la delincuencia e incidir en erradicar este punto de partida de la vida contra el orden social, y no relajar esta política en busca de un mayor aumento del control y de la seguridad.

La idea de un modelo reparador o de mediación resulta atractiva jurídicamente. Las víctimas han adquirido un mayor protagonismo en la sociedad y en la política criminal, pero debemos evitar que esta figura llegue a instrumentalizar el castigo, con sentimientos retributivos que inciden en la legislación penal. Fomentar la interacción víctima-autor, buscando la capacidad de los implicados para negociar, transigir y, en definitiva, para buscar soluciones al conflicto criminal, con el objetivo primordial de reintegrar al delincuente en la sociedad y proteger a la víctima, fines no incompatibles, es el objetivo, en mi opinión, hacia el que cualquier política criminal avanzada debe tender.

La propuesta hacia el camino de la mediación, evitando la aplicación del castigo con efectos retributivos o preventivos, de manera exclusiva, es la apuesta que concluyo, debe informar las jurisdicciones y de manera especial la penal. Se han de aplicar técnicas de formación al que incumple las normas, desde métodos pedagógicos y sociales, pues la mayor parte de estas situaciones, contrarias al orden social establecido, tienen su origen en procesos inacabados de madurez personal, que ante marginales situaciones sociales de desamparo educativo, fomenta el refuerzo de la personalidad a través de acciones delictivas.

METODO

El método utilizado en esta investigación es un método de análisis y deducción.

En primer lugar se analiza el funcionamiento de la sociedad, cuyos valores se materializan a través del orden social, en la que se convive de manera habitual y de la que forman parte todos los integrantes del grupo, que vienen obligados a respetar el orden establecido

En segundo lugar se formulan las teorías sobre las funciones atribuidas al castigo y los límites materiales y formales que el Estado tiene para castigar, a través de los principios que informan el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar se examina la evolución sufrida en relación a los fines y funciones del castigo y las principales teorías sobre el castigo en la doctrina, partiendo del retribucionismo alemán hasta la actualidad.

En cuarto lugar, de manera específica, se aborda la función del castigo en el Ordenamiento Jurídico español y la revisión científica-criminológica de esta función.

En quinto lugar se cuestiona el concepto “resocialización” sus programas y aportaciones a través de la moderna Criminología, así como la evolución de diferentes tratamientos de intervención con determinados delincuentes.

Finalmente se subraya la figura de la víctima, en el proceso de justicia criminal, fortaleciendo sus derechos, a través de diferentes reformas procesales, para la agilización de la justicia, nuevo estatuto de la víctima y potenciación de los diferentes observatorios, entre otros. Pero no hemos de olvidar los *excesos* y *exacerbación* en este sentido, unidos a las nuevas concepciones materiales, cambios de paradigmas, desarrollados a través del Derecho Comunitario, jurisprudencia internacional que afirman el derecho de las víctimas a la condena del autor.

Se han consultado textos normativos nacionales y supranacionales, analizando resoluciones, principalmente del Tribunal Supremo.

INTRODUCTION

Throughout man's history, there has been a keen interest in determining what the purpose of punishment should be.

With the evolution of the times, the criterion on the purpose of punishment and the role that it must play in society has changed according to the values of the group, the philosophical and sociological orientations prevailing at each moment.

Reflecting this evolution, the Spanish prison system shows the values that prevail in each social stage. During the first half of the 19th century, liberal humanitarianism was imposed with a certain degree of comfort, although influenced by eighteenth-century utilitarianism; law and political discourse, they opted for penal retributionism and correctionalist ideas were the subject of an important debate in Europe at the turn of the century. At the beginning of the twentieth century, corrective and protective reforms were implemented, although after the Second Republic, the scientific penal stage was left aside in search of the best penitentiary system, and a mechanistic rationalism was imposed in the regulation and enforcement of sentences.

The acclaimed suppression of the capital punishment, useless and unjust, initiated by Beccaria, is a spectacle for the majority of society and an object of compassion mixed with displeasure for others, is a wise decision, which arrived, in the face of the non-existent solution that this punishment brought in post-illustrated society. History, therefore, has led us to affirm that the rigour of the death penalty does not lead to separating men from crime and the example given to humanity, with this penalty, is a crime in itself.

Manuel de Lardizábal stated, centuries ago, "Nothing interests a nation more than having good criminal laws, because on them depends its civil liberty and, to a large extent, the good constitution and security of the State. But perhaps there is not such a difficult undertaking as bringing criminal legislation to perfection "in his concern for the correction and amendment of the offender, denounced the corrupting effect of the prisons and arsenals and proposed the creation of houses of correction.

But the thought of punishment has changed, and the former illustrators must inevitably refer us to a possible legal revolution, which must be forged today. Complementing criminal law through new methods of criminal analysis and other legal disciplines leads to a more conciliable, less rigorous punishment, aimed at avoiding, as far as possible, imprisonment; promoting culture, education, values, criminogenic factors, the absence of which implies a pattern of behaviour that undoubtedly influences the potential offender; To bet on security measures; to show a public discourse with constitutional objections in order to achieve the balance of the *Ius Puniendi* of the State; to respect the principle of minimum intervention and to avoid criminal offences that make the Criminal Law ineffective because they belong to other branches of the legal

system. In short, to draw up a criminal law with less perverse and interested reforms on a legal basis involving criminal experts, criminologists and penitentiaries.

We must therefore aim to impose the punishment intended to protect the social order, so that action is taken in the process of socialization of the individual, with the aim of internalising and assuming the group's values and submitting to the norms of social coexistence. This ideal must be based on the foundations of a criminal policy that even allows us to anticipate the creation of our own rules, reduce the costs of traditional instrumental intervention in criminal law, with a high degree of rationality in the creation of the rules, which includes evaluating the effectiveness of legislative changes to verify the achievement or failure of the objectives that inspired them, and examining how the preventive effect is most successfully achieved, as well as channeling it in such a way as to ensure that it does not lead to the creation of new ones

CONTENT

The application of punishment, or intervention of social control, with the aim of ensuring the survival of the group has been carried out through the punitive power of the State, which is responsible for the protection of essential goods for human coexistence and finds in the Principle of Legality its formal limit.

The Principle of Legality generates its current bases with the Enlightenment and is configured as a fundamental right of the citizen, conditioning the imposition of punishment to the existence of a previous law that delimits any action contrary to the established social order.

Kant expressed that punishment was the way in which each individual could experience the value of his or her actions, yet this experience will not always prevent injury to the established social order.

The innumerable theories about ends and the function of punishment are grouped into two large blocks: retributionist or absolute, which consider punishment as an afflictive response to the evil caused, the idea of individual ethics and moral guilt, in short, just and deserved punishment, for the seriousness of the act committed; and preventive or relative, which conceive punishment as a useful instrument to prevent the commission of future crimes by the offender himself and as a deterrent to other individuals.

There has been intense criticism of the postulates of both conceptions, so antagonistic, and even positions have arisen that consolidate remuneration and preventionist criteria, the so-called mixed or eclectic theories in which remuneration acts as a limit to preventionist goals, but without providing novel criteria in this regard, theories, which are doomed to failure by denaturalizing the initial positions, without own arguments.

We are, legally speaking, at a time in history when what has emanated from the Enlightenment is, if not in crisis, being observed and must be rationalized. The *Ius Puniendi* needs to be reconsidered and, without a doubt, supported by other disciplines such as modern Criminology, empirical and multidisciplinary science, which has shown the scarce intimidating power of punishment, focusing on more subjective aspects related to the potential infringer, the reasons that induce the commission of acts contrary to the social order.

Although the imposition of punishment is inevitable to maintain social order, it proceeds during the time of its execution, to examine the cognitive-behavioral process, through positive therapies that seek to enhance the will and determination of the individual punished or punished and its evolution towards positions more in line with the established standards.

My proposal is to aspire to a model of criminal policy that includes prevention and punishment of crime, to the right extent. For prevention, it is necessary to seek the origin of crime and to have an impact on eradicating this starting point of life against the social order, and not to relax this policy in search of greater control and security.

The idea of a reparative or mediation model is legally attractive. Victims have become more prominent in society and in criminal policy, but we must prevent this figure from becoming an instrument of punishment, with retributive sentiments that have an impact on criminal legislation. Fostering victim-author interaction, seeking the capacity of those involved to negotiate, compromise and ultimately seek solutions to the criminal conflict, with the primary objective of reintegrating the offender into society and protecting the victim, purposes that are not incompatible, is the objective, in my opinion, towards which any advanced criminal policy should aim.

The proposal towards the path of mediation, avoiding the application of punishment with retributive or preventive effects, in an exclusive way, is the bet that I conclude, must inform the jurisdictions and especially the penal one. Training techniques must be applied to those who do not comply with the rules, using pedagogical and social methods, since most of these situations, contrary to the established social order, originate from unfinished processes of personal maturity, which, faced with marginal social situations of educational distress, encourage the strengthening of the personality through criminal actions.

METHOD

The method used in this research is a method of analysis and deduction.

In the first place, it analyzes the functioning of society, whose values are materialized through the social order, in which it is commonplace and of which all the members of the group form part, and which are obliged to respect the established order.

Secondly, theories are formulated on the functions attributed to punishment and the material and formal limits that the State has to punish, through the principles that inform the legal system.

Thirdly, it examines the evolution suffered in relation to the aims and functions of punishment and the main theories on punishment in doctrine, starting from German retributionism to the present day.

Fourthly, specifically, it deals with the role of punishment in the Spanish legal system and the scientific-criminal review of this function.

Fifthly, the concept of "re-socialization" is questioned, its programs and contributions through modern Criminology, as well as the evolution of different intervention treatments with certain delinquents.

Finally, the figure of the victim is highlighted in the criminal justice process, strengthening his or her rights, through different procedural reforms, in order to streamline the justice system, strengthen the victim's rights and strengthen the different observatories, among others. However, we must not forget the excesses and exacerbations in this regard, together with the new material conceptions, changes of paradigms, developed through Community law, international jurisprudence that affirm the right of victims to the author's condemnation.

National and supranational normative texts have been consulted, analysing resolutions, mainly from the Supreme Court and Constitutional Court.

PALABRAS CLAVE

Bien jurídico, castigo, código penal, conducta, control social, criminología, ética-social, eclécticas, delincuente, derecho penal, intimidación, ius puniendi, labeling approach, ley, mandato de determinación, método, orden social, pena, política criminal, población penitenciaria, principio de legalidad, prevención, principio de proporcionalidad, psicópata, rehabilitación, resocialización, reinserción, retribución, riesgo, seguridad, sociedad, tratamiento, víctima, welfare state,

KEYWORDS

Legal good, punishment, penal code, penal code, conduct, social control, criminology, ethics-social, eclectic, criminal law, criminal law, intimidation, ius puniendi, labeling approach, law, mandate of determination, method, social order, punishment, criminal policy, penal population, prison population, legality principle, prevention, proportionality principle, psychopath, rehabilitation, re-socialization, reinsertion, retribution, risk, security, safety, society, treatment, victim, welfare state.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTO, LÍMITES Y GARANTÍAS DEL CASTIGO

SUMARIO: 1.- Introducción: Fundamentos, límites y garantías del castigo. 1.1 Cuestiones previas. 1.2 Orden social y orden jurídico. 1.3 Valores a cuya protección se orienta la intervención penal. 1.4 Límites y garantías del derecho del Estado para castigar a los ciudadanos. 2.- Orden social y orden jurídico: Necesidad de la intervención del derecho. 3.- Función instrumental del derecho sancionador, preordenado a la protección de valores elementales de la convivencia. 3.1 Concepto de “bien jurídico”. 3.2 Evolución doctrinal del concepto de “bien jurídico”. 3.3 Administrativización del Derecho Penal. 4.- Tesis minoritarias sobre otras funciones atribuidas al castigo. 4.1 Función “ético-social” del castigo. 4.1.1 Derecho Penal y “*mínimo ético*”. 4.1.2 Función del Derecho Penal, como protección de valores elementales de la ética social. 4.1.3 Tesis de Welzel. 4.2 Función simbólica del castigo. 4.2.1 El funcionalismo de Durkheim. 4.2.2 Teoría sistémica de la prevención integradora: Jakobs, Otto, Amelung y Luhmann. 4.2.3 Teoría de la Comunicación social: función comunicativa y expresiva del castigo (Gahringer). 4.3 Función “promocional” del castigo: “Welfare State” e intervención mínima y subsidiaria del Derecho Penal. 5.- Rechazo del concepto de “bien jurídico” como soporte de la función instrumental del derecho penal: falta de “neutralidad” y carencia de base ontológica. 5.1 Criminología crítica. 5.2 “*Labeling approach*”. 6.- Principios limitadores del derecho del Estado a castigar: Límites del “ius puniendi”. 6.1 Límites del Derecho sancionador en el marco del Estado Social intervencionista. 6.2 Límites “formales” del “ius puniendi”. 6.2.1 Garantía criminal. 6.2.2 Garantía “penal”. **Excursus:** La sentencia 197/2006, de 28 de febrero del Tribunal Supremo que establece la “Doctrina Parot” y su anulación como contraria al Convenio Europeo por sentencia de 10 julio de 2012 del Tribunal de Estrasburgo. 6.2.3 Garantía “jurisdiccional”. 6.2.4 Garantía de ejecución. 7.- Principio de legalidad, “ius incertum” y “mandato de taxatividad” o “determinación” (“Lex Certa”). 7.1 Fundamento: principio de división de poderes y contrato social. 7.2 Limitaciones y escasa vigencia efectiva: el mandato de taxatividad como desideratum. 7.3 Presupuestos de intervención penal: exigencias del mandato de determinación y supuestos controvertidos. 7.3.1 Cláusulas generales. 7.3.2 Conceptos jurídicos indeterminados. 7.3.3 Leyes penales en blanco y técnicas de reenvío. 7.3.4 Tipos penales abiertos y descripción inacabada de la “materia de prohibición”. 7.3.5 Comisión por omisión u “omisión impropia”. 7.3.6 Tipos penales imprudentes o culposos. 7.3.7 Elementos “normativos” o “valorativos”. 7.4 Mandato de determinación y consecuencias jurídicas, “aritmética penal” versus “arbitrio judicial”. 8.- ¿Crisis actual irreversible del principio de “legalidad”, o del mandato riguroso de “determinación”? 8.1 Crisis del ideal utópico e ilustrado de sumisión absoluta del “ius puniendi” a la voluntad social objetivada de la Ley: su doble origen. 8.2 La moderna Hermenéutica: del “programa” al “ámbito” de la norma. El poder “normativo” de lo fáctico y la labor “cuasinormativa” de la jurisprudencia. 9.- Límites “materiales” del poder sancionatorio del Estado. 9.1 Principio del hecho o de responsabilidad por el hecho. 9.2 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 9.3 Principio de intervención mínima (subsidiaria y fragmentaria) del “ius puniendi”. 9.3.1 Derecho Penal como “ultima ratio”: origen ilustrado y utilitarista de este principio. La doctrina del “contrato social”. 9.3.2 Supuesta efectividad disuasoria de la pena y variables del complejo proceso disuasorio. Costes sociales de la intervención penal, según investigaciones empíricas y “labeling approach”. 9.3.3 Naturaleza subsidiaria del “ius puniendi” y su carácter selectivo y discriminatorio. 9.3.4 Carácter “fragmentario” o “selectivo” de intervención penal. 9.4 Principio de culpabilidad o de “responsabilidad subjetiva”. 9.4.1 Diversas acepciones del principio de culpabilidad. 9.4.2 Utilidad del concepto de culpabilidad: la aportación perenne del principio de culpabilidad. 9.4.3 Artículo 5º del Código Penal: figuras y técnicas incompatibles con el principio de responsabilidad subjetiva. 9.5 Principio de proporcionalidad. 9.5.1 Origen histórico y fundamento en el movimiento constitucional. 9.5.2 Reconocimiento expreso en el vigente Código Penal y en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Ley 39/2015 de 1 de octubre. 9.5.3 Alcance del mandato de proporcionalidad: gravedad del hecho, responsabilidad del autor y finalidad de la norma. 9.5.4 Destinatario de la exigencia de proporcionalidad: el legislador, el juez, o ambos. 9.5.5 Proporcionalidad, retribución y prevención. 9.5.6 Vulneraciones del mandato de proporcionalidad en el Código Penal de 1973 y en el vigente CP. 9.6 Principio de humanidad o de salvaguarda de la dignidad humana. 9.6.1 Triple dimensión: sustantiva, penitenciaria y procesal. 9.6.2 Origen en el pensamiento ilustrado. Cesare Beccaria. 9.6.3 Consagración en la Constitución española de 1978. 9.6.4 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. 9.6.5 Evolución de los sistemas penales europeos: el modelo alemán. 9.6.6 Tendencias del sistema español.

1.- INTRODUCCIÓN: FUNDAMENTOS, LÍMITES Y GARANTÍAS DEL CASTIGO.

1.1 Cuestiones previas.

El debate doctrinal sobre fines o funciones del castigo es imposible de abarcar¹. Desde tiempo inmemorial, filósofos, sociólogos, psicólogos, penalistas, antropólogos e historiadores, discuten sobre un problema que sigue estando abierto. Sin embargo, el rigor científico y la coherencia de algunos análisis teóricos dejan, a menudo, mucho que desear.

Muestra representativa lo ofrecen la “resocialización” del infractor², -verdadero lugar común cuyo significado, fundamento, naturaleza y límites pocos se esfuerzan por precisar- o la “eficacia rehabilitadora del tratamiento”³.

El propio concepto de “resocialización” (la Constitución española utiliza el término “reeducación”) resulta ambiguo. Para unos, significa conversión sincera del infractor a valores oficiales del grupo, valores que conculcó con su comportamiento delictivo. Para otros, es efecto bienhechor que la ejecución penal produce en el recluso, no adoctrinamiento ilegítimo ni lavado de cerebro.

Tal desconcierto produce en el observador una disparidad irreconciliable que exhiben las diversas opiniones sobre un tema tan capital como el de la “efectividad rehabilitadora del tratamiento” del recluso. La Ciencia Penitenciaria ha pasado de la “euforia de la resocialización” a la tesis pesimista de Martinson (“Nothing Works”); del escepticismo a posiciones moderadas de la Escuela Canadiense del aprendizaje⁴ o de modernas teorías “cognitivo conductuales” que aceptan, con matices, la posibilidad de

¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./A. SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español. Parte General*. 18 edición. Madrid. Editorial Dykinson, 1995, p. 882 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, 5ª edición, Madrid. Editorial Universidad Ramón Areces, 2012, vol. I. p. 227 y ss. En la doctrina alemana, ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid. Editorial Reus, 1976, traducido por Luzón Peña, D.M., p. 23 y ss.

² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, t. 32, fasc./mes 3, p. 645 y ss.

³ Una amplia exposición de la polémica doctrinal y sus tres fases (euforia del ideal resocializador; crisis y escepticismo respecto al mismo; y actuales tendencias científicas de la Escuela Canadiense y las teorías cognitivo-conductuales) vid. CULLEN, F.T./ GENDREAU, P., Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas En: *Justicia Penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Granada. Edita Comares, 2006. Autores BARBERET R., & BARQUIN, J., Traducción de Christopher Birkbeck. p. 85 y ss.

⁴ A la Escuela Canadiense del aprendizaje pertenecen, entre otros, GENDREAU P., ROSS R., ANDREWS D. y BONTA J., estos autores plantean el objetivo rehabilitador como un problema solo abordable con criterios técnicos y profesionales, ideológicamente neutros. cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, 8ª edición, Corregida y aumentada, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2016, p. 642.

producir un efecto bienhechor en el penado, libre de vinculaciones ideológicas, como objetivo técnico, aunque condicionado por numerosas variables (edad, clase de delincuencia, personalidad del infractor, clase y estructuración del tratamiento mismo)⁵. La moderna doctrina penitenciaria rechaza el concepto clásico de “tratamiento” (dirigido específicamente a neutralizar las causas concretas del comportamiento criminal, caso a caso)⁶, sustituyéndolo por otro más amplio “intervención”. En definitiva, a mi juicio, acaba con la distinción tradicional entre “régimen” y “tratamiento”⁷.

Es conveniente, por ello, examinar tres cuestiones previas antes de hacerlo con abundante variedad de teorías sobre fundamento y fines del castigo. Son estas:

1.2 Orden social y orden jurídico.

Función que cumple el Derecho como garantía de la defensa del orden social. El problema se puede explicar con un análisis “sociológico”.

“Orden social” y “orden jurídico” constituyen un binomio inseparable. El orden social cuenta con mecanismos de autodefensa frente a sus agresiones (control social informal), sin embargo, la eficaz defensa requiere intervención drástica y coercitiva de una ulterior instancia jurídica que asegure la supervivencia del grupo, toda vez que la protección que el control social informal proporciona es insuficiente por sí sola.

Desde la Sociología y la llamada Criminología “crítica” se han formulado pronósticos, incumplidos, proclamando la suficiencia del control social informal y la necesidad de que, poco a poco, éste sustituya la intervención tardía, ineficaz y demoledora del “*ius poenale*”, cuya “oración fúnebre” solemnemente proclamó en su

⁵ Entre sus representantes en España, vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*. Madrid. Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 1993, p. 73 y ss.

⁶ El concepto clásico de *tratamiento* se mantuvo por ALARCÓN BRAVO, J., para quien no es que éste sea ineficaz sino simplemente que no se lleva a cabo. Del mismo autor El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España. En: *Psicología social y sistema penal*, Madrid. Editorial Alianza, 1986. Coordinado por Clemente Díaz M. y Jiménez Burillo F., p. 245 y ss.

⁷ Sobre el nuevo concepto de “intervención”, que propugna una orientación psicoeducativa y asistencial (no clínica), vid. REDONDO ILLESCAS, S./ GARRIDO GENOVÉS, V., Diez años de intervención en las prisiones españolas. En: *Delincuencia. Una revista interdisciplinar de las ciencias sociales*, vol. 3, núm. 3, Valencia, 1991, p. 197. De los mismos autores, El tratamiento y la intervención en las prisiones. En: *Delincuencia. Una revista interdisciplinar de las ciencias sociales*, vol. 3, núm. 3, Valencia 1991, p. 292 y ss.; CUTIÑO RAYA, S.J., Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas. En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2015. RECPC 17-11. Consultado el 17 de marzo de 2018 Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-11>. También GARCÍA GARCIA, J., La prisión como organización y medio total de vida. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1987 nº 238, p. 33 y ss.

día Ferri. Pero, la experiencia demuestra la necesidad de dicha instancia coercitiva, es decir, la intervención del control social formal (ordenamiento jurídico).

Un análisis sociológico, demuestra como opera el castigo en el proceso de socialización y contribuye eficazmente a la intervención por el ciudadano de valores y pautas de conducta del grupo, imponiendo la conformidad del individuo.

1.3 Valores a cuya protección se orienta la intervención penal.

Es un problema “normativo” que fundamenta la propia legitimidad de aquella. El concepto “*bien jurídico*” de gran arraigo en la dogmática penal, permite abordar el problema de la función o funciones del castigo con criterios “materiales”, aunque este enfoque no goza de consenso absoluto en la doctrina, como lo demuestran la Escuela de Kiel, en su día partidaria del concepto del “*deber jurídico*”⁸, o la moderna “teoría sistémica” que sustituye el concepto “bien jurídico” por “función”⁹.

Si no se quiere reconocer que el Estado castiga o amenaza con castigar, a los infractores, para ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia o por el placer de hacerlo -lo que sería una crueldad- habría que proclamar que las normas legales, entre otras posibles funciones tienen una “instrumental”, protectora de ciertos valores e intereses básicos para la supervivencia del orden social (bienes jurídicos).

1.4 Límites y garantías del derecho del Estado para castigar a los ciudadanos.

El derecho del Estado a castigar está sometido a límites formales y materiales. La imposición del castigo también está sometido a determinadas garantías.

El derecho del Estado a castigar no es absoluto, ni ilimitado. Su ejercicio ha de someterse, como toda manifestación del Derecho sancionador a principios “formales” (de legalidad: “*nullum crimen sine lege*”), “materiales”, derivados de normas constitucionales o de otras instancias (de exclusiva protección del bien jurídico, intervención mínima, subsidiaria y fragmentaria, del hecho, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad, y resocializador). A lo que hay que añadir ciertas “garantías” del ciudadano inseparables al Estado de Derecho (garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución).

⁸ Sobre el concepto “deber jurídico” en la Escuela de Kiel, vid. GÜNTHER, K., De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber, ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal? En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Editorial Comares, 2000, p. 489 y ss.

⁹ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª edición, Madrid. Editorial Marcial Pons, 1997. Traducción de Cuello Contreras J. y Serrano González de Murillo J.L., p. 53 y ss.

2.- ORDEN SOCIAL Y ORDEN JURÍDICO: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL DERECHO.

A pesar de algunas orientaciones filosóficas y sociológicas (como las utópicas, marxistas, criminología crítica), que creen y proclaman la desaparición del Derecho Penal Clásico, manifestando “es cosa de tiempo”, “morirá de muerte natural” o será sustituido por otros controles sociales menos traumáticos¹⁰; lo cierto es, que la historia de la humanidad demuestra que los mecanismos de autodefensa del orden social (control social informal) son insuficientes. La eficaz protección del orden social requiere la intervención de una instancia jurídica coercitiva que garantice la supervivencia del grupo.

La supuesta función “constitutiva” de criminalidad, que el “*labeling approach*” atribuye al sistema legal (la criminalidad sería una creación selectiva y discriminatoria del sistema legal y sus agentes), puede explicar la intervención de éste, la desviación secundaria y los procesos reales de criminalización que llevan a cabo los “administradores de la criminalidad” cuando reclutan población desviada de bajos estratos sociales que constituyen su cantera natural. Pero se desentienden de la desviación “primaria”, su génesis y motivación¹¹ y de otras cuestiones fundamentales, y no ofrecen alternativa, salvo la vaga referencia al cambio estructural del sistema legal y social.

El castigo no desaparece progresivamente, se adapta a los cambios sociales. Un observador imparcial constatará un progreso histórico de “racionalización” del castigo, -iniciado con la Ilustración- de “humanización” de su cumplimiento y régimen de ejecución. En dicho proceso, con luces y sombras, se inscriben, entre otros, la tendencia a la desaparición de la pena capital, la mitigación o dulcificación de la cadena perpetua (sometida en Europa a una revisión periódica); supresión de penas corporales en países de nuestro entorno cultural; limitación del tiempo de privación de libertad, aunque el art. 76.1º del CP permita elevar su máximo de cumplimiento de veinte a cuarenta años; supresión del tormento como forma eficaz de conseguir la confesión del reo (la “reina” entre las pruebas), el régimen de beneficios penitenciarios y su cómputo¹².

¹⁰ Sobre las tesis criminológicas en los países del Este, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, ob, cit, p. 531 y ss.

¹¹ En sentido crítico, vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, 6ª edición, Madrid. Editorial Dykinson, 2009, p. 44.

¹² La concesión de “redención de penas por el trabajo” (artículo 100 CP de 1973, fue derogada por CP de 1995) ha sido generosa, desde siempre, en el ámbito penitenciario. Además, el TS ha venido entendiendo que los beneficios penitenciarios se descuentan del “límite máximo de cumplimiento” de la pena (30 años en CP de 1973, 20 en el vigente) y no de la pena o penas impuestas en la sentencia, como posteriormente ha establecido en 2006 la célebre “Doctrina Parot” del mismo Tribunal. (Sentencia 197, de 28 febrero de 2006, Ponente, Magistrado Sánchez Melgar).

La progresiva retirada del Derecho Penal de pequeños conflictos, su traslado al Derecho Administrativo sancionador para infracciones leves (LO 1/2015 de 30 de marzo de modificación del CP en relación con LO 4/2015 de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana) y los procesos de criminalización, unas veces, o de descriminalización otras, expresan la necesaria capacidad de adaptación del “*ius poenale*” a las nuevas circunstancias sociales.¹³ Por ello, la despenalización del adulterio, del “escándalo público” (art. 431 CP 1973); o a la inversa, la creciente criminalización de infracciones contra intereses ecológicos, recursos naturales y medio ambiente, que anteriormente eran tradicionalmente sometidos al Derecho Administrativo sancionador, son ahora contemplados en el Código Penal (artículos 325-340 CP)¹⁴.

Un enfoque “sociológico”, aunque insuficiente por sí solo, puede describir cómo opera el castigo en el proceso de socialización del individuo, dado que aquel -el castigo- contribuye eficazmente a la interiorización y asunción por el ciudadano de los valores del grupo, el sometimiento y conformidad del individuo a normas de convivencia (“disciplina social”), esto es, el exitoso proceso pedagógico de socialización.

El control social penal, es subsistema dentro del sistema global de control social, entendido, según los sociólogos, por el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar la conformidad y sometimiento del individuo a modelos y pautas del grupo, interiorizando normas y valores de éste¹⁵. Sin control social la existencia no sería posible ya que es inimaginable un proceso de socialización que carezca de normas de conducta, sanciones para el supuesto caso de incumplimiento de las mismas y realización material de la norma¹⁶.

¹³ En este sentido, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, ob, cit, p. 178 y ss.; Del mismo autor *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 327 y ss.

¹⁴ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D./SERRANO MAILLO, A/VAZQUEZ GONZÁLEZ, C., La preocupación por el medio ambiente tiene una historia reciente en las sociedades contemporáneas. La CE la reconoce en el art. 45. La protección penal del medio ambiente surge en 1983. Se trata de cambios sociales que afectan a los valores de los ciudadanos. *Tutela Penal Ambiental*, 3ª edición, Madrid. Editorial Dykinson, 2017, p. 21 y ss.

¹⁵ Vid. HASSEMER W./ F. MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho Penal y a la Criminología*, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 1990, p. 113 y ss.

¹⁶ Vid. HASSEMER W./F. MUÑOZ CONDE. *Introducción al Derecho Penal y a la Criminología*, p. 115.

3.- FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL DERECHO SANCIONADOR, PREORDENADO A LA PROTECCIÓN DE VALORES ELEMENTALES DE LA CONVIVENCIA.

Las expresiones, “orden social”, proceso de “socialización”, control social, conformidad e interiorización por el individuo de los valores del grupo, “disciplina social”, explican de forma funcional y externa los cometidos del Derecho sancionador. Es necesaria una referencia “normativa” que dé sentido, desde un punto de vista material, a la función protectora del orden social que corresponde al Derecho sancionador. Dicha función valorativa se clarifica con los conceptos “bien jurídico” y “ética social”.

Los bienes jurídicos nacen del reconocimiento por parte del Derecho de entidades que adoptan formas que pueden ser materiales, abstractas, de relaciones sociales, expectativas de intereses o derechos... entidades preexistentes en el orden social, pero sólo elevadas a tal categoría y grado máximo de protección por la intervención del Derecho¹⁷. Portador de estos bienes (no se debe confundir con el objeto material del mundo real) pueden ser el individuo o la comunidad y el sustrato de los mismos diverso: objeto físico-psíquico (la salud), objeto espiritual ideal (el honor), situación real (la paz del domicilio), relación social (el matrimonio), o relación jurídica (la propiedad)¹⁸. Pero la suma de todos los bienes jurídicos no constituye una heterogénea y desordenada amalgama de valores e intereses sino el “orden social”.

3.1 Concepto de “bien jurídico”.

Dicho concepto, procede del positivismo jurídico, que acude a esta categoría para explicar y sistematizar las decisiones del legislador “*ex lege lata*”. Binding puso la misma en relación con la realidad concreta del mundo experimental. Franz Von Liszt, lo hizo con intereses distintos del hombre, que no llegó a precisar, de modo que ninguno dio al concepto un contenido material. Debido a ello, los neokantianos trasladaron el centro de gravedad del mismo a los valores. Sax, refirió el “bien jurídico” a valores plasmados en la Constitución¹⁹.

¹⁷ Vid. SERRANO TÁRRAGA M.D./ A. SERRANO MAILLO/C. VAZQUEZ GONZÁLEZ. *Tutela Penal Ambiental*, p. 35. Para RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Bien es todo aquello que satisface las necesidades físicas, morales o intelectuales del hombre y en la medida en que el Derecho protege a los bienes, estos se convierten en jurídicos. *Derecho Penal. Parte General*, Madrid. Editorial Civitas, 1978, p. 19 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA J.M./ A.SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 24 y ss.; 884 y ss. Sobre la evolución de la teoría del bien jurídico.

¹⁸ Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Aleman*, 4ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2002. Traducido por Bustos Ramirez J. y Yáñez Pérez S., p. 5 y ss.

¹⁹ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. 10ª edición, Barcelona. Editorial Reppertor, 2015. p. 140. De este autor tomo la evolución doctrinal del concepto del “bien jurídico” expuesta.

El concepto “*bien jurídico*” fue cuestionado por la Escuela de Kiel, que optó por el de “*deber jurídico*”²⁰. Y la teoría sistémica de Jakobs sustituye esta categoría, de la dogmática clásica y liberal, por la de “*función*”. Por su parte, la Escuela de Frankfurt (Hassemer, Baratta, entre otros) ha emprendido un retorno radical a concepciones prejurídicas y ultraindividualistas del bien jurídico, propugnando que éste (incluye intereses individuales que afectan directa o indirectamente a “la persona de carne y hueso”) constituye el núcleo de nuevo Derecho Penal y es criterio limitador del “*ius puniendi*”²¹.

3.2 Evolución doctrinal del concepto de “*bien jurídico*”.

En los últimos años el concepto de bien jurídico se ha ido “desmaterializando” como consecuencia de un proceso de “universalización” del mismo. Así, se observa principalmente en torno a intereses supraindividuales emergentes en el ámbito de la economía, el medio ambiente, el tráfico vial²². Contribuyendo a su deterioro el llamado proceso de “administrativización” del Derecho Penal²³.

Una opinión extendida considera que la categoría de bien jurídico no puede delimitar el concepto material del delito ni servir de límite apriorístico al Derecho Penal. El viejo concepto de “*bien jurídico*” se ha desmaterializado como consecuencia del proceso de universalización. Pero se advierte la dificultad de construir un concepto prejurídico, material, crítico y limitador del sistema que no se identifique, en pureza, con la propia ética-social. El proceso de retirada del Derecho penal imprescindible no se puede asegurar a costa de renunciar a la protección a través del mismo de los intereses supraindividuales y colectivos, pues este sería un Derecho Penal perverso²⁴. El comienzo del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal, a partir de los años

²⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II, p. 676. Según MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 138 y ss. El bien jurídico ha de consistir en una “*posibilidad de participación*” en los sistemas sociales.

²¹ Criticando los postulados de la *Escuela de Frankfurt*, vid. MARINUCCI, L./ DOLCINI, E., El Derecho Penal mínimo y nuevas formas de criminalidad. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2002, nº 9. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho Madrid, p. 147. En este sentido Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II, p. 552.

²² Vid. HIRSCH, H.J., Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto del bien jurídico, En *Congreso Internacional sobre Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001*, p. 371 y ss.

²³ Según criterio de SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid. Editorial Civitas Ediciones S.L., 2001, p. 123 y ss.

²⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 176 y ss.

cincuenta propició un replanteamiento del concepto de bien jurídico mediante la vuelta a ideas ya intuitas por Von Liszt²⁵.

3.3 *Administrativización del Derecho Penal.*

Es un fenómeno propio de la sociedad postindustrial en la que el “*ius poenale*” tiende a convertirse en Derecho de “gestión punitiva de riesgos”. En buena medida porque orientado a la tutela de contextos cada vez más genéricos -en el tiempo y en el espacio- entra en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, sistémicos. Se trata de un Derecho Penal que parece perseguir objetivos más propios del Derecho Administrativo, como reforzar mediante sanciones modelos de gestión sectorial. No se orienta a criterios de lesividad o peligro concreto, sino a la afectación general, estadística; ni tiene porque ser estricto en reglas de imputación o de persecución (oportunidad versus legalidad)²⁶. Este nuevo Derecho Penal pierde su natural carácter de “*ultima ratio*” y “*subsidiariedad*”²⁷. Si tradicionalmente había sido la “Magna Charta” del delincuente, bastión infranqueable de cualquier política criminal (del delincuente miserable, de la “lower class”) frente al Leviathan, pasa hoy a convertirse en la “Charta Magna” de la víctima, de víctimas de poderosos (del crimen organizado). De la espada del Estado frente al desvalido delincuente, a la espada de la sociedad contra los poderosos²⁸.

De la evolución doctrinal del concepto de “bien jurídico” se intuye su crisis. Acabará identificándose con el fin objetivo de la norma, conservando exclusivamente una pobre función interpretativa (teleológica) en el seno del sistema²⁹; salvo que, desvinculándose del “*ius positum*” y como categoría distinta de la “*ratio legis*” pueda seguir operando como límite del “*ius puniendi*” y bandera de una Política Criminal Liberal³⁰.

²⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.*, 2ª edición, Buenos Aires. Editorial B. de F. 2010, p. 427.

²⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 126 y ss. Sobre el riesgo de la desprotección ciudadana, por la supresión del Libro III del Código Penal y conversión de determinadas faltas en ilícitos administrativos; GIMBERNAT ORDEIG E., El riesgo de la desprotección ciudadana, En: *Diario El Mundo, Opinión* 14 de febrero de 2017; del mismo autor, *Prólogo al Código Penal*, 24ª edición, Madrid. Edita Tecnos, septiembre 2017, p. 17 y ss.

²⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ob, cit, p. 42 y ss.

²⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 53 y ss.

²⁹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona Edita Thomson Reuters-Civitas, 2010, p. 74 y ss. Subrayando dicha función “ordenatoria” y clasificatoria: RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./ A. SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 37 y ss.

³⁰ En este sentido MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. p. 139 y ss. En contra SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 115. Desde un funcionalismo moderado

Un concepto, por tanto, de bien jurídico anterior al “*ius positum*” y anclado, probablemente, en la ética social conservaría un contenido material válido para fundamentar el daño social de la conducta (antijuricidad material) y operar como límite del “*ius puniendi*”.

Prescindiendo de dicho concepto material de bien jurídico, castigaríamos por castigar, para que el ciudadano obedezca a la Autoridad y ésta demuestre su poderío. Olvidando que “castigar por castigar” es una crueldad o un dogmatismo inútil, y que al “*ius puniendi*” le corresponde una función protectora de los bienes jurídicos que integran el orden social, función instrumental que le legitima.

4.- TESIS MINORITARIAS SOBRE OTRAS FUNCIONES ATRIBUIDAS AL CASTIGO.

4.1 Función “ético-social” del castigo.

Un sector minoritario de la doctrina, en el que cabe destacar en España a Cerezo Mir³¹, atribuye al Derecho Penal una función “ético social”. En este mismo sentido, podemos señalar a Stratenwerth³², y al propio Jescheck³³. Dicha función “ético-social” distinguiría precisamente el ilícito “penal” del ilícito “administrativo”, por ser privativa del primero, cualitativamente mucho más grave³⁴. Con muy distintos matices entre otros Wolf, Schmidt, Michels, Bockelmann y Mezger-Blei, siguiendo el planteamiento inicial de Goldschmidt³⁵, formularon las llamadas teorías *dualistas* que parten de la necesidad de distinguir ambas clases de infracciones. Tesis hoy minoritaria³⁶, que evoca la distinción entre los *mala in se* (penal) y los *mala quia prohibita* (administrativo),

entiende que el concepto de bien jurídico, por su origen y posterior desarrollo, no puede fundamentar la trascendental función limitadora del “*ius puniendi*”.

³¹ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Introducción I*, 6ª edición, Madrid. Edita Tecnos, 2004, p. 21 y ss.

³² Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Navarra. Editorial Aranzadi, 2005. Traducción de Cancio Meliá M., Sancinetti M.A., p. 54.

³³ Vid. JESCHECK, H.H./T. WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Granada. Editorial Comares S.L. 2003. Traducción de Olmedo Cardenete M., p. 69 y ss.

³⁴ Tradicionalmente se contraponen el ilícito “natural” (penal) y el ilícito “artificial”. El ilícito criminal define las conductas que en cada momento histórico tienen relevancia “ético social” o significación “cultural”. El ilícito administrativo es siempre una acción irrelevante para la ética social o culturalmente indiferente. vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. p.17 y ss.

³⁵ Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. p. 51 y ss.

³⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 178 y ss.

configurando el ilícito administrativo como meras infracciones de “desobediencia”, desligadas de la lesión de bienes jurídicos y de los valores de la ética social³⁷.

4.1.1 Derecho Penal y “mínimo ético”.

Desde antiguo se ha mantenido por los penalistas que el Derecho Penal representa el “mínimo ético” de la comunidad, integrado por convicciones profundas y generalmente compartidas en el seno de la misma por la mayoría de los ciudadanos. Se dice, sus mandatos y prohibiciones, encuentran una clara semejanza en los preceptos del Decálogo (excluyendo, por supuesto, los de contenido estrictamente moral). Esta tesis es incuestionable por lo que se refiere al “núcleo duro” del Derecho Penal: no matarás, no lesionarás, no robarás.

No obstante, habrá que reconocer, dicha semejanza debe matizarse. Sólo vale para figuras que integran el citado “núcleo duro” del Derecho Penal porque tales mandatos y prohibiciones penales deben contener un fundamento “ético social” que les legitime. Son “*prohibita quia male*” o deben serlo, “*mala in se*” o “*per se*”, no infracciones circunstanciales, históricas, irrelevantes desde un punto de vista ético-social, que a veces subsisten en los Códigos por inercia, pereza legislativa o factores coyunturales. Podrían descriminalizarse, como ha sucedido con las faltas del Libro III del Código, relegándolos al ámbito civil o al administrativo. Delitos de “mera desobediencia”, de “peligro abstracto” o figuras que reflejan el proceso de administrativización del actual Derecho Penal, constituyen un ejemplo de técnica legislativa criminalizadora que se desentiende de todo sustrato ético o ético-social.

El sustrato ético-social constituye el fundamento último de las infracciones más graves, pero por sí solo no es suficiente. Explica el origen de aquellas y representa una poderosa instancia crítica de las mismas. En el supuesto de eventual conflicto entre ética-social e “*ius positum*” prevalecerá siempre, el segundo.

En Alemania Stratenwerth³⁸ o Cerezo en España, han precisado el concepto y funciones de la “ética-social” como se pondrá de relieve más adelante. En sentido crítico no basta con criterios ético-sociales, porque el Derecho Penal ha de “marcar el paso” a la evolución social.

³⁷ Es opinión doctrinal mayoritaria que no cabe distinguir a priori y con criterios cualitativos, ambos ilícitos. No existen criterios “materiales” sino “cuantitativos”. Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, p. 54 y ss.; Sobre la polémica doctrinal y la opinión mayoritaria, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 100.

³⁸ Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, p. 54.

4.1.2 Función del Derecho Penal, como protección de valores elementales de la ética social.

Un prestigioso sector doctrinal que encabeza el gran filósofo y penalista alemán Welzel, partiendo de la conexión entre “*ius poenales*” y “ética social”, mantiene que la función del Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos sino de los valores elementales de la ética social. Se trataría, de una función “pedagógica” ambiciosa y profunda. Una función “positiva” de largo alcance, eficaz por incidir en la propia conciencia del ciudadano y recabar en él actitudes de respeto hacia el Derecho (no actitudes negativas de miedo al castigo); a diferencia de la función preventiva y cuasi policial, utilitarista de protección (actual) de bienes jurídicos, siempre tardía e ineficaz.

Para fundamentar coherentemente esta tesis, la doctrina mencionada contrapone, “desvalor de acción” y “desvalor del resultado” (dando mayor relevancia al primero); “cualidad interna de la acción” y “lesión de bienes jurídicos”³⁹. También, protección de bienes jurídicos y actitud de respeto hacia la norma y el Estado, para acatarla por convicción y en conciencia.

4.1.3 Tesis de Welzel.

Según Welzel⁴⁰, el Derecho Penal solo protege bienes jurídicos de forma mediata y secundariamente, porque lo hace “a través de la tutela de valores elementales de la ética social”. El autor fundamenta dicha tesis en tres argumentos esenciales:

Reflexión “ontológica”, por la innegable conexión profunda de mandatos y prohibiciones penales con valores elementales y básicos de ética social, que constituyen un “mínimo ético” de la comunidad; consideraciones “sistemáticas” (primacía del desvalor de la acción sobre el desvalor del resultado); argumento político criminal: mayor eficacia de la función ético-social respecto a la función protectora de bienes jurídicos, meramente -esta última- utilitarista y tardía en cuanto tutela “actual” de bienes jurídicos, ya que llega siempre una vez lesionado o puestos en peligro aquellos,

A juicio del autor, al Derecho Penal ha de preocuparle menos el efecto positivo y actual de la conducta, que la tendencia y actitud permanente del ciudadano; más la efectiva conciencia de respeto a la vida que la evitación del resultado de muerte. Se protege al Estado, argumenta Welzel, cuando se reclama fidelidad al mismo; la propiedad ajena, cuando se exige honradez del ciudadano. Cuando el Derecho Penal castiga la inobservancia efectiva de valores fundamentales de la conciencia jurídica hace patente la inquebrantable vigencia de estos valores positivos del acto, da forma y

³⁹ Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Aleman*. p. 1 y ss.; En este sentido CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 17 y ss.

⁴⁰ Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Aleman* ob, cit, p. 5 y ss.; Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 180.

visibilidad al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece la actitud de permanente fidelidad jurídica a los mismos.⁴¹

La tesis de Welzel ha recibido diversas críticas. De una parte, la continua referencia del autor a lealtad, fidelidad, conciencia, etc., permite a un sector de la doctrina, indicar que conduce a una peligrosa confusión entre Moral y Derecho, por sobrevalorar el “fuero interno” del ciudadano. De otra parte, observa Jescheck que la opinión de Welzel choca abiertamente con el Derecho Positivo que no castiga con las mismas penas la tentativa de delito y la consumación, o que no castiga el delito culposo prescindiendo de todo resultado⁴². Por último, no parece que exista consenso doctrinal para distinguir nítidamente “función ético-social” y “prevención general positiva”⁴³, discrepando las tesis de Welzel, Jakobs, Roxin y Hassemer.

Como conclusión, cabe afirmar “*de facto*” que las conminaciones penales producen efecto moralizador, pedagógico, una fuente “creadora de costumbres”. No se puede ignorar que la imputación penal del delito fiscal o de infracciones criminales contra el medio ambiente han pretendido promover -de hecho, lo han conseguido- una nueva ética fiscal o ecológica. El problema es, sí en un Estado democrático, en una sociedad plural, se puede aceptar que la amenaza penal sea baremo de definición de lo ético y no ético, pues la moralización o elevación de los estándares ético-sociales de la comunidad interesan a otras instancias. Algún autor mantiene que la función ético-social del Derecho Penal perjudicaría el surgimiento de una ética civil autónoma contribuyendo a confusión, que la ciudadanía interprete como ético-socialmente aceptables conductas solo porque la Ley no las tipifique o las despenalice⁴⁴.

4.2 La llamada “función simbólica” del castigo.

La engañosa función *simbólica* de imposiciones legales, en un subsector del ordenamiento penal, respecto a la “delincuencia expresiva” en momentos de crisis merece reflexión.

También respecto a esta función, que defiende un sector minoritario de la doctrina, procede distinguir entre cumplimiento *de hecho* de dicha función simbólica, por un concreto subsistema del ordenamiento penal, en momentos sensibles o de crisis social, respecto a la delincuencia *expresiva* (terrorismo, narcotráfico) y el hecho de que aquella no justifique, por si sola, la intervención penal. Primero, porque el legislador es

⁴¹ Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Aleman*. p. 5; cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 181 y ss.

⁴² Vid. JESCHECK, H.H/WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. p. 9.

⁴³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 363 y ss. 474 y ss.

⁴⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 478 y ss.

consciente de que se transmite a la opinión pública⁴⁵ un mensaje mendaz, limitado a mirar a la galería para producir efectos psico-sociales ajenos a la finalidad real de las normas. Segundo porque un derecho penal simbólico excepciona las reglas de imputación y los principios básicos del Derecho Penal (como culpabilidad, proporcionalidad) y del proceso penal (produce la denominada *apoteosis* de la *instrucción* en detrimento del *juicio oral*).

Contraponer función *instrumental* del castigo (esto es, defensa de bienes jurídicos) y función *simbólica* (transmitir a la opinión pública mensajes psico-sociales, sin otra efectividad que incidir en las mentes o conciencias de ciudadanos y transmitirles impresiones de tranquilidad y confianza en los poderes públicos, sin proteger bienes jurídicos); o contraponer *funciones latentes* y *funciones manifiestas*⁴⁶ del castigo no aportan un análisis especialmente novedoso en la Sociología, a pesar de que en la actualidad la distinción entre función *instrumental*, al servicio de la tutela de bienes jurídicos básicos del orden social, y función *simbólica* (efectos psico-sociales que produce la prohibición en la opinión pública, en electores, que constituye básicamente un mensaje de tranquilidad y de confianza en los poderes públicos) supera en interés a la polémica en el mundo penal entre partidarios de teorías retributivas y teorías utilitarias-prevencionistas⁴⁷.

La contraposición no es nueva, solo lo es el lenguaje que se utiliza. Porque, en su día, tanto el estructural funcionalismo de Durkheim como, posteriormente, la teoría sistémica (Jakobs) subrayaron el fundamento e interés de la misma. Las críticas demoledoras de la Escuela de Frankfurt (W. Hassemer) y la moderna Criminología radical (Swaaningen, Cohen, Scheerer), desmitificadora, censuran el rol del llamado derecho penal simbólico en la era de la *comunicación*, esto es, el uso deliberado del instrumento penal como vehículo de *comunicación social*.

Así, según Feeley y Simon⁴⁸, parece consolidarse un modelo de justicia actuarial, puramente administrativo, gerencial y tecnocrático; que compagina un discurso teórico de “mano dura”, un *simbolismo punitivo de mano dura*, con un gerencialismo administrativo a nivel práctico.

⁴⁵ Vid. ARROYO ZAPATERO, L.A., Opinión pública y castigo en España: la manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, nº 5, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, Madrid p. 15 y ss.

⁴⁶ Vid. HASSEMER, W., Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: *Pena y Estado (función simbólica de la pena)*, 1991, nº. 1 p. 23-36.

⁴⁷ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2016. Director José Miguel Zugaldía Espinar, p. 38 y ss.

⁴⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 190 y ss.; En este sentido SWAANINGEN R.V., Justicia social en la Criminología crítica del nuevo milenio. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2002, nº. 10. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. p. 265 y ss.; HASSEMER, W., Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: *Pena y Estado (función simbólica de la pena)*, p. 30.

Desde sus antípodas, y desde un punto de vista crítico al derecho penal simbólico, Hassemer (Escuela de Frankfurt) le han llamado la atención cuatro de sus principales manifestaciones:

Leyes que declaran valores (sobre el aborto), que apelan a valores morales, leyes con objeto de concienciar a la opinión pública (delitos ecológicos), respuestas sustitutorias del legislador, esto es, leyes que se dictan en situaciones de alarma social, que sirven de coartada o para demostrar al ciudadano la eficaz intervención de los poderes públicos (leyes antiterroristas, que pretenden tranquilizar la opinión pública); y por último, leyes de compromiso (cláusulas generales que, sin ser eficaces, demuestran los reflejos de legislador ante las demandas sociales).

4.2.1 El estructural funcionalismo de Durkheim.

La distinción entre funciones *asignadas* al castigo (justicia, prevención, resocialización) y funciones *reales* que son aquellas que de hecho *cumple*, surge con el estructuralismo funcionalista de Durkheim⁴⁹. Para este autor, el castigo no cumple los fines metafísicos que se le suelen asignar, sino que surge como cualquier otra institución social de las relaciones estructurales-funcionales. Si el delito, decía Durkheim, “simboliza” la lesión de sentimientos colectivos de la comunidad, lo tenido por bueno y correcto, la pena “simboliza” la necesaria reacción social. Aclara y actualiza ejemplarmente la vigencia efectiva de valores violados por el delito, impidiendo que se agarroten. Refuerza la convicción colectiva entorno a la trascendencia de los mismos, fomenta y encauza mecanismos de integración y solidaridad social frente al infractor y devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema⁵⁰.

La teoría anómica de Durkheim, y su versión mertoniana, ha tenido su continuidad en autores modernos (Messner, Rosenfeld, LaFree, entre otros) para explicar los incrementos en índices de criminalidad en EEUU desde la Segunda Guerra Mundial, acuñando conceptos como *anomia cultural*, *anomia institucional*, *ética anómica*⁵¹.

⁴⁹ Un extenso resumen del pensamiento de Durkheim, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 458 y ss.

⁵⁰ Sobre la “función integradora” que según Durkheim cumple realmente el castigo, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La normalidad del delito y el delincuente, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1996, nº 11, Madrid, p. 325 y ss.; del mismo autor, Explicaciones estructural funcionalistas del delito. *Delincuencia: Teoría e investigación*, coordinado por Sancha Mata V., Clemente Díaz M. y Miguel Tobal J.J., Madrid, Editorial Alpe, 1987, p. 165 y ss.; Con relación al pensamiento estructural funcionalista y su posterior desarrollo en la teoría criminológica, vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 356 y ss. (Anomia cultural, anomia institucional, anomia ética y otros).

⁵¹ Vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, ob, cit, p. 360 y ss.

4.2.2 Teoría sistémica de la prevención integradora: Jakobs, Otto, Amelung y Luhmann.

La *teoría sistémica* de la prevención integradora, entre cuyos representantes figuran Jakobs, Amelung, Otto o Luhmann, se inspira en postulados del estructural-funcionalismo, aportando un nuevo marco teórico a la legitimación del castigo.

Este no se analizará desde un enfoque axiológico y valorativo (fines ideales atribuidos al castigo, como la prevención, justicia, resocialización) sino *funcional*, dinámico, como cualquier otra institución social, buscando en último término recabar la confianza del ciudadano honesto que cumple las leyes y con ello reforzar el consenso social. Su consecuencia será sustituir el ideal resocializador del penado, utópico y emancipador, por el axioma de la *prevención integradora*. De modo, que ante la actual crisis de los programas resocializadores, la teoría sistémica no ofrece alternativa constructiva, sino refuerzo eficaz del sistema penal, de acuerdo con el modelo tecnocrático que propugna a propósito de las relaciones entre ciencias sociales y ciencias jurídicas⁵².

La *teoría sistémica* ha sido muy criticada por Baratta y ciertos sectores de la Criminología moderna radical⁵³. El estructural-funcionalismo inspira también algunas teorías de la sociología jurídica alemana moderna. Tienen estas teorías sistémicas-funcionalistas, en común, que trasladan el problema del fundamento y fines del castigo al centro del sistema, subordinando al buen funcionamiento de éste a cualquier valoración ético-política, individual o colectiva⁵⁴.

4.2.3 Teoría de la Comunicación social: función comunicativa y expresiva del castigo (Gahringer).

Por su parte, la moderna Teoría de la Comunicación ha subrayado mejor que cualquier otra teoría sociológica la función “comunicativa” y “expresiva” de la función punitiva. El castigo -la función punitiva- afirma Gahringer, es una institución “comunicativa” y “pedagógica”, “didáctica” que se sirve de símbolos, signos, declaraciones y mecanismos retóricos. El discurso penal, dice este autor, es poderoso instrumento de comunicación social, con infractores potenciales, y opinión pública. La pena, como institución, colabora a la construcción y mantenimiento del orden social

⁵² Criticando los modelos sistémicos, vid. BARATTA, A., Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. En: *Revista Doctrina Penal*, 1985, n° 29, Buenos Aires, p. 10 y ss.

⁵³ Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 463 y ss. La crítica más radical a la teoría sistémica puede encontrarse en BARATTA, A., *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, p. 9 y ss.

⁵⁴ Vid. BARATTA, A., Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, En: *Revista Doctrina Penal*, ob. cit. p. 9 y ss.; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 464.

mediante la creación de un universo simbólico de categorías que cuentan con amplio consenso social, que facilitan la comunicación y entendimiento entre individuos. La praxis cotidiana del castigo muestra, clarifica y escenifica pedagógicamente valores morales y políticos fundamentales, aportando al ciudadano una valiosa información sobre crimen, castigo, poder, autoridad, legitimidad de la pena, ciudadano, relaciones sociales y otras materias⁵⁵.

En tiempos de crisis, un derecho penal simbólico explota, el miedo al delito y la alarma social, proponiendo una política criminal de extremado e inútil rigor punitivo. Una política criminal de excepción que deroga reglas de imputación, principios materiales de Derecho Penal (culpabilidad, proporcionalidad, etc.) e incluso garantías del proceso.

La función simbólica no recibe un juicio unánime en la doctrina española. Es opinión mayoritaria en ella, que si el legislador se desentiende de la protección instrumental de bienes jurídicos y se limita a dirigir a la opinión pública mensajes tranquilizadores que producen efectos psico-sociales, pero no ejercen efectiva tutela de valores y bienes jurídicos del orden social, entonces se trata de un engaño perverso a los ciudadanos. Excepcionalmente dicha función simbólica, explica Díez Ripollés⁵⁶ se refiere a “efectos expresivos integradores”, es legítima cuando no persigue solo recabar, consolidar o reforzar el consenso social sino expresar el núcleo de prevención intimidatoria, individual y colectiva. La doctrina se halla dividida⁵⁷.

4.3 Función “promocional” del castigo: “Welfare State” e intervención mínima y subsidiaria del Derecho Penal.

Quienes apelan a la función “promocional” del Derecho Penal entienden que éste no debe limitarse a consolidar el status quo -modelo “conservador”, dicen- protegiendo bienes jurídicos vigentes en un momento histórico concreto, sino que ha de actuar como poderoso instrumento de cambio social y transformación de la Sociedad, porque no puede ser obstáculo o traba al progreso de la sociedad, sino un motor que dinamice el orden social y promueva los cambios estructurales necesarios⁵⁸.

Como dice Stratenwerth, el Derecho Penal no puede limitarse al rol de protector de opiniones o representaciones del ciudadano medio, en un momento histórico

⁵⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 187.

⁵⁶ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., El derecho penal simbólico y los efectos de la pena, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXV, 2002, nº. 103 p. 67.

⁵⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 192 y ss.

⁵⁸ La función “promocional” del Derecho Penal es tema favorito de la doctrina italiana. Una reseña bibliográfica sobre el problema, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 195 y ss.

concreto. No ha de operar como traba u obstáculo para el cambio y el progreso, sino que ha de ser importante factor que incida de forma activa en la evolución del orden social. Porque, argumenta el autor, si se conformase con la tutela de orden ético-social, en su concreta configuración histórica, acabaría perdiendo su capacidad de respuesta a los problemas reales, su iniciativa⁵⁹.

Aunque minoritaria, ésta es también la opinión en Italia de Neppi Modona⁶⁰.

Los partidarios de la función “promocional” argumentan que la teoría del bien jurídico y la función instrumental del Derecho Penal siguen anclados inadecuadamente en la Política Criminal liberal de Franz V. Liszt, porque el actual estado social intervencionista, -el “Welfare State”- reclama, por el contrario, la asunción por el Derecho Penal de una función impulsora o “propulsiva”, dinámica y activa, orientada a la realización de fines y necesidades sociales del nuevo modelo de Estado. Además, el Derecho Penal, es instrumento adecuado para resolver problemas sociales y procurar mayores cuotas de igualdad material y justicia redistributiva, por razón de su eficacia⁶¹.

La denominada función “promocional” ha contribuido a la desmedida expansión del Derecho Penal, y a su perversa “inflación punitiva”, pues los autores que la propugnan mantienen que el Estado de Bienestar asigna y reclama una intervención activa del poder público para hacer frente a necesidades del momento, argumentando que la efectiva tutela de esos nuevos bienes jurídicos ha de conseguirse precisamente a través del Derecho Penal⁶². El bien jurídico, tradicionalmente límite del “*ius puniendi*”, ha pasado a convertirse en criterio fundamentador y legitimador de aquel. Ya no será - para los autores que invocan su función promocional “límite infranqueable de toda política criminal”, por decirlo con palabras de Von Liszt, sino el motor del cambio social. Inevitablemente, está llamado a convertirse en instrumento de gobierno y arma política⁶³.

⁵⁹ Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, p. 54 y ss. Para este autor el criterio ético-social no es suficiente, si el Derecho Penal busca reaccionar a la revolución social, “marcar el paso” y hacer frente a las nuevas formas de amenaza hacia los valores básicos del orden social. De la teoría del bien jurídico, la de sistemas sociales aportaría criterios complementarios.

⁶⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 196 y ss.

⁶¹ Sobre la Tesis de MODONA, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 196. En la doctrina española, SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el Derecho Penal como ciencia: acerca de su construcción*, Madrid, Editorial Dykinson, 2002, p. 138 y ss.

⁶² El problema es si el Derecho Penal es instrumento idóneo para proteger los nuevos bienes jurídicos, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 196.

⁶³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 196 y ss.

No parece recomendable, ni sostenible, que el Derecho Penal sea árbitro que decida entre fuerzas que optan por conservar el status quo (modelo liberal) y las que intentan impulsar el cambio social. Porque tal poder decisorio, y la iniciativa para llevarlo a cabo no corresponde al Derecho Penal sino a otras instancias sociales.

El Derecho Penal ha de ir a “remolque” del consenso social establecido y sus definiciones; no está llamado a actuar como “locomotora” del cambio que impulse y promueva un nuevo consenso social, que sustituya al anterior. El Derecho Penal no puede actuar como “Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales”, por acusado que sea -y lo es- el descrédito e ineficacia de diversas instancias del control social, formal e informal. No debe ser instrumento primario de pedagogía política y social, de socialización, de civilización⁶⁴, que gestiona diversos ámbitos sectoriales en primera línea. No es su cometido natural en la sociedad postindustrial convertirse en Derecho de “gestión de riesgos”. La defensa eficaz del medio ambiente es buena prueba de ello⁶⁵.

El “Welfare State” abre nuevas dimensiones y retos a la intervención del poder público, que debe abordarse con enfoque distinto al propuesto en Política Criminal Liberal. Pero no es obvio que esos nuevos cometidos hayan de llevarse a cabo a través del Derecho Penal. En primer lugar, porque existe claro consenso doctrinal a favor de la naturaleza subsidiaria del “*ius puniendi*”, del principio de “intervención mínima” y de éste como “*ultima ratio*”⁶⁶. En segundo lugar, porque el Derecho Penal no es todo lo eficaz que se supone; las variables de su poder disuasorio son muy diferentes de lo que tradicionalmente se pensaba⁶⁷, sobre todo, porque su intervención demoledora, tiene elevado coste social que también hay que ponderar⁶⁸. Sus “efectos colaterales” en terceras personas inocentes, difíciles de evitar, comienzan a producirse con el ceremonial del proceso, como ha demostrado el “*labeling approach*”, antes de imponer condena o que se cumpla y se potencian y perpetúan por la labor de los medios de comunicación (“estigmatización mediática”)⁶⁹.

⁶⁴ En este sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 116.

⁶⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 122.

⁶⁶ Tesis que goza de amplísimo consenso doctrinal. Por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II, p. 558 y ss.

⁶⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 526 y ss.

⁶⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 645 y ss.

⁶⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II, p. 560 y ss.

No puede compartirse la llamada función promocional del Derecho Penal con instrumentos no penales, si bien puede ser muy útil en otras ramas del Derecho. Así ocurre en ámbito laboral y medio ambiente.

5.- RECHAZO DEL CONCEPTO DE “BIEN JURÍDICO” COMO SOPORTE DE LA FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL DERECHO PENAL: SU FALTA DE “NEUTRALIDAD” Y CARENCIA DE BASE ONTÓLOGICA.

Me refiero ahora a dos orientaciones que cuestionan la “neutralidad” del concepto de bien jurídico, como sinónimo de “intereses generales” (marxismo); o que atribuyen al delito una naturaleza meramente “definitorial”, no “ontológica” (*labeling approach*).

5.1 Criminología crítica.

También denominada “radical” o “nueva Criminología”, tiene su origen en el pensamiento marxista de Marx y Engels, pero recibió un fuerte impulso con la obra de Taylor, Walton y Young (*The New Criminology*) publicada en 1973 y con la National Deviancy Conference, constituida en 1968 por un grupo de sociólogos británicos, que asumen el modelo conflictual del “labeling approach”. Entre sus principales representantes figuran Platt, Takagi, Herman, Julia Schwendinger, Quinney (en su segunda etapa), Chambliss y Krisberg, entre otros⁷⁰.

El punto de partida de estas teorías del “conflicto marxista” es la negación de existencia de un concepto objetivo y neutro del bien jurídico como sinónimo de intereses generales. El concepto “bien jurídico” e “intereses generales” sería un mito capitalista. A su juicio, en el origen de procesos de definición (creación de la Ley) y en los selectivos, también discriminatorios procesos de criminalización secundaria (aplicación de la Ley), sólo contarían intereses de grupos en conflicto que detentan el poder. Entienden, que la Justicia Penal es instrumento al servicio de la clase dominante, cuyos órganos y operadores (policías o jueces), actúan en calidad de meros “administradores” de la criminalidad, porque no se organizan para luchar realmente contra el crimen sino para “reclutar” la población desviada de las clases trabajadoras que constituyen su cantera natural⁷¹.

⁷⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 469.

⁷¹ Sobre los postulados de las teorías marxistas del conflicto, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 469 y ss.

5.2 Labeling approach.

Por su parte, el “*labeling approach*” niega todo sustrato “ontológico” al delito, considerando que tiene una naturaleza meramente “definitorial”. Es la “etiqueta” que las instancias del control social formal aplican al individuo, y no por sus merecimientos objetivos, ni por su conducta, sino atendiendo al status social del mismo. El control social formal, por tanto, tiene eficacia “constitutiva”, es decir, crea la criminalidad. Actúa selectiva y discriminatoriamente. La teoría del “*labeling approach*” más que una teoría de la criminalidad es una teoría de la criminalización. Desde esta última, plantear si se lesiona un bien jurídico, si la conducta del desviado daña o pone en peligro un interés general del individuo o de la comunidad, carece de sentido. Porque la etiqueta de desviado no se impone por sus merecimientos ni por su conducta, sino por la decisión arbitraria del control social formal, al que no le interesan los bienes jurídicos ni los intereses generales⁷². Como se ha dicho, el “*labeling approach*” supera el propio paradigma “etiológico” al cuestionar no ya las causas del delito sino la propia naturaleza de éste⁷³.

Coexisten en el “*labeling approach*” dos tendencias bien diferenciadas. La moderada, donde la Justicia Penal se integra en la mecánica del control social general de la conducta desviada, tesis perfectamente asumible; y la radical, que sostiene la naturaleza “constitutiva” del control social formal, muy criticada en la doctrina.

Una manifestación brillante de la posición “radical” se encuentra en K. Sessar⁷⁴ y en general en los autores que se refieren al llamado “Segundo Código”⁷⁵.

Según Sessar, las teorías de la “*reaction approach*” aciertan al acotar la realidad del delito, subrayando la relevancia de ciertos procesos de atribución decisivos en el momento de aplicar la norma y de la actuación selectiva de instancias del control social con ayuda de los denominados “segundos códigos”. Porque -continúa el autor- lo decisivo no es la norma ni su interpretación, como problema hermenéutico, sino el proceso de aplicación de la norma a la realidad que se rige por “un segundo grupo de reglas”, un “Segundo Código” dotado de pautas propias, fiel al principio de que la sociedad produce el Derecho, no promulgando normas sino actuando, esto es, aplicándolas. A juicio del autor, de las normas legales mismas no se desprende, *prima*

⁷² Explicación del enfoque interaccionista de la “*reaction approach*” cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 483-505.

⁷³ Como afirma RÜTHER, W., La criminalidad (o el delincuente) a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento), En: *Revista Nuevo Foro Penal*, 1982, nº 15, Universidad Escuela de Administración, Finanzas y Estudio Tecnológico (AFIT), p. 767 y ss.

⁷⁴ Vid. SESSAR, K., Sobre el concepto de delito, En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2003, 2ª época, nº 11, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, Madrid, p. 278.

⁷⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 498 y ss.

facie, si se ha producido una vulneración de normas, en qué modo y que sanciones conlleva.

La tesis del “*labeling radical*”, expuesta, ha sido objeto, sin embargo, de numerosas críticas⁷⁶.

En primer lugar, el enfoque de la “*reaction approach*” centra su análisis en la desviación secundaria, en el proceso de criminalización; se desentiende por completo de la “desviación primaria”, causas, génesis y variables, que empobrece la discusión científica ya que no se interesa de problemas capitales de la Criminología, como; diagnóstico etiológico del delito, prevención de la criminalidad, intervención en las personas del delincuente y la víctima.

Sobre todo, atribuir al control social formal una función constitutiva de criminalidad parece poco realista, al menos respecto a lo que pudiéramos llamar “núcleo duro” del “*ius puniendi*” (asesinato, homicidio, etc.).

La moderna Psicología Social se preocupa también -como el “*labeling approach*”- del fenómeno del etiquetamiento y la estigmatización; de la desviación secundaria, del proceso de victimización; estereotipos y profecías que se autorealizan (“*self fulfilling prophecy*”)⁷⁷.

6.- PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO DEL ESTADO A CASTIGAR: LÍMITES DEL “IUS PUNIENDI”.

El Derecho del Estado a castigar, con el objeto de defender los bienes jurídicos e intereses -individuales y comunitarios- no es un derecho absoluto ni ilimitado, en el ámbito del Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. Ha de ejercerse en el marco del ordenamiento jurídico, respetando ciertos criterios de diverso origen: principio del hecho, exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima (subsidiaria y fragmentaria); principio de responsabilidad subjetiva (culpabilidad) y proporcionalidad⁷⁸. Éste último ha sido recogido explícitamente en la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

⁷⁶ Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la criminología*. p. 439 y ss.

⁷⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 501.

⁷⁸ Los principios de “culpabilidad” y “proporcionalidad” no se hallaban recogidos explícitamente en la Ley de 26 noviembre de 1992, Reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como advierte críticamente CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, ob, cit, p. 62 y ss. (Ley derogada por Ley 39/2015 de 1 de octubre). Sin embargo, la LO 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, regula expresamente el principio de proporcionalidad en el art. 129.3.

Públicas⁷⁹. El Tribunal Constitucional⁸⁰ y un prestigioso sector de la doctrina administrativa han censurado las carencias, llamando la atención sobre la necesidad de que el Derecho Administrativo sancionador respete las garantías del ciudadano⁸¹.

6.1 Problema de límites del Derecho sancionador en el marco del Estado Social intervencionista.

Los límites del Derecho sancionador cobran capital importancia en el marco del Estado Social, porque mientras el Estado Liberal practica el “*laissez faire*” y permanece neutral al devenir social como mero “árbitro” de éste, el Estado Social tiene vocación intervencionista y quiere ser “gestor” de dicho proceso social.

Importa, por ello, trazar límites claros y operativos al intervencionismo estatal, entre otras razones por los elevados costes sociales -directos y colaterales- de la intervención eventualmente destructiva (que sirve para el “*ius poenale*” y para el Derecho Administrativo sancionador).

6.2 Límites “formales” del “*ius puniendi*”.

Afectan a presupuestos y condiciones de ejercicio (Principio de Legalidad). La conocida formulación clásica sintetizadora de las garantías del ciudadano, “*Magna Charta del ciudadano*”, traza el marco de actuación del Estado, sus contornos y fronteras: “*lex praevia*”, “*lex certa*”, “*lex scripta*” y “*lex stricta*”.

⁷⁹ L.O. 39/2015, de 1 de octubre. Art. 1.2 “Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”.- Art. 128. 1. El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de la Nación, a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en sus respectivos Estatutos, y a órganos de gobierno locales de acuerdo con lo previsto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. 2.- Art. 129. 3. “En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”

⁸⁰ Sentencia T.C. 76/1990 de 26 de abril, a propósito del principio de culpabilidad. Presidente Francisco Tomás y Valiente.

⁸¹ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3ª edición. Madrid. Editorial Dykinson. 2002 p. 25.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *El riesgo de la desprotección ciudadana*, del mismo autor, *Prólogo del Código Penal*, p. 17 y ss.

El Principio de Legalidad, que nace frente al “*ius incertum*” y la “arbitrariedad del Viejo Régimen” significa políticamente supremacía del “*imperium*” de Ley y sometimiento a ella de todos (del ciudadano y las instituciones). Pero este axioma o dogma del Estado de Derecho debe entenderse en un contexto concreto, en el marco de la concepción del origen de la sociedad civil y del Estado, de la legitimación del poder y su ejercicio, esto es, la doctrina del contrato social, la soberanía popular y la división de poderes⁸².

Es límite común a toda manifestación del Derecho sancionador y por ello se halla proclamado en la Constitución española de 1978 (arts. 25.1º y 9.3º) y en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 39/2015 de 1 de octubre. Consagra, entre otros, los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad (art. 1.) de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas.

La Constitución, sin embargo, ha sido poco precisa, al no declarar, de forma explícita y terminante, el principio de tipicidad o taxatividad; no proscribía la analogía “*in malam partem*”, lagunas que ha subsanado progresivamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español⁸³.

El Código Penal, proclama el Principio de Legalidad, vinculado a la prohibición de retroactividad (arts. 1. 1º y 2. 1º CP)⁸⁴.

El Principio de Legalidad, en su búsqueda de máxima seguridad jurídica para el ciudadano, tiene especial repercusión en materia de “fuentes” e “interpretación” de normas del Derecho sancionador, exclusión de costumbre, “*lex scripta*” y analogía “*in peius*”, “*lex stricta*”, prohibición de retroactividad en perjuicio del reo -o del administrado- “*lex previa*”. En el ámbito de técnica legislativa proclama la necesidad de una formulación precisa de mandatos y prohibiciones “*lex certa*”, en sus presupuestos y consecuencias.

En el ámbito estrictamente criminal, del Principio de Legalidad se desprenden cuatro “garantías fundamentales” del ciudadano: garantía criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución⁸⁵.

⁸² Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Legalidad (Principio de), En: *Nueva Enciclopedia jurídica*, t. XIV, Barcelona. Editorial Seix-Barral, 1971, p. 882 y ss.

⁸³ Por todos, vid. LORENZO SALGADO, J.M., La vigencia del Principio de Legalidad en el Código Penal español (Especial referencia a la reforma de 25 junio de 1983), *Estudios Penales y Criminológicos*, 1986-1987, nº 11. Editorial. Universidad de Santiago de Compostela, p. 146 y ss. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/4228>

⁸⁴ Vid. SIMAZ, A.L., Principio de legalidad e interpretación en el Derecho Penal: algunas consideraciones sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley sustantiva, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, nº 7 Edita Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, Madrid. p. 49 y ss.

6.2.1 Garantía criminal.

La garantía criminal prohíbe se repute delictiva una conducta no tipificada precisamente en la Ley⁸⁶, principio extensivo a la potestad sancionadora de la Administración como expresión básica de los principios de legalidad⁸⁷ y seguridad jurídica.

A la “Ley” corresponde en exclusiva -como expresión de la voluntad popular- la definición de conductas prohibidas; solo a la Ley, no al poder ejecutivo, ni a los Tribunales de Justicia que carecen de legitimación política directa para hacerlo, pues ésta reside en Las Cortes.

Precisamente porque el concepto legal de “delito” -o de “infracción”- contiene obligada referencia a la norma jurídica, resulta incompatible con el concepto de “delito natural” (tanto la construcción del “*ius naturalismo*”, como la del positivismo criminológico de Garófalo); o con cualquier otra que remita a instancias extra o meta jurídicas (sano sentimiento jurídico del pueblo, del nazismo; “pilares del sistema socialista”, del Código Penal soviético; “conducta desviada”).

Ni la Jurisprudencia, por tanto, ni los llamados “Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo”⁸⁸ pueden fundamentar con autonomía respecto de la Ley, la incriminación de una conducta o su agravación, en el sistema jurídico español (continental de fuentes).

El párrafo 2 del artículo 4 CP dispone que si el Juez o Tribunal tiene conocimiento de un hecho que estima digno de represión pero que no se halle penado en la ley “se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiere ser objeto de sanción penal”.

⁸⁵ Por todos, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./ SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 172 y ss.

⁸⁶ El Principio de Legalidad, común a todas las manifestaciones del Derecho sancionador se consagra en los arts. 1 y 127 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre de 2015, a propósito del Derecho Administrativo sancionador.

⁸⁷ No podrá reputarse infracción administrativa la conducta no incriminada previamente en la legislación (artículos 127 y 128 Ley 1 de octubre de 2015).

⁸⁸ Sobre los “Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo”, vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., ¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, nº10-02, p. 25 y ss.; GRANADOS PEREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la unificación de la jurisprudencia*, 2ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 12; MARTÍNEZ FRANCISCO, M.N., *Los Plenos no jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: problemática sustantiva y constitucional*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2012, p. 205; IÑIGO CORROZA, E./RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo. Naturaleza jurídica y contenido*. Barcelona, Edita S.A Atelier Libros, 2007, p. 101 y ss.

El rol de la jurisprudencia es fundamental. Los tribunales -a diferencia del Pretor romano que dictaminaba sobre unos hechos que le eran dados (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”)- realizan una compleja y decisiva reconstrucción retrospectiva de los hechos y establecen cuales fueron éstos. Interpretan, aplican la ley a los mismos y sentencian. Con razón se ha dicho, y a mi juicio es totalmente cierto, la “Ley reina, pero la jurisprudencia gobierna”. Incluso algunos sectores doctrinales entienden que la ley es un programa abierto y provisional -un marco abstracto de decisión- que solo se materializa y cobra sentido cuando los tribunales la interpretan y aplican a la realidad social.

La jurisprudencia no es fuente del Derecho Penal, ni fuente autónoma creadora del mismo⁸⁹. Sólo aporta, en el sistema español de fuentes, criterios y pautas interpretativas de aplicación probable⁹⁰, a tenor de una doctrina mayoritaria⁹¹.

A partir de LO 7/1988, de 28 diciembre, por la que se modifican preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y posteriores cambios legislativos, todos ellos con el criterio de limitar los asuntos que pueden ser sometidos a Recurso de Casación por nuestro Tribunal Supremo, se origina el efecto perverso de dejar a nuestros juzgados y tribunales privados de su Doctrina para gran número de delitos. Por ello, el Prof. Serrano Gómez titula uno de sus artículos como “*Réquien por la Jurisprudencia del TS de la Sala 2*”⁹².

La vinculación del órgano jurisdiccional al “precedente judicial” es propia del sistema del “*common law*” (“*case law*”), en el que aquel está obligado a respetar resoluciones judiciales recaídas en casos anteriores idénticos, bien del propio juez, bien de tribunales superiores. El sistema continental (romano germánico) no concede eficacia general vinculante al precedente judicial, sino que limita la fuerza jurídica de la sentencia al caso concreto enjuiciado. En el sistema continental, de “*res iudicata*”, el

⁸⁹ La jurisprudencia no es fuente del Derecho, ni sus decisiones vinculan los órganos jurisdiccionales jerárquicamente inferiores. Su valor deriva de la conformidad de la misma con la Ley. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./ SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 265; VIDALES RODRIGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2001, p. 116 y ss.; MADRID CONESA, F., *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Colección de Estudios Serie Minor, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1982, p. 12 y ss.; VALERO FERNANDEZ C.Y., *La retroactividad de las leyes penales* Dirigida por Antonio García-Pablos de Molina, Tesis doctoral inédita, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2015, p. 174 y ss.

⁹⁰ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 197.

⁹¹ En contra, vid. CÓRDOBA RODA, J., Consideración sobre la jurisprudencia penal, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1974, vol. 73, nº. 1, p. 119 y ss. Algunos autores hablan de una “función cuasinormativa” de la jurisprudencia. Así, RAMOS TAPIA M.I., Límites al Poder punitivo del Estado En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Director José Miguel Zugaldía Espinar, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2016, p. 68.

⁹² Vid. SERRANO GÓMEZ, A., Réquien por la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1996, nº. 6, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, Madrid, p. 1299 y ss.

juez se halla sometido directa y exclusivamente a la ley, no al precedente judicial como sucede en el modelo anglo americano de las “*stare decisis*”. En consecuencia, en el modelo continental romano germánico, los jueces y tribunales pueden, legítimamente, discrepar de la doctrina establecida por tribunales jerárquicamente superiores sin incurrir en ninguna suerte de responsabilidad, porque solo se encuentran sometidos a la ley. La labor unificadora de la jurisprudencia se lleva a cabo a través de la resolución de recursos judiciales, no mediante una férrea sumisión al precedente, prevaleciendo en nuestro sistema de fuentes la independencia y autonomía del juez. Siempre, claro está, que el juzgador motive sus fallos en Derecho, no dicte resoluciones arbitrarias y respete “cánones constitucionales” (v.gr. prohibición de sentencias “*pro casu*”, “*intuitu personae*”)⁹³.

La doctrina mayoritaria, que arranca de Federico de Castro y Bravo⁹⁴, suele invocar el artículo 1. 6º Código Civil. Posteriormente, hubo de añadirse los arts. 25. 1º y 117.1º de CE 1978, con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, además, del art. 12. 1º de LOPJ, art. 5. 1º de LOTC y abundante jurisprudencia del propio Tribunal Supremo⁹⁵.

Con razón hay que negar la posibilidad de que la doctrina contenida en un “acuerdo” adoptado en un Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo -acuerdo, por imperativo legal, no “vinculante”⁹⁶- se invoque para fundamentar, por si sola, la incriminación de conductas o su agravación, si no lo establece explícitamente la Ley. La razón fundamental estriba en que, si la jurisprudencia no es fuente de Derecho, menos aún pueden serlo acuerdos “internos”, “domésticos”, de carácter “no Jurisdiccional” que, según el artículo 264 de LOPJ dejarán, a salvo la independencia de las secciones para el enjuiciamiento y resolución de los procesos que conozcan. La doctrina contenida en un Pleno no jurisdiccional no obliga a los magistrados que la acordaron ni a órganos jurisdiccionales jerárquicamente subordinados al Tribunal cuyo Pleno adoptó el acuerdo.

⁹³ Sobre el problema, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 489 y ss. y vol. II, p. 792 y ss.; XIOL RIOS, J.A., El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional. En: *Revista del Poder Judicial*, 1986 nº 3, p. 28 y ss.; BENLLOCH PETIT, G., ¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo?, Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (Caso Santiago Raposo). En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2003, 2ª época, nº 11, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid, p. 305 y ss.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., Recensión a La Retroactividad, Foro. En: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, 2006, nº 3. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, p. 507 y ss.

⁹⁴ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España. Parte General*, 2ª edición. Madrid, Edita Instituto de Estudios Políticos, 1969, t I, p. 508 y ss.

⁹⁵ Vid. BENLLOCH PETIT, G., ¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? p. 305 y ss.

⁹⁶ Aunque declare explícitamente lo contrario (supuesto carácter “vinculante”) el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 18 julio de 2006.

Los acuerdos adoptados en Plenos no Jurisdiccionales no hacen doctrina jurisprudencial. Son meras “Asambleas” o “Juntas”, no actúan, ni son, “Tribunales”. Tales acuerdos, por tanto, no pueden equipararse a “autos”, “sentencias” o “resoluciones jurisdiccionales”. Se trata de meros acuerdos orientativos, “*ad intra*”, que no resuelven casos concretos sometidos a la jurisdicción (al Pleno) -éste no es el “juez natural”, ni ejerce jurisdicción alguna- sino que persiguen coordinar para el futuro “criterios y prácticas procesales”, como establece el citado artículo 264 de LOPJ⁹⁷.

El vacío jurisprudencial que puede producir una reforma penal profunda, en tanto los tribunales resuelven aspectos controvertidos de la misma, quizás justifique el valor “orientativo” -solo orientativo- de estos Plenos, pero nada más.

A la “*vis expansiva*” de los Acuerdos no jurisdiccionales contribuyen dos factores. De una parte, la apariencia “*cuasi normativa*” de los mismos, adoptados por la totalidad de Magistrados del Pleno del Tribunal. De otra, la celeridad de esta vía no jurisdiccional, que permite proclamar la doctrina oficial de la Sala en una sola sesión, sin condicionamientos propios del proceso convencional de elaboración y consolidación de la misma por su cauce natural (jurisprudencia).

Dado que los Plenos no jurisdiccionales suelen impulsar cambios decisivos en la posterior doctrina jurisprudencial (o consolidar definitivamente dichos cambios) es importante no solo que respeten escrupulosamente el “*nullum crimen... sine lege*” sino también los llamados “cánones constitucionales” que la Constitución y el Tribunal Constitucional trazan como límites hermenéuticos. En este sentido, alguno de los Plenos adoptó acuerdos discutibles, como los de 27 marzo de 1998 (conversión de la “falta” continuada contra la propiedad en “delito”); o el de 28 junio de 2002 (equiparación de la introducción de datos falsos en la banda magnética de tarjetas de crédito auténticas a la falsificación de moneda).

Pero, en último término, los Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo han generalizado un mecanismo tendencialmente insatisfactorio de creación abreviada de doctrina jurisprudencial que, a medio plazo, puede acabar sustituyendo la tediosa pero imprescindible búsqueda en los repertorios clásicos de jurisprudencia, guillotinando el debate procesal⁹⁸.

⁹⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II, p. 806 y ss.; Del mismo autor Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo. Nuevas Posiciones de la Dogmática Jurídico Penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, nº 7. Consejo General del Poder Judicial. p. 184 y ss.

⁹⁸ En sentido crítico, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II. p. 807 y ss.

6.2.2 Garantía “penal”.

La garantía penal se refiere no al presupuesto del delito o de la infracción administrativa, sino a su consecuencia jurídica (pena o sanción administrativa) derivada del delito. Según esta garantía, dicha consecuencia “ha de ser la previamente establecida por la Ley”. En el caso de penas, ha de ser la Ley la que determine clase y duración de la pena, no el Juez -como sucedía en el Viejo Régimen- ni la Administración (penitenciaria). Ello, es consecuencia de la Seguridad Jurídica que reclama el principio de la legalidad. El ciudadano ha de saber, o mejor dicho tener facultad para poder saber, a partir del mandato legal qué conductas están prohibidas y cuáles serían las consecuencias de llevarlas a cabo.

Se consagra en art. 2 CP *“No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración”*. Como también sucede con la garantía “criminal” el legislador asocia siempre una y otra al principio de no retroactividad. En ambos casos, la ley ha de ser “anterior” a la perpetración del delito o falta.

“... Cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulta penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”, el Juez o Tribunal “... acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia..”. Art. 4. 3º CP

Contrarias a esta garantía, son las “penas arbitrarias” contempladas en las Partidas (penas impuestas al arbitrio del juez). También las penas “indefinidas” (en su duración) como la sentencia indeterminada que proponía el positivismo criminológico o monismo radical de las medidas de seguridad.

El régimen de cumplimiento y ejecución de las penas pertenece a la garantía de ejecución, que examinaré más adelante.

No se infringe la garantía “penal”, cuando la propia ley excepciona el régimen general, introduciendo disposiciones específicas sobre la posible suspensión de la pena privativa de libertad en el art. 80 CP. A tenor de dicho art. *“Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. 2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la*

pena, las siguientes: 1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. 2.ª Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa. 3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127

Tampoco se incumple esta garantía cuando se puede sustituir la pena de prisión de más de un año impuesta a un ciudadano extranjero, por su expulsión del territorio español, como ocurre en el artículo 89 CP. En el mismo sentido, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en cuanto a condenados por delitos relacionados con violencia de género, establece: *“la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 art. 83 de este Código”*⁹⁹.

Excurso: La sentencia del TS 197/2006, de 28 de febrero estableció la llamada “Doctrina Parot”, que posteriormente fue anulada por el Tribunal de Estrasburgo como contraria al Convenio Europeo mediante sentencia de 10 julio de 2012.

La sentencia trae causa de ocho procedimientos penales seguidos contra Inés del Río, entre 1988 y 2000, por los que fue condenada a más de tres mil años de prisión conforme al CP de 1973; Código que fijaba en treinta años el límite máximo de cumplimiento de privación de libertad y regulaba, además, la redención de penas por el trabajo (art. 100 CP).

La autoridad penitenciaria estableció como fecha de licenciamiento definitivo el año 2001. La Audiencia Nacional revisó dicho cómputo de acuerdo con la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 febrero de 2006 “*Doctrina Parot*”, esto es, computando beneficios penitenciarios no a partir del límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad (30 años), sino a partir de la totalidad de la pena o penas impuestas, criterio este último que supuso un cambio radical “*in peius*” de la doctrina jurisprudencial respecto al cómputo de la redención de penas por el trabajo y los beneficios penitenciarios.

⁹⁹ En cuanto a la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, condenado a penas de privación de libertad inferiores a seis años, críticamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 493 y ss.

La recurrente alegó, ante el Tribunal de Estrasburgo, que el cambio de criterio, aplicado retroactivamente y en su perjuicio suponía una prolongación ilegal de nueve años de prisión, con violación de lo dispuesto en los artículos 5.1 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tesis que acogió el Tribunal Europeo.

El Tribunal Constitucional español había rechazado hasta entonces veintinueve recursos de amparo con el argumento de que las decisiones jurisdiccionales dictadas conforme a lo dispuesto en la sentencia de 28 febrero de 2006 del Tribunal Supremo no cuestionaban ninguna resolución judicial firme.

La llamada *Doctrina Parot* tiene un sólido fundamento penológico y de política criminal, porque no pueden tener la misma respuesta dos asesinatos que ochocientos, si bien, lamentablemente, este era el criterio del Tribunal Supremo hasta la sentencia de 28 febrero de 2006. En puridad, la prohibición de retroactividad se refiere en nuestro ordenamiento solo a *Ley* y no a *Jurisprudencia*, cuyos cambios de doctrina unas veces perjudican y otras benefician al reo. Pero, en puridad, el problema de fondo no es tanto el cambio de criterio “contra el reo” de la doctrina jurisprudencial o su criticable aplicación retroactiva, sino que se trata de una doctrina *pro casu*, sin vocación de generalidad ni de futuro¹⁰⁰, lo que infringe uno de los cánones hermenéuticos que proclama el Tribunal Constitucional cuando censura los fallos *pro casu* o *intuitu personae*.

No obstante, la nacionalidad española del Ponente de la primera sentencia del Tribunal de Estrasburgo, confirmada posteriormente por el Pleno del Tribunal, y el cuestionable proceso de ejecución de dicho fallo por la Audiencia Nacional española, son circunstancias dignas de mención que han suscitado justificadas críticas, en especial por el colectivo de víctimas del terrorismo.

La sentencia del Tribunal de Estrasburgo no ha anulado la “Doctrina Parot”, sino su aplicación retroactiva¹⁰¹. El cómputo de los beneficios penitenciarios es problema del

¹⁰⁰ En este último sentido, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I. p. 494 y ss.

¹⁰¹ Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., Del Código Penal de 1973 hasta la sentencia de la gran sala del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España: el fin de la <doctrina Parot>. En: *Revista de derecho penal y criminología*, 2013, nº extraordinario 1. (Ejemplar dedicado a: XIII jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las Universidades de Madrid), p. 163.; VIVES ANTON T.S./CUERDA ARNAU, M.L., La imprevisibilidad del sistema judicial español: El caso Parot como paradigma. En: *Estudios Penales en homenaje al profesor Suárez Montes*. Edita Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p.759 y ss.; MUÑOZ CLARES, J., *Doctrina Parot. El Estado y sus enemigos*. Edita. Civitas, 2014, p. 58 y ss.; CUEDA RIEZU, A., *La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*. 1ª edición. Editorial Iustel, 2014, p. 141; MANZANARES SAMANIEGO J.L., Acumulación de Penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al caso Parot). En: *La Ley, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. 2006, nº 29, p. 72 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA A., La soledad de las víctimas de Estrasburgo En: *Diario La Razón*, 28 de octubre de 2013; VALERO FERNANDEZ C.Y., *La retroactividad de las leyes penales*, p. 180 y ss.

Derecho interno de cada país, cuestión en la que no puede interferir Estrasburgo, cuya competencia se constriñe a velar por el cumplimiento de principios rectores del Convenio Europeo, uno de los cuales, sin duda, es el principio de no retroactividad de leyes penales. Quiere esto decir que el cómputo de beneficios penitenciarios en el ordenamiento español podría llevarse a cabo, en lo sucesivo, de acuerdo con la “Doctrina Parot” (cómputo a partir del total de la pena o penas impuestas, y no a partir del límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad). Ahora bien, sería aplicable solo a relaciones jurídicas nacidas con posterioridad a la sentencia de 28 febrero de 2006, ya que entonces no cabe hablar de aplicación retroactiva, que es lo que prohíbe el Convenio Europeo.

6.2.3 Garantía Jurisdiccional.

A tenor de esta garantía fundamental del ciudadano, nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia firme dictada por Juez o Tribunal competente, en juicio seguido con todas las garantías establecidas en la Ley.

En este sentido, art. 3.1 CP *“No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”*.

A tenor del principio de división de poderes, las penas se establecen por ley, que representa la voluntad popular soberana. Como afirmaba Beccaria¹⁰² *“solo las leyes pueden decretar penas de delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la Sociedad unida por el contrato social”*.

La interpretación y aplicación de leyes, función de juzgar, corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia (Poder Judicial), como consecuencia del principio de división de poderes. Solo los jueces (“juez natural”, predeterminado en la Ley), se hallan legitimados para ello, no el poder ejecutivo. Pero han de hacerlo necesariamente en la forma prevista en la Ley, a través del proceso, un juicio con todas las garantías, a las que el proceso penal se preordena (principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, igualdad de armas, presunción de inocencia, etc.).

La mediación del proceso se requiere incluso en casos límites, donde pudiera parecer superflua (infractor sorprendido “infraganti”, infractor que reconoce su culpabilidad), ya que en un Estado de Derecho no cabe atribuir responsabilidad a ningún ciudadano sin previa intervención del juez predeterminado por Ley y la celebración de un *“juicio justo”*, con todas las garantías.

¹⁰² Vid. BECCARIA C., *De los delitos y de las penas*. 3ª Edición. Madrid. Editorial Alianza. 2014. traducido por Juan Antonio de las Casas. p.44 (Derecho a castigar). El autor relaciona el “nullum crimen” con la doctrina del pacto social y con el principio de división de poderes.

El art. 1 LOPJ, declara: “*La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley*”. En el art. 2 añade, “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y los tratados internacionales*”.

Se proclama en los arts. 24 y 117.3 CE, arts. 1 y 2 LOPJ, art. 3.1 CP y art. 1º LECrim. El art. 24 CE, por su parte, consagra el principio de tutela judicial efectiva y dispone: “*Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas, y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”.

La garantía Jurisdiccional exige total respeto a las normas legales que predeterminan el “*juez natural*” o “*juez ordinario*”, único que garantiza la aplicación objetiva y neutral de la Ley. No se puede, por tanto, admitir el nombramiento de “*jueces especiales*”, “*jueces ad hoc*”, ni la manipulación de normas de reparto (caso de pluralidad de órganos jurisdiccionales) o las que determinan la composición de órganos colegiados.

Corresponde al Juez o Tribunal “*ejecutar lo juzgado*”, que excepciona el régimen *administrativizado* –con control judicial– del cumplimiento y ejecución de penas privativas de libertad que, en parte, establece la legislación penitenciaria española (Ley de 26 septiembre de 1979 y Reglamento aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, reformados por LO 7/2003, de 30 de junio)¹⁰³.

6.2.4 Garantía de ejecución.

El momento de la ejecución de las sanciones es la *hora de la verdad* para éstas, por ello, las exigencias del Principio de Legalidad tienen que comprender también la fase o momento del cumplimiento y ejecución del castigo.

El artículo 3.2 del Código Penal dispone que “*tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita en la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo control de jueces y tribunales competentes*”.

¹⁰³ Sobre el régimen *administrativizado* del cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad en España, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I. p. 497 y ss.

Todo el dispositivo garantista del Principio de Legalidad quebraría si el decisivo momento de ejecución del castigo -lo que vale, también para el Derecho Administrativo Sancionatorio- escapase al riguroso imperio de la Ley y al control jurisdiccional del mismo. Es fácil imaginar lo que sucedería si el régimen de progresión o regresión en grado de los reclusos (art. 65 LOGP), el de ejecución de pena por el sistema de individualización científica por grados (art. 72 LOGP), la concesión de libertad condicional (arts. 90 y ss. CP), el llamado período de seguridad (art. 36 CP) y otras tantas materias se sometieran exclusivamente a la discrecionalidad de la Administración Penitenciaria. La inseguridad jurídica sería insoportable y el riesgo de sistemáticos agravios comparativos en detrimento del principio de igualdad, se convertiría en muy significativo.

La garantía de ejecución no se vulnera cuando es la propia ley la que excepciona para ciertos casos el “régimen general”, como sucede con la suspensión de ejecución de pena prevista en la Sección Primera, Capítulo III, Título III del CP (arts. 80 y ss.); o la suspensión de ejecución que contempla el art 4.4 CP para supuestos excepcionales de petición previa de indulto.

7.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD, “IUS INCERTUM” Y “MANDATO DE TAXATIVIDAD” O “DETERMINACIÓN” (“LEX CERTA”).

La definición normativa de conducta prohibida tiene que llevarse a cabo de forma inequívoca, precisa y exhaustiva, de modo que tanto jueces como ciudadanos puedan conocer su alcance y consecuencias. El legislador debe promulgar leyes *certae* y el juez atenerse a ellas como leyes *strictae*¹⁰⁴.

El mandato de determinación es, a juicio de Süß¹⁰⁵, la expresión singular más importante del Principio de Legalidad, ya que entronca con sus orígenes históricos, la lucha contra el *ius incertum* del Viejo Régimen. Su fundamento, sin embargo, tiene más que ver con el principio de división de poderes y su vigencia en la práctica, como se verá, es más normativa que fáctica, porque no se cumplen rigurosamente sus exigencias¹⁰⁶. Hasta el extremo de que muchos autores advierten que este *axioma* ha dejado de ser un “principio” y se ha convertido en un mero “postulado”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. p. 408 y ss.

¹⁰⁵ Vid. SÜSS, F., El trato actual del mandato de determinación. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Graada. Editorial Comares, 2000. Traducción de Felip i Saborit D., p. 223 y ss.

¹⁰⁶ Por todos, vid. SÜSS, F., *El trato actual del mandato de determinación*, p. 229.

¹⁰⁷ Vid. SÜSS, F., *El trato actual del mandato de determinación*. p. 241 y ss., entre otros, contrapone los términos “principio” y “postulado”; Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I p. 509 y ss.

7.1 Fundamento: principio de división de poderes y el contrato social.

Siguiendo a Silva Sánchez¹⁰⁸, dado que el ciudadano no puede aspirar a un conocimiento riguroso y preciso de prohibiciones legales, el fundamento último del mandato de determinación deriva del principio de legitimación democrática, expresión de la división de poderes, que obliga a la máxima precisión en mensajes normativos del legislador y máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes.

Afirma Silva Sánchez, refiriéndose al juez, “*quien no posee legitimación democrática directa necesita, para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, apoyarse en la legitimación material que presta el legislador como expresión de voluntad general...*”. Añade el autor, “Por eso y solo por eso, (por el “Contrato Social”) recae sobre el legislador la citada legitimación”.

El fundamento del principio de taxatividad o determinación, carece de proclamación expresa en CE de 1978, factor que ha influido y propiciado una práctica permisiva y tolerante¹⁰⁹.

7.2 Limitaciones y escasa vigencia efectiva: el mandato de taxatividad como desideratum.

En cuanto a su vigencia efectiva, crece poco a poco en la doctrina, una actitud de resignación escéptica ante la vigencia “*fáctica*” de este límite del “*ius puniendi*”, garantía del ciudadano, entre otras razones por el escasísimo o nulo¹¹⁰ éxito de su invocación ante el Tribunal Constitucional.

El TC español ha admitido explícitamente limitaciones inherentes a un reconocimiento absoluto del principio de determinación; subrayando por muy diversas circunstancias, que el “*respeto (al significado literal o textual del enunciado que*

¹⁰⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 405 y ss.

¹⁰⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 510 y ss.; En cuanto a la jurisprudencia tolerante del Tribunal Constitucional, RAMOS TAPIA, M.I., Límites al poder punitivo del Estado En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 70 y ss.; GUIASOLA LERMA, C., Principio de Legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto a propósito de la STC 42/1999. En: *Revista de derecho penal*, 2002, nº 7, p. 33 y ss.; MUÑOZ LORENTE, J., De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código Penal: vulneración del Principio de Legalidad. Su interpretación restrictiva. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2001, vol. LIV, p. 72 y ss. Lógicamente, los delitos de peligro abstracto contra el medio ambiente y los tipos penales (en blanco) que se remiten a preceptos administrativos de rango reglamentario son dos de los supuestos que suscitan mayores controversias.

¹¹⁰ Vid. SÜSS, F., *El trato actual del mandato de determinación*, p. 229. El autor denuncia que el Tribunal Constitucional alemán “no haya declarado inconstitucional ni una sola Ley por violar el mandato de determinación, a pesar de que oportunidades de hacerlo, ha tenido.

transmite la proposición normativa) no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con garantías esenciales de seguridad jurídica”¹¹¹.

Las razones por las que el principio de determinación, de taxatividad, solo puede alcanzar rango de “*desideratum*” son varias: el lenguaje relativo, circunstancial y dinámico, que no se rige por reglas gramaticales rígidas sino que significa el sentido que el uso social quiere atribuirle, no garantiza la absoluta seguridad que algunos pretenden; el legislador tiene que optar en cada momento por generalización o casuismo, la primera responde a naturaleza y función de la norma, pero perjudica su necesaria concreción; el casuismo, no es solución válida¹¹²; también la policromía de ciertos bienes jurídicos y la imposibilidad de abarcar con términos puramente “descriptivos” sus muchas facetas y modalidades de ataque dificultan al máximo la plena realización de la seguridad jurídica¹¹³. El empleo de cláusulas generales y elementos valorativos es inevitable “*ratione materiae*”.

Algunos autores apuntan que la imprecisión del lenguaje de la norma se busca deliberadamente. Ello facilitaría, por su ambigüedad, la justicia del caso concreto¹¹⁴ o su adaptación a exigencias sociales cambiantes. Porque la ambigüedad del lenguaje legal permite un manejo “instrumental del *ius puniendi*”, que hoy se habría convertido según afirma Süß¹¹⁵, en “perverso superinstrumento de política social y económica, sólido baluarte frente a la grave erosión de las funciones de la moral social e individual”. Sin olvidar un factor sociológico de importancia, que en la sociedad postindustrial algunos ciudadanos no temen, los excesos del Leviathan y exigen más eficacia y seguridad frente al delito, no importando sacrificar garantías individuales en aras de una eficaz lucha contra el crimen.

7.3 Presupuestos de la intervención penal: exigencias del mandato de determinación y supuestos controvertidos¹¹⁶.

Cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, tipos abiertos, elementos normativos y técnicas de reenvío (leyes penales en blanco) son los supuestos más controvertidos, porque parecen cuestionar las exigencias del mandato de taxatividad o determinación.

¹¹¹ Estaríamos ante un “*desideratum*” histórico y culturalmente condicionado. Entre otras, STC 111/1993 de 25 de marzo. Ponente Rodríguez Bereijo A.; 62/1982 de 15 de octubre. Ponente Gómez-Ferrer Morant; 53/1994 de 17 de marzo. Ponente González Campos J.D. y 151/1997 de 29 de septiembre. Ponente Viver Pi-Sunyer C.

¹¹² Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 145 y ss.

¹¹³ Pienso, por ejemplo, en los delitos contra el honor. ¿Cómo tipificar con fórmulas meramente descriptivas, las injurias gestuales?

¹¹⁴ Vid. SÜSS, F., *El trato actual del mandato de determinación*, p. 236.

¹¹⁵ Vid. SÜSS, F., *El trato actual del mandato de determinación*, p. 237 y ss.

¹¹⁶ Por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 513 y ss.

7.3.1 Cláusulas generales.

Las “cláusulas generales”¹¹⁷ representan la antítesis del casuismo, constituyen el primer grupo de los supuestos controvertidos. Aportan alto grado de abstracción e impiden lagunas, pero su deliberada indeterminación pugna frontalmente con los Principios de Legalidad y Seguridad Jurídica. Es una técnica legislativa que debe ser considerada como rechazable.

A las cláusulas generales acudió, por ejemplo, (citado por la doctrina) el párrafo 2 del StGB nazi que disponía: “*Será castigado el que cometa un acto que la ley declara punible o que merezca serlo con arreglo a la previsión fundamental de una Ley penal y al sano sentimiento del pueblo*”. También el CP soviético usó cláusulas generales al definir el delito como comportamiento “*que atenta contra las bases del sistema socialista*”.

7.3.2 Conceptos jurídicos indeterminados.

No es técnica legislativa considerada aceptable, el empleo abusivo de “*conceptos jurídicos indeterminados*”¹¹⁸. Como ejemplo, servirse de conceptos como “pudor”, “buenas costumbres”, etc., como el art. 431 CP de 1973 utilizaba para definir el delito de escándalo público¹¹⁹ (“*de cualquier modo*”, “*pudor*”, “*buenas costumbres*”, “*grave escándalo*”).

El Tribunal Constitucional español, sin embargo, ha declarado la compatibilidad de estos conceptos indeterminados con el principio de “determinación”, bajo ciertos presupuestos y determinados “límites”. “*...Siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de forma que permitan prever, con suficiente seguridad, naturaleza y características esenciales de conductas constitutivas de la infracción tipificada*”¹²⁰. Un caso singular, fue el debate que suscitó el Tribunal Constitucional español sobre el concepto de

¹¹⁷ Sobre las “cláusulas generales”, vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 146 y ss.

¹¹⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 515 y ss.

¹¹⁹ Cit., art. 431: “*El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, será castigado...*”. Este artículo supera el listón de lo intolerable, porque no se pueden utilizar más conceptos indeterminados ni elementos normativos en una sola definición legal.

El Tribunal Constitucional español no declaró inconstitucional este precepto.

¹²⁰ Sentencias 69/1989 de 20 de abril. Ponente García-Mon y González- Regueral F.; 219/1989, de 21 de diciembre. Ponente García-Mon y González-Regueral F.; 116/1993, de 29 de marzo. Ponente Gimeno Sendra Vicente; 305/1993, de 25 de octubre. Ponente López Guerra L.; 26/1994, de 27 de enero. Ponente Gimeno Sendra V.; 306/1994, de 14 de noviembre. Ponente Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer M.; 184/1995 de 20 de junio. Ponente García-Mon y González-Regueral F.

“*honor y dignidad militar*”¹²¹. Esta compatibilidad de conceptos jurídicos indeterminados y principio de determinación, con limitaciones, aceptada por el TC, pone en riesgo el Principio de Legalidad y el de Seguridad Jurídica.

La finalidad garantista a que responde el mandato de determinación es irrenunciable. La misma no debe verse fundamentalmente en la seguridad jurídica entendida como posibilidad del ciudadano de conocer con certeza qué puede hacer y qué no puede hacer. Pero existe un fundamento determinante que obliga a la máxima precisión en los mensajes normativos del legislador y la máxima vinculación del juez al tenor de dichos mensajes a la hora de adoptar decisiones. Es el principio de legitimación democrática de las intervenciones jurídico-penales como garantía de la libertad de los ciudadanos derivada del principio de división de poderes¹²².

La definición legal de “*injurias*” art. 208 CP (*acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*), es más criticable aún que la del art. 431 CP 1973. O la definición de injurias constitutivas de “delito”, art. 208.2 (*las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves*) son ejemplos de la aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados. En cuanto a “agravantes específicas”, suelen citarse la proliferación de *elementos valorativos*” o *normativos* que utiliza con deliberada ambigüedad el legislador. Valen como ejemplos, “*primera necesidad*” (art. 235.2), “*prestación de servicio de interés general*” (art. 235.3), “*quebranto grave*” (art. 235.3), “*notoria importancia*” (art. 369.5º) etc. Los elementos “valorativos” no aportan la misma seguridad ni determinación que los elementos “descriptivos” y remiten a una posterior valoración subjetiva del juez, caso a caso.

7.3.3 Leyes penales en blanco y técnicas de reenvío.

Uno de los casos controvertidos por excelencia, son las *leyes penales en blanco*, denominada técnica de reenvío, especialmente cuando el legislador penal remite a una norma no penal de rango reglamentario, porque cuestiona los principios de determinación, seguridad jurídica, división de poderes y reserva de ley, entre otros¹²³.

En algunos sectores de la moderna criminalidad (delitos contra el medio ambiente, urbanismo, funcionamiento de los mercados financieros, consumo y calidad de vida, etc.) la técnica del reenvío normativo, para completar el presupuesto de la

¹²¹ STC 151/1997 de 29 de septiembre. Ponente Viver Pi-Sunyer C., FJ Sexto: “*honor y dignidad militar*”.

¹²² Vid. ROMERO CASABONA, CM./SÁNCHEZ LAZARO, FG., *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada. Edita Comares. 2010, p. 579; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 408 y ss.;

¹²³ Vid. LUZÓN PEÑA D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid. Editorial. Universitas, 2002, p. 150 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 407 y ss.

norma penal con otra normativa extrapenal, puede que sea una fórmula necesaria de apertura y coordinación del Derecho Penal hacia otros sectores y subsistemas del ordenamiento jurídico, donde los nuevos bienes jurídicos emergentes encuentran su *prima ratio* jurídica¹²⁴. Pero ello, siempre que no se superen ciertos límites.

La remisión del CP a la *legislación motorizada* (administrativa) no se justifica a menudo, pero lamentablemente es usual, aunque suponga menor garantías para el ciudadano. Así, en el CP, arts. 360 y 441 remiten a *Leyes y Reglamentos respectivos*, art. 364.4 a supuestos “en su caso reglamentariamente previstos”; art. 320 a “*normas de ordenación del territorio*”, y art. 311.1 a “*disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”¹²⁵.

La doctrina española se halla dividida en cuanto a la constitucionalidad de este subgrupo de casos de reenvío normativo, aunque prevalece una actitud de resignación una vez que el TC ha convalidado la misma, con ciertas limitaciones¹²⁶. Los requisitos exigidos son, que la remisión a la normativa extrapenal sea necesaria, por complejidad y tecnicismo de la materia; que la remisión a la normativa extrapenal sea expresa; que la propia norma penal contenga el núcleo esencial de la prohibición. Esto es, que sea la Ley penal y no la de inferior rango jerárquico la que determine la materia de prohibición y que se satisfagan exigencias de certeza en la delimitación de la conducta prohibida, salvaguardándose así la función de garantía del tipo, con la posibilidad de que el ciudadano conozca el comportamiento que se incrimina, “de suerte que solo sean infracciones penales las acciones y omisiones subsumibles en la norma con rango de ley”.

¹²⁴ En este sentido, vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, colaboración de Morales Prats F. y Prats Canut M., Pamplona. Editorial Aranzadi. 2002, p. 59; DE LA MATA BARRANCO PÉREZ, N. J., Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente. En: *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*. Universitat de Valencia, Institut de Criminologia, 1997, vol. I. p. 575 y ss.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., Medio ambiente y reparación del daño. En: *Fundamentos de conocimiento jurídico. Textos jurídicos y contextos sociales*, en F. A. Hayek., Madrid. Edita Dykinson. Editores Sánchez de la Torre A. y Hoyo Sierra I.A., Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. p. 345 y ss.; SERRANO TÁRRAGA, M.D/SERRANO MAILLO, A/VAZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Tutela Penal Ambiental*, p. 50.; ROMERO CASABONA, CM./SÁNCHEZ LAZARO, FG., Exige que deberían establecerse en los casos en que la conducta suponga algo más que la mera infracción de las normas de otro sector del ordenamiento jurídico. *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. p. 581 y ss.

¹²⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 415 y ss., siguiendo un concepto restrictivo de la Ley penal en blanco.

¹²⁶ STC 77/1985 de 27 de junio. Ponente Díez de Velasco M.; 3/1988 de 21 de enero. Ponente López Guerra L.

7.3.4 Los denominados “tipos penales” abiertos y la descripción inacabada de la “materia de prohibición”.

Los “tipos penales abiertos” han generado, también, viva polémica en la doctrina desde la obra de H. Welzel¹²⁷. Es una técnica insatisfactoria, desde el punto de vista del principio de determinación, porque el legislador no describe de forma completa y exhaustiva la conducta prohibida en la instancia normativa, sino solo una parte de las características del injusto, siendo necesario que éste encuentre su complemento por vía jurisdiccional. Su concreción final corresponde al juez.

Ejemplo significativo es la definición del delito de coacciones en CP vigente. Dice el art. 172 “*El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto...será castigado...*”.

Para el intérprete, resulta difícil aventurar qué conductas pueden subsumirse en este artículo y cuáles no, incertidumbre incompatible con el principio de determinación porque el significado de las definiciones legales no debe ser un acertijo, ni depender del criterio de cada juez.

Las figuras de la *imprudencia* y la *comisión por omisión* u omisión impropia, son para autores como Welzel¹²⁸ supuestos específicos de *tipos abiertos*, ya que decidir quién actuó sin diligencia *debida*, o en quién concurre la *posición de garante* es algo que resuelve el juez, caso a caso, y no el legislador.

7.3.5 Comisión por omisión u “omisión impropia”.

Permaneció mucho tiempo sin regular en nuestro Código¹²⁹, e implica equiparación de la “acción” (comisión) y la “omisión”. Los delitos propios de omisión se tipifican inequívocamente en el Código, los de comisión por omisión nacen vía interpretativa, y es el juez, caso a caso, quien resuelve cuando el hecho de no impedir activamente la causación del resultado (omisión) equivale penalmente a causarlo (comisión). Con anterioridad al CP de 1995 el Código guardaba silencio cuando el omitente “debía” haber impedido el resultado por hallarse en “situación jurídica de garante”.

¹²⁷ Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Aleman*. p. 157 y ss.; Una reseña bibliográfica sobre el tema, en: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal* vol. I. p. 516 y ss.

¹²⁸ Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*. p. 239 y ss.

¹²⁹ Hoy se regula en artículo 11 del Código Penal de 1995. Pero hasta entonces era un problema que planteaba la doctrina sin apoyatura legal.

La doctrina sugería solucionar los problemas que generaba la omisión impropia, bien mediante una cláusula general habilitadora que restringiera la incriminación exclusivamente a supuestos donde concurra un “deber jurídico” de evitar el resultado; bien, “*uti singuli*”, a propósito de cada delito en la Parte Especial.

7.3.6 Los tipos penales imprudentes o culposos.

Resulta obvio que el legislador no puede definir en la instancia normativa con criterios apriorísticos y generalizadores, cuando se omite la diligencia “debida”. La posibilidad de diferentes situaciones que pueden darse en la realidad lo impide. Ahora bien, el problema es menos grave, porque la ley sí puede ofrecer criterios limitativos claros y operativos (sustituyendo el sistema de cláusula general del art. 565 CP de 1973 por una incriminación “*uti singuli*”, castigando exclusivamente, como delito, la imprudencia grave).

7.3.7 Elementos “normativos” o “valorativos”.

Por oposición a los elementos “descriptivos” suponen la quiebra al *desideratum* de máxima certeza de incriminación en el momento normativo. Su uso es inevitable, pero debieran emplearse con prudencia, ya que potencian el arbitrio judicial, la posibilidad de resoluciones contradictorias, y la inseguridad jurídica. Ejemplos típicos de elementos “valorativos” o “normativos” podrían ser, los términos “grave deformidad” (art. 149.1 CP), “trato degradante” (art.173.1 CP), “medios igualmente peligrosos” (art. 180. 5º CP), “peligro manifiesto y grave” (art. 195.1º CP). El Tribunal Constitucional se ha referido también a las *cláusulas normativas*¹³⁰.

7.4 Mandato de determinación y consecuencias jurídicas, “aritmética penal” versus “arbitrio judicial”.

Exigencia común a cualquier manifestación de Derecho sancionatorio (penal o administrativo), es determinar la consecuencia jurídica de la infracción en la instancia normativa. No basta que se hallen descritas en la ley, pena o sanción, es necesario que se concrete la clase, duración y efectos de la consecuencia jurídica. Todo ello, no obstante, admitiendo ciertos “márgenes penales” y un razonable “arbitrio judicial” a tenor de las modernas orientaciones político-criminales que rechazan modelos de “pena absolutamente determinada”¹³¹.

El sistema de “pena absolutamente determinada” procede del CP francés de 1791. Primaba en éste la desconfianza al arbitrio judicial del Viejo Régimen y la creencia de que solo una pena absolutamente determinada en la ley -expresión de voluntad popular- podría garantizar la igualdad de todos los ciudadanos. Pronto, el CP

¹³⁰ Por todas, STC 151/1997 de 29 de septiembre. Ponente Viver Pi-Sunyer C.

¹³¹ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 147 y ss.; También, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Legalidad (Principio de)*. p. 890.

francés de 1810 suavizó el férreo criterio legalista de su predecesor y admitió que la Ley estableciese para cada delito una penalidad comprendida entre un máximo y un mínimo, margen dentro del cual podría el juez fijar libremente la pena final.

Nuestros Códigos Penales optaron por el modelo originario francés más legalista (Código de 1791), de modo que la “aritmética penal” establecía el arbitrio judicial dentro de márgenes estrechos¹³². Las reformas legales de 1932 y 1944 mitigaron dicho rigor formalista ampliando el arbitrio judicial, pero nuestro sistema sigue adoleciendo de una férrea vinculación a la determinación legal de penas¹³³, incompatible con exigencias de prevención especial y las modernas orientaciones político-criminales. Con la nueva redacción del artículo 66 del Código Penal, introducida por LO 11/2003 y 1/2015, el problema se ha agravado incomprensiblemente. Se contemplan ahora ocho reglas para determinar la pena haciendo gala de una rechazable concepción legalista, formalista, expresión de la denominada críticamente “aritmética penal”.

Lo contrario ocurre en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. La frustración de exigencias razonables de determinación de la consecuencia jurídica alcanza y supera límites inimaginables. El problema no es tanto el rigor de las sanciones¹³⁴ -que empuñan al Derecho Penal- sino su grado de indeterminación, todo ello en un sistema orientado a la discrecionalidad sancionadora de las Administraciones, plagado de elementos valorativos, conceptos jurídicos indeterminados, reglas que invitan a ejercer el máximo arbitrio sancionador. Todo ello, además, reforzado por un expeditivo y disuasorio procedimiento de ejecución de sanciones, que no ofrece las mismas garantías para el administrado que el procedimiento penal. Razón por la que el ciudadano teme más al poder sancionatorio de la Administración que al propio poder del juez penal y en algunos casos siente inseguridad jurídica.

Con todo, consideraciones históricas, culturales e incluso antropológicas relativizan hasta sus justos términos la percepción por el ciudadano del mandato de determinación o taxatividad. Este sería hoy incompatible, entre nosotros, con la pena de naturaleza mixta, (contemplada para el robo con homicidio el artículo 501.1º del CP de 1973 con pena de reclusión mayor a muerte, ésta última si concurría alguna circunstancia agravante), o las penas de amplia extensión que conocía el anterior Código de Justicia Militar. Sin embargo, en el polo opuesto, en Japón no se formula reparo, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y es socialmente aceptado, que

¹³² Así, críticamente, vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*. p. 147.

¹³³ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 147 y ss.

¹³⁴ Véase, a título meramente ilustrativo, el rigor del poder sancionatorio de la Administración en materias como: urbanismo, seguridad ciudadana, protección de consumidores y usuarios, contrabando, circulación de vehículos a motor, defensa de la competencia, Ley de costas, mercado de valores, fondo de pensiones, tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I. p. 106 y ss.

una ley establezca penas que pueden ir de seis meses a quince años, dejando a criterio del juez su determinación. Tampoco que el condenado a muerte fallezca de anciano en prisión de muerte natural, porque el Ministro de Justicia -de quien depende la ejecución de esta pena- no se toma con excesiva premura acordar aquella¹³⁵. La razonabilidad de este “*desideratum*” tiene un importante componente “circunstancial”.

8.- ¿CRISIS ACTUAL IRREVERSIBLE DEL PRINCIPIO DE “¿LEGALIDAD”, O DEL MANDATO RIGUROSO DE “DETERMINACIÓN”?

El mandato de determinación es un “*desideratum*”, no una exigencia susceptible de cumplimiento absoluto. El ideal positivista que veía en el juez la boca de la ley y en ésta la máxima expresión de seguridad y certeza tendría que redefinirse porque el equilibrio entre “certeza” y “seguridad” es precario y no cabe esperar más que cotas razonables de seguridad jurídica, pero no una certeza total y absoluta¹³⁶. El ideal ilustrado de sumisión absoluta del “*ius puniendi*” del Estado a la voluntad objetivada en la ley es utopía¹³⁷. Es este ideal utópico, el que está en crisis, no el Principio de Legalidad ni el mandato de determinación.

8.1 La crisis del ideal utópico e ilustrado de sumisión absoluta del “*ius puniendi*” a la voluntad social objetivada de la Ley: su doble origen.

La crisis del “ideal utópico” de seguridad jurídica tiene doble origen: la Teoría General del Derecho y la Sociología, sin descartar la comodidad del legislador que opta a menudo por técnicas que reducen significativamente las cotas de certeza del mandato normativo (empleo excesivo de elementos “valorativos”, tipos “abiertos”, técnicas de reenvío a normas administrativas, reglamentarias, cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados)¹³⁸.

¹³⁵ Vid. LLOMPART, S.J., *Teoría y realidad del Derecho. Un viaje a Chile desde el Japón pasando por Europa*. 1ª edición. Valparaiso, Edita Edeval, 1989, p. 91 y ss.

¹³⁶ En este sentido vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 523 y ss.; SANTA CECILIA GARCÍA, F., Crisis del Principio de legalidad en materia penal. En: *Fundamentos de conocimiento jurídico. Principios del Derecho I*. Madrid. Edita Dykinson, 2011. Editoriales Sánchez de la Torre A. y Hoyo Sierra I.A., Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. p. 271 y ss.

¹³⁷ Sobre el futuro del mandato de determinación, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, págs. 527 y ss. También CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*. p. 220 y ss.

¹³⁸ Vid. supra, apartado 7.3

8.2 La moderna Hermenéutica: del “programa” al “ámbito” de la norma. El poder “normativo” de lo fáctico y la labor “cuasinormativa” de la jurisprudencia.

En la Teoría General del Derecho parece superada la creencia clásica que contemplaba la aplicación del Derecho como sencilla operación formal de subsunción de la premisa fáctica en la norma. La moderna Hermenéutica ha subrayado de manera convincente que el centro de gravedad de la teoría de la interpretación debe desplazarse precisamente de la norma a la premisa fáctica (se habla por los autores del “poder normativo de lo fáctico”), o –según Müller- del “programa normativo” al “ámbito de la norma”¹³⁹. Para la moderna hermenéutica, cuyos principales axiomas se han trasladado ya al Derecho Penal por Engisch, Hassemer y Bringewat¹⁴⁰, la interpretación de la norma no se agota en descifrar el sentido de su tenor literal y en un sencillo silogismo posterior de mera lógica formal, de subsunción de los hechos en la ley, sino en un tenso y complejo proceso de concreción del mandato legal abstracto a la realidad social. Parte de ese proceso consiste en examinar el ámbito de la norma o parcela de la realidad social comprendida en aquella, lo que no dependerá exclusivamente del tenor literal de la norma¹⁴¹ sino también de las características del caso y de la regulación que tales características reclaman.

Por ello, otros sectores teóricos advierten que la labor del juez trasciende lo interpretativo. Se trata de concebir la aplicación de la ley como un proceso de “concretización de la norma”¹⁴², ya que la norma no posee un contenido definitivamente fijado *antes* de ser llevada a la práctica, sino que hasta el momento de su aplicación a casos particulares no se precisa de forma acabada su alcance, en virtud de un método más “inductivo” que “deductivo” lo que no quiere decir voluntarista, ni decisionista. ya que la norma no posee un contenido definitivamente fijado *antes*, de ser llevada a la práctica, sino que hasta el momento de su aplicación a casos particulares no se precisa de forma acabada su alcance, en virtud de un método más “inductivo” que “deductivo significado cuando el juez la aplica al caso concreto en virtud de un método más *inductivo* que *deductivo*”¹⁴³ lo que no quiere decir voluntarista, ni decisionista.

Desde la Sociología jurídica se ha llamado la atención sobre un hecho característico de la sociedad postindustrial o “sociedad del riesgo”. Los ciudadanos reclaman ante todo “seguridad” y eficacia en la lucha contra el crimen, sin cortapisas ni limitaciones, no teniendo inconveniente en sacrificar el garantismo a dicha seguridad,

¹³⁹ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 337 y ss.

¹⁴⁰ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 335 y ss.

¹⁴¹ Vid. RAMÓN RIBAS, E., Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, nº 12. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, p. 111 y ss.

¹⁴² Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. P. 337.

¹⁴³ Según expresión de CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*. p. 243. (El autor se refiere a una “jurisprudencia inductiva”).

porque al ciudadano de la sociedad de riesgo no le preocupan los posibles excesos de *Leviathan* sino el riesgo de victimización. Este ciudadano espera del legislador -y exige- una respuesta pronta y severa al delito, tomando como modelo ideal el derecho penal simbólico que le tranquilizará. Demanda y solicita del juez, aplicar sin formalismos la ley, que confirme seriedad de las conminaciones legales. Del procedimiento penal, demanda una vía flexible y ágil que garantice eficaz persecución del delito, libre de prejuicios garantistas. Con razón se ha definido este nuevo Estado como “la contrailustración”.

9.- LÍMITES “MATERIALES” DEL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO.

Los límites “formales” del Derecho sancionatorio significan, en último término, que cualquier manifestación del mismo (penal, administrativo) ha de ejercerse con total sometimiento al ordenamiento jurídico. El derecho del Estado a castigar no es absoluto, es un poder reglado, sometido a las leyes. Pero no es suficiente. Existen otros principios que limitan el “*ius puniendi*”. Cabe citar varios principios: del hecho, exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima, subsidiaria y fragmentaria, de culpabilidad, proporcionalidad y de humanidad. Al principio de “presunción de inocencia” no me referiré por su carácter procesal. Estos límites “materiales” no cuentan con el mismo grado de reconocimiento por el Derecho Positivo. A excepción, tal vez, de los de “culpabilidad” (recientemente, responsabilidad subjetiva), del hecho y de humanidad. La responsabilidad subjetiva se consagra en art. 5º CP; el de humanidad en arts. 10.1, 15 y 25. 2º CE; y el del hecho en art. 25.1 CE. Estos límites “materiales” son importantes en el marco de un Estado social intervencionista, que no se conforma con actuar como mero “árbitro” del proceso social, sino que quiere intervenir activamente en éste.

9.1 Principio del hecho o de responsabilidad por el hecho.

El hombre responde por lo que “hace” -acciones y omisiones- no por lo que “es”. Esto, constituye un límite al derecho a castigar que ostenta el Estado, pues según este principio solo se incriminan conductas humanas que se exterioricen a través de concretas acciones u omisiones, esto es, de “hechos”¹⁴⁴ susceptibles de percepción sensorial¹⁴⁵.

Del principio del hecho se desprenden dos consecuencias fundamentales: nadie puede ser castigado por sus pensamientos o deseos “*cogitationis poenam nemo*

¹⁴⁴ Vid. RAMOS TAPIA, M.I., La pena como consecuencia jurídica del delito En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2016. Director José Miguel Zugaldía Espinar. p. 51.

¹⁴⁵ En este sentido, vid. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1999. p. 343.

patitur”; y tampoco puede incriminarse la “*forma de ser*” del sujeto, su “*plan de vida*”, ya que la responsabilidad se circunscribe a comportamientos concretos aislados, delimitables temporal y espacialmente¹⁴⁶.

La incriminación directa de “actitudes internas” o el castigo de hechos carentes de lesividad, utilizados como síntomas del “ánimo” o predisposición del sujeto vulneran este principio. El castigo de infracciones omisivas, sin embargo, no lo violenta, porque el fundamento de la conducta omisiva no reside en el sustrato material de ésta - inexistente- sino en su fundamento “normativo” o “legal”, omite quien no hace lo que “debía” hacer.

El principio de responsabilidad por el hecho no es obstáculo para que las características personales del autor sean tomadas en cuenta -por razones de prevención especial- en el posterior momento judicial de la individualización de la pena, y en el penitenciario (cumplimiento y ejecución de ésta). Pero ello, una vez fundamentada la responsabilidad por el hecho cometido¹⁴⁷. Este principio es de inequívoco origen liberal y garantista.

De una parte, muestra el distinto fundamento de responsabilidad moral “*fuero interno de la conciencia*” y jurídica “*fuero externo*”. De otra, es fiel a exigencias de “*lesividad*” u “*ofensividad*”, ya que solo los comportamientos externos pueden afectar negativamente a bienes jurídicos que integran el orden social, a cuya tutela se preordena la intervención punitiva. Por último, el principio de responsabilidad por el hecho (hechos constatables por la percepción sensorial) es el único que aporta base sólida, inequívoca y cierta, porque la incriminación de acuerdo con exigencias de seguridad jurídica precisa una base “probatoria” de infracción, que asegure el principio de igualdad ante la ley¹⁴⁸.

Los regímenes totalitarios, por el contrario, criminalizan la manifestación del pensamiento infiel antes de que se traduzca en hechos concretos, porque optan por un criticable “*Derecho de autor*”, antítesis de responsabilidad por el hecho. Para la Escuela de Kiel, antesala del Derecho punitivo nazi, el hombre debe ser enjuiciado por lo que “es”. No importa qué hace u omite, sino “quién” hace u omite (personalidad, características personales del autor)¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*. p. 48 y ss.

¹⁴⁷ Vid. Arts. 66. 1º CP y arts. 82. 1º, 84. 2º, 89, 102, 106, RGP aprobado por R.D. 190/1996, de 9 de febrero.

¹⁴⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II, p. 531 y ss.

¹⁴⁹ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 10ª edición. Barcelona. Edita Reppertor, 2015, pág. 136, nota 69.

Uno sus representantes, Dahm¹⁵⁰, manifiesta que no interesa castigar el hurto, el asesinato o la usura, sino al ladrón, al asesino o al usurero, porque lo decisivo no es la realización del hecho, sino la manifestación de una determinada personalidad. La experiencia histórica demuestra que un Derecho Punitivo “de autor” se presta a abusos políticos. En la técnica de las dictaduras y el uso político de la justicia sancionadora, la punición de enemigos reales o potenciales del régimen, por encima de la Ley, y la impunidad asegurada a crímenes cometidos en aras de una supuesta “razón de Estado”, son dos caras de una misma moneda¹⁵¹.

El principio de responsabilidad por el hecho se vulneraba, en el derogado CP de 1973, cuando reconocía una responsabilidad “sin hecho” (bien por hecho “presunto”, bien por el hecho de otro); y cuando incriminaba la mera actitud interna del sujeto, asociando medidas de seguridad predelictuales a ciertos estados de peligrosidad “social”¹⁵² supuestos de responsabilidad que con buen criterio ha derogado el vigente Código Penal¹⁵³.

En la compleja delincuencia financiera (por citar un supuesto significativo) no basta con ocupar un determinado cargo. La responsabilidad no siempre se puede inferir, de forma racional, del estatus del individuo en el organigrama de la empresa o institución financiera. Se precisa la prueba necesaria de intervención del sujeto en el delito. Ésta, no se presupone.

Suele distinguirse entre principio de hecho y principio de “*responsabilidad personal*”. Éste último prohíbe castigar a alguien por el hecho de “otro”, salvo que exista obligación legal de control, vigilancia, supervisión...etc. respecto a la conducta del tercero. Significa, por tanto, y presupone la autoría o participación criminal, la existencia de un auténtico injusto, de realización personal -directa o mediata- o de participación personal, en un tipo de injusto (con sus elementos objetivos y subjetivos)¹⁵⁴.

El principio de responsabilidad “personal” (o principio de responsabilidad por el hecho propio) veda, la vieja institución de la responsabilidad “colectiva”, que extendía injustamente dicha responsabilidad a familiares, vecinos y terceros.

¹⁵⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II. p. 532 y ss.

¹⁵¹ Como advierte RODRÍGUEZ MOURULLO G., *Derecho Penal. Parte General*. pág. 51.

¹⁵² Vid. Arts. 227. 2º, 483, 485 y 502 CP. Para algunos, esta garantía también vulnera supuestos de responsabilidad en cascada de arts. 13 y 15 CP de 1973.

¹⁵³ Sobre el restablecimiento del principio del hecho por el Código Penal de 1995, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. II. p. 533 y ss.

¹⁵⁴ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*. p. 89. Supuestos donde la Ley consagra una obligación jurídica pueden ser los recogidos en arts. 408, 415 y 450 CP. Incluso en art. 318, con relación al 31.

9.2 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Al bien jurídico se ha hecho referencia en páginas anteriores¹⁵⁵ como categoría que fundamenta y justifica la intervención punitiva. Interesa, ahora, razonar por qué este concepto puede o debe operar como “límite” del “*ius puniendi*” y, en su caso bajo qué presupuestos.

El principio de protección de bienes jurídicos hunde sus raíces en la teoría del contrato social, de cuño liberal y origen ilustrado. Según ésta, se legitima una restricción severa de derechos del individuo si dicha intervención sancionadora es imprescindible para garantizar derechos y libertades de la mayoría social (nocividad o dañosidad social de la infracción)¹⁵⁶.

Tan importante es, desde un punto de vista dogmático y metodológico, esta categoría que algún autor alemán (Schünemann) ha manifestado que la Dogmática Jurídico penal se despediría como ciencia independiente -desde un punto de vista metodológico- si abandonara su fundamento en el principio de protección de bienes jurídicos o “*dañosidad social*”, principio que limita la arbitrariedad legislativa. Por ello, sirve también como criterio superior de orientación en la tarea interpretativa, como punto crucial para toda argumentación teleológica en el campo del ilícito penal¹⁵⁷. El TC español ha reconocido que la lesión o peligro del bien jurídico constituye el contenido esencial del propio concepto de delito¹⁵⁸. No obstante, un peligroso sector de la doctrina (los funcionalistas), restan trascendencia a esta categoría, sustituyéndola por el concepto ambiguo de “función”. Otros denuncian su supuesta “inocuidad político criminal”, por asimilarla al concepto de “*ratio legis*” del positivismo jurídico. Y otros, desencantados por el proceso de desmaterialización y despersonalización del concepto de bien jurídico y administrativización del Derecho Penal, ante la irrupción de bienes jurídicos supraindividuales (medio ambiente, protección de consumidores y usuarios) propugnan un retorno ultraindividualista que exige, en todo caso, que la conducta afecte al individuo concreto, sin abstracciones, al individuo de “carne y hueso” según expresión de Hassemer, teórico reconocido de la Escuela de Frankfurt¹⁵⁹.

El principio del bien jurídico cumple dos funciones: explica la función instrumental del Derecho sancionador, que es un sistema protector de bienes jurídicos

¹⁵⁵ Vid. supra, apartado 3

¹⁵⁶ Vid. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTON, T.S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 315 y ss.

¹⁵⁷ Vid. SCHÜNEMANN, B., La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal En: *Revista de Derecho Penal*, 2005, nº 15, p. 127 y ss.

¹⁵⁸ STC 11/1981, de 8 abril. Ponente Díez-Picazo y Ponce de León L.; 62/1982, de 15 de octubre. Ponente Rodríguez-Piñeiro y Bravo Ferrer M.

¹⁵⁹ Vid. supra, Epígrafe 3

que circunscribe y limita a la tutela de éstos la intervención punitiva¹⁶⁰. Además, fundamenta y limita la intervención penal.

Porque prohibir por prohibir no se justifica. No se trata de establecer “deberes jurídicos” que reclamen obediencia incondicionada del ciudadano, ni ejercitar a éstos en la virtud de obediencia. Tampoco de proclamar valores éticos o morales, o sancionar la lesión de valores vinculados a meras costumbres sociales o extravagantes, ni proteger valores sociales medios frente a comportamiento rebeldes; ni imponer, desde luego, una determinada ideología¹⁶¹.

Para que el concepto de bien jurídico pueda cumplir su trascendental función “limitadora” del “*ius puniendi*” y no meramente interpretativa o sistémica, es necesario fundamentar una acepción “material” del mismo, distinguiendo “bien jurídico” y “*ratio legis*”, cosa que no hizo el positivismo jurídico¹⁶².

9.3 Principio de intervención mínima (subsidiaria y fragmentaria) del “ius puniendi”.

Los límites al “*ius puniendi*” examinados son insuficientes. Trazado su necesario sometimiento a la ley, sus obligados contornos “*nullum crimen, sine lege*”, y el objeto del mismo, al que debe preordenarse la función instrumental de protección y tutela del orden social, no se delimita satisfactoriamente el alcance de la intervención punitiva. Preferir la amenaza de la pena o medida de seguridad, es un camino más cómodo y sencillo, antes que examinar si no caben medidas más leves para el individuo, aunque sean más gravosas para el Estado¹⁶³. Como advierte, Naucke, lo importante es señalar otros límites materiales, de naturaleza político criminal, que afecten no a sus condiciones y formas de ejercicio, sino a su propio contenido y extensión¹⁶⁴. El “*nullum crimen...*” es principio irrenunciable, pero la historia ha demostrado que si el Principio de Legalidad es sumisión a la ley, también ha significado que con la Ley se puede todo, basta conquistar la mayoría parlamentaria y el BOE¹⁶⁵.

El principio de intervención mínima es un principio “político criminal”, que responde a un objetivo prioritario de las modernas Ciencias Penales y Criminológicas de nuestro tiempo: “Verificar la racionalidad y coste social del arsenal de medidas y

¹⁶⁰ Vid. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTON, T.S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 315 y ss. Subrayando que la intervención sancionadora “no es un orden meramente imperativista, regulador de voluntades individuales”.

¹⁶¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, JM., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. p. 427.

¹⁶² En este sentido, vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. p. 128 y ss.

¹⁶³ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. p. 128.

¹⁶⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II. p. 557.

¹⁶⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “*Estudios Penales*”, edit. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 120 y ss.

estrategias a disposición del Estado para prevenir la delincuencia, sometiendo a límites más rigurosos el empleo del instrumento más devastador -y no todo lo eficaz que se supone- de la pena”.

Las disciplinas empíricas han problematizado y cuestionado fines atribuidos al castigo por la Ciencia Penal clásica, al constatar de una parte, la escasa realización fáctica de funciones atribuidas al castigo (prevención del delito¹⁶⁶, rehabilitación del infractor); y de otra, su gravosidad y elevados costes sociales¹⁶⁷. En esta búsqueda de límites materiales efectivos del “*ius puniendi*”, partiendo del análisis empírico y pluridisciplinar, Prittwitz considera más eficaces como límites efectivos que los principios de subsidiariedad, proporcionalidad o culpabilidad, constataciones empíricas de relativa ineffectividad de intervención punitiva, sus elevados costes sociales, peligro de pérdida de capacidad intimidatoria del castigo por la utilización abusiva del “*ius poenale*” para abordar cualquier conflicto, necesidad funcional de que la conducta prohibida sea socialmente minoritaria, conveniencia de no interferir en la capacidad del ciudadano -y de la sociedad- para abordar y resolver sus propios conflictos¹⁶⁸.

Como apunta Stratenwerth, el futuro del “*ius poenale*” no apunta a su desaparición, ni sustitución del mismo por controles sociales menos devastadores, sino a su racionalización, a sus límites y verificación de resultados sociales de su intervención empíricamente evaluados¹⁶⁹.

9.3.1 Derecho Penal como “ultima ratio”: origen ilustrado y utilitarista de este principio. La doctrina del “contrato social”.

El principio de intervención mínima o la contemplación del “*ius poenale*” como “*ultima ratio*”, entronca también con postulados utilitaristas e ilustrados y responde coherentemente a la lógica del “contrato social”: *conseguir el mayor bienestar social con el menor coste social posible*¹⁷⁰. Dado que la intervención punitiva tiene elevados costes sociales, debe hacer acto de presencia en conflictos sociales sólo cuando sea imprescindible, toda vez que el Estado cuenta con abundantes medios y estrategias

¹⁶⁶ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*. Edita Dykinson, 2017. p. 130; SCHULMAN, D., Estrategias de prevención del delito más allá de la pena. En: *Cuadernos de criminología. Revista de criminología y ciencias forenses*, 2012, nº 17, p. 34 y ss.;

¹⁶⁷ Vid. BARATTA, A., Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de Ciencia Penal. En: *Papers: Revista de sociología* 1980, nº 14 (ejemplar dedicado a Delito y Sociedad), p. 13 y ss.

¹⁶⁸ Vid. PRITTWITZ, C., El Derecho Penal alemán ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal. En: *La Insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Editorial Comares, 2000, p. 425 y ss.; Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II, p. 559.

¹⁶⁹ Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. p. 39; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios Penales*. p. 121 y ss.

¹⁷⁰ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 121 y ss.

menos gravosos. Lo racional es seleccionar objetos, medios e instrumentos adecuados en cada caso.

El “*ius puniendi*” es la “*última ratio*”, y por ello solo cabe acudir al mismo en supuestos de estricta necesidad, para defender, exclusivamente, los bienes jurídicos más valiosos para la convivencia y el orden social. Limitado a ataques que impliquen grave riesgo de lesión o deterioro de tales bienes y solo cuando otros medios e instrumentos del Estado no ofrezcan garantías razonables de éxito¹⁷¹. Es necesario minimizar la respuesta penal, ya que por sus gravosos costes sociales es destructiva, razón por lo que requiere un plus de legitimación¹⁷².

El principio de “*ultima ratio*” goza de gran lógica y coherencia, y se afirma, que se trata de una verdadera exigencia ética dirigida al legislador. Su vulneración podría conducir a una peligrosa hipertrofia penal y al terror¹⁷³.

Políticamente, éste principio entronca con el pensamiento utilitarista e ilustrado, y la doctrina de pacto social. Según ésta, el derecho a castigar tuvo su origen en dicho convenio tácito de la humanidad. Como recordaba Beccaria¹⁷⁴, dado que el hombre solo renunció a parte de su libertad, la porción más pequeña posible, indispensable para constituir un depósito público que garantizase tranquilidad y paz social, todo castigo que exceda de tal delegación es un abuso. Toda pena que sobrepase la necesidad de mantener el estado de sociedad es injusta y contraria al contrato social. Genuina tiranía.

Las investigaciones empíricas sobre la eficacia disuasoria real del castigo y sus elevados costes sociales fundamentan, la necesidad imperiosa de restringir, lo más posible, la intervención punitiva.

9.3.2 Supuesta efectividad disuasoria de la pena y variables del complejo proceso disuasorio. Costes sociales de la intervención penal, según investigaciones empíricas y el “labeling approach”.

La mayor efectividad de instrumentos penales para prevenir la delincuencia carece de fundamento, responde a trasnochados prejuicios y coartadas defensistas. De

¹⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 20; RAMOS TAPIA, M.I., La pena como consecuencia jurídica del delito. En: *Lecciones de Derecho Penal*, p. 49 y ss. Con ello se invoca también la subsidiariedad natural de la intervención punitiva.

¹⁷² En este sentido, vid SILVA SÁNCHEZ, JM., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. p. 429.

¹⁷³ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*. p. 20 y ss.; A una “*exigencia ética*” se refiere LANDROVE DÍAZ, G., *Introducción al Derecho Penal Español*, 6ª edición revisada y puesta al día, Madrid. Editorial Tecnos, 2004. Colaboración con Fernández Rodríguez M.D., p. 25.

¹⁷⁴ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. P. 41 y ss.

ahí, el fracaso de “*modelos disuasorios*”¹⁷⁵, que creen encontrar en el “*ius puniendi*” un instrumento natural y adecuado para controlar el crimen. Piensan que es posible, a través del endurecimiento de penas, mejor dotación y efectividad del sistema legal, incrementar el rendimiento del mismo en orden a prevenir la delincuencia. Más jueces, policías, cárceles y penas más severas no significan reducción correlativa de tasas de criminalidad. Aumenta la población reclusa y no disminuye en igual proporción la delincuencia. La oscilación del índice de criminalidad no depende prioritaria ni exclusivamente de la severidad y eficacia del control social. Estos modelos disuasorios acaban renunciando a la Política Criminal en aras de una Política “penal” pura y dura, que no incide ni en las raíces últimas ni en la motivación del delito, sino tardíamente en sus manifestaciones espaciales y temporales, o en los subgrupos humanos en los que se aprecian mayores riesgos para delinquir.

Numerosos estudios empíricos han desmitificado las claves del “proceso disuasorio” asociado a la conminación Penal. Todo parece indicar que la severidad de penas no es el único ni principal de los factores decisivos de dicho proceso, sino la percepción subjetiva del infractor potencial del riesgo de ser detectada la infracción y ser detenido, su proceso y grado de socialización, la experiencia penal del mismo, el grado de apoyo informal que pueda recibir el comportamiento desviado¹⁷⁶. Concurren diversas variables que interactúan de forma no siempre previsible¹⁷⁷. Tuvo mérito el Marqués de Beccaria al mantener en 1764 que la eficacia disuasoria del castigo no depende de la severidad nominal del mismo sino de su infalibilidad (implacabilidad) y prontitud con que se imponga¹⁷⁸.

Tampoco es positiva la intervención penal, a tenor de numerosas investigaciones penitenciarias y, sobre todo, del “*labeling approach*”, si se analizan empíricamente los efectos que produce en el propio infractor y en personas inocentes de su núcleo familiar. La pena no resocializa al delincuente, lo traumatiza, no limpia sino mancha. El control penal no resuelve el problema de la desviación social, antes bien potencia ésta (desviación secundaria) y perpetúa al infractor en su nuevo rol de desviado, sugiriéndole comportamientos futuros acorde a expectativas sociales que su nuevo status genera (“*self-fulfilling-prophecy*”). La respuesta penal, en definitiva, contribuye a consolidar

¹⁷⁵ Una exposición y crítica de los denominados “modelos disuasorios”, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*. p. 534 y ss. (modelos disuasorios “clásico” y “neoclásico”).

¹⁷⁶ Vid. ALVIRA MARTÍN, F., El efecto disuasor de la pena. En: *Estudios Penales y Criminológicos*, 1982-1983, nº 7, p. 18 y ss.

¹⁷⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. p. 536 y ss.

¹⁷⁸ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*. p. 82 y ss.

patrones delictivos (“continuidad”) y limita severamente el horizonte vital del infractor, cerrándose así un fatídico “círculo vicioso”¹⁷⁹: “el delito llama al delito”¹⁸⁰.

9.3.3 Naturaleza subsidiaria del “ius puniendi” y su carácter selectivo y discriminatorio.

El principio de “intervención mínima” del “ius puniendi”, por ser la “última ratio” tiene dos manifestaciones: la naturaleza “subsidiaria” de dicha intervención y su carácter selectivo o “fragmentario”.

La naturaleza “subsidiaria” tiene fundamento político criminal y sugiere a los poderes públicos un uso parco de los gravosos instrumentos penales, porque el Estado de Derecho dispone de otros medios eficaces con menor coste social.

El “ius puniendi” no es el único sector del ordenamiento jurídico que tutela bienes jurídicos, ni el único dotado de resortes coactivos, aunque sí el que cuenta con instrumentos más drásticos. Las normas penales no siempre son idóneas, ni eficaces, pero implican mayor gravosidad y coste social. Dispone el Estado de un arsenal de medios y estrategias para prevenir la criminalidad (para realizar su función instrumental de proteger bienes jurídicos que integran el orden social) y es imprescindible valorar la estrategia concreta que pondere eficacia real (no la supuesta) del instrumento utilizado y coste social del mismo. No será racional, desde un punto de vista político criminal, ni legítimo, en términos éticos, acudir a medios de especial severidad, (penales), si es posible servirse con éxito de medios de naturaleza no penal, menos devastadores. Esta necesidad de estricta racionalidad, de jerarquizar, optimizar y seleccionar medios existentes para conseguir el más eficaz control del delito con el menor coste social se ha calificado por algún autor como exigencia de “economía social”, ya que los instrumentos penales deben ser el último recurso de una sana política social¹⁸¹.

Deberá optarse primero¹⁸² por medios de carácter no sancionatorio: adecuada política social o inteligente política de prevención. Seguirán, después, sanciones no

¹⁷⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II. p. 538.

¹⁸⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. p. 501. Sobre las llamadas “ceremonias de la degradación”, en la terminología del “labeling approach” (efecto criminógeno de la pena). Sobre la llamada “desviación secundaria” y la obra del pionero del “labeling approach” LEMERT.

¹⁸¹ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*. p. 131 y ss.; ROMERO CASABONA, CM./SÁNCHEZ LAZARO, F.G., *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. p.581; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. p. 128.

¹⁸² Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 125.

penales, civiles (la reparación del daño, repetición por enriquecimiento injusto), administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones). Sólo cuando ninguno de estos medios sea adecuado y eficaz estará legitimado el uso de la pena.

El actual Estado social tiende a invadir progresivamente nuevos ámbitos de la vida de la sociedad. Esta tendencia solo es admisible si no cabe interponer medios de protección menos lesivos que la pena o la medida de seguridad. La actual concepción del Estado permite subrayar la necesidad de reservar la pena y la medida de seguridad como último recurso entre los que se atribuyen al Estado¹⁸³.

El empleo innecesario del castigo, por causas insignificantes e infracciones de escasa trascendencia, logra el desprestigio del arma más poderosa del Estado y de todo el ordenamiento jurídico. Se perderá a los ojos de los ciudadanos su legitimidad y capacidad disuasoria, al convertirse en un mero “*riesgo social*” para una comunidad insensibilizada. “*Iure est civiliter utendum*”.

El fundamento empírico, último del principio de subsidiariedad, está en la selectividad del crimen y en la información valiosísima que aportan las investigaciones preventivistas sobre las principales variables del delito (personales, espaciales, temporales, estructurales, entre otras) que permiten combatirlo con mayor eficacia que con instrumentos penales, además, sin gravosidad ni altos costes sociales¹⁸⁴.

9.3.4 Carácter “fragmentario” o “selectivo” de la intervención penal.

El carácter “fragmentario” de la intervención penal -de la Parte Especial del CP¹⁸⁵- es postulado político criminal, derivado del principio de intervención mínima. Aunque Binding criticase la fragmentariedad de la Parte Especial del Derecho Penal alemán, acorde con su ideología conservadora¹⁸⁶, por no proporcionar protección total y homogénea a los bienes jurídicos, sino parcial, selectiva y fragmentaria. La fragmentariedad de la intervención punitiva es exigencia político criminal, ya que al

¹⁸³ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. p. 126.

¹⁸⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II. p. 564 y ss. El crimen es un fenómeno selectivo, no producto del azar o de la casualidad. Sabe escoger el momento y lugar oportunos, la víctima propicia, etc., para conseguir el mayor beneficio con el mínimo riesgo. Con una adecuada información científica sobre las variables que concurren en el escenario delictivo se puede prevenir con mayor eficacia el mismo sin necesidad de utilizar instrumentos penales. Así, se han puesto en práctica programas ecológicos; programas de área; programas comunitarios; programas de prevención situacional; programas de prevención aprovechando el diseño arquitectónico y urbanístico; programas de prevención victimal, dirigidos selectivamente a los colectivos sociales con mayor riesgo; programas para prevenir la reincidencia de la población reclusa.

¹⁸⁵ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. p. 126 y ss.

¹⁸⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II. p. 566.

Derecho Penal le corresponde solo una parte de la función general protectora del orden social que incumbe al ordenamiento jurídico. Como afirma Rodríguez Mourullo, el Derecho Penal solo debe tutelar bienes jurídicos de trascendencia y exclusivamente debe protegerlos de graves amenazas¹⁸⁷.

Asignar al Derecho Penal protección absoluta y generalizada del orden social sería propio de un Estado policial que somete a la Espada de Damocles cualquier conducta irregular. Como señala Mayer, la protección penal de un bien jurídico exige tres requisitos: que sea merecida la tutela, que sea necesaria y que pueda articularse, de acuerdo con características y condiciones reales del concreto sistema penal¹⁸⁸.

El Derecho Penal español responde a la nota de fragmentariedad. No constituyen delito cualquier incumplimiento, ni el de obligaciones derivadas de negocio mercantil, perjuicio patrimonial a tercero, a la restricción a la libertad de obrar ajena, hurto de uso con independencia del objeto sustraído, defraudación fiscal con abstracción hecha de su cuantía, ni toda infracción imprudente¹⁸⁹.

9.4 Principio de culpabilidad o “responsabilidad subjetiva”.

9.4.1 Diversas acepciones del principio de “culpabilidad”.

Según la acepción procesal y constitucionalista, el concepto de culpabilidad se contrapone al de “inocencia”. En la dogmática penal recibe básicamente dos acepciones: causalista y finalista. La primera lo interpreta como sinónimo de responsabilidad subjetiva, todo delito reclama la actuación dolosa, o al menos negligente, tal y como reza el art. 5 del CP. Para la doctrina causal, la consecuencia es la impunidad del caso fortuito. Para los finalistas, equivale a reprochabilidad o posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor. Excluye supuestos de inimputabilidad (minoría de edad, enfermedad mental)¹⁹⁰. Suele distinguirse, entre concepto estricto (dogmático) de culpabilidad y acepción “lata”, político criminal, que subraya la función limitadora del “*ius puniendi*” de esta categoría. En la doctrina penal española, Gimbernat y Díez Ripollés mantienen tesis contrapuestas respecto al fundamento del concepto de culpabilidad. Gimbernat se muestra partidario de sustituir el concepto tradicional de culpabilidad por la idea de “motivabilidad normal”¹⁹¹. Por el contrario, Díez Ripollés, mantiene que el fundamento de culpabilidad es una profunda convicción ética que, sin

¹⁸⁷ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*. p. 19.

¹⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*. p. 19 y ss.

¹⁸⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. p. 393.

¹⁹⁰ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 56.

¹⁹¹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*. 3ª edición. Madrid. Edita Tecnos, 1990 p. 175 y ss. Esta noción puede operar, a criterio de este autor, también como límite eficaz del “*ius puniendi*”.

embargo, contaría con escaso respaldo ontológico, desde un punto de vista teórico como metodológico¹⁹².

9.4.2 Cuestionada utilidad del concepto de culpabilidad: aportación perenne del principio de culpabilidad.

Tiene tanta importancia que ha sido establecida como un principio fundamental del Derecho Penal, que debe inspirar la exigencia de responsabilidad criminal y la legislación penal¹⁹³. No obstante, en los últimos lustros se ha convertido en una noción imprecisa, meramente metafísica, superflua e incluso nociva.

Significativa es, la opinión de Quintero Olivares¹⁹⁴ quien después de rechazar abiertamente el concepto dogmático de culpabilidad, basado en el libre albedrío, entiende que de sus logros históricos y garantías no se puede prescindir (que no se castigue el caso fortuito, castigar menos el delito culposos que el doloso).

9.4.3 Artículo 5º del Código Penal: figuras y técnicas incompatibles con el principio de responsabilidad subjetiva.

Entiendo, el concepto de “culpabilidad” como sinónimo de “responsabilidad subjetiva”, acepción que sigue el artículo 5 del CP “no hay pena sin dolo o imprudencia”.

A tenor de este concepto de “responsabilidad subjetiva”, nadie puede ser castigado sino por consecuencias “queridas” (dolosos) o previsibles (culposos) de sus propios actos, lo que excluye lógicamente el “caso fortuito”.

El principio de responsabilidad subjetiva es, desde un punto de vista histórico, exigencia ejemplar del Derecho Penal culpabilístico.

El Derecho Penal “germánico” partía del principio opuesto, de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado. Es decir, la causación del resultado dañoso fundamentaba, por sí solo, la responsabilidad, aunque el sujeto no hubiese pretendido (dolo) lesionar el bien jurídico, ni la lesión se pudiese imputar a un comportamiento negligente del autor.

¹⁹² Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid. Edita Trotta. 2003, p. 153. El principio de culpabilidad descansa en una profunda convicción ética en la que el ser humano posee en condiciones normales un significativo margen de libertad para adoptar decisiones. Y sobre tal autocomprensión, dice el autor, se han edificado las modernas sociedades democráticas, profundizando el ejercicio de las libertades individuales y el aseguramiento de las condiciones sociales que las hacen posible. La mencionada convicción ética fundamentaría la responsabilidad del ciudadano por las consecuencias de su actuar.

¹⁹³ Vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTON, TS., *Derecho Penal. Parte General*, p. 549.

¹⁹⁴ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, Parte General*. p. 389 y ss.

Cierra el paso, este principio, a la técnica procedente del Derecho Canónico “*versari in re illicita*”, a tenor de la cual quien realiza un acto ilícito debe responder de todas las consecuencias derivadas del mismo, aunque no fueran causadas dolosamente, ni previsibles ni evitables, incluso si fueron por accidente o caso fortuito.

El principio de “responsabilidad subjetiva” veta la técnica rechazable de “*cualificación por el resultado*”, que fundamenta la responsabilidad criminal por el resultado más grave, aunque no medie dolo ni culpa. Característico era el art. 501.1º CP de 1973 (robo con homicidio) imputaba el homicidio al autor del robo con la posibilidad de que el homicidio “resultase” consecuencia del robo (conexión causal, no culpabilística)¹⁹⁵. El principio de responsabilidad subjetiva entronca, con la función del Derecho Penal.¹⁹⁶

9.5 Principio de proporcionalidad.

Este principio constituye límite fundamental del *ius puniendi* como consecuencia del Estado democrático de Derecho¹⁹⁷. Exige una relación de adecuación entre delito y pena, entre la gravedad de la pena y la trascendencia que para la Sociedad tienen los hechos que se le asignan¹⁹⁸. A pesar de la incuestionable evidencia de este principio, que se acomoda a exigencias de elemental racionalidad, de justicia y de prevención, no existe consenso doctrinal en el momento de delimitar los criterios que permitan aquilatar el concepto de proporción. Ni siquiera, precisar quiénes son sus destinatarios (legislador, juez o ambos).

9.5.1 Origen histórico y fundamento de este principio en el movimiento constitucional.

El origen se remonta al art. 12 de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, de 22 agosto de 1795, “*La Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito*”.

¹⁹⁵ El principio de “culpabilidad” no se recoge, explícitamente, en la Ley de Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas, como límite al poder sancionador de la Administración. No obstante, el Tribunal Constitucional ha declarado en reiterada jurisprudencia que es exigencia común a cualquier manifestación de Derecho sancionatorio.

¹⁹⁶ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 153. Si la función del Derecho Penal consiste en proteger bienes jurídicos fundamentales del orden social mediante un mensaje disuasorio (la conminación penal), incriminar la mera causación de un resultado, aunque éste no fuese querido (dolo), previsible y evitable, sería inútil e ineficaz. El castigo pierde toda su justificación y legitimidad, deviene arbitrario y disfuncional si no depende en absoluto de la voluntad del autor.

¹⁹⁷ Vid. MARTOS NUÑEZ, J.A., Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho, En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 1991, nº 1. Universidad de Educación a Distancia, Madrid. Facultad de Derecho. p. 269.

¹⁹⁸ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. p. 159 y ss.

Suele plasmarse en la mayoría de Constituciones de países de nuestro entorno, aunque no se reconoce, de forma explícita, en la Constitución española de 1978, aunque sí en la Ley de Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas de 1 de octubre 2015. Lo que suaviza notablemente la preocupante situación del poder sancionatorio de la Administración.

La opinión doctrinal mayoritaria fundamenta este principio en el art. 1 CE, no sólo porque proclama el Estado de Derecho, sino porque declara la libertad como valor superior del Ordenamiento Jurídico. También puede deducirse de los artículos 15, 17.2, 17.4 y 55.2 de la citada Ley Fundamental¹⁹⁹, ya que solo una pena proporcionada respeta la dignidad de la persona, además, no se puede imponer de acuerdo a este principio una pena más allá de la estrictamente necesaria²⁰⁰. El Tribunal Constitucional ha vinculado este principio al de Legalidad Penal consagrado en el art. 25 CE. (STC 136/1999)²⁰¹. La Sentencia del Alto Tribunal, de 20 julio de 1999, refiere la idea de proporcionalidad al propio principio de legalidad²⁰².

En caso de desproporción de penas, se puede fundamentar una cuestión de inconstitucionalidad o en todo caso, un recurso de amparo, cuando ésta sea desproporcionada por excesiva o por carecer de adecuada ponderación, pues la comisión del delito no ha de implicar la pérdida de la dignidad humana y menos en un Estado Social y Democrático de Derecho²⁰³.

Es garantía jurídica fundamental en el orden procesal penal y se exige que la aplicación de cualquier consecuencia jurídica respete varias exigencias, en relación con dicho principio: a) *adecuación a un fin*; b) *Necesidad o intervención mínima*; c) *Proporcionalidad en sentido estricto*²⁰⁴.

El principio de proporcionalidad informa instituciones de naturaleza penal y procesal penal como la extradición, violandose el artículo 3 del Convenio Europeo para

¹⁹⁹ Vid. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTON, T.S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 81 y ss.

²⁰⁰ En este sentido, vid. RAMOS TAPIA, M.I., La pena como consecuencia jurídica del delito En: *Lecciones de Derecho Penal*. p. 54; COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTON, T.S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 82 y ss.

²⁰¹ Vid. RAMOS TAPIA, M.I., La pena como consecuencia jurídica del delito. En: *Lecciones de Derecho Penal*. p. 54.

²⁰² El TC ha declarado que la hipotética vulneración de este principio carece en nuestro ordenamiento constitucional de un canon autónomo de constitucionalidad, de modo, que no puede invocarse ante el TC de manera autónoma e independiente

²⁰³ De esta opinión, ZUGALDIA ESPINAR, J.M/MORENO-TORRES HERRERA, M.R./PÉREZ ALONSO, E.J., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Valencia. Edita Tirant lo Blanch.2010, p. 201 y ss.

²⁰⁴ Vid. MARTOS NUÑEZ, J.A., *Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho*. p. 273 y ss. La pena no es retribución sino adecuación a uno o varios fines que la justifican. La exigencia de necesidad se basa en el principio de intervención mínima. La exigencia de proporcionalidad ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coercitiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal.

la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en caso de incumplimiento de dicho principio.

Ha de tenerse en cuenta, el citado principio de proporcionalidad, en la aplicación de determinadas medidas cautelares personales (prisión provisional), por cuanto la proporción entre la medida a adoptar y el hecho cometido debe encontrarse en rigurosa proporcionalidad, al ser una medida excesivamente gravosa que limita la libertad, con el hecho cometido y el bien jurídico que se trata de proteger²⁰⁵.

9.5.2 Reconocimiento expreso en el vigente Código Penal y en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 39/2015 de 1 de octubre

El Código Penal de 1995 contiene dos previsiones que guardan relación directa con el requisito de la proporcionalidad: a) El art. 4.3º dispone: *“el Juez o Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”*; b) El art.6.2 referido a medidas de seguridad, advierte que éstas *“no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”*.

Sin embargo determinar la proporcionalidad de las penas en relación con los delitos es algo especialmente complejo. No existen criterios para medir la proporcionalidad de las penas cuando se fijan en el Código Penal²⁰⁶.

La Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Ley 39/2015 de 1 de octubre, deroga la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y proclama explícitamente la exigencia de proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción administrativa impuesta, en el art. 129.3: *“En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”*. Lo que sin duda, ha sido un acierto por parte del legislador español, dadas las cuantías que pueden alcanzar determinadas sanciones administrativas.

²⁰⁵ Vid. MARTOS NUÑEZ, J.A., *Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho*. p. 269.

²⁰⁶ Vid. SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MÁILLO, M.I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*. Madrid. Editorial Dykinson. 2016, p. 55.

Anteriormente, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, no proclamaba explícitamente la exigencia de proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción administrativa impuesta.

9.5.3 Alcance del mandato de proporcionalidad: la gravedad del hecho, la responsabilidad del autor y la finalidad de la norma.

El mandato de proporcionalidad implica, un juicio lógico que pondera, valorativamente, la gravedad del hecho antijurídico y de la sanción legal²⁰⁷. Un sector de la doctrina considera que la proporcionalidad de la pena ha de referirse, no solo al injusto, a la gravedad de la infracción cometida sino también a la mayor o menor reprochabilidad del autor²⁰⁸. Este segundo criterio amplía los márgenes de exigencia de la proporcionalidad ya que habría que ponderar la gravedad “intrínseca” del hecho cometido, y también la gravedad “extrínseca” de aquel, es decir, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social²⁰⁹. Más aún, el TC español ha declarado que el juicio de proporcionalidad no ha de atenerse exclusivamente a la gravedad de la infracción, siguiendo esquemas retributivos simplificadores, sino también a la finalidad de la tutela, a fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión²¹⁰. Dicho de otro modo, a la “finalidad de la norma”, criterio este último que prevalecería sobre el de la gravedad del injusto si en el caso concreto las respectivas exigencias de uno y otro criterio fuesen antagónicas²¹¹.

9.5.4 Destinatario de exigencia de proporcionalidad: legislador, juez, o ambos.

Se discute, si el mandato de proporcionalidad se dirige exclusivamente al Legislador, o también al Juez o Tribunal.

Para Silva Sánchez²¹² este principio rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplando éste en su significación global. Manteniendo, que la exigencia de proporcionalidad vincula tanto al legislador como al juez, se ha pronunciado un

²⁰⁷ En este sentido, vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 158 y ss.

²⁰⁸ Por todos, vid. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, p. 81 y ss.

²⁰⁹ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p. 85 y ss.

²¹⁰ STC 136/1999, de 20 de julio. Ponente Viver Pi-Sunyer C.

²¹¹ Vid. COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, p. 82 y ss.

²¹² Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. p. 414 y ss.

Pleno no jurisdiccional de la Sala 2º del Tribunal Supremo, apelando al artículo 1º CE²¹³.

De hecho, STC 19/1988 de 16 febrero, admite en principio la relevancia del mandato de proporcionalidad en la fase de individualización judicial de la pena, reconociendo la posibilidad de recurrir en amparo, bien en los casos concretos en que la pena resulta desorbitada, bien cuando no resista un juicio de adecuada ponderación²¹⁴.

Con buen criterio, Cuello Contreras²¹⁵, advierte que el principio de proporcionalidad, por su manifiesta indefinición, no puede inclinar la balanza en uno u otro sentido para resolver problemas dogmáticos que dividen a la doctrina. Así, la admisibilidad o no de los delitos de peligro abstracto; o la tentativa inidónea; opción a favor de una u otra teoría sobre los fines de la pena²¹⁶.

9.5.5 Proporcionalidad, retribución y prevención.

El principio de “proporcionalidad” está dotado de una solidez incuestionable y sirve tanto a exigencias de “retribución” como de “prevención”. De retribución, porque responde a una idea de justicia inmanente al Derecho. De prevención, porque no hay castigo más eficaz que aquel que se percibe como justo y merecido²¹⁷ por el infractor y por la comunidad, mientras una pena desproporcionada desacredita a todo el sistema, convierte al infractor en víctima y llega a producir efectos criminógenos²¹⁸.

²¹³ Pleno de 24 noviembre de 1997.

²¹⁴ Vid. RAMOS TAPIA, M.I., *La pena como consecuencia jurídica del delito*. p. 55. El Tribunal Constitucional parece a favor de apreciar el mandato de proporcionalidad, con cautela, sólo en caso de recurso de inconstitucionalidad, por entender que es un mandato dirigido prioritariamente al legislador que, por el principio de legitimidad democrática, cuenta con amplios márgenes de libertad para establecer la pena adecuada (S.T.C. 55/96, 161/97). A los jueces les corresponde exclusivamente aplicar las leyes, no pronunciarse sobre las decisiones del legislador. Y partiendo del margen abstracto que dichas leyes señalan, el juez solo puede aplicar la extensión de la pena, entre un máximo y un mínimo, de acuerdo con el sistema rígido de “aritmética penal” del art. 66 CP.

²¹⁵ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 119 y ss.

²¹⁶ Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, J.L., El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, nº. 11. Universidad nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid, p. 119 y ss.

²¹⁷ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 28. La pena ajustada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor es, también, la más eficaz desde el punto de vista preventivo.

²¹⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 242. La pena injusta o desproporcionada aterroriza no intimida, desacredita al sistema mismo y puede producir incluso efectos criminógenos. La historia ha demostrado los riesgos de un castigo estrictamente intimidatorio, que entroniza el terror penal, mediatiza al penado en aras de fines prevencionistas y esgrime la pena pública. En palabras de HEGEL, “como el amo que levanta el bastón contra el perro”.

Ya en 1764, Beccaria expresó brillantemente, que la eficacia de la pena²¹⁹ no depende de su mayor o menor severidad nominal, sino de su “infalibilidad” y “prontitud” con que se imponga. Por ello, el autor optaba por una pena “cierta”, “pronta”, “necesaria” y “proporcionada” al delito²²⁰.

9.5.6 Vulneraciones del mandato de proporcionalidad en el Código Penal de 1973 y en el vigente

La exigencia de proporcionalidad se ha vulnerado en el Código Penal de 1973 y en el CP vigente, aunque en este último en menor grado.

En CP de 1973 el delito de violación se castigaba con pena de reclusión menor, equiparable a la del homicidio doloso. El delito de malversación de efectos públicos autorizaba la imposición de penas superiores a dieciséis años.

El CP vigente contiene, preceptos que parecen vulnerar exigencias de proporcionalidad. Así, en delitos contra la salud pública, (art. 370, en relación con art. 369) contempla penas desorbitadas. En delito de pertenencia o colaboración con grupos terroristas, (art. 572.3º) prevé la pena del homicidio doloso, cuando los autores causaren “cualquier otra lesión” o “detuvieran ilegalmente, amenazaren o coaccionaren a una persona”.

Una ponderación realista del mandato de proporcionalidad ha de tener presente, que el CP vigente ha suprimido el efecto beneficioso de redención de penas por trabajo (art. 100 CP de 1973).

Mención especial merece la STC 136/1999, de 20 de julio, acordada por mayoría y tres votos particulares, que declaró contrario a la Ley Fundamental, el art. 174 bis a) del Código Penal de 1973, precepto que había aplicado la sentencia de 29 noviembre de 1997 a los miembros de la llamada Mesa Nacional de Herri Batasuna²²¹.

²¹⁹ Vid. MILEI, L.F.J., Las penas desde la óptica beccariana. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2013, nº 2. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. p. 265 y ss.

²²⁰ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*. p.146, capítulo 47.

²²¹ La singularidad del mencionado fallo estriba en que el TC no declara inconstitucional la sentencia del Tribunal Supremo sino la del precepto legal que aplica, art. 174 bis a). El Alto Tribunal argumenta que la “omnicomprensividad” del art. 174 bis a) que abarca todo tipo de colaboración con banda terrorista y la rigidez de su marco penológico, cuyo mínimo es muy severo para supuestos menos graves como el de autos, puede producir un efecto de desaliento que inhiba el ejercicio de la participación política. Los votos particulares argumentaron que el supuesto ya se contempló negativamente en fallos anteriores, estaba resuelto. El recurso no invocaba la supuesta desproporción punitiva del artículo 174 bis a) y la doctrina de esta sentencia podría tener un pernicioso efecto expansivo en el futuro.

9.6 El principio de humanidad o de salvaguarda de la dignidad humana.

El principio de humanidad o salvaguarda de dignidad humana es bandera de la evolución del Derecho Penal europeo desde la Ilustración, con sus luces y sus sombras, como sucede en nuestros días con la llamada “Contrailustración”. Sobre todo, es -o debe ser- límite material del “*ius puniendi*”, límite político criminal de Derecho sancionador²²².

9.6.1 Su triple dimensión: sustantiva, penitenciaria y procesal.

El principio de humanidad tiene triple dimensión: se refiere al Derecho Sustantivo (veda ciertas penas); al penitenciario (incide en la forma de cumplimiento y ejecución de éstas); y al procesal (el proceso penal y sus garantías, prohibiendo por ejemplo la tortura como forma de búsqueda de la verdad y confesión del infractor).²²³ La finalidad “*reeducadora*” o “*resocializadora*”, a la que ha de orientarse el proceso de ejecución de sanciones privativas de libertad, pertenece a la segunda de las dimensiones citadas (la penitenciaria).

Efectivamente, el Derecho Penal no es Derecho “asistencial” sino “retributivo”, no puede prescindir de resortes aflictivos para el individuo. Pero en el marco de la función que por su propia naturaleza le corresponde, el principio de humanidad o salvaguarda de la dignidad humana debe trazar límites infranqueables de su actuación²²⁴.

Históricamente este principio ha marcado el sendero de la progresiva racionalización del “*ius puniendi*”.

9.6.2 Su origen en el pensamiento ilustrado. Cesare Beccaria.

Tiene como antecedente próximo el pensamiento ilustrado, que criticó severamente el rigor y desproporción de penas del Viejo Régimen y el empleo sistemático de la tortura. Ejemplo crítico es la obra de Beccaria, publicada bajo seudónimo en 1764, que representa “el manifiesto de dirección liberal en Derecho Penal, su grito de guerra y su programa táctico” según expresión de Radzinowicz²²⁵.

²²² Vid. CUESTA ARZAMENDI, J.L., La actualidad del principio de humanidad en Derecho Penal y en la Política Criminal. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2014, nº 5. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. 2014, p. 3 y ss.

²²³ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 133.

²²⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II. p. 588 y ss.

²²⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. II. p. 603.

Beccaria consideró las leyes penales y procesales del siglo XVIII residuos anacrónicos y preceptos históricos obsoletos y se refirió a la oscuridad de las leyes gráficamente: *”Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo la interpretación y aún lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cual será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado”*²²⁶.

La obra de Beccaria contiene severas críticas a: la desigualdad del ciudadano ante la ley, pena de muerte y confiscación, empleo del tormento, y aporta valiosas reflexiones sobre prisión provisional, sistema de pruebas, jurado, publicidad de juicios²²⁷. Con este discurso crítico, racionalista y utilitario coinciden también Feuerbach, en Alemania y Manuel de Lardizábal, si bien con ciertos matices diferenciales muy relevantes en este último, por la singular situación de la España de la época.

Este giro racionalista y humanitario permitió el tránsito de un sistema penal basado en tortura, desigualdad de ciudadanos ante la ley, pena capital²²⁸ y penas corporales difamantes a otro basado en penas privativas de libertad. La progresiva supresión de penas corporales y mutilatorias, abolición del tormento y lenta pero irreversible supresión de la pena de muerte²²⁹ son hitos importantes de esta evolución²³⁰.

9.6.3 Su consagración en la Constitución española de 1978.

En la España constitucional de 1978, este nuevo rumbo se ha consolidado, aunque con sombras en el ámbito de la criminalidad “expresiva” (por ejemplo, narcotráfico, terrorismo, violencia de género), inevitablemente asociada a un excepcional derecho penal simbólico de extremado rigor y quiebra de principios fundamentales de intervención penal.

²²⁶ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, p. 21.

²²⁷ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. p. 91 y ss., 98 y ss., 108 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. II. p. 606.

²²⁸ Vid. RADBRUCH, G., El final de la pena de muerte. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, nº 1. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. p. 254 y ss.

²²⁹ Vid. SERRANO MAÍLLO, A., Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista: Un test de la teoría de los sentimientos de inseguridad. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015. RECPC, nº 15. p. 2 y ss.

²³⁰ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. p. 133 y ss.

En este proceso de humanización del Derecho Penal se inscribe la supresión, no total y sin reservas, de la pena de muerte²³¹, los sustitutivos penales de penas privativas de libertad de corta duración, el establecimiento de límites máximos de cumplimiento efectivo de prisión²³² (art. 76.1º 20 años), salvo supuestos excepcionales del art. 76.1 a) b) c) y d), el último autoriza el cumplimiento efectivo de prisión de hasta 40 años; las tendencias despenalizadoras y los beneficios penitenciarios de sistemas progresivos.

9.6.4 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

El problema del principio de humanidad reside en la inexistencia de consenso en cuanto a su contenido, a concretas penas que deben reputarse inhumanas y a normas penitenciarias relativas al cumplimiento y ejecución de penas de prisión por importantes diferencias culturales.

El principio de humanidad o salvaguarda de la dignidad humana se consagra en art. 15 CE (*“nadie puede ser sometido a penas inhumanas o degradantes”*). El art. 25.2 de la Ley Fundamental declara que las penas *“no podrán consistir en trabajos forzados”*.

La STC de 22 mayo de 1986, ha matizado cuándo una pena ha de reputarse inhumana o degradante, declarando que tal calificación depende de la ejecución de penas y modalidades que revista. De manera que por su propia naturaleza la pena no suponga sufrimientos de especial intensidad (penas inhumanas) o provoque humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de condena.

9.6.5 Evolución de los sistemas penales europeos: el modelo alemán.

Aunque la evolución de los sistemas penales europeos no es lineal, ni homogénea, la del alemán resulta significativa. En 1882, el 76,8% de las condenas dictadas implicaban privación efectiva de libertad y el 22% consistían en sanciones pecuniarias. Sin embargo, en 1990, la privación de libertad representaba solo el 5,3% de las condenas impuestas, mientras la pena de multa alcanza el 83,3% de las mismas. Además, en 1990 se archivaron 490.000 causas (46% de los procedimientos), bien por tratarse de infracciones de escasa importancia, bien por aplicación del régimen

²³¹ El art. 15 Constitución española de 1978, declara abolida la pena de muerte *“salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*. A esta línea de reforma se debe la reforma penal que entró en vigor en junio de 2015, al introducir la *“prisión permanente revisable”*.

²³² Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, nº 10. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. págs. 65 y ss.; SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*. p. 52 y ss.

condicional. No obstante, el optimismo de este ejemplo, es forzoso reconocer que el caso alemán no es representativo, ni tan siquiera en la escala europea²³³.

9.6.6 Tendencias del sistema español.

El sistema español parece orientarse a respuestas de un progresivo rigor y endurecimiento, no muy distintas, por cierto, al de otros países de nuestro entorno.

En el ámbito estrictamente *ius* positivo, la LO 7/2003, de 30 de junio, de “medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” marca un hito en dicha evolución. Así, en su artículo 76.1.d), permite cumplir como máximo de prisión hasta ochenta años, por ejemplo, si el sujeto ha sido “condenado por dos o más delitos de terrorismo... y alguno de ellos esté castigado por Ley con pena de prisión superior a veinte años”. En su art. 78.1 dispone que el cómputo de beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y cómputo de tiempo para libertad condicional, se refieren “a la totalidad de penas impuestas en sentencias” verdadero precedente, en buena medida, de la “Doctrina Parot”.

Por otra parte, la reforma del CP, (en vigor desde junio de 2015) introduce la llamada “pena de prisión permanente” revisable, pena de difícil justificación, que se impondrá “únicamente en supuestos de excepcional gravedad” (homicidio del Jefe del Estado, genocidio, delitos contra la humanidad), si bien no son éstos precisamente los casos que movilizaron a la opinión pública española, reclamando un endurecimiento punitivo (Preámbulo de la Ley, II).

Asistimos a una verdadera “Contrailustración”, como se ha razonado. Nuestro Derecho Penal se aproxima día a día a notas del derecho penal simbólico; derecho que entroniza rigor punitivo y excepciona axiomas y reglas de imputación tradicionales del garantismo clásico (como proporcionalidad, culpabilidad).

La llamada “administrativización” del Derecho Penal, ha convertido al Derecho Penal en un derecho de “gestión de riesgos”, que amplía su intervención en perjuicio de principios de subsidiariedad y “ultima ratio” que han caracterizado políticas criminales modernas. Del Derecho Penal “mínimo y garantista” se ha pasado al Derecho Penal “máximo y disuasorio”, en todos los ámbitos de las relaciones sociales.

Se ha afirmado, que siendo la “seguridad” pretensión básica del nuevo Derecho Penal -y un concepto simbólico- no puede extrañar que los poderes públicos utilicen el “discurso penal” como “instrumento de comunicación social”. Que el actual Derecho Penal no sea “mínimo”, ni “garantista” sino “actuarial”, “gerencial” y “tecnocrático” que se limita a administrar el problema del crimen con criterios de “efectividad”, de

²³³ Vid. ROXIN, C., El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo. En: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima. Edita Idemsa, 1998. Traducido por Abanto Vásquez, p. 437 y ss.

“*management*” empresariales, eludiendo toda reflexión moral e ideológica ajenas al sistema. Un Derecho Penal, como afirma Swaaningen, que predica como discurso teórico un rigor penal simbólico de mano dura, si bien luego practica un puro y llano gerencialismo administrativo basado en la eficiencia²³⁴.

Se trata, en definitiva, de un modelo hermanado con el denominado por algunos “*modelo de seguridad ciudadana*” (Díez Ripollés) que paradójicamente coexiste con fórmulas privatizadoras regresivas con vocación de sustituir la intervención del sistema en los conflictos²³⁵. En este nuevo escenario, el incremento arrollador de la seguridad privada -en detrimento de la seguridad pública- merecerá una detenida, pero urgente reflexión.

Es importante señalar la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, nacida, como indica su Exposición de Motivos con el propósito de dar tratamiento total y sistemático a la seguridad privada en su conjunto; reconoce un papel auxiliar y colaborador con Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, prevaleciendo la pública sobre la seguridad privada; contemplada por Ley como complementaria del monopolio de seguridad que corresponde al Estado, subordinada a la Seguridad Pública, colaboradora de ésta, toda vez que los prestadores de servicios de Seguridad Privada colaboran en todo momento y lugar con Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 8.2º); y controlada por Seguridad Pública. La Ley de Seguridad Ciudadana, no deja de ser una manifestación más de la *vis expansiva* y administrativización del Derecho Penal²³⁶

²³⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 31 y ss.

²³⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. p. 688 y ss. (refiriéndose al modelo de la seguridad ciudadana criticado por Díez Ripollés).

²³⁶ Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J., Prevención y seguridad ciudadana. La recepción en España de las teorías criminológicas de la prevención situacional. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2013, nº 9, Universidad Nacional de Educación a distancia. Facultad de Derecho. Madrid. p. 267 y ss.

COROLARIO

CAPÍTULO I

1.- El poder sancionador o punitivo del Estado es un poder preordenado a la defensa del orden social y sometido a límites.

2.- La función del poder punitivo del Estado se legitima por cuanto tutela los bienes, intereses y valores indispensables para la convivencia humana. Cumple una función instrumental, protectora de “bienes jurídicos”.

3.- Aunque todo orden social cuenta con mecanismos de autodefensa, la intervención coactiva del Estado es imprescindible. Las doctrinas utópicas, radicales y marxistas que propugnan la progresiva desaparición del Derecho punitivo carecen de fundamento, como la experiencia histórica demuestra.

4.- La dogmática penal acude al concepto de “*bien jurídico*”, para referirse a valores e intereses fundamentales del orden social. Este concepto se halla en crisis por diversos contenidos y funciones que las diferentes Escuelas han asignado al mismo (Positivismo Jurídico, Escuela alemana de Política Criminal, Doctrinas Sistémicas, Orientaciones Ultraindividualistas de la Escuela de Frankfurt).

El concepto de “*bien jurídico*” debe distinguirse de la noción de “*ratio legis*” del positivismo para que no se limite a cumplir una función puramente interpretativa (teleológica).

5.- El proceso de administrativización del Derecho Penal, explicable por la irrupción de nuevos bienes jurídicos supraindividuales, ha convertido el Derecho Penal en un Derecho “gestor de riesgos sociales” que frustra su genuina autonomía y subsidiariedad.

6.- Según opiniones doctrinales minoritarias, la intervención penal cumple objetivos “*ético-sociales*”, “*simbólicos*” o incluso “*promocionales*”.

Ciertamente el Derecho Penal puede cumplir, también, estas funciones, pero de modo secundario. Solo la función instrumental protectora de bienes jurídicos legitima el castigo.

7.- La función “*ético-social*” se propugna por el filósofo y penalista alemán Welzel, para quien la pena debe proteger valores fundamentales de la ética social y solo a través de estos últimos, de forma mediata, proteger bienes jurídicos. Así, se elevan los estándares ético-sociales de la comunidad, haciendo que el ciudadano obedezca las

normas en conciencia, por responsabilidad, y no por miedo al castigo como hace el Derecho Penal Clásico, que realiza una función cuasi represiva y policial, pero ineficaz a medio plazo, en orden a la tutela eficaz de bienes jurídicos.

8.- La función “*simbólica*” pretende que el Derecho Penal recabe el consenso social, en lugar de tutelar valores que lo integran. El castigo persigue lanzar un mensaje de tranquilidad al ciudadano que respeta las leyes y de apoyo a los poderes públicos mediante sanciones de extremado rigor, especialmente en momentos de crisis y con relación a la delincuencia que suscita mayor alarma social (terrorismo, narcotráfico, violencia de género). Esto da lugar a un Derecho Penal excepcional, que deroga principios liberales que rigen su intervención (proporcionalidad, culpabilidad) y el desarrollo del proceso penal.

9.- Para los partidarios de la “*función promocional*” del Derecho Penal, éste ha de contribuir activamente a la dinámica y cambio social, como motor del mismo, despierta la sensibilidad social sobre nuevos valores y bienes necesitados de protección penal, en lugar de esperar que exista consenso social para tutelar bienes y valores que lo integran, como hace de forma muy conservadora la función protectora de bienes jurídicos. El Derecho Penal debe ser locomotora de dinámica y cambio social, no su “vagón de cola”.

10.- Otras doctrinas niegan que la intervención penal se oriente a la defensa efectiva de valores fundamentales del orden social y la convivencia.

El marxismo considera que el sistema legal y sus operadores jurídicos son “administradores” de la criminalidad, que reclutan a “desviados” de las clases sociales oprimidas y no son defensores de supuestos intereses generales.

El “*labeling approach*”, como teoría de la criminalización mantiene un concepto “definitorio” de delito, al que considera mera etiqueta que el sistema coloca al desviado sin importar lo que hizo ni sus merecimientos objetivos, sino los intereses de quienes le criminalizan (función constitutiva del control social formal).

11.- El poder sancionador del Estado es un poder sometido a límites, cuestión de gran trascendencia en el Estado social intervencionista de nuestro tiempo, que no se conforma con actuar como árbitro neutro del proceso social, sino que está llamado a desempeñar un papel activo como gestor del mismo.

12.- Los límites “formales” del “*ius puniendi*” inciden en sus condiciones y formas de ejercicio, no en el contenido del mismo.

El pleno sometimiento de todos a la ley, o Principio de Legalidad como límite formal de la intervención punitiva, no aporta garantía absoluta al ciudadano. Porque, sí

basta con el sometimiento de todos a la ley, también puede bastar con la conquista de la mayoría parlamentaria y del Boletín Oficial del Estado para cometer toda suerte de abusos.

13.- El “*nullum crimen*” es respuesta contra la arbitrariedad y el “*ius incertum*” del Viejo Régimen. Su objetivo primordial es el *desideratum* de seguridad jurídica. Descansa en tres pilares ideológicos: supremacía de ley, como expresión de la voluntad popular, principio del contrato social y doctrina de división de poderes.

14.- Manifestaciones paradigmáticas del “*nullum crimen*” son en el campo de las fuentes del Derecho los axiomas: “*lex praevia*”, “*lex certa*”, “*lex scripta*” y “*lex stricta*” (fuentes del Derecho y teoría de la interpretación). Y en las garantías del ciudadano frente a los poderes públicos, garantía “*criminal*”, “*penal*”, “*jurisdiccional*” y de “*ejecución*”.

15.- La llamada “Doctrina Parot” se proclama en la sentencia del TS 197/2006, de 28 de febrero que fue anulada por ser contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal de Estrasburgo, en sentencia de 10 julio de 2012.

Establece, con buen criterio, que los beneficios penitenciarios han de computarse de la pena o penas totales impuestas y no del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión (30 años en CP de 1973, 20 años en el vigente). Hasta la sentencia 197/2006 el TS había mantenido siempre la tesis contraria. Esto supuso, para la recurrente ante el Tribunal de Estrasburgo, un retraso de 9 años en su excarcelación. El Tribunal Europeo tradicionalmente había distinguido entre “*pena*” y “*régimen de ejecución de ésta*”; este último, discrecional de cada país. En esta ocasión no lo ha hecho.

La ejecución de la sentencia por la Audiencia Nacional, indiscriminada y precipitada, ha sido objeto y con razón de numerosas críticas.

16.- El mandato de taxatividad o determinación, es un “*desideratum*”. Lo deseable sería una definición completa y exhaustiva de presupuestos y consecuencias de la incriminación penal desde el momento normativo. Pero tiene escasa vigencia fáctica, especialmente en ciertos supuestos controvertidos como son: cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, tipos penales abiertos, elementos normativos o valorativos, técnicas de reenvío a preceptos administrativos reglamentarios (leyes penales en blanco), comisión por omisión e incluso la imprudencia.

17.- Se plantea por algunos autores el alcance y consecuencias de la actual crisis del Principio de Legalidad (del mandato de determinación), pero lo único que está en crisis es el ideal ilustrado utópico de sumisión absoluta del “*ius puniendi*” a la voluntad objetivada en la ley.

Las críticas de mayor fundamento proceden de la moderna Hermenéutica (Müller), quien frente a la teoría clásica de interpretación, que veía en ésta una operación de lógica formal de subsunción del supuesto de hecho en la norma, destaca el complejo y dinámico proceso de concreción del mandato normativo abstracto a la realidad social y el “*poder normativo de lo fáctico*”. En definitiva, la importancia de la “premisa fáctica” y la prevalencia del “ámbito de la norma” sobre su “programa”.

Otros autores desarrollaron estos conceptos y los trasladaron al ámbito penal (Engisch, Hassemer).

18.- Los límites “materiales” del “*ius puniendi*” no se refieren a formas de ejercicio de éste, sino a su contenido. Descartan el de “presunción de inocencia”, y por su alcance estrictamente procesal, suelen señalarse:

a). *Principio de hecho*. El Estado solo puede castigar conductas, activas u omisivas, “hechos”, porque el hombre responde sólo por lo que hace, no por ser quien es, como mantenía el Derecho de “autor” de G. Dahm y F. Schaffstein, de la Escuela de Kiel, antesala del Derecho Penal nazi. Los pensamientos “*cogitationis poenam nemo patitur*”, actitudes y formas de ser del individuo, su plan de vida, si no se exteriorizan en comportamientos externos concretos y aislados, temporal y espacialmente perceptibles, deben quedar al margen de la intervención punitiva. Los derechos penales totalitarios, por el contrario, se anticipan y castigan la mera actitud de rebeldía u hostilidad del individuo.

b). *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, dotados de un contenido material propio y no como sinónimos de “*ratio legis*”, es un poderoso límite del “*ius puniendi*”. Incluso quienes rechazan esta categoría, por las múltiples acepciones que ha recibido en la doctrina, reconocen el papel esencial e irrenunciable que ha representado la misma en la racionalización y progresiva limitación efectiva de la intervención punitiva. Porque castigar por castigar, para crear deberes jurídicos, para ejercitar al ciudadano en la virtud de la obediencia o para satisfacer los caprichos, realidades o intereses de unos pocos no es admisible. Sería una “perversión del bien jurídico”.

c). *Principio de intervención “mínima”* significa que correspondiendo al “*ius puniendi*” la protección como “*ultima ratio*” de parte de valores, bienes e intereses que integran el orden social, (no de todos) esta intervención se limita exclusivamente a valores trascendentales para salvaguardar la convivencia y no frente a cualquier amenaza a los mismos, sino solo a las más preocupantes. La intervención penal debe reservarse para supuestos donde otros instrumentos del arsenal del Estado se muestren ineficaces o inidóneos.

La intervención punitiva debe perseguir la máxima eficacia en la prevención del crimen con el menor coste social y los efectos colaterales mínimos en terceros. Las modernas investigaciones empíricas, dirigidas a verificar objetivos de intervención penal, sus efectos reales demuestran que el Derecho Penal no es siempre la estrategia más eficaz en aras de prevención de la delincuencia y sí, desde luego, la que implica mayores costes sociales.

La fragmentariedad o subsidiariedad de la intervención penal no es un defecto o laguna, fruto de la imprevisión del legislador, sino exigencia elemental de política criminal y ética social.

d). *Principio de culpabilidad o “responsabilidad subjetiva”* conceptos no sinónimos, que ha sido trascendental como bandera de política criminal liberal y garantista, pero su indefinición ha restado claridad y operatividad a este importante límite material del “*ius puniendi*”.

Entendido, como sinónimo de responsabilidad subjetiva en el sentido del art. 5 del vigente CP, significa al menos que un Estado democrático y de Derecho no puede incriminar: “caso fortuito”, “*versari in re illicita*” y delitos “cualificados por el resultado”. La responsabilidad objetiva por el resultado es residuo de sistemas germánicos, incompatibles con el Derecho Penal culpabilístico de nuestro tiempo.

e). *Principio de “proporcionalidad”*, recogido parcialmente en CP (arts. 4 y 6.2 para penas y medidas de seguridad), tampoco se proclama, inequívocamente, en nuestra Constitución, aunque sí en la Ley de Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas de 1 de octubre de 2015. Lo que suaviza notablemente la preocupante situación del poder sancionatorio de la Administración, por la codicia invasora de dicho poder sancionatorio y la implacabilidad de su disuasorio proceso de ejecución, carente para el administrado de garantías que ofrece la intervención penal. El Gobierno del Estado acude, recientemente y con frecuencia, a este principio para justificar la aplicación forzosa de la Ley por vulneración de la misma, en el caso de la pretendida independencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La doctrina discute si esta exigencia de proporcionalidad se dirige solo al legislador o también al juez. Si tiene en cuenta solo la gravedad objetiva del hecho, o también la reprochabilidad del autor; e incluso, la finalidad objetiva de la norma.

El CP de 1973 y el vigente, contienen claras vulneraciones de esta garantía del ciudadano.

f). *Principio de humanidad*, o salvaguarda de la dignidad humana.

Racionalidad y humanización han sido los principios rectores de la evolución histórica del “*ius puniendi*” desde la Ilustración.

Este principio tiene una triple dimensión. La primera, penal-sustantiva, supresión de ciertas penas crueles e infamantes, como azotes, mutilaciones, penas corporales, progresiva desaparición de la pena capital y de la cadena perpetua -que en Europa por el Convenio se condiciona a una revisión periódica-; establecimiento de un límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión; reducción de máximos de duración nominal de ésta (el CP español permite un cumplimiento efectivo máximo de hasta cuarenta años); sustitución de penas de prisión de corta duración por trabajos a favor de la comunidad y sanciones económicas. Una segunda dimensión es la penitenciaria, que afecta al régimen de cumplimiento y ejecución de penas de privación de libertad (clasificación de reclusos, progresión en grado, acceso a libertad condicional, beneficios penitenciarios). Por último, incide también en el desarrollo del proceso penal (prohibición radical del tormento como forma de averiguación de la verdad material u obtener la confesión del acusado).

La Constitución española de 1978, en su artículo 15, prohíbe penas “*inhumanas o degradantes*”. Lo son para el Tribunal Constitucional español “las que supongan sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena

CAPÍTULO II

EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LOS FINES Y FUNCIONES DE LA PENA

SUMARIO 1.- Introducción: crimen y castigo.1.1 Dimensiones del problema de función y fines del castigo.1.2 Estereotipos e imágenes del hombre delincuente.1.2.1 En el liberoarbitrismo del mundo clásico. 1.2.2 En el positivismo criminológico. 1.2.3 En el correccionalismo.1.2.4 En el marxismo.3).- Evolución del debate sobre fines de la pena en la actualidad.2.- Fundamento, esencia y funciones de la pena. 2.1 Fundamento del castigo: necesidad de la pena estatal. 2.2 Esencia de la pena. 2.2.1 Pena como retribución. 2.2.2 Efectos de la pena: reales, personales, psicológicos y sociales. Las “sanciones informales” y sus efectos aflictivos a terceros inocentes. 2.2.3 La *estigmatización mediática*. 2.2.4 Inequívoca naturaleza retributiva de la pena en el ordenamiento jurídico español: gravedad del hecho y culpabilidad del autor como principios rectores del castigo. 3.- *Fines* o *funciones* de la pena. 3.1 Retribución versus prevención. 3.2 Breve reseña histórica a la evolución de la polémica en distintos marcos políticos. 3.2.1 El *Viejo Régimen*: función intimidatoria del castigo y su régimen de ejecución. 3.2.2 La ilustración: planteamiento racional y utilitario de los fines del castigo. 3.2.3 Teorías absolutas (retribucionistas) del idealismo alemán: *la pena justa y merecida*. 3.2.4 A. Feuerbach, y el principio de intimidación general (coacción de la conminación penal). 3.2.5 Pena *fin* de F. Von Liszt, prevención especial y exigencias del Estado social intervencionista. 3.2.6 Pena *intimidación* y *aseguramiento* en Derechos Penales de *autor* totalitarios. 3.2.7 Actuales teorías eclécticas de la pena: la *retribución* como fundamento o como límite de exigencias preventivas. 3.2.8 Tendencias funcionalistas y sistémicas. La *renormativización* de las categorías del sistema. 3.2.9 El resurgir del neoidealismo en Alemania.4.- Principales teorías de la pena en la doctrina. 5.- Análisis: Exposición y crítica de diversas teorías de la pena. 5.1 Teorías retribucionistas. 5.1.1 Presupuestos: ¿Por qué castigar o para qué castigar? 5.1.2 Escaso éxito del retribucionismo fuera de Alemania: *Justicia, virtud y fantasma de los alemanes*” (Goethe). *Kant. *Hegel. *Binding. *Pensamiento expiacionista. **Neoidealismo alemán* contemporáneo. 5.1.3 Balance crítico del retribucionismo: aportaciones incuestionables y objeciones al mismo. 5.2 Teorías prevencionistas o teorías *relativas*. 5.2.1 Teoría de la prevención-general negativa (Feuerbach). 5.2.2 Teorías de la prevención-general positiva o integradora. 5.2.2.1 Insuficiencia de un concepto de prevención exclusivamente intimidatorio. 5.2.2.2 Doble origen doctrinal: teoría ético social (Welzel) y teorías sistémicas y funcionalistas. 5.2.2.3 Tesis de Alicia Gil Gil. 5.2.2.4 Prevención-general positiva y teorías simbólicas: la opinión de Zugaldía Espinar. 5.2.2.5 Funcionalismo sistémico de Jakobs. 5.2.2.6 Balance crítico: argumentos a favor y objeciones a las teorías de la prevención general positiva. 5.2.3 Teorías de la prevención especial. 5.2.3.1 Antecedentes históricos y principales formulaciones. 5.2.3.2 Correccionalismo y la *Besserungs-Theorie*. 5.2.3.3 Positivismo criminológico. 5.2.3.4 Movimiento de la Defensa Social en una genuina *filosofía penal* y una *política criminal*. 5.2.3.5 Pensamiento de la *prevención-especial* y la *pena final* en F. Von Liszt. 5.2.3.6 Balance de las teorías de la prevención especial: argumentos a favor de la misma y objeciones. 5.3 Teorías mixtas o eclécticas sobre la pena como fórmulas de compromiso doctrinal: *punitur, quia peccatum est, ne peccetur*. 5.3.1 *Spielraumtheorie* o *Rahmentheorie*. 5.3.2 Culpabilidad como *fundamento* y *límite* de la pena. 5.3.3 Balance final de las teorías eclécticas o mixtas. 5.3.4 Orientaciones doctrinales actuales. 5.3.4.1 Teoría dialéctica de Roxin. 5.3.4.2 Teoría diferenciadora de Schmidhäuser. 5.3.4.3 La pena como instrumento del control social formal: análisis sociológico. 6.- Función de la pena en el Ordenamiento Positivo español. 6.1 Teorías eclécticas de Pacheco y Róssi. Evolución posterior. 6.2 Retribución como punto de partida. 6.5 Otros principios no retributivos. 6.4 Principio resocializador y prevención-especial. 6.5 Principio *intimidatorio* y sus manifestaciones. 6.6 Aritmética penal y arbitrio judicial. 7. Revisión científica-criminológica *empírica* de las funciones de la pena. 7.1 Necesidad de un plus de racionalidad en el examen de los fines de la pena: *asignados* a ésta y *reales* del castigo. 7.2 Una tesis reciente: el fracaso preventivo de la pena (Garrido y otros). 7.3 Valoración de la tesis de Garrido y otros. 7.4 Investigaciones sobre la supuesta eficacia preventivo-especial de la pena. 7.5 Fracaso preventivo-general del castigo.

1.- INTRODUCCIÓN: CRIMEN Y CASTIGO.

El problema del castigo -crimen y castigo- preocupa y fascina a la humanidad desde tiempos tan antiguos como ella misma. El derecho a castigar del Estado, el delincuente y la víctima, polarizan el debate doctrinal sobre fines y funciones reales del castigo.

El concepto de pena ha interferido sin duda en la problemática de la función de la misma. En Derecho Positivo la pena es un mal que se impone en cuanto tal mal como respuesta a la comisión de un delito. Que la pena sea conceptualmente un castigo no implica que su función última sea retributiva. Por el contrario, el Derecho Positivo muestra que a la pena se le asigna una función preventiva de defensa de bienes jurídicos²³⁷.

¿“Para qué” castigamos? Cuestión siempre planteada por el pensamiento utilitarista y el moderno prevencionismo. Las respuestas son diversas: para que la amenaza de la pena evite la comisión de muchos delitos²³⁸; para realizar una función moralizadora creadora de costumbres que oriente al ciudadano sobre lo permitido y lo prohibido²³⁹, elevando estándares ético-sociales de la comunidad; para disuadir al delincuente potencial tentado de infringir la ley; para que el cumplimiento del castigo sirva al delincuente de advertencia y no reincida en el futuro, corrigiendo al penado rehabilitable; para neutralizar la peligrosidad del incorregible delincuente habitual durante el cumplimiento y ejecución de la sanción²⁴⁰; para proteger valores que integran el consenso social o -incluso- concitarlo o recabarlos²⁴¹; para tranquilizar al ciudadano

²³⁷ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases Del Derecho Penal. Contenido y Método*. p. 91 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I. p. 241 y ss.

²³⁸ Es lo que se ha llamado teoría de la prevención general negativa o teoría disuasoria, cuyo principal representante es FEUERBACH. Sobre el pensamiento del autor, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I. p. 261 y ss.; cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, p. 65 y ss.

²³⁹ Teoría de la “*prevención general positiva*” o integradora. Es el punto de vista de WELZEL sobre la función “ético social” del castigo. La evitación del delito se conseguiría no solo a través de una intimidación negativa sino, sobre todo positivamente, mediante la afirmación positiva de las convicciones jurídicas fundamentales de la “conciencia social” de la norma o de una actitud de respeto hacia el Derecho. Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, p. 1 y ss.

²⁴⁰ Tesis de la “*prevención especial*” de F VON LISZT y partidarios de la llamada “segunda oleada de la prevención especial” en Alemania, que gira en torno al Proyecto alternativo alemán de 1996, cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 68 y ss.

²⁴¹ Para la “*teoría sistémica*” la pena no está legitimada por fines ideales que se le atribuyen (prevención, resocialización), sino “funcionalmente” y “dinámicamente”. Reordenada al buen funcionamiento del sistema, a la producción del eficaz consenso y sus equivalentes funcionales despreciándose valoraciones ético-políticas, individuales o colectivas, cfr. BARATTA, A.,

honesto que cumple con mandatos legales, que puede así comprobar en el castigo ajeno la seriedad de las conminaciones legales, apreciando que su conducta merece la pena, evitando el conocido “*efecto de desmoralización*” del justo que se produciría como consecuencia de la impunidad.

El ciudadano honesto tiene derecho a comprobar que el infractor de leyes es castigado, de esa forma apreciará que merece la pena cumplir las normas. Un clima generalizado de impunidad desmoralizaría al ciudadano que cumple las leyes.

1.1 Dimensiones del problema de la función y fines del castigo.

El debate sobre fines y funciones de la pena hunde, en cualquier caso, sus raíces en la Filosofía y la Ética, aunque siempre es -y será- problema vivo y palpitante, condicionado históricamente por nuestros conocimientos sobre el ser humano y cambiantes necesidades de la sociedad²⁴².

Genera actitudes sociales contrapuestas: desde la compasión y piedad hacia el delincuente²⁴³, al odio, desprecio y radical rechazo al mismo, considerándole traidor o rebelde frente al Estado, merecedor de la exclusión y marginación de la comunidad²⁴⁴.

Este es el planteamiento político de sistemas totalitarios, que siguen un modelo de Derecho Penal de autor, para quienes el delincuente es traidor del Estado y el delito síntoma de su rebeldía hacia el Derecho. El delincuente merece el desprecio absoluto de toda la comunidad.

Para Dorado Montero, la “odiosa” función penal habría de tornarse preventiva, correccional, educadora y protectora del delincuente. El delincuente no es salvaje y temible, animal peligroso (como mantenía el positivismo criminológico), sino un menor, necesitado de protección y tutela estatal. Ambas posturas evidencian el inevitable trasfondo ideológico del problema.

La polémica sobre fines o funciones de la pena no interesa exclusivamente al Derecho Penal. Disciplinas empíricas como la Psicología o la Criminología se han ocupado y siguen con mayor intensidad el problema criminal, analizan, sí las funciones que la doctrina asigna a la pena se ajustan a funciones reales en la sociedad de nuestro

Integración-prevención: una “nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, p. 533 y ss.

²⁴² Sobre el origen de la pena y la evolución histórica de la misma, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 882 y ss.

²⁴³ Vid. DORADO MONTERO, P., El Derecho protector de los criminales. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1912, vol. 60, nº 121, p. 227 y ss. Del mismo autor *Bases para un nuevo Derecho Penal*. Edita Analecta, 2003, p. 20 y ss.

²⁴⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. vol. I, p. 498 y ss.

tiempo; sí disuade -o no- al infractor potencial tentado de delinquir; sí el proceso disuasorio discurre en la forma que describía el pensamiento tradicional o son otras variables las decisivas en el proceso contramotivador²⁴⁵; sí la pena efectivamente rehabilita al delincuente o solo lo estigmatiza; sí su rehabilitación es mito, coartada defensiva, o un objetivo real posible, dependiendo -eso sí- su efectividad de variables como edad del penado, personalidad, naturaleza del delito o idoneidad del tratamiento prescrito, entre otras²⁴⁶.

1.2 Estereotipos e imágenes del hombre delincuente.

En último término, importa la imagen y estereotipos que las escuelas profesan del delito y delincuente, porque clarifican la función atribuida al castigo y al origen del comportamiento criminal, en definitiva, sus raíces últimas.

1.2.1 En el liberoarbitrismo del mundo clásico.

El mundo clásico parte de la imagen ideal del ser humano como dueño y señor absoluto de sus actos, consecuencia del dogma del libre albedrío. Rechaza la idea de que el comportamiento del hombre estuviese determinado por factores exógenos o endógenos que pugnarían con la premisa liberoarbitrista del clasicismo. De aquí se desprende la imagen del delincuente como “*pecador*” que eligió seguir el comportamiento criminal, cuando podía y debía haber respetado la ley.

El liberoarbitrismo filosófico, al que me refiero, tiene gran paralelismo con la tesis de la “*equipotencialidad*” que se propugna en la Criminología durante la etapa inicial: se pensaba que todos los seres humanos, por el hecho de serlo, tenían igual carga o potencial criminógeno, sin que ningún código biológico o genético decidiese el comportamiento delictivo o tuviese relevancia de forma significativa en el mismo.

Las tesis biologicistas, incluidas formulaciones moderadas, rechazan el arquetipo liberoarbitrista por considerar una realidad indudable, que la existencia de datos biológicos diferenciales, (también las concepciones ambientalistas) explican en muchas ocasiones la razón por la que el crimen se distribuye de forma no homogénea en la población, concentrándose en grupos humanos muy reducidos, cuyos miembros son autores de la comisión de una gran parte de los delitos²⁴⁷.

²⁴⁵ Sobre el proceso disuasorio y sus variables, vid. ALVIRA MARTÍN, F.R., *El efecto disuasor de la pena*, p. 11 y ss.

²⁴⁶ Vid. REDONDO ILLESCAS, S., *Tratamiento y sistema penitenciario*, El laberinto de la violencia: causas, tipos y efectos. Edita Ariel. 2004. Editor José Sanmartín, p. 339 y ss.

²⁴⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teórico*, pág. 340.

1.2.2 En el positivismo criminológico.

Para el positivismo criminológico, profundamente determinista, no existe el libre albedrío. Sería “una ilusión subjetiva”²⁴⁸ como afirmó Ferri. El delincuente es prisionero de su propia “enfermedad”, bien de un determinismo biológico irremediable, bien de un determinismo social. Sus decisiones, incluido el delito vienen impuestas por factores endógenos (Lombroso) o sociales (Ferri).

El arquetipo del ser humano, en el positivismo biológico radical fue aliado del pesimismo antropológico, concibiendo al hombre como producto terminado, encerrado en sí mismo, preso de su herencia, incomunicado respecto a los demás y mero objeto de la historia, incapaz de decidir por sí solo y de transformar la sociedad que le condiciona.

El hecho de responder ante la ley no es por el mal uso que pueda hacer de su libertad, ya que carece de ella, sino por la circunstancia de vivir en sociedad. El criminal es semejante a un “*animal salvaje*” (Florián) carente de Derechos, del que la sociedad tiene que defenderse como cuestión de supervivencia. El castigo, la pena, son instrumentos preordenados a la “defensa social”. La protección eficaz del nuevo orden social emergente prima sobre otros fines tradicionalmente asignados al castigo: realización de justicia, prevención del delito, corrección o rehabilitación del criminal. El garantismo, la seguridad jurídica, la proporcionalidad del castigo pasan a un segundo plano. La sociedad y las víctimas ocupan un lugar prioritario.

Para el positivismo criminológico la función del castigo viene constituida por la eficaz defensa de la sociedad mediante la neutralización de la peligrosidad del delincuente. Para ello arbitra instrumentos materiales y procesales destinándolos a este fin. Prefiere medidas de seguridad a penas y endurece el rigor del castigo (pena de muerte para reincidentes); sacrifica la seguridad jurídica y la proporcionalidad a la protección sin resquicios de la sociedad, y los derechos del delincuente a los derechos de las víctimas honradas²⁴⁹.

A diferencia del positivismo criminológico la Escuela o Movimiento de la Defensa Social²⁵⁰, cuyo representante más significativo fue Ansel atribuye a la pena la función protectora del orden social, a través de la acción coordinada de Derecho Penal,

²⁴⁸ Vid. FERRI, E., *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. 2ª edición. Madrid. Edita Centro Editorial de Góngora. 1887. Biblioteca Digital Jurídica Siglo XXI. Traducido por Isidro Pérez Oliva, p. 24 y ss. Disponible <http://hdl.handle.net/10396/3473>

²⁴⁹ Vid. FERRI, E., *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. p. 258 y ss.; Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la criminología*, p. 108 y ss.

²⁵⁰ Sobre esta escuela vid. BERISTAIN IPIÑA, A., “*Estructuración ideológica de la Nueva Defensa Social*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 14, fas 3/mes 3. 1961 p. 410 y ss.

Criminología y Ciencia Penitenciaria, sobre bases científicas y humanitarias. Parte de la imagen del hombre delincuente realista, digno, se aparta del estereotipo positivista²⁵¹. El hombre delincuente, para Ancel, es miembro de la sociedad, llamado a reincorporarse a ella cuando haya cumplido la condena, siendo obligatorio respetar su identidad y dignidad²⁵². Imagen del hombre delincuente distinta a la del pecador que hace mal uso de su libertad (clásicos), el sujeto peligroso y temible (positivismo criminológico), el minusválido y desvalido (correccionalismo), o la víctima de una sociedad injusta (marxismo).

Esta Escuela considera que la eficaz protección de la sociedad no debe llevarse a cabo a través de Derecho Penal. Para estos autores el “*ius poenale*” no tiene el monopolio en la lucha contra el delito y su prevención. Propugnan desjudicializar parcelas de Derecho Penal Clásico en aras de una correcta Política Criminal, capaz de arbitrar estrategias que parten del conocimiento científico de la personalidad del hombre delincuente, neutralizando su eventual peligrosidad de modo humanitario e individualizado.

La Escuela de la Defensa Social potencia la finalidad resocializadora del castigo, compatible con la eficaz protección del orden social.

1.2.3 En el correccionalismo.

Alcanzó gran arraigo en España, mitigó los excesos del positivismo criminológico²⁵³, partiendo de la idea o estereotipo del delincuente “desvalido”, incapaz de dirigir su vida libremente, por sí mismo. Su débil voluntad requeriría la intervención tutelar, pedagógica y desinteresada del Estado. Pero las ideas penales dominantes en España en esta época son influencia del Krausismo, movimiento iniciado por SANZ DEL RIO.

Dorado Montero²⁵⁴ propugna, siguiendo el pensamiento correccionalista, un nuevo Derecho “tutelar”, no represivo, dirigido a modificar y corregir la voluntad

²⁵¹ Diferencia esta Escuela del Positivismo Jurídico, un movimiento de política criminal humanista. vid. ANCEL, M., “*La Nueva Defensa Social*” Traducción de Francisco Blasco Fernández de Moreda y Delia García Daireux. Supervisión de la edición española de Enrique R. Aftalión. La Ley Buenos Aires 1961, págs. 60 y ss.; NIN DE CARDONA, J.M., *La nueva Defensa Social. (un movimiento de política criminal humanista): consideraciones sobre un libro de Marc Ancel* En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1966, nº 2, p. 265 y ss.

²⁵² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, p. 311 y ss.

²⁵³ Sobre el “correccionalismo”, vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español*. p. 331 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios Penales*, p. 36 y ss.

²⁵⁴ Vid. DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, p. 227.; Sobre Dorado Montero, Giner de los Ríos, Concepción Arenal y Luis Silvela. vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español*, p. 335 y ss.; CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 110 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 304 y ss.

delictiva individual, cuyas causas deberían analizarse científicamente, caso a caso, con la ayuda de la Psicología. Es un precursor de la Criminología crítica ya que describe conductas exteriores sin penetrar en el interior del infractor²⁵⁵.

En su Pedagogía Correccional, magistrados y abogados (el mundo de las “*togas negras*”) serán sustituidos por funcionarios especializados que asumirán competencias judiciales, administrativas y policiales; y la pena, por tratamientos individualizadores (el universo de las “*batas blancas*”).

El delincuente no es un “*animal salvaje*” y temible, sino un menor, débil y necesitado de tutela. La “odiosa función penal” habría de formularse preventiva, correccional, educadora y protectora del delincuente²⁵⁶.

Desde su visión utópica y eufemística el correccionalismo contempla al delincuente como menor de edad, desvalido²⁵⁷. Pero la consecuencia de la Filosofía correccional es que otorga al Estado un cheque en blanco y legitima una praxis antigarantista, como ha demostrado la experiencia.

La Ley Penal del Menor (LO 5/2000, de 12 de Enero) ha sustituido el modo correccional y tuitivo del menor por un modelo de “responsabilidad” que le dignifica y bajo ciertos presupuestos, le hace asumir las consecuencias de sus actos, sin privarle de derechos y garantías que ostenta el adulto.

1.2.4 En el marxismo.

Según este pensamiento, el delincuente es “víctima” de estructuras e influencias criminógenas de una sociedad capitalista e injusta. El delincuente es víctima de un sistema que oprime a la clase trabajadora. Lo fundamental para comprender una sociedad yace en las condiciones que los individuos encuentran para su subsistencia física, esto es en los medios y relaciones de producción material²⁵⁸.

²⁵⁵ Vid. CUELLO CONTERAS, J., La Psicología criminal en nuestro Derecho legislado, demuestra el error de la Escuela clásica de entender el delito como mera imputación abstracta de libertad, entendiéndolo con mejor criterio que la libertad requiere conocimiento y voluntad, por lo que se deben tener en cuenta motivos, influencias y carácter del sujeto al que se le imputa el delito. *El Derecho Penal Español*, p. 337 y ss.

²⁵⁶ Vid. SERRANO GOMEZ, A., *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*. Madrid. Edita Rugarte, p. 130 y ss.

²⁵⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios Penales*, p. 36 y ss.

²⁵⁸ Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 489 y ss.

La Criminología crítica o radical y la filosofía del “etiquetamiento” -*labeling approach*- parten de postulados semejantes²⁵⁹.

Conviene distinguir dos escenarios: en primer lugar, el pensamiento marxista clásico, que arranca con el manifiesto de Engels (1845) “*La situación de la clase trabajadora en Inglaterra*”, la labor confirmadora de Marx, Turatti, Colajanni y otros.; en segundo lugar, tesis posteriores sobre el origen y génesis de la criminalidad formuladas en países donde se ha consolidado la sociedad socialista y no lograron terminar con el crimen. Así, obras de Gertsenzon 1968, “*La Criminología Soviética*” obra colectiva publicada un año después, de dieciséis autores, o “*Criminología Socialista*” de Buch Holz y Hartmann 1966, primer Manual de Criminología publicado en la República Democrática de Alemania²⁶⁰.

Es obvio que en este segundo escenario no es posible atribuir el crimen a una antigua sociedad, la de los zares, ya desaparecida. Menos aún, cuando han transcurrido muchos más años de los suficientes para considerar plenamente consolidada la sociedad socialista. Por ello, la doctrina oficial aporta dos explicaciones a este fenómeno anómalo, para justificar la supervivencia del delito en una sociedad que se supone justa, libre e igualitaria: la teoría de los “rudimentos”, y la de “desviación ideológica”²⁶¹. Según la primera, subsiste lamentablemente el crimen porque aún no se han conseguido erradicar con éxito vestigios y raíces ancestrales de la sociedad capitalista (la de los zares). A tenor del segundo, el delito se debería a un fenómeno de mimetismo y desviación ideológica debido al impacto criminógeno de otros modelos “occidentales” y “burgueses”. La globalización y modernas tecnologías hacen el resto.

Considera que su meta final es “*transformar la sociedad*” (tesis XI de Marx a Fenerbach) y no quedarse “a medio camino” como la Criminología burguesa que se conforma con “explicar” origen y génesis del delito, sin modificar estructuras criminógenas de dicha sociedad.

Al referirse al problema de resocialización del delincuente, asigna dicha responsabilidad no al Estado, ni a la Administración Penitenciaria sino a toda la sociedad, instituciones y entidades intermedias (asociaciones, fábricas, colegios).

La sociedad perfecta, aquella sin delito, en que la criminalidad se presenta como un hecho accidental, aleatorio, histórico, como cuerpo extraño y ajeno a la sociedad socialista, que debe ser erradicado por completo, es una utopía irrealizable, salvo que se

²⁵⁹ Vid. HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 59 y ss.

²⁶⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 503.

²⁶¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*. 5ª edición. Valencia. Edita Tirant lo Blanch. 2014, p. 43 y ss.

trate de una sociedad primitiva, compacta, sin evolucionar, o que incrementemente de forma exagerada los mecanismos de control a costa de la libertad más elemental del ser humano.

La normalidad estadística del delito y su imposible erradicación en cualquier modelo de sociedad o momento histórico es hoy un axioma incuestionable en la criminología científica.

Según representantes de la Escuela Cartográfica o Estadística Moral, cada sociedad ha de asumir que el delito es un fenómeno normal, como la lluvia (anormal serían la sequía o la inundación) e inevitable, como la tasa anual de nacimientos o defunciones, por lo que, según manifestación de Quetelet²⁶², debe contar con un “*budget crimies*” (presupuesto del delito).

El estructural funcionalismo de Durkheim llega a conclusiones semejantes por caminos más rigurosos, proclamando la “normalidad” e incluso la “funcionalidad” del delito. El crimen no responde a patologías individuales (teoría positivista de la *diversidad*), ni a la “*desorganización social*” (tesis de la Escuela de Chicago y de la teoría ecológica), sino a estructuras y fenómenos cotidianos en el seno de un orden social intacto. Para Durkheim, el delito es un fenómeno social normal que no se puede erradicar, si se concibe la conducta social regulada por normas, es decir, “*reglada*”, estando determinadas las formas de conductas anómicas, en cada caso, por el tipo social dominante y su estado de desarrollo²⁶³.

El crimen es la otra cara de la moneda, “*una determinada cantidad de crímenes forma parte integrante de una sociedad sana*”. El delincuente, no es un individuo patológico o antisocial sino un “*factor de funcionamiento regular de la vida social*”. El crimen cumple una función “innovadora”, creadora de pautas de conducta, y una función “integradora”, de cohesión social. La pena, concluye, como cualquier otra institución social, surge de relaciones estructural-funcionales. Representa la reacción social necesaria, actualiza sentimientos colectivos que corren el riesgo de anquilosarse; clarifica y recuerda la vigencia efectiva de ciertos valores; y refuerza ejemplarmente la convicción colectiva sobre el significado de los mismos ante el peligro de situaciones anómicas²⁶⁴.

²⁶² Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 105 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, págs. 352 y ss.

²⁶³ Vid. DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*. 2ª edición. Madrid. Edita Akal. 1991. p. 71 y ss. 93 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 56.

²⁶⁴ Vid. DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*, p. 89 y ss. y 123 y ss.; Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la criminología*, p. 65 y ss.

1.3 Evolución del debate sobre fines de la pena en la actualidad.

Dos principios marcan la polémica sobre fines de la pena en los últimos lustros. De una parte, la idea de que el poder penal del Estado se encuentra sometido a límites. Al Estado le corresponde el -derecho a castigar- (desde posiciones doctrinales extremas se niega la existencia de este “derecho”) pero ha de ejercerlo con estricta sujeción a limitaciones, no es un poder absoluto. Teorías retribucionistas y prevencionistas subrayan esta preocupación por limitar el poder del Estado²⁶⁵.

De otra parte, en la ciencia penal se ha producido un giro significativo, en virtud del cual la teoría de la pena cobra la relevancia de la que había carecido en la dogmática clásica. En efecto, había otorgado protagonismo casi exclusivo a la teoría jurídica del delito, del hecho punible y había relegado la teoría de la pena a posiciones marginales. En la actualidad, se clama por un Derecho Penal orientado a sus consecuencias, incluso, se redefinen elementos del delito en función de la pena, que pasa a ocupar el rol que merece. Se ha superado el esquema tradicional que reservaba la dogmática para la teoría del delito y la Política Criminal para la pena²⁶⁶.

2.- FUNDAMENTO, ESENCIA Y FUNCIONES DE LA PENA.

2.1 Fundamento del castigo: necesidad de la pena estatal.

El fundamento de la pena -su justificación última- descansa en la necesidad del castigo como garantía de defensa del orden social y la propia supervivencia del grupo²⁶⁷. Tal necesidad es un hecho empíricamente constatable que, además, la experiencia histórica corrobora. El orden social cuenta efectivamente con mecanismos de autodefensa, pero éstos son insuficientes. Es necesaria una instancia coercitiva superior que lo proteja cuando las instancias de control social informal son incapaces de vencer amenazas de agresiones graves. Ninguna sociedad en la historia de la humanidad ha sido capaz de superar conflictos prescindiendo de la pena. Ésta, a menudo, también fracasa como los índices de criminalidad demuestran y se reincide, pero la eficacia de la pena no se mide en función de sus diarios y evidentes fracasos sino por sus éxitos, menos ostensibles pero constatables por la experiencia cotidiana. La cuestión es ¿cuantos delitos más se cometerían si no existiera el castigo? Nadie cuestionaría la

²⁶⁵ Vid. ROXIN, C., Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2015, nº 6, p. 3 y ss.

²⁶⁶ Vid. SERRANO TÁRRAGA, MD., *Criminología. Introducción a sus principios*, p. 129; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 90.; ROXIN, C., Este nuevo planteamiento se observa también en Roxin quien redefine las categorías nucleares de la teoría del delito a la luz de la teoría de la pena. *Problemas básicos del derecho penal*, p. 11 y ss.

²⁶⁷ Distinguiendo, concepto, fundamento y fines de la pena vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 882 y ss.

eficacia del CC alegando altos índices de incumplimientos contractuales. La pena no solo es necesaria para la tutela del orden social, sino que además cumple otras funciones de menor importancia, pero reales.

Concepto y función y fin de la pena son términos que no coinciden. La función expresa para qué sirve la pena, aunque a veces se habla de *fin* o *finis* de la pena como sinónimos a función²⁶⁸. Muñoz Conde propone distinguir entre *función*, *misión* y *fin*²⁶⁹.

La pena, satisface ansias de justicia de la comunidad. Si no existiese la pena “*estatal*” los individuos buscarían la justicia por su mano acudiendo a la autodefensa, venganza y toda suerte de excesos propios de etapas históricas afortunadamente superadas²⁷⁰.

Es necesaria para disuadir al infractor potencial tentado de cometer delitos, para reforzar la confianza en el Derecho de ciudadanos honestos que cumplen las leyes. En otro caso, se desmoralizarían al comprobar que la vulneración de leyes no recibe su justo castigo.

La pena cumpliría, según algunos autores, una función ético individual, al brindar al delincuente la posibilidad de reconciliarse con la sociedad liberándose de su sentimiento de culpa²⁷¹.

2.2 Esencia de la pena.

2.2.1 La pena como retribución.

El fundamento de la pena reside en su incuestionable necesidad, pero su esencia es la retribución, la aplicación de un mal como consecuencia de la comisión del hecho delictivo. Supone aplicar un mal en respuesta a otro mal previamente cometido. La venganza también podría ser respuesta retributiva al delito previo, la diferencia estriba en que la pena estatal se ejecuta de forma social, culturalmente reconocida, tomando como medida el sentir de la ley²⁷².

²⁶⁸ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 90

²⁶⁹ Vid. HASEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 91

²⁷⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, p.231.

²⁷¹ Me refiero al neoretribucionismo que inspira la actual, aunque minoritaria, reacción al prevenciónismo y utilitarismo vigentes en Alemania.

²⁷² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 231.

La pena es por su naturaleza retributiva un mal, con independencia de como la experimente el infractor o los fines positivos que se asignen, más allá de la retribución misma²⁷³. Un mal retributivo, donde es necesaria la proporción correcta entre gravedad del delito y castigo, ponderando debidamente gravedad del injusto y culpabilidad del autor.

La proporcionalidad entre delito y pena, consecuencia de su naturaleza retributiva, puede interesar también a la prevención general y especial. En cuanto a la primera se refiere, la pena más eficaz, la de mayor capacidad disuasoria es la que se percibe como más justa y merecida por la comunidad²⁷⁴. La pena desproporcionada es injusta y pone en tela de juicio la legitimidad de la respuesta penal, desacredita al sistema y termina minando la capacidad disuasoria de éste.

2.2.2 Efectos de la pena: reales, personales, psicológicos y sociales. “Sanciones informales” y efectos aflictivos a terceros inocentes.

Los efectos reales de la pena trascienden a la privación o restricción de bienes jurídicos concretos afectados por sentencias condenatorias, desde un punto de vista cualitativo temporal y personal.

A los efectos directos de la condena se añaden otros inherentes a privación o restricción de concretos bienes jurídicos afectados por la sentencia. (Basta con reparar en las consecuencias de privación de libertad).

Tratándose la libertad de un valor supremo del ser humano su privación conlleva necesariamente suprimir además los bienes jurídicos que ella significa, por muy humanitario que sea el régimen de cumplimiento y ejecución de esta pena. Sin libertad se relativiza el disfrute de los demás bienes de la persona o pierden su sentido. La pérdida de libertad no es, por tanto, solo pérdida de libertad en sentido estricto.

Implica efectos personales, psicológicos y sociales negativos y realmente aflictivos, aunque no se prevean en la ley ni sean aplicados por el poder judicial, siguiendo un procedimiento con las debidas garantías. Son efectos indirectos de la pena, asociados o inseparables a su imposición. Se trata de las llamadas sanciones “*informales*”. Por ejemplo; desaprobación de la familia, rechazo del entorno, aislamiento y marginación social y pérdida del puesto de trabajo, entre otras. La doctrina penal no suele ocuparse de estas sanciones informales, sí los psicólogos y otros especialistas. No encuentran su origen en una disposición legal ni se imponen por

²⁷³ El correccionalismo, entiende que la pena es un “bien” porque se impone en interés del infractor y es un “derecho” de éste. Pero la realidad es distinta: la pena es un mal y como tal se percibe por el infractor y por la comunidad. De otro modo, difícilmente podría cumplir su función disuasoria.

²⁷⁴ Sobre el tema, vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 22 y ss.

autoridades públicas competentes. También se les llama sanciones de control social informal²⁷⁵.

Estas llamadas “*sanciones informales*” afectan a terceras personas inocentes, por su vinculación o proximidad al infractor. Su círculo familiar tendrá que compartir inmerecidamente el rechazo, marginación, exclusión y aislamiento social.

Los efectos nocivos de la intervención penal comienzan a experimentarse con el inicio del procedimiento, mucho antes de que se dicte la sentencia condenatoria, sin que la presunción de inocencia pueda evitar estos padecimientos.

2.2.3 La “*estigmatización mediática*”.

Constituye un grave problema, porque potencia y prolonga los efectos de la pena y de las sanciones informales sin límites, ni tan siquiera el respeto de la presunción de inocencia. La *estigmatización mediática* suscita reparos en cuanto a su legitimidad ya que el impacto psicosocial y sociopersonal mediático se constriñe a ciertos delitos (socioeconómicos, violencia de género) y no mantiene la necesaria proporción, ni lo pretende, con la entidad del hecho delictivo. Las “*imágenes de archivo*” de medios (TV o internet) pueden hacerlas perennes “*sine die*”

2.2.4 Inequívoca naturaleza retributiva de la pena en el ordenamiento jurídico español: gravedad del hecho y culpabilidad del autor como principios rectores del castigo.

La naturaleza retributiva de la pena en Derecho Positivo español es incuestionable, aunque desde un punto de vista doctrinal algunos autores lo han negado distinguiendo “*retribución*” y “*juicio de desaprobación*” (posición de los correccionalistas, para quienes la pena es un *bien*, un *derecho*, incluso del infractor). Se observa esta naturaleza en parte del articulado del Código: homicidio imprudente (art. 142 CP) castigado con pena más benigna que homicidio doloso (art. 138 CP); aborto culposo (art.146 CP), con penas más benignas que sus modalidades dolosas (arts. 144 y 145 CP); lesiones (art.152.1 CP), lesiones al feto (art. 158 CP) o manipulaciones genéticas (art. 159.2º CP), en sus respectivas formas culposas se sancionen con penas menos severas que las de los correspondientes delitos dolosos. El CP pondera la mayor o menor culpabilidad del autor y la mayor o menor entidad objetiva del mal causado. La tentativa se castiga con pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado (art.62 CP). Al cómplice se le imponen penas inferiores en grado a la prevista para el autor (art.63 CP). Y en materia de concursos rige el principio de la acumulación (art. 73 CP).

²⁷⁵ Vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 284 y ss. Se crítica a la doctrina penal el no haberse preocupado de la conocida disuasión informal, que interviene eficazmente en los procesos motivacionales y disuasorios, contando con una relevante capacidad preventiva, lo que no es del todo cierto.

3.- “FINES” O “FUNCIONES” DE LA PENA.

3.1 Retribución versus prevención.

La respuesta al problema de los fines de la pena, gira entorno a dos conceptos: retribución o prevención²⁷⁶.

Las orientaciones retribucionistas plantean el hecho de castigar mirando al pasado, al hecho cometido. Castigamos “*quia peccatum est*” al haber delinuido es justo que el delito encuentre en la pena retribución, que restablezca el orden jurídico. Retribución significa que la pena es proporcionada al injusto culpable, pero no es equivalente a venganza, ya que el hecho cometido se convierte en fundamento y medida del castigo, que ha de ajustarse en su naturaleza y gravedad a aquél. La idea de retribución presupone, conceptualmente, la noción de culpabilidad como concepto graduable y medible. Presupone, que puedan armonizarse gravedad de pena y de culpabilidad, de modo que el castigo pueda experimentarse, por el individuo y la comunidad, como castigo justo y merecido.

El castigo puede contemplarse mirando al futuro y a exigencias de prevención. Los partidarios entienden, que se castiga “*ne peccetur*”, para evitar la criminalidad futura del autor o de terceros. La concepción retribucionista descansa en la idea de “culpabilidad”, la prevencionista lo hace en la de “peligrosidad”. En la concepción prevencionista el delito cometido y su gravedad no constituyen criterio decisivo de medición del castigo, pues no se castiga por lo que el autor “merece” -por su conducta- sino de acuerdo a cambiantes exigencias sociales para evitar otros hechos criminales.

Las tesis prevencionistas presuponen conceptualmente tres presupuestos “inmanentes” a las mismas: posibilidad de emitir un juicio de pronóstico seguro o razonable sobre el comportamiento futuro del ser humano; juicio, igualmente razonable, sobre la posible efectividad de la pena en orden a la prevención de su peligrosidad; que mediante la pena pueda lucharse eficazmente contra inclinaciones y tendencias criminales del individuo. Tres pronósticos mínimamente seguros que constituyen el presupuesto lógico conceptual de la filosofía prevencionista.

3.1 Breve reseña histórica a la evolución de la polémica en distintos marcos políticos.

Las diversas concepciones de Estado, Sociedad y Derecho -y del ser humano- han acentuado a través de la historia uno u otro principio: retribución o prevención.

²⁷⁶ Vid. FAVAROTTO, M.A., Sentido y fines de la pena. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2012, nº 6, p. 3 y ss.

3.2.1 El “Viejo Régimen”: función intimidatoria del castigo y su régimen de ejecución.

El *ius poenale* en la Edad Media y el Viejo Régimen²⁷⁷, descansa sobre el principio de “intimidación” general, próximo con lo que hoy llamamos “*terror penal*”. Se puede comprobar con las penas que se imponían, desmedido rigor y naturaleza, el ceremonial de ejecución pública y su ritual orientado a atemorizar a la ciudadanía para evitar la criminalidad. Las penas corporales, mutilación, descuartizamiento del penado o cruel *culleum*²⁷⁸ evidencian la orientación meramente intimidatoria del Derecho Penal en esta etapa histórica, tributaria de vinculaciones mágicas, religiosas, fanáticas, muy propias del espíritu de la época.

3.2.2 La ilustración: planteamiento racional y utilitario de los fines del castigo.

El pensamiento *ilustrado* por su espíritu racionalista, humanitario y utilitarista supuso una convulsión radical del Viejo Régimen, incompatible con nuevos postulados ideológicos, que se caracterizaba por humanizar las penas y combatir el delito. La razón exigía proporcionalidad entre delito y castigo. La doctrina del contrato social pone límite conceptual al *ius puniendi*, porque el ciudadano (según dicha doctrina) ha renunciado a la parte indispensable de sus derechos para que los poderes públicos garanticen respeto y plena satisfacción del resto de su patrimonio jurídico²⁷⁹. El Estado es *depositario* de la cesión parcial que el ciudadano hace de su libertad, simple administrador no propietario. El objetivo intimidatorio del Viejo Régimen da paso a un nuevo sistema que reclama proporcionalidad entre delito y pena, utilidad de esta última, humanidad de su ejecución e incluso corrección del delincuente.

Afirma Beccaria: *una pena inútil se olvida, la autoridad ha de mandar a hombres felices, no a una tropa de esclavos y el castigo no pueda fundamentar la convivencia en una “temerosa crueldad”*.²⁸⁰ Advertía este pensador, “*el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido... El fin es impedir al reo causar nuevos daños a ciudadanos y retraer a los demás de cometer otros iguales*”. Concluía, “*... deberán ser escogidas penas y método que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo*”²⁸¹. El prevencionismo ilustrado de la época se sintetiza en un brillante texto del Marqués de Beccaria, contrapunto radical de la orientación meramente intimidatoria del Viejo Régimen. Decía el autor, “*¿Queréis evitar delitos? Haced que las leyes sean claras,*

²⁷⁷ Vid. ANTON ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid. Edita Akal. 1949, p. 40.

²⁷⁸ Se podría traducir por “Saco”. Consistía en introducir al penado en un saco, con un mono o una culebra, se ataba y arrojaba al agua.

²⁷⁹ Vid. CUELLO CONTERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 323 y ss.

²⁸⁰ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, p. 64.

²⁸¹ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, p. 64 y ss.

simples y toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas... Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos. Haced que los hombres las teman y no teman más que a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo en delitos... ¿Queréis evitar delitos? Haced que acompañen las luces a la libertad”²⁸².

Ideas semejantes se hallan en obras de Montesquieu, Rousseau, Voltaire o Bentham, ilustrados y enciclopedistas. Montesquieu en, “*El espíritu de la leyes*” (año 1748) pide la abolición de penas desproporcionadas y la tortura. Declara que el legislador ha de esforzarse más en prevenir el delito que en castigarlo, siendo objetivo principal de las leyes penales evitar el crimen y proteger al ciudadano²⁸³.

Para Voltaire las penas han de ser proporcionadas y útiles. Proporcionadas a la personalidad criminal del autor, naturaleza del hecho, escándalo producido por éste, necesidad de ejemplaridad que experimente la comunidad. Pero, han de ser útiles. “*Castigad, pero castigad útilmente. Si se pinta a la Justicia con una venda -decía- sobre los ojos, es necesario que la razón sea su guía*”²⁸⁴.

Severa es la tesis de Rousseau, para quien el delincuente, con su conducta, vulnera el pacto o compromiso histórico -contrato social- marginándose él mismo de la sociedad civil, que debe contemplarlo como rebelde. Se anticipa a una suerte *sui generis* del “Derecho Penal del enemigo” advierte solemnemente: “*Todo malhechor, al atacar al derecho social resulta por sus fechorías rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de la misma al violar sus leyes y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya y es preciso que uno de los dos perezca; y cuando se ejecute al culpable es más como enemigo que como ciudadano*”²⁸⁵.

Bentham, representante de la orientación utilitarista del pensamiento ilustrado, parte del delincuente como ser racional que adopta decisiones mediante cálculo previo de costes y beneficios, ventajas e inconvenientes, verdadera teoría general del comportamiento humano que ha ejercido gran influencia en el moderno prevencionismo, particularmente en las teorías de la *economic choice*²⁸⁶. Para el autor,

²⁸² Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, p. 49 y ss.; 110 y ss.

²⁸³ Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, pág. 95.

²⁸⁴ Su nombre era François Marie Arouet. Sobre el autor, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. p. 273.

²⁸⁵ Vid. ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*. Editorial Istmo. 2004, p. 46

²⁸⁶ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 96 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos* vol. II p. 559 y ss.

solo las penas racionales, las impuestas con prontitud y proporcionalidad al delito, garantizan su eficacia preventiva real²⁸⁷.

Se adelantó dos siglos a las tesis de las modernas teorías economicistas de la criminalidad, para quienes el delincuente es un ser racional y su conducta idéntica, estructural y motivacionalmente a la conducta de cualquier otro individuo. Desde un punto de vista estrictamente comportamental tanto la conducta delictiva como cualquier otra decisión humana se somete a un cálculo previo de costes y beneficios, ventajas y desventajas. Asignaba a la pena, como fin primordial, el de la intimidación llegando a propugnar una especie de talión simbólico. Es significativo y ello habla a favor de Bentham, que dos siglos después G. Becker parta de idénticas premisas²⁸⁸.

3.2.3 Las “teorías absolutas”-retribucionistas- del idealismo alemán: la pena justa y merecida.

Kant, Hegel y el idealismo alemán (*pena justa y merecida* bandera ideológica de Kant) reaccionaron frente a excesos del utilitarismo ilustrado para hacer de la proporcionalidad de las penas -casi *talionar* en Kant²⁸⁹ con relación a la gravedad objetiva del hecho y culpabilidad de su autor, exigencia absoluta de justicia. La pena no es medio o instrumento, es fin en sí misma, concebida como retribución divina, moral o jurídica.

Kant parte de la necesidad absoluta del castigo del delito, que deriva de un imperativo categórico, el talión. La función de la pena consiste en la realización de la justicia. Debe imponerse si se ha cometido delito, aunque su imposición no depare provecho para el condenado o la comunidad. “*La justicia penal es un imperativo categórico*”, pues si desaparece la justicia, ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra. Una concepción utilitarista (prevencionista del castigo) trataría al delincuente como “*objeto del Derecho Civil de cosas*”²⁹⁰.

Hegel reitera esta idea, con mayor flexibilidad. Establece entre crimen y castigo una relación valorativa, comunicativa, simbólica²⁹¹. Interpreta el “hecho punible” como algo negativo, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación²⁹². La pena

²⁸⁷ Vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 96 y ss.

²⁸⁸ Vid. CEREZO MIR, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*. p. 96 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 322 y ss.

²⁸⁹ Sobre la distinta idea de “proporcionalidad” con que operan Kant y Hegel (*talionar*, el primero; valorativa y simbólica el segundo), vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., y ss.

²⁹⁰ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 21 y ss.

²⁹¹ Comparando las tesis de Kant y Hegel en sus contextos, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., Las teorías clásicas de la pena. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 2002, nº 11. Año VII- VIII p. 352 y ss.

²⁹² Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 22 y ss.

se justifica por un proceso dialéctico, que niega la voluntad o interés particular del delincuente, reafirma la voluntad general del Derecho y produce la indispensable restauración ideal del orden infringido, de la paz del Derecho²⁹³. Para Hegel, el prevencionismo castiga al delincuente para que los demás no lo hagan, pero no sugiere imponer la pena justa y merecida que honra al criminal, como su dignidad reclama, por su condición racional y libre, dando lo que merece, con riesgo de que la amenaza del castigo intimide al ciudadano “*como el amo levanta el bastón contra el perro*”²⁹⁴.

Para este autor la pena necesaria corresponde al poder de la sociedad ya seguro de sí mismo, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida la peligrosidad de la acción para la sociedad²⁹⁵. La necesidad dialéctica de la pena en la formulación de Hegel guarda paradójico y estrecho parentesco con las actuales tesis sistémicas de Jakobs. El delito, para Hegel, cuestiona la validez de normas y su *vigencia normativa*, por lo que la pena ha de restablecer simbólicamente el Derecho, ha de orientarse a su *autoafirmación*. Jakobs, libera a la pena del cumplimiento de fines concretos²⁹⁶ (prevención) y entiende que su cometido es operar como “*instrumento de estabilización social, orientación de acciones e institucionalización de expectativas*”, un medio al servicio absoluto del sistema (prevención-integración) y a exigencias funcionales de éste, con el objeto de devolver al ciudadano confianza en el sistema²⁹⁷. El pensamiento sistémico, en la formulación de Jakobs, es tributario de las tesis hegelianas, como el propio autor reconoce²⁹⁸.

Prescindiendo de necesarias coordinadas cronológicas y desde un enfoque “*estructural funcionalista*”, Durkheim (1858-1917) mantuvo que el delincuente es *agente regular de la vida social, parte integrante de toda sociedad sana*. La pena no cumple los fines “*metafísicos*” que tradicionalmente se le asignan (retribución, prevención, rehabilitación), sino que nace como cualquier otra institución social de las relaciones estructural funcionales. El delito lesiona los sentimientos colectivos porque el delincuente rompe con lo que es tenido socialmente por bueno y correcto. La pena es la reacción social necesaria, actualiza aquellos sentimientos colectivos que corren el riesgo de entumecerse, clarifica y recuerda la vigencia de ciertos valores y normas; además, refuerza ejemplarmente la convicción colectiva sobre el significado de los mismos²⁹⁹.

²⁹³ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 62 y ss.

²⁹⁴ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 341 y ss.

²⁹⁵ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p.23.

²⁹⁶ Vid. SANZ MULAS, N., De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs: El fantasma del enemigo en la legislación penal española. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, nº 14, p. 107 y ss.

²⁹⁷ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*. p.13: Sobre esta conexión SCHÜNEMANN, B., *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, p. 127 y ss.

²⁹⁸ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 12 y ss.

²⁹⁹ Vid. DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*, p. 70 y ss. A propósito de DURKHEIM, ha puesto de relieve SERRANO MAÍLLO, A., *Las teorías estructural funcionalista, y posteriores*

3.2.4 Feuerbach, y el principio de intimidación general (coacción de la conminación penal).

Feuerbach (1775-1833) considerado padre de la Ciencia Penal germana y comprometido en la elaboración del Código Penal bávaro de 1813 representa un nuevo hito en la teoría de la pena, y es el más significativo seguidor de la “*prevención general*” (negativa) o teoría disuasoria.

Para este autor la pena, -a diferencia de la tradición idealista germana- no persigue realizar la justicia absoluta sobre la tierra, implantar la razón, restablecer la fuerza del Derecho, sino evitar, mediante la coacción psicológica de la conminación penal, *¡la vieja ley del miedo!* que impulsos egoístas y antisociales del individuo se conviertan en hechos delictivos³⁰⁰. (Era pragmático y utilitarista). La función disuasoria, contramotivadora, de la pena se cumple con la *conminación* legal, no con su ejecución como en el Viejo Régimen, porque como argumentaba Feuerbach³⁰¹, el Estado no tiene derecho a servirse de sufrimientos inferidos al malhechor para intimidar a terceros. El modelo ofrece a ojos de Jakobs una armonía de los principios penales más importantes, se veda tratar al autor *como objeto de los derechos reales* se impiden las infracciones, evita penas innecesarias y vincula estrictamente la pena a la ley³⁰².

formulaciones, como las de Messner, Rosenfeld y LaFree, han conseguido explicar sugestivamente el incremento brusco de la criminalidad en determinados contextos de la sociedad norteamericana, consecuencia de diversas manifestaciones anómicas (anomia “ética”, anomia “cultural”, anomia “institucional”); y el nuevo perfil de la criminalidad en otros países socialistas tras la caída del Muro de Berlín; atribuible al cambio radical, sin transiciones, del modelo socioeconómico y político de los mismos. Señala que S.F. MESSNER, R. ROSENFELD, parten del análisis mertoniano y estiman que los EEUU están organizados para el delito porque la ideología del “sueño americano” propone como meta cultural el éxito económico, sin la necesaria licitud de los medios escogidos para conseguirlo, mientras la estructura social bloquea las oportunidades lícitas a muchos individuos que tendrán que optar por vías ilegales para acceder al éxito. Las elevadas tasas de criminalidad en EEUU se deben a la primacía absoluta y excluyente de instituciones económicas, que devalúan roles y funciones de instituciones no económicas (educación, familia, actividad política). La denominación económica estimularía una perniciosa anomia cultural, de ética anómica. Porque cuando dichas instituciones tienen que acomodarse a imperativos económicos y de mercado se inhabilitan para cumplir sus genuinas funciones, entre otras la del control social. Por su parte, para G. LAFREE, la sociedad norteamericana ha experimentado desde la 2ª Guerra Mundial súbitos y alarmantes incrementos de la criminalidad (aumento de ocho veces entre 1945 y el comienzo de la década de los noventa, llegando a la conclusión de que el crimen se debe a un fallo de las instituciones, que constituyen el principal entramado de confianza de los ciudadanos y que distinguen los procesos de socialización de éstos. *Introducción a la Criminología*. p. 356 y ss. A las teorías anómicas se acude, también para explicar los incrementos de la criminalidad en los otrora países socialistas a raíz del cambio de modelo político y social que experimentaron en las últimas décadas.

³⁰⁰ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 325 y ss.; Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 332 y ss.

³⁰¹ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, p. 89

³⁰² Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 26 y ss.

3.2.5 “Pena fin” de F. Von Liszt, prevención especial y exigencias del Estado social intervencionista.

El valedor más importante de la “prevención especial” es Franz V. Liszt. Su programa de Marburgo de 1882, dio nombre a la escuela, la Escuela de Marburgo, o Joven Escuela Alemana de Política Criminal. Junto a Prins y Van Hamel fundó en 1888 la Asociación Internacional Criminalística.

F. Von Liszt supera la lógica represiva, liberal y abstencionista del Estado ante el problema del crimen. Propugna una Política Criminal científica y preventiva que incide en las causas del delito, de acuerdo con premisas del nuevo Estado social intervencionista que lucha eficazmente contra el crimen, mediante el conocimiento empírico de sus causas. Fue partidario de defender las conquistas del Estado liberal en defensa de un poder penal sometido a límites infranqueables. El Derecho Penal debe seguir siendo en el Estado intervencionista, *barrera infranqueable de toda Política Criminal* debe seguir siendo *la Magna Charta* del delincuente frente al Leviathan³⁰³.

Subraya la importancia del espíritu garantista y el reconocimiento de límites del *ius puniendi* en el marco del Estado social intervencionista. “*En el Estado socialista será tan imprescindible la pena como en nuestro actual orden jurídico, por mucho que la imagen global de criminalidad pase a ser otra. Pero, tal Estado acentúa intensamente los intereses de la colectividad con mayor conciencia de objetivos y menos prejuicios contra el individuo que se rebela, y deberá fijar presupuestos bajo los que el individuo sucumbe a la colectividad y determinar límites hasta donde puede llegar la merma de protección jurídica*”³⁰⁴.

Las funciones de la pena, a través del cumplimiento y ejecución puede realizar tres funciones: servir de recordatorio al penado para que no vuelva a infringir la ley, corregir al susceptible de rehabilitación, e inocular al delincuente incorregible³⁰⁵.

En el caso de delincuentes habituales y reincidentes no recuperables F. Von Liszt entiende que priman derechos de la sociedad en detrimento de derechos individuales de éstos, y no duda en admitir el encierro indefinido y un tratamiento de rigor con dureza militar (trabajos forzados, castigos corporales y ayuno riguroso, entre otros) Sostuvo que mantener un tratamiento *racional* significaría un abuso para el contribuyente³⁰⁶.

³⁰³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, J.B., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 374 y ss.

³⁰⁴ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 70; 222 y ss.

³⁰⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 284 y ss.

³⁰⁶ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 405 y ss.

La teoría de la prevención especial, en declive por la creciente influencia del retribucionismo (consecuencia de abusos de Estados totalitarios), retorna hacia la década de los sesenta del pasado siglo, de la mano de la *segunda oleada de la prevención especial* y en torno al *Proyecto Alternativo* de Código Penal alemán de 1966. Junto a Schmidt, discípulo de Von Liszt, son muchos los autores que proclaman las exigencias de la prevención especial, si bien no como institución o fundamento de la pena misma sino de su “*ejecución*”³⁰⁷.

3.2.6 Pena “intimidación” y “aseguramiento” en los Derechos Penales de “autor” totalitarios.

La implantación de los Estados *totalitarios* supuso la ruptura con la evolución natural de teorías sobre el fin de la pena que apuntaba a modelos mixtos o integrados. Se suprime el Derecho Penal del *hecho*, de cuño liberal, y se sustituye por un Derecho Penal *de autor* que anticipa barreras de protección penal y persigue actitudes, inclinaciones, modos de vida del individuo antes incluso de que infrinja la ley. En estos sistemas el delincuente es traidor del Estado, rebelde, que merece desprecio absoluto de la comunidad. Considera el delito como un hecho patológico, contingente, que el Estado debe extirpar de raíz porque responde a causas *exógenas* al sistema, incompatible con éste. Practican un maximalismo radical para su eliminación (que creen posible) y para ello movilizan sus recursos, de control social formal (sistema penal) y de informal. El *ius puniendi* carece de límites y el ciudadano de garantías³⁰⁸.

3.2.7 Actuales teorías eclécticas de la pena: la “retribución” como fundamento o como límite de las exigencias preventivas.

Actualmente parecen mayoritarias las *teorías de la pena eclécticas*, que atribuyen al castigo: función retributiva (pena justa y merecida, herencia conceptual del idealismo alemán); función preventiva (prevención negativa y prevención positiva integradora); y función rehabilitadora o resocializadora. Son fruto de una actitud de compromiso de Escuelas que rechazan monismos (culpabilidad versus prevención) y la “pureza de modelos”³⁰⁹.

En la doctrina penal alemana, cuyo precursor fue MERKEL, las teorías de la pena eclécticas son dominantes³¹⁰, y en la española³¹¹ con alguna excepción. Se discute

³⁰⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., En cuanto a la opinión de SCHMIDHÄUSER *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 285.

³⁰⁸ Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 12 y ss.; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 29 y ss.

³⁰⁹ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 71.

³¹⁰ Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I*, p. 38.; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 71 y ss.

si la culpabilidad debe ser *fundamento* de la pena o *límite* de ésta y se discrepa, dado el carácter antagónico de los fines de la pena, cuál de ellos prevalecería sobre los demás, en caso de conflicto.

Para la orientación *conservadora*, la retribución es fundamento de la pena, aunque pueda cumplir finalidades político-criminales.

Para la dirección que se autodenomina *progresista* la pena se fundamenta en la defensa del orden social, operando la retribución y la culpabilidad como límites de metas prevencionistas³¹². Como dice solemnemente el Proyecto Alternativo Alemán del Código Penal del 1966, “*la pena es amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres, no un proceso metafísico para realizar la justicia sobre la tierra*”³¹³.

En el seno de las teorías *progresistas*, en caso de conflicto, un subsector de las mismas prioriza la prevención general, otro -que se supone más avanzada- la prevención especial³¹⁴.

3.2.8 Tendencias funcionalistas y sistémicas. La “renormativización” de las categorías del sistema.

Se observa, hoy, en la doctrina alemana, la que más se ocupa de la teoría de la pena, dos tendencias diferentes, que concurren con las teorías eclécticas o mixtas (estas últimas dominantes). De una parte las teorías funcionalistas supeditan los fines de la pena a necesidades y exigencias del sistema (teorías sistémicas de Jakobs y otros). De otra, un rebrote del *neoidealismo* alemán, minoritario pero pujante (Arthur Kaufmann, M. Köhler, E.A. Wolff, Freier, Kahlo, Herzog), quizás como reacción frente a excesos del funcionalismo radical y a la prioridad de exigencias del sistema que éste pretende.

La teoría dialéctica de Roxin es, en último término, una teoría mixta ecléctica brillantemente formulada, que atribuye a la pena funciones distintas según el momento de la vida de ésta. En el momento normativo de la conminación legal la pena se orienta prioritariamente a satisfacer exigencias de prevención general; en el jurisdiccional

³¹¹ Entre otros, PACHECO, SÍVELA, CONCEPCIÓN ARENAL, GROIZARD, ANTÓN ONECA, JIMÉNEZ DE ASÚA, CUELLO CALÓN, QUINTANO RIPOLLÉS, DEL ROSAL, RODRÍGUEZ DEVESA, RODRÍGUEZ MOURULLO, BERISTAIN, CASABÓ, MUÑOZ CONDE, CEREZO MIR, MIR PUIG, ZUGALDÍA ESPINAR, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA y GIL GIL,

³¹² Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 72.

³¹³ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal Concepto y Método*, p. 72 y ss. (nota 132)

³¹⁴ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 73 y ss.

(sentencia judicial), la pena se orienta hacia exigencias de retribución; y en el penitenciario a la prevención especial³¹⁵.

La tesis roxiniana difiere de la posición funcionalista de Jakobs en que aquella orienta las categorías del sistema (construcción o producto éste de un enfoque neokantiano) a necesidades político-criminales. Mientras, Jakobs absolutiza el sistema y subordina los fines de la pena a éste, sus necesidades o exigencias, rechaza toda limitación que proceda del ámbito ontológico o incluso del sentido ordinario del lenguaje³¹⁶; Roxin da cabida a valores y principios garantistas; Jakobs no, solo cree en el valor único y supremo que justifica la pena, la prevención-integración³¹⁷.

3.2.9 El resurgir del neoidealismo en Alemania.

Las formulaciones neoretribucionistas, neohegelianas y neokantianas de Kaufmann, Köhler, además de otros filósofos y penalistas alemanes contemporáneos³¹⁸, constituyen la reacción frente a excesos funcionalistas y prevencionistas. Para estos autores la pena persigue restablecer el Derecho en el sentido de la expresión hegeliana. Según Köhler hay que partir de un concepto prejurídico y general de la pena -siguiendo a Hegel- que concibe ésta como un proceso de respuesta al delito *impuesto por la razón* ya que el crimen es una negación de relaciones de reconocimiento recíproco. La pena tendría, para Köhler, legitimación *subjetiva* ajena a consideraciones sociales y prevencionistas³¹⁹. Este movimiento parte de conocidos trabajos previos de Arthur Kaufmann para quien tanto la culpabilidad como la pena son fenómenos morales³²⁰.

4.- PRINCIPALES TEORÍAS DE LA PENA EN LA DOCTRINA.

Su clasificación, podría hacerse de manera elemental, antes de iniciar el desarrollo de cada teoría³²¹:

³¹⁵ Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos de Derecho Penal*, p. 20.

³¹⁶ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 8 y ss.

³¹⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 109 y ss.

³¹⁸ Suele hablarse de un "Liberalismo subjetivista racional" (Kindhäuser) de una nueva "teoría de la retribución" a la que se refiere Callies o de una versión "kantiana" del liberalismo racional. La fuente de mayor influencia se halla en el pensamiento hegeliano

³¹⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 247 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 360 y ss.

³²⁰ Sobre este neoretribucionismo, en la doctrina penal española vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 360 y ss.

³²¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./ SERRANO GÓMEZ, A., Los autores consideran teorías absolutas: retribución divina, retribución ética, retribución jurídica y expiación -de Stahl, Herbart, Kant y Köhler-, respectivamente. Entre las teorías relativas: prevención general, coacción psíquica

A) *Teorías retribucionistas*. Principales formulaciones: 1) Kant, 2) Hegel, 3) Binding, 4) El expiacionismo, 5) El neoretribucionismo o neoidealismo alemán (A. Kaufmann, Köhler). Exposición de diversas posiciones. Crítica a las mismas

B) *Teorías relativas o prevencionistas*. 1) Teoría de la prevención general negativa: tesis de Feuerbach “*coacción psicológica*”. Exposición y crítica. 2) La llamada prevención general positiva-integradora: su doble origen doctrinal. a) Welzel, b) Teorías sistémicas: Jakobs. 3) Teoría de la prevención *especial*. a) Tesis de F. von Liszt. b) La *segunda oleada de la prevención especial*. c) Otras teorías que apelan a la prevención especial: correccionalismo; positivismo criminológico; movimiento de la Defensa Social.

C) *Teorías mixtas o eclécticas*. 1) La culpabilidad como fundamento o límite de la pena. 2) Predominio, caso de conflicto de finalidades antagónicas entre prevención general y prevención especial. 3) Formulación “dialéctica” de Roxin. De Schmidhäuser, Stratenwerth y otros. 4) Funcionalismo y finalidad de la pena.

5.- ANÁLISIS: EXPOSICIÓN Y CRÍTICA DE DIVERSAS TEORÍAS DE LA PENA.

5.1 Teorías retribucionistas

5.1.1 Presupuestos: ¿Por qué castigar o para qué castigar?

Las mal llamadas teorías “absolutas” “*ab legibus solutus*” contemplan la pena como respuesta *justa y merecida* que recibe el infractor, -respuesta aflictiva, como consecuencia y por razón del mal que previamente se causó, como exclusiva medida a dicha respuesta, en definitiva, utilitarias y ajenas a la idea suprema de Justicia

Parten de la imagen del ser humano y delincuente como racional y libre, solo la pena merecida y justa, es respuesta legítima si se tiene en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y culpabilidad del autor. La pena es *fin* en sí misma no medio o instrumento al servicio de objetivos y metas utilitarias, prevencionistas.

El hombre solo puede ser castigado por lo que hace, no para que los demás no lo hagan, ya que entonces estaríamos ante una instrumentalización del penado contraria a

(Feuerbach), intimidación por ejecución (Filangieri), advertencia (Bauer). De la prevención especial, entre otras; prevención (Grolmann), corrección (Krause, Röder), legítima defensa del Estado (Schultz), compensación sustitutiva (Welcker) y teorías contractuales (Rousseau, Beccaria). Para los autores la prevención general tiene triple contenido: pedagógico, intimidatorio y reparador para la víctima. La prevención especial, podría significar, en unos casos, reinserción; y la mera inocuización respecto de los penados incorregibles. *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 885 y ss.

su dignidad. Solo la pena justa y merecida respeta la dignidad y le trata como ser racional y libre. Buscar a la pena finalidades ajenas a la misma, sería deshonar al penado, a la pena y al propio sistema según partidarios de concepciones retribucionistas.

5.1.2 Escaso éxito del retribucionismo fuera de Alemania: “Justicia, virtud y fantasma de los alemanes” (Goethe).

El pensamiento retribucionista, hunde sus raíces en la “Ilustración griega” y el mundo clásico antiguo, descansa en la idea de responsabilidad ética individual y culpa moral del cristianismo. Padres de la Iglesia, católicos y protestantes, apelaron coherentemente a esta teoría. En España, ningún contemporáneo fundamenta la pena en la exclusiva idea absoluta de Justicia. En Alemania cuenta con gran tradición, por la autoridad y prestigio de autores como Kant y Hegel que supieron argumentarla con brillantez. Roxin da una explicación al éxito del pensamiento retributivo, con carácter general, “*Por esa fuerza sublime de la compensación retributiva que trata de aportar reflejo de justicia suprema y de armonía superior a nuestra frágil existencia*”³²². Más irónicamente, algún autor alemán, principalmente, Schmidhäuser³²³ relaciona el éxito de estas tesis en su país con el “pathos idealizador” y maximalismo categorial que caracteriza la idiosincrasia alemana, con palabras de Goethe, “*Justicia, virtud y fantasma de los alemanes*”.

* **INMANUEL KANT**. Su pensamiento no puede desvincularse de la “*República moral*”, un Estado ideal y atemporal en la que se sitúa el autor.

Parte de la tesis de la pena como mandato de Justicia, que no admite excepciones. La vincula a *imperativos categóricos*. la pena es *fin* en sí misma, debe imponerse necesariamente si se ha cometido delito, aunque su imposición no procure beneficio al penado o a la sociedad civil. Prefiere la muerte de un hombre a echar a perder un pueblo. Si se va a pique la Justicia, decía Kant, no tiene sentido que vivan los hombres sobre la tierra³²⁴.

Insiste en la idea de que utilizar la pena con fines utilitarios, prevencionistas, instrumentaliza al penado para fines ajenos a la justicia, a sus merecimientos, es decir, se le trataría como objeto del *Derecho Civil de cosas*³²⁵.

³²² Vid. ROXIN C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 12.

³²³ Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 370.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 241 y ss.

³²⁴ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 62; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español*, p. 84.

³²⁵ Cfr. JESCHECK, H.H/WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 75; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Tendencias y Fundamentos del Derecho Penal*, vol. I. p. 241 y ss.

Para ilustrar su tesis acude a un ejemplo expresivo: “*Imaginemos una isla apartada y recóndita en la que habita una pequeña sociedad civil que poco a poco se disuelve, pero queda en ella un condenado a muerte, nadie más. Kant indica, a ese habitante único de la isla solitaria habría que ejecutarle. Aunque a nadie conste su existencia, aunque la ejecución de la pena no sirva para nada ni beneficie a nadie. ¿Por qué, se pregunta el autor? Y contesta con una explicación solemne: Para que todos experimenten el valor de sus actos*”. ¡Es difícil explicar mejor la tesis de la pena y su fundamento en el valor supremo de la Justicia absoluta!

El quantum de la pena concreta se obtiene con una aplicación rigurosa, mecánica, de la ley del talión, única capaz de cuantificar calidad y cantidad del castigo merecido, entendida en el seno de la actividad jurisdiccional y no como venganza privada³²⁶. Criterio *talionar*, replicado irónicamente por Hegel, para quien sería un concepto de proporcionalidad irracional e injusto ya que al final todo lo que consigue es que haya dos tuertos o dos desdentados en lugar de uno³²⁷.

La proporcionalidad persigue que las conciencias del infractor y la comunidad perciban y sientan como propia la igualdad cualitativa y cuantitativa que tiene que existir entre el daño causado y la pena impuesta al infractor. Sin conciencia de tal igualdad no se habría comprendido el sentido del castigo. Pero, en último término, para Kant, la idea expresada de proporcionalidad trasciende, por su profundo significado, lo que su aparente formulación *talionar* sugiere. Supone límite radical a un esquema meramente prevencionista y utilitario³²⁸.

* **G. W. FRIEDRICH HEGEL**. Las tesis retribucionistas de Hegel hay que situarlas en su contexto histórico-político, el Estado de la Revolución Francesa, que poco tiene que ver con el marco ahistórico y atemporal de la concepción metafísica kantiana (República Moral)³²⁹.

Para Hegel el fundamento de la pena tiene que ver con un *proceso dialéctico*: posición-negación, negación de la negación. Parte del concepto de ordenamiento jurídico como *querer general* (posición). Y el delito como negación del ordenamiento jurídico, que impone la voluntad *especial* del infractor a la *voluntad general*. La pena, sería negación de la negación (negación de la voluntad especial del delincuente), que conduce a reafirmar o restaurar el orden jurídico. Es restauración *ideal* -simbólica- del orden jurídico infringido, de la armonía entre voluntad general y particular.

³²⁶ Como subraya FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 341.

³²⁷ Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 89; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 347 y ss.

³²⁸ Como señala, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p.89

³²⁹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 343.

La pena, -según Hegel- no es un *mal* en sí misma. Sería absurdo, argumenta, querer un mal solo porque previamente ha tenido lugar otro mal. La pena no alude a un *bien*, ni a un *mal*, sino a la dialéctica *injusto-justicia*³³⁰.

Solo esta restauración ideal del orden jurídico, afirma Hegel, mediante la pena trata al delincuente como ser racional y libre. La pena así concebida *honra* al infractor dándole no ya lo justo *en sí*, sino *su derecho*³³¹. No se honra al delincuente como ser racional y libre, como persona moral, si se trata como a animal dañino al que hay que neutralizar o al que se quiere espantar o curar. El pensamiento de Hegel se puede resumir: *lo que es racional es real y lo que es real es racional*³³².

Conocida es la aversión de Hegel a una concepción intimidatoria de la pena, que amenaza al hombre “*como el amo que levanta el bastón contra el perro*”. Evidentemente, ni el Estado es amo de nadie, ni la pena un bastón, ni el delincuente un perro³³³.

Importante distinción traza Hegel para explicar la idea de proporcionalidad, entre concepto *general* de pena (profesa una concepción retribucionista, *absoluta*) y determinación de pena *concreta*, aplicable al caso. Ésta última, dependerá de necesidades variables de la sociedad civil. En un momento histórico, dice Hegel, puede ser conveniente castigar con pena de muerte el hurto de pequeñas cantidades de dinero o una zanahoria y en otro distinto, puede ser conveniente sancionar con penas benignas hurtos de grandes proporciones³³⁴.

Así trata de evitar, Hegel, la falta de racionalidad del concepto kantiano de proporcionalidad y su profunda injusticia que conseguía -crítica irónicamente el autor- al final “*dos tuertos o dos desdentados*”³³⁵. Censura el concepto kantiano de proporcionalidad talionar. La pena, dice Hegel no tiene que ser mal idéntico al causado por el delito sino *respuesta adecuada y suficiente*, en términos valorativos y simbólicos, para restablecer el Derecho, frente a la lesión *general* que éste sufrió con el delito. Ante un mismo hecho delictivo objetivo caben diversas respuestas.

³³⁰ Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General* p. 89; ROXIN, C., *Problemas básicos de Derecho Pena*, p. 13; FEIJOO SÁNCHEZ, J.B., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 344 y ss.

³³¹ Cfr. JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. p. 76; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 242.

³³² Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 206.

³³³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 242.

³³⁴ Cfr. JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 76; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 344.

³³⁵ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 62 y ss.; Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 345.

El acento en la relación valorativa de proporcionalidad entre delito y pena debe ponerse en la lesión *general* del ordenamiento jurídico que el delito significa al cuestionar la validez de sus normas. La pena aporta la respuesta adecuada y suficiente - en términos valorativos- al delito, neutraliza simbólicamente la desautorización de la norma que representa, y restablece la vigencia del Derecho.

La reparación del concreto perjuicio ocasionado a la víctima pertenece al Derecho Civil³³⁶. Para Hegel al Derecho Penal corresponde valorar y neutralizar simbólicamente la lesión general al ordenamiento. Los daños concretos a la víctima se corresponderían mediante el Derecho Civil.

En la actualidad, desde concepciones funcionalistas-sistémicas, Jakobs profesa una concepción de la pena tributaria del pensamiento hegeliano, como así reconoce³³⁷. Jakobs y Hegel, liberan a la pena del cumplimiento de fines de prevención y reinserción, por considerar que es *mera negación del hecho* que margina la afirmación del autor (objetivadas en el delito cometido)³³⁸.

Las concepciones de Kant y Hegel sobre el fundamento de la pena exhiben importantes diferencias. El pensamiento de Kant se inscribe en un marco histórico político determinado, ahistórico y atemporal, una *República Moral*. El de Hegel, en la Revolución Francesa. Kant refiere la pena a un imperativo categórico: reclamar el valor absoluto de justicia como valor supremo. Hegel, a un proceso dialéctico: *injusto-justicia*, la pena neutraliza ideal y simbólicamente el desafío que el delito representa para el ordenamiento jurídico, y restablece la vigencia de sus normas. Kant mantiene una idea *talionar* de la proporción cuasiaritmética, que Hegel califica de irracional e injusta.

Hegel rechaza la concepción metafísica y moral del concepto kantiano de proporcionalidad por una concepción *simbólica, valorativa y comunicativa* de ésta. Distingue entre fundamento del concepto *general* de pena, como lesión del ordenamiento jurídico, y determinación de pena *concreta* que debe imponerse, ponderando las exigencias históricas, variables caso a caso, de la sociedad. Porque, para Hegel, la reparación del perjuicio ocasionado a la víctima corresponde al Derecho Civil, no al Penal³³⁹.

* **KARL BINDING** mantiene una concepción retribucionista de la pena, con dos notas diferenciadas. Influenciado por Hegel, Binding positivista, somete su teoría del

³³⁶ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 344

³³⁷ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 22 y ss.

³³⁸ Vid. SCHÜNEMANN, B., *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, p. 646 y ss.

³³⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 244

castigo al *ius positum* alemán del momento, condicionante metodológico que relativiza las tesis del autor.

Deriva la teoría de la pena de su teoría de las normas, lo que no sucede con Hegel ni con Kant. Metodológicamente, éste dato es diferencial³⁴⁰.

El *retribucionismo jurídico* de Binding sostiene que la finalidad del castigo es demostrar al delincuente su impotencia y someterle de manera coactiva a la *fuerza victoriosa del Derecho*, imponiendo un mal proporcionado a la gravedad del hecho delictivo y a la culpabilidad de su autor. No llega a abandonar el terreno del formalismo conceptual pero admite la razonabilidad de la ley y la necesidad de orientar su interpretación según los fines de la pena. Es expresiva, en este sentido su frase “*La ley piensa y quiere lo que de ella deduce el racional espíritu popular que la interpreta*”³⁴¹.

* **PENSAMIENTO EXPIACIONISTA.** Estas tesis vinculadas a la tradición cristiana aportan un componente moral para fundamentar el castigo y establecer paralelismos: delito-pecado, pena-penitencia³⁴². La idea de *expiación* es sinónimo de arrepentimiento sincero del autor por el delito cometido y su culpabilidad, como reconciliación consigo mismo, con la sociedad, y acepta el castigo como sanción justa y merecida.

El expiacionismo reclama una actitud y predisposición moral del culpable, de modo que la pena no busca restablecer la justicia ni la fuerza victoriosa del Derecho. La personalidad del infractor aproxima esta concepción moralizadora del castigo a concepciones correccionalistas decimonónicas de nuestro país. Se trata de una reconciliación consigo mismo y con la sociedad o aceptación del castigo como sanción justa y merecida³⁴³.

Confiere al castigo un sentido positivo, un plus legitimador de la pena, ésta no sería solo *padece* sino *actuar*. El delincuente debe dar algo de sí, no basta que la sufra o padezca³⁴⁴. Reclama del condenado dos contribuciones positivas: la reparación del

³⁴⁰ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 212 y ss.

³⁴¹ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 213 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 347.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias*, vol. I, p. 245.

³⁴² Por todos, DEL ROSAL, J., El autor es probablemente el único en la doctrina penal española que mantiene abiertamente el pensamiento expiacionista. Algunas reflexiones sobre el discurso de S.S. Pío XII al Congreso Nacional de la Unión de Juristas católicos italianos en especial, sobre reparación y expiación de la culpa. En: *Estudios jurídicos-sociales. Libro-Homenaje al Profesor L. Legaz y Lacambra*, vol. II. Universidad de Santiago de Compostela. 1960, p. 1043.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 356.

³⁴³ En este sentido, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 358.

³⁴⁴ Cfr. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 25 y ss.

mal causado a la víctima (componente social) y su honesto arrepentimiento (componente moral)³⁴⁵.

La pena compensa la infracción de la norma. Toda expectativa ante el autor que vaya más allá de la pena apunta a algo más que únicamente a la simple compensación. La expiación como reconocimiento activo de la norma no constituye motivo para atenuar la pena o para no punir, pero la ausencia de expiación es algo propio necesariamente de la infracción de la norma no subsanada y por ello no constituye fundamento de la pena, junto a la infracción de la norma³⁴⁶. El pensamiento expiacionista, liberado de componentes moralizadores y metafísicos ha sido asumido, en parte, por las teorías de la prevención especial, en concreto los modelos resocializadores³⁴⁷. Prueba de ello son las tesis de Baumann, representativas del movimiento de reforma penal durante los años sesenta y setenta del pasado siglo en Alemania³⁴⁸.

* **“NEOIDEALISMO ALEMÁN” CONTEMPORÁNEO.** Denominado también “Nuevo Liberalismo Subjetivista racional”, “Nueva Teoría de la Retribución” o “Versión Kantiana del Liberalismo Racional”, parte de conocidos trabajos de Arthur Kaufmann, a quien seguirán otros de sus más prestigiosos representantes, M. Köhler, E.A. Wolff, V. Freier, Herzog, entre otros. Representan la antítesis más radical de tesis prevencionistas y funcionalistas contemporáneas³⁴⁹.

El filósofo más influyente en este neoidealismo -o neoretribucionismo- alemán no es Kant, sino G.W.F. Hegel. Estos autores aportan una fundamentación material y prejurídica (ontológica) al delito, recuperando la brillante tradición idealista germana de Kant y Hegel. Tres son sus pilares básicos: a) el concepto clásico de culpabilidad, basado *poder actuar de otra manera*; la posibilidad real de *elección*; y la autodeterminación de la voluntad individual; b) el indeterminismo filosófico, acorde con la imagen del hombre como ser racional y libre (son libero-arbitristas); c) una concepción liberal-radical de la sociedad como mosaico de robinsones aislados en sus propios mundos morales, a la luz de una interpretación subjetivista kantiana del pensamiento hegeliano³⁵⁰.

³⁴⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias*. vol. I, p. 245 y ss.

³⁴⁶ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 25 y ss.

³⁴⁷ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 358. (nota 62)

³⁴⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias*, vol. I, p. 246.

³⁴⁹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*. ob. cit., págs.360 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal Instituciones, Fundamentos y Tendencias*, vol. I, p. 247.

³⁵⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 360 y ss.

Confunden y mezclan Derecho positivo y filosofía, del mismo modo que identifican lo real con lo racional. “*el Derecho realizado en la historia no puede ser de distinta naturaleza al que cualquiera puede encontrar si busca en su interior y no le faltan fuerzas espirituales para convertir el contenido de su conciencia en pensamientos lúcidos*”³⁵¹.

5.1.3 Balance crítico del retribucionismo: aportaciones incuestionables y objeciones al mismo.

Goza, injustamente, de una imagen negativa, dogmática, cruel, regresiva y moralizadora. Se olvidan las aportaciones al debate sobre fundamento y fin del castigo, ya que al reclamar una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor -al injusto culpable- el retribucionismo representa límite del *ius puniendi* y régimen de garantías para el ciudadano frente al poder absoluto del Leviathan³⁵².

Basta recordar los fundamentos y extensión del *ius puniendi* en el Viejo Régimen: crueldad, desproporción, y responsabilidad objetiva por el resultado. El retribucionismo, ha significado, históricamente, un gran progreso en la orientación de los sistemas penales porque sus dos bastiones (principio de proporcionalidad y de culpabilidad) lanzan un mensaje demoledor contra los pilares del poder absoluto del Estado del Viejo Régimen. Proporcionalidad y culpabilidad son límites del *ius puniendi* y garantía fundamental para el ciudadano.

Desde un punto de vista filosófico y ético el retribucionismo, aporta una imagen digna del hombre -del delincuente- como ser racional y libre que no deben instrumentalizar los poderes públicos por miras prevencionistas y utilitarias. Otras imágenes del infractor (víctima, inválido, animal salvaje), defendidas por teorías radicales marxistas, correccionalismo, positivismo criminológico, son ofensivas para la dignidad del ser humano. El pensamiento retribucionista convierte al hombre en centro y fin del sistema. Sus pilares conceptuales (proporcionalidad y culpabilidad) son axiomas irrenunciables de un sistema penal moderno.

La pena retributiva del *castigo justo y merecido* lo es porque castiga al hombre por lo que ha hecho. La pena retributiva respeta la dignidad del infractor como ser *racional y libre*, honrándole con su derecho, con un castigo adecuado a la gravedad del hecho cometido y a la responsabilidad del autor. La pena retributiva cierra paso al tratamiento cruel e injusto del delincuente usando el castigo “*como el amo levanta el bastón contra el perro*”. Por tanto, solo la pena retributiva evita excesos de concepciones prevencionistas y utilitarias, vedando la utilización del castigo como mero recurso intimidatorio.

³⁵¹ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 207 y ss.

³⁵² Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 350 y ss.

Desde un punto de vista preventivo la pena percibida como justa y merecida, parece ser la más eficaz como factor contramotivador o inhibitorio de futuros comportamientos delictivos³⁵³. La pena desproporcionada y cruel aterroriza, pero no intimida ni disuade al infractor potencial. Puede tener efectos criminógenos, porque la severidad del castigo no es variable decisiva en los procesos disuasorios, sino una más³⁵⁴.

Esta pena parece la más eficaz, tanto desde el punto de vista de prevención general como especial, porque hace ver a la comunidad su contenido ético, lo que confiere a las prohibiciones legales un respaldo social del que carecen mandatos legales injustos o desproporcionados.

Se habla de la aportación permanente de Hegel y el pensamiento retribucionista. La necesidad de imponer un castigo para restaurar el orden jurídico, para que el Derecho *siga siendo Derecho*, es hoy, en opinión mayoritaria, exigencia elemental de la prevención general, entendida como salvaguarda de normas en la conciencia de la comunidad³⁵⁵. La verdad permanente de las *teorías absolutas* reside en haber llamado la atención sobre el hecho de que la protección del orden social mediante el castigo solo puede llevarse a cabo -en la medida en que aquella sea necesaria- por el camino de la justicia³⁵⁶.

No parece acertado el diagnóstico de Klug cuando se refiere al *adiós definitivo a Kant y Hegel* como una señal de identidad de los sistemas penales modernos. Todo lo contrario, los principios de proporcionalidad y culpabilidad son garantías y límites irrenunciables del *ius puniendi* en cualquier Derecho Penal de nuestro tiempo.

La idea de retribución no tiene que ver con la venganza, sentimientos soterrados de odio y reprimidas querencias agresivas de la sociedad, es, ante todo, límite de la intervención penal y garantía del ciudadano³⁵⁷.

Las teorías retribucionistas han sido objeto de críticas y objeciones: Invocar la justicia, el valor supremo de justicia -se ha dicho- para legitimar la pena es temerario.

³⁵³ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 29; en Alemania: MAURACH. cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 63 y ss.

³⁵⁴ Sobre las variables reales de los procesos disuasorios, vid. GARCÍA-PABLOS, DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 609 y ss.

³⁵⁵ Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 12 y ss.

³⁵⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal Instituciones, Fundamentos y Tendencias*. vol. I, p. 250 y ss.

³⁵⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal Instituciones, Fundamentos y Tendencias*. vol. I, p. 251.; GIL GIL, A., Prevención general positiva y función ética social del Derecho Penal. En: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*. Madrid. Edita Tecnos. 2002. Coordinado por José Luis Díez Ripollés, p. 9 y ss.

¿Qué sabemos de la justicia los seres humanos? La justicia no es de este mundo ni puede hacerse valer, además y precisamente, a través del proceso penal, cuyo formalismo y garantismo crea obstáculos para averiguar la verdad material, histórica, que a menudo poco tiene que ver con la *verdad legal*³⁵⁸.

La desproporción entre el número de delitos que se cometen y los que se castigan (procesos de atrición) y el hecho de que el proceso de aplicación de la ley penal a la realidad social -selectivo y discriminatorio- prescinde de criterios culpabilísticos, para aplicar otras variables en su actuación³⁵⁹ son hechos que demuestran que la *justicia* no es valor determinante ni decisorio en dicho proceso real.

Se ha criticado como irracional e ilusorio, propio de concepciones mágicas, metafísicas o religiosas, el mecanismo compensatorio, o la suposición de que la pena neutraliza el mal que el delito causó y restablece el orden jurídico violado. Dicho mecanismo compensatorio solo puede admitirse en virtud de un auténtico *acto de fe*³⁶⁰, cuando además la realidad demuestra que con frecuencia la aplicación de un mal a quien previamente causó otro mal, lejos de hacer justicia causa un mal mayor. Por ello plantea López Barja de Quiroga que imponer el sufrimiento de un mal (cumplimiento de la pena) sin finalidad alguna es absolutamente irracional y que sólo lo soporta la idea de venganza³⁶¹.

Recuerda, invocando el resultado de numerosos estudios empíricos, la pena no limpia, mancha y estigmatiza. Sobre todo, parece olvidarse que no castigamos para hacer justicia sino por necesidad³⁶², para hacer posible la convivencia. Las teorías retribucionistas *tiñen de moralidad y buena conciencia* la cotidiana Administración de Justicia que dista mucho de guiarse plenamente, como obra humana que es, por este valor.

La pena retributiva, tiene fundamento sociopsicológico porque el crimen genera en la comunidad exigencias inequívocamente vindicativas. El ciudadano reclama que el infractor *pague su culpa*, experiencia que siente a diario la víctima. Ahora bien, que la pena retributiva hunda sus raíces en tales sentimientos de la comunidad no significa que delito y pena conecten como si de un binomio inseparable se tratara. Que la imposición

³⁵⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 95.

³⁵⁹ Vid. STRATENWERTH, G., Este autor critica las teorías absolutas de la pena invocando el poder de “definición” de la sociedad (criminalización) y el muy selectivo y discriminatorio poder de los operadores jurídicos que realmente rigen el proceso de aplicación de la ley, al caso concreto, como evidencia del denominado proceso de atrición. *Derecho Penal Parte General I*, p. 30, (notas 13, 14 y 15).

³⁶⁰ Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 12 y ss.

³⁶¹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 95.

³⁶² Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal Instituciones, Fundamentos y Tendencias*. vol. I, p. 254 y ss.

de pena de prisión al ladrón compense, sin más, la lesión del Derecho que se ocasionó es algo que cabe mantener en el plano de conceptos abstractos, no en el fáctico y real. Porque no se puede demostrar que la supervivencia del orden social dependa de la incriminación de ciertas conductas, pareciendo obvio, que la pena no es el único ni más adecuado modo de hacer frente a ciertos conflictos.

La pena no es el único y necesario instrumento para combatir el delito y queda demostrado con el Código Penal que castiga selectivamente ciertos comportamientos, no todos los merecedores de pena. El carácter *fragmentario* del Derecho Penal es el más claro desmentido a la necesidad generalizada de intervención penal por razones de justicia.

En el Estado plural y democrático de Derecho (no en el Estado “teocrático” de otras culturas) la misión de los poderes públicos es menos sublime, pero más realista. El Estado no persigue la realización plena de valores absolutos de justicia sobre la tierra, solo hace posible la convivencia de los hombres. Como afirma Roxin: “*De la justicia sabemos poco los humanos*”. El Estado moderno castiga por razones de necesidad, y no procede invocar la justicia para refugiarse en coartadas metafísicas, cuando parece indiscutible que la pena no es más que “*una amarga necesidad*” en una sociedad de seres imperfectos, como recordaba el Proyecto Alternativo Alemán³⁶³.

Los derechos positivos, reflejan el principio de *fragmentariedad* de intervención punitiva y recogen instituciones orientadas a satisfacer exigencias que nada tienen que ver con la justicia. Por ejemplo, prescripción del delito o de la pena.

Otra objeción al pensamiento retribucionista procede de quienes niegan la existencia -o la prueba de la existencia-³⁶⁴ del libre albedrío, que constituye uno de sus fundamentos conceptuales³⁶⁵. Son muchos los autores, que en lugar de pronunciarse sobre el problema filosófico del libre albedrío optan por reconocer una *realidad psicosociológica*, una *convicción general*”, una “conciencia social y moral”, una profunda necesidad de la comunidad misma o del Estado³⁶⁶.

³⁶³ Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I*, p. 29, (nota 11).

³⁶⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., Señala la imposibilidad de probar su existencia, *Estudios de Derecho Penal*, p. 60 y ss.

³⁶⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, p. 60 y ss.

³⁶⁶ Vid. STRATENWERTH, G., A su juicio, siendo indemostrable empíricamente la existencia del libre albedrío, los autores acaban acudiendo a la psicología social (a las convicciones de la generalidad o del ciudadano medio), esto es a la opinión de otros que crean en su existencia, para justificar ésta. Y así, se habla de una “convicción de la acción y vivencia práctica”, de “una realidad indubitable de nuestra conciencia social y moral”, de una “profunda necesidad social” o incluso de una “ficción necesaria para el mantenimiento del Estado”. *Derecho Penal. Parte General I*, p. 26 (nota 7).

Las teorías *expiacionistas*, si entendemos por expiación actividad anímica del penado, de carácter moral, para *purificarse* interiormente a través del arrepentimiento experimentado con el castigo, es obvio que estamos ante un enfoque moralizador incompatible con el sentido global de la pena estatal³⁶⁷. Lo que puede valer para la culpabilidad moral, no puede ser trasladado a la pena estatal, y ello por muchas razones: a) si se pretende concebir la praxis penal como oportunidad para una expiación que eliminara la culpabilidad, habrá que prescindir de las realidades de esa praxis; b) al ser la expiación una obra moral, que se sustenta en la libre voluntad del propio culpable, querer imponer coactivamente constituye un contrasentido en sí misma; c) la pena, a ojos de la sociedad, antes que expiar el delito, estigmatiza al condenado³⁶⁸. La experiencia demuestra que la pena no suele contribuir positivamente a una elevada reflexión personal, como el expiacionismo sugiere, máxime cuando consta sobradamente su efecto traumatizador indeleble³⁶⁹.

La esencia y funciones de la pena nada tienen que ver con el modo en que ésta se experimenta por el infractor, ni con las pretensiones vindicativas de la llamada *sociedad sancionadora*³⁷⁰.

La teoría de la expiación no puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados sus fundamentos y porque, como conocimiento de fe irracional y además impugnable, no es vinculante³⁷¹.

A la corriente neoidealista en la doctrina penal alemana tal es suficiente con objetar que la pena no es fenómeno individual y moral, sino estatal y jurídico, que el Estado moderno no es *república moral* ni *Estado ideal* y que el individuo para el Estado no solo es un sujeto “moralmente autónomo” sino un ciudadano³⁷².

Para Jescheck, la realización de la moral absoluta sobre la tierra no es una misión del Estado y por sus fines y medios de poder, tampoco puede serlo. La mayoría del injusto queda sin castigar³⁷³.

³⁶⁷ Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 14 y ss.

³⁶⁸ Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I*, p. 28, (nota 10).

³⁶⁹ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 25; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal Instituciones, Fundamentos y Tendencias*. vol. I, p. 256

³⁷⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 356 y ss.

³⁷¹ Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 14 y ss.

³⁷² Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 368 y ss. (Recoge la opinión de K. GÜNTHER)

³⁷³ Vid. JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 76.

5.2 Teorías preventivistas o teorías “relativas”.

Conciben la pena como instrumento útil y eficaz para evitar la comisión de delitos en el futuro.

Castigamos según estas teorías *ne peccetur*, para no delinquir, mientras las retribucionistas mantienen el castigo al infractor *quia peccatum est*, porque al delinquir, es justo y necesario hacerlo³⁷⁴.

En las teorías *absolutas* coinciden concepciones idealistas, liberales e individualistas, y en las preventivistas o relativas se entrecruzan pensamientos de carácter humanitario, sociales, racionalistas y utilitarios³⁷⁵.

Hasta Feuerbach no se distinguen con nitidez sus dos manifestaciones principales: las teorías de la prevención general y las de prevención especial³⁷⁶.

La Prevención General, se lleva a cabo a través del efecto contramotivador de la conminación legal abstracta. Su destinatario es la comunidad y en particular el infractor potencial tentado de cometer el delito. La Prevención Especial se realiza mediante el cumplimiento y ejecución de penas experimentada por el delincuente concreto, con el fin de evitar su reincidencia.

La Prevención General *negativa* asigna a la pena -a la conminación legal- una función disuasoria, intimidatoria. Mientras la Prevención General *positiva* o integradora considera que el efecto del castigo no se agota exclusivamente en su poder intimidatorio o disuasorio, porque cumple además otras funciones (función integradora, fortalecimiento de la moral social, magisterio ético, función pedagógica, ejemplaridad).

5.2.1 Teoría de la prevención general negativa (Feuerbach).

La formulación moderna de esta teoría debida a Feuerbach (1775-1833) asigna a la pena una función preventiva del crimen que se lleva a cabo mediante mensajes coactivos psicológicos dirigidos a la criminalidad potencial o latente que frenan o contrarrestan con la amenaza del castigo.

Para Feuerbach, la misión del Estado es impedir la violación del Derecho, pero esta misión no puede cumplirse siempre con la presencia física de la Autoridad en

³⁷⁴ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Lo importante es que se tome conciencia de que la pena no es el sistema ni la solución y que es preciso imponer serios límites a la coerción estatal. Esto sólo se logrará si existe discusión sobre los fundamentos de la pena y sobre la legitimación estatal para imponerla. La discusión mantiene viva y constante la problemática y la necesidad de encontrar, aunque parezca imposible la solución. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 112.

³⁷⁵ Vid. JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 77.

³⁷⁶ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 65 y ss.

situaciones de riesgo. Para anticiparse a la violación de la ley acude a instrumentos coactivos de naturaleza *psicológica*, como la conminación penal³⁷⁷. Lo importante es que el ciudadano conozca las leyes. La efectiva aplicación del castigo solo sirve para corroborar la seriedad de las conminaciones legales³⁷⁸.

El pensamiento de Feuerbach es inequívocamente pragmático y utilitario. A diferencia de la tradición idealista alemana, para este autor la pena no persigue la realización absoluta de la justicia sobre la tierra ni la implantación de la razón o el restablecimiento del Derecho, sino evitar mediante la amenaza del castigo que los impulsos egoístas y antisociales del individuo se conviertan en hechos delictivos³⁷⁹.

Consciente del riesgo de instrumentalización del penado en aras de fines utilitarios, prevencionistas, distingue la pena, -conminación legal abstracta- como instrumento coactivo psicológico para evitar la delincuencia y la que llama *poena forensis* cuya fundamentación y medida vendrían por el hecho cometido, es decir, *quia peccatum est*³⁸⁰.

Esta teoría de la *coacción psicológica* de Feuerbach ha sido objeto, también, de diversas objeciones. Se ha dicho -no sin razón- que las teorías de la prevención general negativa tienden a la desproporción, incluso al terror estatal, porque ponen el acento en la necesidad de neutralizar impulsos incívicos del infractor potencial, prescindiendo de la lesividad social del hecho. Proponen un Derecho Penal basado en el temor al castigo que pretende domesticar behaviorísticamente³⁸¹ a aquel. Son contrarias al *ius positum* que pondera la gravedad del hecho concreto cometido y la culpabilidad de su autor. Además, carece de fundamento criminológico y fracasa en supuestos de culpa inconsciente y en los delitos por convicción³⁸².

Las objeciones de mayor peso a la tesis de la prevención general negativa de Feuerbach son tres: A) En primer lugar, desde un punto de vista moral y axiológico, la

³⁷⁷ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 66 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal Instituciones, Fundamentos y Tendencias*”. vol. I, p. 261 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 92 y ss.

³⁷⁸ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 66 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 374.

³⁷⁹ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 96 y ss.

³⁸⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Feuerbach rechaza un prevencionismo utilitarista radical que acabaría por instrumentar al penado según la crítica kantiana. Por eso distingue entre imposición de la pena y ejecución de la pena, entre mera conminación legal e imposición de la pena concreta (*poena forensis*). El fundamento de esta última sería el delito cometido. *Las teorías clásicas de la pena*, p. 374

³⁸¹ Behaviorismo: Doctrina psicológica, fundada por J.B. WATSON, cuyo método se basa en la observación objetiva de la conducta del ser que se estudia y no por sus pensamientos y vida interior

³⁸² Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 97 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 378 y ss.

pena entendida como elemento contramotivador y disuasorio, sin más, instrumentaliza al delincuente, ofende su dignidad de ser racional y libre; es injusta, porque castiga no con arreglo a sus merecimientos sino para que los demás no delincan. Toma al penado como *ejemplo*, lo que degrada la función penal. Para Hegel, acude al castigo como el amo que levanta el bastón contra su perro, como si el ser humano perteneciera al *Derecho Civil de cosas*³⁸³; B) La segunda objeción discurre en el ámbito psicológico, demostrando las tesis reduccionistas, de Feuerbach, desconocer el curso real de procesos disuasorios y variables que influyen en los mismos. Incurren en un simplismo al suponer el efecto contramotivador de las conminaciones legales y generalizando la forma en que éste tiene lugar. El problema, en realidad, es mucho más complejo como demuestran numerosas investigaciones empíricas sobre la *deterrence*³⁸⁴. Como advierte, con buen criterio un penalista español, la dinámica de la criminalidad no se aviene necesariamente a reclamos de la pena³⁸⁵. Si aumentásemos -dice- considerablemente la pena de la imprudencia y redujésemos en igual proporción la del asesinato, no por ello se producirían menos muertos en la carretera ni más asesinatos. En los procesos disuasorios intervienen numerosas variables, pero desconocemos con criterios generalizadores y *ex ante* cuales son y cómo interactúan entre ellas, también ignoramos qué influencia pueda tener el castigo en la adquisición y mantenimiento de los valores y predisposiciones comportamentales que constituyen las raíces profundas de la conducta humana; C) La tercera objeción se ha anticipado en páginas anteriores. Esta teoría, como todas las que sobredimensionan la función disuasoria del castigo son proclives a la desproporción y al *terror estatal*, al carecer de límites que tracen presupuestos de intervención penal³⁸⁶. El utilitarismo prevencionista no sabe de fronteras y la experiencia histórica demuestra que los mayores atropellos se han cometido siempre en nombre de la conveniencia y la eficacia. Una fundamentación del castigo basada exclusivamente en razones de prevención general negativa (intimidación) podría dar lugar a un uso incontrolado del poder punitivo³⁸⁷.

Los estudios empíricos sobre la *prevención marginal* demuestran que el incremento progresivo de actitudes punitivas, como solución al ascenso de la criminalidad, constituyen craso error. Las *ventajas marginales* (en orden a prevenir la delincuencia) de un incremento progresivo del rigor penal son a medio plazo mínimas o inexistentes. Incluso, pueden producir efectos criminógenos. En el mejor de los casos,

³⁸³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal Instituciones, Fundamentos y Tendencias*, vol. I, p. 265

³⁸⁴ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 93 y ss.; ALVIRA MARTÍN, F.R., *El efecto disuasor de la pena*, p. 11 y ss.

³⁸⁵ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 39.

³⁸⁶ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 97 y ss. CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 29 y 30

³⁸⁷ Vid. GIL GIL, A., *Prevención general positiva y función ético social del Derecho Penal*, p. 9 y ss.

elevant las sanciones pudiera no ser suficiente puesto que no es lo único que influye en los índices de delincuencia³⁸⁸.

5.2.2 Teorías de la prevención general positiva o integradora.

5.2.2.1. Insuficiencia del concepto de prevención exclusivamente intimidatorio.

Las objeciones fundamentales dirigidas al concepto de prevención estrictamente intimidatorio fueron contestadas y rebatidas por la doctrina con el objeto de distinguir prevención general e intimidación, para argumentar que aquella no se agota en la mera intimidación ni carece de límites.

Para H. Mayer³⁸⁹ la pena es poderoso instrumento de integración, su significado intimidatorio pasa a un segundo plano si se repara en la *fuerza creadora de costumbres* que despliega la pena al operar como *indicador, represión o censura* de conductas prohibidas o formular *tabúes*.

En una perspectiva distinta, Antón Oneca afirma que a la prevención general corresponden pluralidad de efectos, más allá del estrictamente intimidatorio. La pena es *restauración de la tranquilidad* perturbada por el crimen, *fortalecimiento de la moral social, magisterio ético* que se lleva a cabo al poner de manifiesto la importancia de la conducta prohibida y su relevancia negativa³⁹⁰.

Esta doctrina es hoy opinión dominante. La pena cumple, principalmente, una función pedagógica³⁹¹ y de ejemplaridad³⁹², refuerza la pretensión de vigencia de normas jurídicas en la conciencia de la comunidad a través del veredicto que la conminación legal entraña. En su base se halla la consideración de que el Derecho no puede ni debe reducirse a la intimidación de autores potenciales, contemplados como sujetos que realizan cálculos racionales, sino que teniendo en cuenta la relación del Derecho penal con otros medios de control social debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo social de las normas³⁹³.

³⁸⁸ Sobre la prevención marginal, vid SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 298.

³⁸⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS, DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal Instituciones, Fundamentos y Tendencias*. vol. I, p. 271.

³⁹⁰ Cfr. LANDROVE DIAZ, G., *Las consecuencias Jurídicas del Delito*. 6ª edición. Madrid. Edita Tecnos. 2005. Revisada y puesta al día en colaboración con Mª Dolores Fernández Rodríguez, p. 21

³⁹¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M/SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 882 y ss.

³⁹² Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 28.

³⁹³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 368 y ss.

En respuesta a la primera objeción contra el pensamiento de prevención general negativa (instrumentalización del penado) no se produce tal *instrumentalización*, porque la finalidad prioritaria de la pena es reforzar la confianza del ciudadano en el Derecho y la conciencia jurídica de la comunidad, y confirmar la inviolabilidad del orden jurídico.

La segunda objeción se rechaza invocando la efectividad de la función preventiva general de la pena a tenor de nuestros conocimientos actuales: Una sociedad que renuncia a la pena -se argumenta- tiene sus días contados³⁹⁴. Si la pena persigue únicamente el fin de la prevención especial, el Derecho Penal no podría cumplir su misión de protección de los bienes jurídicos³⁹⁵.

Castigamos por razones de prevención general y es la función genuina de la pena concebida como fenómeno de vida cotidiana.

La pena cumple fundamentalmente (contenido de la prevención general) una función *sociopedagógica*, confirma el juicio moral de la comunidad y la vigencia de la norma en ella. Mediante la sanción del infractor, satisface la necesidad subconsciente de pena de la colectividad, canalizando el instinto de venganza³⁹⁶.

La prevención general responde a exigencias de *inviolabilidad del orden jurídico* y produce efectos que en las Ciencias Sociales se atribuyen a la *criminalización* (incriminación) de una conducta.

Lo decisivo es si puede legitimar la intervención jurídico-penal una teoría que pasa por la estigmatización del delincuente como medio necesario de integración social de los no desviados, sí puede legitimarla una doctrina que pasa por la satisfacción de las tendencias irracionales, subconscientes de la colectividad que asume las necesidades sociales del castigo como baremo de decisión del sí y del cuánto de la pena, si puede legitimarla una doctrina de base social-autoritaria, que atribuye al Derecho penal funciones de conformación de las conciencias, de fomento de actitudes internas de fidelidad, en lugar de limitarse a requerir un respeto externo a las normas jurídicas, sin pretender la internalización de los valores que ellas incorporan³⁹⁷.

La pena, según una parte de la doctrina, refuerza el juicio de desvalor del comportamiento contrario a la norma, y es importante, porque si no se sancionan o

³⁹⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, p. 69

³⁹⁵ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 31

³⁹⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 374.

³⁹⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 375 y ss.

desvalorizan contravenciones regulares de una regla de conducta, ésta termina perdiendo su contenido normativo³⁹⁸.

Sobre la tercera objeción (proclividad de idea de prevención general al *terror estatal*), se ha contraargumentado que la proporcionalidad no es patrimonio exclusivo de la idea de retribución sino del propio concepto de prevención general³⁹⁹. Caben límites precisos a exigencias de este último, y acudir a la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal o al concepto de bien jurídico, prescindiendo de referencias a la esencia retributiva de la pena y la culpabilidad⁴⁰⁰.

Por esta vía se ha generalizado en la doctrina la tesis comentada de que la prevención general trasciende de una función puramente intimidatoria del castigo.

Mir Puig mantiene que para evitar el delito no se debe perseguir a través de una intimidación puramente negativa sino mediante la afirmación positiva del Derecho, de convicciones jurídicas fundamentales⁴⁰¹, la conciencia social de la norma⁴⁰² o de una actitud de respeto al Derecho⁴⁰³. La prevención general integradora, añade a otros posibles efectos de la pena (conminación e imposición de la pena) la confianza de la ciudadanía en la inviolabilidad del Derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques criminales contra el mismo.

La prevención general positiva-integradora, según Kaufmann, cumple tres cometidos. El primero: función informativa que orienta al ciudadano sobre lo que puede y no puede hacer. El segundo reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse al infractor. Por último, fortalecer la actitud de respeto hacia el Derecho, en la población.

Esta opinión no es novedosa. El estructural funcionalismo, la teoría sistémica y las concepciones simbólicas han mantenido puntos de vista semejantes.

Que la pena se contraponen *simbólicamente* al delito, (expresión de infidelidad al Derecho), recuerda la vigencia efectiva de normas y recaba la confianza del ciudadano

³⁹⁸ Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I*, p. 36 y ss. (notas 26, 27 y 28); p. 29 (nota 11)

³⁹⁹ Vid. CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 28.

⁴⁰⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, p. 70 y ss.

⁴⁰¹ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 57.

⁴⁰² Vid. HASSEMER, W., *Fines de la Pena en el Derecho Penal de orientación científico-social*, p. 117 y ss.

⁴⁰³ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 29 y ss.

en el sistema, es conocido postulado de la sociología jurídica que goza de amplio consenso⁴⁰⁴. En España es significativa la tesis de Cuello Contreras, en este sentido⁴⁰⁵.

5.2.2.2 Doble origen doctrinal: teoría ético social (Welzel) y teorías sistémicas y funcionalistas.

Las teorías de la prevención general positiva integradora cuentan hoy con dos orientaciones fundamentales: la ética-social de Welzel y la funcionalista-sistémica, de Jakobs.

5.2.2.3 Tesis de Alicia Gil Gil.

El concepto de prevención general positiva admite tres acepciones, según Alicia Gil: político-criminal teleológica, funcionalista sistémica y ético-social⁴⁰⁶.

La político-criminal teleológica, parte de la función protectora de bienes jurídicos del Derecho Penal y limita los fines de la pena a la prevención general y especial. La funcionalista-sistémica no persigue efectos psicológicos y es un proceso de comunicación en el que se asigna a la pena, la afirmación de vigencia de normas primarias, sin incorporar su contenido valorativo. En la ético-social la función preventiva general se consigue mediante la afirmación de valores éticosociales de la norma, de su contenido valorativo a través de imponer la pena justa (retribución).

La primera acepción es de Roxin, la segunda de Jakobs y la tercera de A. Gil Gil.

5.2.2.4 Prevención general positiva y teorías simbólicas: la opinión de Zugaldía Espinar.

Que la pena, cumple una función simbólica es evidente. Sus efectos simbólicos han de ser accesorios, secundarios, sin suplir la función instrumental protectora de bienes jurídicos, que es la que puede legitimar la intervención punitiva.

Afirma Zugaldía, con razón, que la prevención general positiva es más una teoría simbólica que una función *relativa* o *instrumental*. Que exhibe un llamativo parentesco con la teoría *absoluta* de la retribución jurídica de Hegel, porque no

⁴⁰⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., A una contraposición simbólica se refería, también, Hegel. *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 243 y ss.

⁴⁰⁵ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 134 y ss.

⁴⁰⁶ Vid. GIL GIL, A., *Prevención general positiva y función ético social del Derecho Penal*, p. 9 y ss.

preordena la pena a proteger bienes jurídicos sino a fortalecer el sistema y obtener la confianza del ciudadano⁴⁰⁷.

5.2.2.5. Funcionalismo sistémico de Jakobs.

Para esta teoría, el destinatario de la norma penal -de la pena- no es el infractor potencial (prevención general negativa), ni el penado (prevención especial), sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, cuya confianza en el sistema -perjudicada por el delito- es necesario ratificar y fortalecer. Por ello la protección de bienes jurídicos pasa a un segundo plano, a lo sumo como objetivo mediato. La pena, para Jakobs, cumple una función estabilizadora porque garantiza expectativas sociales que el delito frustró. Su cometido no es negativo o intimidatorio, es positivo, reafirmar la vigencia de normas, y recuperar la confianza del ciudadano en el sistema.

Para Jakobs, la pena es réplica -simbólica, comunicativa- al infractor por haber desautorizado con su delito la norma que debe ser respetada como modelo de orientación en relaciones sociales. El delito es ejemplo insoportable que desorienta a los ciudadanos respetuosos de las reglas de convivencia, una lesión de naturaleza no empírica sino comunicativa o normativa, una lesión de valores⁴⁰⁸.

5.2.2.6 Balance crítico: argumentos a favor y objeciones a las teorías de la prevención general positiva.

Las teorías de la prevención general positiva ganan terreno en la doctrina porque se presentan con un lenguaje más sociológico o psicosocial que normativo, de forma atractiva.

En la doctrina penal española, Mir Puig⁴⁰⁹ aplaude que esta teoría evite la peligrosa tendencia al terror penal de la prevención general negativa o disuasoria. El autor considera positivo, que la prevención del delito se intente no solo a través del miedo al castigo sino de afirmar el Derecho manteniendo límites eficaces del “*ius puniendi*” propios del Estado social y democrático de Derecho⁴¹⁰. También Bacigalupo, por otras razones, valora positivamente la aportación de la prevención general integradora, y considera que puede generar debates necesarios en el ámbito de la ejecución penal sobre alternativas a la pena privativa de libertad.

⁴⁰⁷ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 41.

⁴⁰⁸ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., El parentesco con las tesis de Hegel es evidente. *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 95.

⁴⁰⁹ Vid. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 29 y ss.

⁴¹⁰ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 67.

La prevención general positiva alude a otros efectos psico-sociales que la pena cumple, aunque no sean sus cometidos específicos (función instrumental protectora de bienes jurídicos), aunque bajo este concepto coexisten concepciones y enfoques poco homogéneos entre sí (neohegelianos, ontologistas, estructural funcionalistas, sistémicos).

Ha sido blanco de severas críticas, especialmente, la orientación sistémica de Jakobs. Se objeta que responde a un modelo tecnocrático, legitimador y acrítico. Que desplaza el centro de la reflexión científica de la subjetividad del individuo y el mundo de los valores al sistema y a las expectativas institucionales, y elude cualquier juicio crítico ajeno a la funcionalidad del castigo para el sistema⁴¹¹. Que desvincula la pena de la función protectora de bienes jurídicos, al definir el delito no como lesión o puesta en peligro de éstos, sino como expresión simbólica de falta de lealtad al Derecho, que cuestiona la confianza institucional de los ciudadanos en el sistema⁴¹².

Para sus detractores, esta teoría encumbra un “Neoretribucionismo” sutil pero pernicioso, que antepone la preservación del sistema a valores, derechos y garantías del individuo⁴¹³, con riesgo de aniquilar la función específica del Derecho Penal (función instrumental protectora de bienes jurídicos) en aras de la tutela del sistema.

Se censura que potencie la intervención punitiva en lugar de limitar el *ius puniendi* que es imprescindible⁴¹⁴; que su llamada a la conciencia ética o moral del individuo y su lealtad de hacia el Estado, son remisiones impropias del Derecho⁴¹⁵.

Desde un punto de vista criminológico y político-criminal se le reprocha a la teoría sistémica, su preocupación desmedida y selectiva por la criminalidad de la *lower class*, de los bajos estratos sociales que exhibe una mayor visibilidad y genera especial alarma social por su carácter desestabilizador y disfuncional para el sistema⁴¹⁶.

Su obsesión por el sistema hace, que se desentienda de los problemas teóricos capitales que suscita la cuestión criminal, como la explicación de la desviación primaria, la reinserción del delincuente y la prevención de la criminalidad, entre otros⁴¹⁷. Se

⁴¹¹ Vid. BARATTA, A., *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, p. 534 y ss.

⁴¹² Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 41 y ss.

⁴¹³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 380 y ss.

⁴¹⁴ Por todos, vid. BARATTA, A., *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, p. 537.

⁴¹⁵ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 101 y ss.

⁴¹⁶ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones. Fundamentos y Tendencias*. vol. I, p. 280 y ss.

⁴¹⁷ En sentido crítico, vid. BARATTA, A., *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, p. 547 y ss.

advierde que la teoría sistémica, al recabar fidelidad hacia el sistema, puede llegar a ser más rigurosa (por la mayor necesidad de castigo que reclama) que la teoría de la prevención general negativa o disuasoria. Más irracional y asfixiante⁴¹⁸.

5.2.3 Teorías de la prevención especial.

El fundamento de la pena, en estas teorías es evitar la criminalidad actuando sobre quien ya delinquiró (evitar su reincidencia). Su destinatario es el penado no el infractor potencial, comunidad, y ciudadano honesto que cumple las leyes. Cumplimiento y ejecución de penas se orientan a este fin.

Sus programas son en términos sociológicos programas de *prevención terciaria*, cuentan con un importante déficit etiológico, toda vez que no inciden en las raíces profundas del crimen sino, sobre la población reclusa⁴¹⁹.

5.2.3.1 Antecedentes históricos y principales formulaciones.

Sus antecedentes se encuentran en la Antigüedad Clásica, en Grecia. Siglos después en la Escolástica, que atribuyó al castigo junto a otros fines el de la corrección del infractor⁴²⁰; si bien estas ideas no tuvieron trascendencia práctica hasta finales del siglo XVI con la nueva concepción de la pena privativa de libertad, entorno a la cual cobraba relevancia la idea de corrección del delincuente.

En los siglos XVII y XVIII se reconoció explícitamente la idea de *utilidad* de la pena para el penado, como lo demuestra algún texto de H. Grocio⁴²¹. En la etapa del Estado Policía se fue proclamada por penalistas como Stübel y Kleinschrod, pero el éxito del idealismo alemán terminó con estas concepciones del castigo hasta que resurgieron después con F. von Liszt.

La idea de prevención especial penetró en el último tercio del siglo antepasado, en reacción a rígidos planteamientos retribucionistas, incapaces de frenar excesos de teorías de prevención general y hacer frente con eficacia al incremento de la delincuencia y tasas de reincidencia.

Cuatro son, fundamentalmente, las corrientes doctrinales que han invocado la idea o exigencias de la prevención especial: correccionalismo, escuela positiva italiana,

⁴¹⁸ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 78 y ss.

⁴¹⁹ Estableciendo la distinción entre prevención primaria, secundaria y terciaria, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teórico*, p. 528 y ss. y 559 y ss.

⁴²⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 281 y ss.

⁴²¹ Vid. JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 77.

moderna escuela sociológica alemana de F. von Liszt y movimiento de la Defensa Social.

5.2.3.2 Correccionalismo y la “*Besserungs-Theorie*”.

El correccionalismo parte de ideas filosóficas de K. Krause⁴²² y de la “*Besserungs-Theorie*” de Röder,⁴²³ teoría esta *ético-religiosa*, próxima al expiacionismo, que tuvo influencia en el correccionalismo español, proclive a ensalzar la idea de corrección del delincuente que se hallaba enraizada en nuestra tradición senequista y cristiana desde la antigüedad remota⁴²⁴. El correccionalismo español, presenta tres notas o distintivos frente a otras manifestaciones nacionales de estas doctrinas. En primer lugar, asigna a la pena pluralidad de fines (no solo la enmienda del delincuente). Solo, Giner de los Ríos y Alfredo Calderón mantuvieron los postulados de Röder. En segundo lugar, el humanismo krausista en España ha evitado los excesos del correccionalismo inspirado exclusivamente por el positivismo criminológico, como sucedió en otros países. Por último, el correccionalismo español más que obsesionarse por formular una teoría sobre la pena ha volcado sus esfuerzos en importantes reformas penitenciarias⁴²⁵.

Profesa una concepción pedagógica y pietista del hombre delincuente como ser inferior, débil, minusválido, incapaz de dirigir por sí mismo libremente su vida; cuya frágil voluntad requiere la intervención tuitiva y desinteresada del Estado, tutelar y pedagógica.

Para la *Besserungs-Theorie* alemana, el hombre delincuente se presenta ante el sistema como un ser desvalido, menor de edad. La pena es instrumento racional y necesario para conseguir la ayuda que el delincuente reclama, corrigiéndole a fin de que se adapte a la sociedad.

Una de sus más claras manifestaciones se encuentra en la obra de Dorado Montero (*El Derecho Penal como “Derecho Protector de los delincuentes”*), oscila entre la utopía y el eufemismo paternalista, pero al entender que la pena es un *bien* para

⁴²² Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p.189 y ss.

⁴²³ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 190 y ss. Cfr. BURILLO ALBACETE, F.J., *La cuestión penitenciaria: Del Sexenio a la Restauración (1868-1913)*. Zaragoza. Edita Prensas Universitarias de Zaragoza. Ciencias Sociales. 2012, p. 215.

⁴²⁴ Vid. CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p.105

⁴²⁵ Vid. ANTÓN ONECA, J., La teoría de la pena en los correccionalistas españoles. En: *Estudios jurídico-sociales. Libro homenaje al Profesor Legaz y Lacambra*. Edita Universidad de Santiago de Compostela, 1960, t. II, p. 1015 y ss.; BARBERO SANTOS, M., Remembranza del profesor salmantino Pedro García-Dorado Montero en el 50 aniversario de la muerte. En: *Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires. Edita Pannedille. 1970, p. 349 y ss.

el delincuente (tiene *derecho* a la pena) renuncia al garantismo y autoriza la intervención bienhechora, tutelar y protectora sin límites⁴²⁶.

5.2.3.3 Positivismo criminológico.

Fundamenta el derecho a castigar en la necesidad de una eficaz defensa de la sociedad⁴²⁷, antepone derechos de *honrados* -y de la sociedad- a derechos de los delincuentes, y *sin fijarse, tampoco, que si hay alguna severidad en la nueva escuela, es contra los malhechores sobre los cuales colocamos la necesidad de defensa social, obtenida con la persecución despiadada de los infelices que violan las leyes*⁴²⁸. Prevalece la función de defensa social sobre la función protectora de bienes jurídicos, la función retributiva o incluso la disuasoria y reformadora⁴²⁹.

En definitiva la escuela positiva del Derecho criminal no se propone otra cosa que llevar a la ciencia de los delitos y de las penas el vivificador aliento de los últimos descubrimientos hechos por la antropología, renovada con las nuevas doctrinas evolucionistas Sustituye la teoría clásica de *equipotencialidad* (normalidad e igualdad de seres humanos) por el de *diversidad* del delincuente, una persona cualitativamente distinta del hombre honesto que cumple las leyes, por razón de alguna patología o disfunción en alguno de los sistemas o subsistemas de su organismo⁴³⁰.

Se trata de castigar al *autor* del delito. Por ello, la medida del castigo viene dada por la peligrosidad -la temibilidad- del infractor. El delito tiene valor sintomático, indiciario, de aquellas. La investigación de las causas sociales del delito permite adoptar medidas preventivas de carácter político-general, que modifiquen las condiciones sociales mismas que llevan a delinquir⁴³¹.

Propugna, esta teoría, la sustitución de la pena clásica retributiva por tratamiento. Las garantías legales ceden ante un arbitrio judicial y penitenciario en nombre de la necesaria *individualización de la pena*; incluso proponen resoluciones

⁴²⁶ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, p.110 y ss.

⁴²⁷ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 183 y ss.; Sobre el problema, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 299 y ss.

⁴²⁸ Así lo mantiene FERRI, en un famoso pasaje de su obra, vid FERRI, E., *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, p. 20 y ss.

⁴²⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 300 y ss.

⁴³⁰ Vid. FERRI, E., Que la Antropología criminal demuestra con hechos que el delincuente no es un hombre normal, sino que constituye una clase especial que, por anomalías orgánicas o físicas, representa en parte, en la sociedad moderna, las primitivas razas salvajes, en las que las ideas y los sentimientos morales, si existen, es un embrión". *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, p. 22 y ss.

⁴³¹ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 184.

judiciales *indeterminadas* y la desjuridización de la función penal que pasaría de manos del juez a la de médicos, psicólogos, antropólogos, asistentes sociales⁴³².

La Scuola Positiva desconfía de la eficacia del Derecho Penal por entender que el incremento o descenso de índices de criminalidad es independiente de las penas previstas en los Códigos e impuestas por magistrados. El delito tiene una dinámica propia, de ahí la famosa *oración fúnebre por el Derecho Penal Clásico* que proclama con especial énfasis Ferri.

5.2.3.4 Movimiento de la Defensa Social en una genuina “filosofía penal” y una “política criminal”.

La idea de la *defensa social* surgió en la Ilustración y fue formulada después por Prins. Lo específico de este *movimiento* es el modo de articular la finalidad del castigo, con claras diferencias frente a propuestas del positivismo criminológico: mediante la acción coordinada del Derecho Penal, la Criminología y la Ciencia Penitenciaria, sobre bases científicas pero humanitarias; y una nueva imagen del delincuente, realista pero digna, distinta de la del positivismo criminológico⁴³³.

La finalidad del castigo no es la retribución, sino la protección eficaz de la sociedad, a través de estrategias no necesariamente penales. Es indispensable -opinaban sus partidarios- un conocimiento científico previo de la personalidad del delincuente para neutralizar su peligrosidad de modo individualizado y humanitario⁴³⁴.

Propugna desjuridizar parcelas clásicas del Derecho Penal en aras de una eficaz Política Criminal, lo que no significa negar al *ius puniendi* su competencia para lucha y prevención de la criminalidad. Mientras la Scuola Positiva propone la radical sustitución del Derecho Penal por la Sociología, la Antropología, la Psicología y la Estadística -y la sustitución de penas por medidas de seguridad y tratamientos de duración indeterminada- la Nueva Defensa Social sugiere la colaboración de estas disciplinas con el Derecho Penal para contribuir a la resocialización del delincuente, miembro de pleno derecho de la comunidad y llamado a reincorporarse a ésta una vez cumplida la condena, lo que obliga a respetar su identidad y dignidad⁴³⁵.

⁴³² Vid. FERRI, E., *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, p. 40 y ss. (capítulo II).

⁴³³ Sobre la Defensa Social, vid. BERISTAIN IPIÑA, A., *Estructura ideológica de la Nueva Defensa Social*, p. 50 y ss. (Capítulo II).

⁴³⁴ Vid. LANDROVE DÍAZ, G., *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, p. 22 y ss.

⁴³⁵ Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., *Estructura ideológica de la Nueva Defensa Social*, p. 59 y ss. (Principios de la Nueva Defensa Social).

5.2.3.5 Pensamiento de la “prevención especial” y la “pena final” en F. Von Liszt.

Este autor supuso el influjo más poderoso en favor de la prevención especial, probablemente por su eclecticismo que permitió compatibilizar pena *fin* y *culpabilidad*⁴³⁶; *ne peccetur* y *quia peccatum est*; lucha eficaz contra el delito, previo conocimiento científico de sus causas, y garantías individuales que el Derecho Penal ofrece a todo ciudadano, como *Magna Charta* del delincuente y como *barrera infranqueable de política criminal*⁴³⁶.

No negó que la pena pudiera tener efecto preventivo general, pero sí que fuera cometido genuino y específico del castigo, en su famoso Programa de Maburgo.

Su pensamiento es tributario del naturalismo de una época en la que el racionalismo ilustrado dio paso a un *darwinismo social*. Época que rompe con la Filosofía idealista alemana y el retribucionismo, incapaces de hacer frente a retos sociales de la revolución industrial, como aumento de índices de criminalidad, tasas de reincidencia, aparición del *lumpen*⁴³⁷.

F. Von Liszt definió el delito como *fenómeno de patología social* y la pena como *función social*⁴³⁸, pero asigna a la pena distintas funciones según a la clase de criminalidad a la que se refiera.

En su Programa de Maburgo, advierte que la pena opera de distinta forma según la clase de delincuente de que se trate. Para el delincuente *ocasional* la pena es un resorte intimidatorio, un *recordatorio* de lo que volverá a padecer si delinque de nuevo, si reincide. Para el llamado *delincuente de estado* corregible, la pena es instrumento rehabilitador, de corrección. Para el delincuente habitual *incorregible*, un resorte innocuizador que le aparta o aísla de la sociedad como imprescindible medio de defensa y aseguramiento.

Le preocupan, ante todo, los delincuentes habituales o reincidentes irrecuperables, y no duda en admitir en estos casos el encierro indefinido o indeterminado y un tratamiento de rigor con dureza militar (internamiento indefinido en presidios especiales, trabajos forzados, castigos corporales, ayuno riguroso). Sin embargo, la pena, en el caso de los delincuentes necesitados pero susceptibles de

⁴³⁶ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 68.

⁴³⁷ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 403.

⁴³⁸ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 69 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 403.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 284

corrección no ha de depender de la mayor o menor gravedad del delito cometido sino de la peligrosidad del autor⁴³⁹.

No obstante Liszt siempre defendió un irrenunciable garantismo, por usar sus palabras, el Derecho Penal es la “*Magna Charta del delincuente y el límite infranqueable de la Política Criminal*”⁴⁴⁰.

5.2.3.6 Balance de las teorías de la prevención especial: argumentos a favor de la misma y objeciones.

La aportación de estas teorías a la polémica sobre fines de la pena ha sido relevante.

Han demostrado con realismo el abismo que separa la teoría de la práctica, destacando el impacto efectivo de la pena en el hombre concreto que la padece, dadas las actuales formas y condiciones de cumplimiento y ejecución, (cuestión trascendental en la que el idealismo de la pena justa y merecida, y las teorías preventivo-generales no habían reparado por refugiarse ambas, en categorías abstractas, retóricas o mágicas). La teoría de la prevención especial aporta una reflexión fundamental: el castigo, como cualquier acto humano debe someterse a criterios racionales y *finales*, y habrá que evaluar el saldo que arroja, lo positivo y lo negativo del mismo para el delincuente y para la comunidad⁴⁴¹.

Estas teorías seducen por su lógica y humanitarismo. Sí partimos de la pena impuesta, no de la conminación legal abstracta ¿qué sentido y fines pueden perseguirse con su forma y condiciones de cumplimiento y ejecución? ¿Qué puede esperarse de la ejecución de la pena de prisión, por ejemplo, salvo lo que mantenía F. von Liszt?: que sirva de experiencia, intimide al penado para no volver a reincidir, le corrija y si puede ser le rehabilite; o le aparte y aisle de la sociedad, si es incorregible, para que al menos durante el cumplimiento del castigo deje de representar un peligro a la sociedad.

Han arrojado resultados positivos en ciertas parcelas de la criminalidad donde parece claro el fracaso de la pena retributiva y los esquemas preventivo-generales, me refiero a la delincuencia juvenil⁴⁴².

⁴³⁹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 404, (nota 208); JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 78; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 99 y ss.

⁴⁴⁰ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 216 y ss.

⁴⁴¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 286 y ss.

⁴⁴² Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 71.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 100 y ss.

No han faltado críticas y objeciones a estas teorías: En primer lugar, por algo que parece incuestionable y cuenta con notorio respaldo empírico, la experiencia histórica demuestra que castigamos por razones de prevención general. La pena como institución estatal no ha nacido históricamente para corregir ni resocializar a nadie sino para defender el orden social⁴⁴³.

Son desacertadas en sus presupuestos y consecuencias. En sus presupuestos porque parten de una imagen degradante del infractor como sujeto peligroso, como sub-hombre, enfermo o necesitado. Razón por la que no ofrece garantía tranquilizadora, el humanismo, del que hacen gala muchos de sus partidarios⁴⁴⁴.

Son proclives a toda suerte de excesos y evocan imágenes de la *naranja mecánica* y del *nido del cuco*, porque carecen o son poco operativos sus límites.

Las bases del juicio y pronóstico de peligrosidad son poco seguras. Nuestros conocimientos científicos actuales no permiten diagnosticar con un mínimo de razonable seguridad la peligrosidad del individuo, su comportamiento futuro y el tratamiento correcto y adecuado que requiere.

Por último, la pena que hoy tenemos, tal y como se ejecuta en nuestros establecimientos penitenciarios no es medio idóneo y adecuado para prevenir la reincidencia del recluso. Todo lo contrario, es un factor que contribuye a ésta y a su impacto destructivo e indeleble en el penado como demuestran numerosas investigaciones empíricas.

No son compatibles con el Derecho Positivo Español, excepto en el régimen de cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad y es a este ámbito final de cumplimiento y ejecución de penas impuestas -no al previo del fundamento de la pena como institución estatal- al que debieran constreñirse.

5.3 Teorías mixtas o eclécticas sobre la pena como fórmulas de compromiso doctrinal: “punitur, quia peccatum est, ne peccetur”.

Las teorías mixtas eclécticas de la pena⁴⁴⁵ mantienen que la pena es *retribución*, *prevención general* y *prevención especial*, es decir, cumple o se preordena al

⁴⁴³ Vid MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 70.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 288 y ss.

⁴⁴⁴ Uno de los mayores críticos a las teorías de la prevención especial es, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965, Edita Reus. Madrid, p. 759 y ss.

⁴⁴⁵ En Alemania son conocidas como teorías de la unión, *Einheitstheorien* o por *Vereinigungstheorien*.

cumplimiento de exigencias de retribución, de prevención general y de prevención especial.

Es compromiso que pretende de una parte, que no se omita ninguno de los fines que la doctrina asigna a la pena; y de otra, evitar objeciones de quienes atribuyen al castigo solo y exclusivamente una de las finalidades citadas⁴⁴⁶.

El problema -y la debilidad de estas teorías eclécticas- reside en que no establecen jerarquía alguna entre las distintas finalidades del castigo. Al ser antagónicas -lo que conviene a la retribución puede no convenir a la prevención especial, y viceversa- no establecen, a priori, cuál de ellas prevalece en caso de hipotético conflicto. Se limitan a enumerar y yuxtaponer los fines de la pena, pero no resuelven los problemas que suscitan. Su lema podría ser: “*punitur, quia peccatum est, ne peccetur*”. La pena se legitima, al propio tiempo, porque es justa y útil.

Tratan de reconducir las valiosas aportaciones de teorías retribucionistas y prevenicionistas a un marco cerrado, a través de una reflexión práctica, una experiencia atenta al fenómeno *global* de la pena y de un método dialéctico.

Persiguen evitar dos riesgos: el de *monismos* y la llamada *pureza de modelos*, que ofrecen explicaciones parciales e insatisfactorias al fenómeno *global* del castigo.

5.3.1 “*Spielraumtheorie*” o “*Rahmentheorie*”.

En la doctrina alemana se denomina también así, a las teorías mixtas o eclécticas sobre la pena, por el esfuerzo que hacen para explicar el modo en que combinan las exigencias antagónicas que derivan de los principios de *culpabilidad* y *prevención*. Reclaman una pena proporcionada a la culpabilidad dentro de este marco de juego y admiten que puedan operar principios preventivos⁴⁴⁷. Esto es, la pena *justa* -la pena retributiva- será límite máximo de prevención y por razones de prevención general o especial no se podrá rebasar nunca el límite de la culpabilidad⁴⁴⁸. Si los fines preventivo-generales o preventivo-especiales no reclaman la aplicación de la totalidad de la pena, estas teorías no ven inconveniente en que el Tribunal aplique una pena inferior (dentro del marco de arbitrio que la ley confiere al juez), o incluso que se prescinda de aplicarlo⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Vid JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, p. 34 y ss.; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I*, p. 40 (notas 34); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 297 y ss.

⁴⁴⁷ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 71 y ss.

⁴⁴⁸ En España, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 26 y ss. En la doctrina alemana, ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p.19 y ss.

⁴⁴⁹ Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 27 y ss.

Son absolutamente dominantes en Alemania y España. Autores que no participan de modelos tan *conceptuales* y *abstractos*, como Hart⁴⁵⁰, mantienen tesis similares y entienden que el castigo es una realidad compleja en la que confluyen principios distintos y parcialmente en conflicto, antagónicos.

Existen diferencias sustanciales en las diversas formulaciones de estas teorías; las que fundamentan el castigo en la idea de retribución, representada en Alemania por el Proyecto ministerial de 1962⁴⁵¹ (serían en puridad teorías retributivas). Otra parte, se fundamenta en la *necesidad social* de la pena con lo que se aproximarían a las teorías *utilitarias* o *prevencionistas*⁴⁵².

Algún autor, niega la naturaleza necesariamente antagónica de exigencias de retribución y prevención⁴⁵³.

5.3.2 Culpabilidad como “fundamento” y “límite” de la pena.

En el marco de las teorías mixtas o eclécticas cabe diferenciar dos orientaciones o modos de combinar exigencias culpabilísticas y preventivas: los que ven en la retribución el fundamento de la pena, concediendo a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución, aparte del que les corresponde como justificación de la necesidad de la retribución. Es la posición conservadora.; otro sector progresista de la ciencia alemana invierte los términos de la relación: fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos), y a la retribución corresponde únicamente la función de limitar las exigencias de prevención⁴⁵⁴.

Las diferencias residen en tres datos: a) la función asignada al Derecho Penal; b) relación entre proporcionalidad de pena y delito, exigencias preventivas y modo en que se articula; c) prioridad de prevención general o de prevención especial, en el marco de una política prevencionista⁴⁵⁵. En cuanto a este último extremo, la doctrina suele

⁴⁵⁰ Vid. HART, H.L.A., Introducción a los principios de la pena. En: *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Barcelona. Edita Ariel. 1990. Coordinador Jerónimo Betegón, Juan Ramón De Páramo Argüelles, p. 163 y ss.

⁴⁵¹ Entre otros, CEREZO MIR, J., QUINTANO RIPOLLÉS, G., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.,

⁴⁵² Vid. ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena: discurso leído en la apertura del curso académico 1944-45*. Edita. Universidad de Salamanca, p. 93 y ss. Este autor, considera la retribución como parte de la prevención general, en la misma línea que MAYER.

⁴⁵³ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., Considera que retribución y prevención no son principios antagónicos ni se limitan recíprocamente, ya que contarían con sus propios límites internos. Constituye, por tanto, una doctrina discrepante. *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 122 y ss.

⁴⁵⁴ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 72 y ss.;

⁴⁵⁵ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 73; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 82 y ss.

inclinarse a favor de la prevención general, si bien entendida como prevención general positiva o integradora.

La dirección *conservadora*, denominada *teoría retributiva de la unión*⁴⁵⁶, estima la retribución como fundamento de la pena, aunque admite que puede cumplir otros cometidos político-criminales, como la prevención de futuros delitos -mediante la intimidación- o la recuperación del delincuente. La función de protección de la sociedad ha de basarse en la función de realización de la Justicia.

Los dos autores más representativos de esta orientación en Alemania fueron Merkel⁴⁵⁷ e Hippel⁴⁵⁸ que trataron de conciliar o superar la controversia entre clásicos (Binding) y representantes de la Escuela Sociológica de F. Von Liszt, o entre retribución y prevención especial⁴⁵⁹.

No se resuelve, el principal problema, a saber, si la prevención especial, es decir, la peligrosidad del penado, juega un papel determinante para la pena dentro del espacio que le deja la culpabilidad o si puede sobrepasar los límites máximo y mínimo que exige la retribución.

La teoría mixta o ecléctica, más progresista se polariza en la doctrina alemana en torno al Proyecto Alternativo de Código Penal de 1966, que fundamenta la pena en la necesaria defensa de la sociedad, la protección de bienes jurídicos, donde operan retribución y culpabilidad como límites a las metas preventivistas. La pena -decía el Proyecto- es *una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres*⁴⁶⁰ y no un proceso metafísico *para realizar la justicia sobre la tierra*. La función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos y la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor constituyen el límite del ejercicio de esta función. El autor más representativo de esta orientación es Roxin, para quien el principio de culpabilidad traza el tope máximo pero no el mínimo del castigo. El juez no puede imponer una pena que sobrepase la medida de la culpabilidad del autor, pero por razones preventivo-especiales la pena puede imponerse por debajo de las exigencias de la culpabilidad hasta límites de exigencias preventivo-generales mínimas⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 435.

⁴⁵⁷ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, p.104 y ss.

⁴⁵⁸ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 436 (nota 309).

⁴⁵⁹ Vid. VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*. 3ª edición. Madrid. Edita Reus, t II. Traducido de la 20ª Edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, p. 9; del mismo autor, *La idea de fin en Derecho Penal*. Santa Fé de Bogotá (Colombia). Edita Temis S.A, 1998, p. 111 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 437 (nota 310).

⁴⁶⁰ Proyecto alternativo al Código Penal alemán, en el que intervinieron, entre otros, J. Bauman, A. Kaufmann, C. Roxin, R. Schmitt, y G. Stratenwerth. Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 72 y ss.

⁴⁶¹ Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 20 y ss.

5.3.3.- Balance final de las teorías eclécticas o mixtas.

El punto más débil de las teorías analizadas es el metodológico, ya que por mucho esfuerzo de sus representantes en adicionar o yuxtaponer los fines que las diversas teorías asignan a la pena (sin ningún otro criterio rector) no consiguen armonizar finalidades antagónicas y se destruye la lógica y coherencia interna de las respectivas teorías. El intento está condenado al fracaso.

Corren el riesgo, estas teorías, de aumentar el ámbito de aplicación de la pena, y convertirla en medio de reacción para todo uso⁴⁶².

5.3.4 Orientaciones doctrinales actuales.

De todas las teorías mayoritarias en la doctrina cabe destacar tres:

5.3.4.1 Teoría dialéctica de Roxin

Para el autor, la pena cumple tres funciones distintas según el momento en que se contemple: conminación legal abstracta, sentencia judicial y su cumplimiento y ejecución.

En el momento o instancia normativa (pena como consecuencia jurídica abstracta prevista en la ley) la pena se orienta a exigencias de prevención general o intimidación. En el momento jurisdiccional la pena se acomoda a reclamos de justicia, culpabilidad y proporción y se orienta prioritariamente, a exigencias de retribución. En el ámbito penitenciario, la pena busca satisfacer, necesidades preventivo-especiales⁴⁶³.

5.3.4.2 Teoría diferenciadora de Schmidhäuser.

El autor distingue⁴⁶⁴ entre teoría de la pena, en cuanto fenómeno social global, totalizador y el aspecto vivencial o experiencial de la pena, según las diversas personas que intervienen en los distintos momentos del proceso: el legislador, el juez, los órganos encargados de la persecución, los funcionarios penitenciarios y el propio penado. La distinción se correspondería con la distinción entre *funciones* y *sentido* de la pena.

La función de la pena como institución, según Schmidhäuser, es la defensa de la sociedad, ya que castigamos por razones de *prevención general*.

⁴⁶² Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 122 y ss.; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I*, p. 40 (nota 34).

⁴⁶³ Vid. ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 20.; cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 76 y ss.

⁴⁶⁴ Cfr. MIR PUIG, S., La formulación del autor atomiza los fines de la pena y sobreacentúa la prevención general. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 75 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 306 y ss.

El sentido de la pena para cada persona que interviene a lo largo del proceso, iniciado con su aprobación parlamentaria y finalizado con su ejecución, depende de quienes sean éstas y las funciones encomendadas.

Para el penado, la pena también tiene sentido, si la acepta voluntariamente y la asume. Puede liberarse de su culpa y reconciliarse con la sociedad ofendida por su delito. Para la sociedad la pena sirve para reconciliarse con el penado admitiéndolo de nuevo en su seno, una vez cumplido el castigo.

5.3.4.3 La pena como instrumento del control social formal: análisis sociológico.

Otros autores como Stratenwerth explican la función de la pena analizando ésta en términos sociológicos como institución de control social formal. Baste aquí con una remisión a dicho enfoque⁴⁶⁵.

6.- LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO ESPAÑOL.

6.1 Teorías eclécticas de Pacheco y Róssi. Evolución posterior.

El ordenamiento penal español, cuyos principios informadores entroncan con la tradición del siglo XIX, se ha inspirado en las teorías eclécticas de Róssi y Pacheco que compatibilizaban ideas de retribución y prevención general.

Con posterioridad, se asumieron instituciones que responden a exigencias de prevención-especial y fueron incorporándose al Código en sucesivas reformas (libertad condicional, redención de penas por el trabajo y otras recibidas en la legislación penitenciaria). La Constitución española de 1978 y la Ley Orgánica General Penitenciaria subrayaron la relevancia de los fines *resocializadores* en el ámbito de cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad.

En la última década, la idea de prevención-general intimidatoria ha pasado a un primer plano, al suprimirse en el Código de 1995 la redención de penas por el trabajo y el efecto beneficioso que producía, mitigando el rigor de las penas (art. 100 CP 1973).

El endurecimiento punitivo se ha agudizado en ciertas parcelas de la criminalidad, como la criminalidad expresiva -narcotráfico, terrorismo- al incrementar

⁴⁶⁵ Vid. STRATENWERTH, G., Sigue siendo problemático. Sí realmente tiene que haber pena pública, y caso afirmativo, bajo qué presupuestos y en qué forma puede ser legítimo. Y sí podría en tal caso ser sustituida o complementada por otras sanciones similares. *Derecho Penal. Parte General I*, p. 23 y 24 (notas 1 y 2).

el rigor de penas y dificultar al penado el acceso al tercer grado y a beneficios penitenciarios.

La *violencia de género* cuenta con un régimen agravado, hasta el punto, que hechos constitutivos de infracción *leve* se convierten en infracción grave si el culpable es varón, e incluso admiten la prisión provisional, (en nuestro ordenamiento procesal es inadmisibles). Es extremadamente riguroso y consagra un criterio de discriminación positiva a favor de la mujer, que quiebra el principio de igualdad ante la ley.

Con la reforma del año 2003, nuestro Código contempla la posibilidad de que el límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión se eleve de veinte a cuarenta años en supuestos de especial gravedad, arts. 76. 1º, a), b), c) y d) del CP.

Hasta la reforma de junio de 2015, el ordenamiento penal español no conocía la pena de *cadena perpetua* que sí existe en otros ordenamientos europeos (Alemania e Italia) y que el Convenio Europeo admite siempre que sea una pena revisable periódicamente y no equivalga a una prisión perpetua⁴⁶⁶.

6.2 La retribución como punto de partida.

El Código Penal vigente parte, de un elemental retribucionismo, de la imposición de una pena ajustada a la gravedad del hecho y culpabilidad del autor.

Ponderando la mayor gravedad objetiva del delito impone una pena más grave al asesinato (art. 139 CP prisión de 15 a 25 años) que al homicidio (art. 138 CP prisión de 10 a 15 años). Al delito de robo con fuerza en las cosas (art. 240 CP prisión de 1 a 3 años); y prisión de 2 a 5 años para robo con violencia (art. 242.1 CP) que al delito de hurto (art. 234 CP prisión de 6 a 18 meses).

Castiga con mayor rigor el delito consumado que la tentativa de delito (art. 62 CP pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado). Y pena con sanción superior a la infracción constitutiva de delito grave que al delito menos grave (art. 234 CP prisión de 6 a 18 meses, si la supera el valor de 400 euros y multa de 1 a 3 meses sí no lo supera).

Pena más severa al autor (art. 61 CP) que al cómplice (art. 63 CP pena inferior en grado a la señalada para los autores).

Al ponderar la mayor o menor culpabilidad del autor, el Código es más benigno con comportamientos culposos o imprudentes que con su correlativo intencional o

⁴⁶⁶ Vid JULIANO, M.A/ ÁVILA, F., Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, nº 20. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid, p. 303 y ss.

doloso: El homicidio por imprudencia menos grave se castiga con multa de 3 a 18 meses (art.142.2 CP), por imprudencia grave con prisión de 1 a 4 años (art. 142.1CP). El doloso con prisión de 10 a 15 años, (art. 138 CP).

Por idéntica razón, establece distintas consecuencias para el error (art.14 CP), según sea invencible que excluye la responsabilidad criminal, o vencible (régimen equiparado a la imprudencia, con pena inferior en uno o dos grados).

Escaso margen confiere el legislador al arbitrio judicial, especialmente después de la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que modifica el artículo 66 del Código Penal. Este contenía seis reglas y ahora ocho⁴⁶⁷. Es la *aritmética penal* hasta sus últimas consecuencias.

6.3 Otros principios no retributivos.

El Código Penal vigente no responde exclusivamente a esquemas retribucionistas. Instituciones como la suspensión de ejecución de penas privativas de libertad (art. 80 y ss. CP), libertad condicional (arts. 90 y ss. CP) o sustitutivos penales, son incompatibles con el principio retributivo o la idea absoluta de justicia⁴⁶⁸. Otras instituciones responden a exigencias preventivo-especiales, incluso de mera oportunidad, ajenas a la idea de justicia, o político-criminales sin más.

También algunas causas de extinción de la responsabilidad criminal: indulto, prescripción del delito y prescripción de pena, (art. 130 CP). Que el Derecho Penal castiga solo amenazas graves a bienes jurídicos más valiosos y no a todos los hechos injustos o perjudiciales (incumplimiento contractual no precedido de engaño, infracciones tributarias por cuantía inferior a 120.000 euros, o defraudaciones a la Seguridad Social por cuantía inferior a 50.000 euros (arts. 305 y 307, respectivamente, CP); existencia de delitos solo perseguibles a instancia de parte, previa denuncia: abandono de familia (art. 228 CP); agresiones y abusos sexuales (art. 191.1ºCP); delitos relativos al mercado y los consumidores, (art. 287 CP); delitos societarios, (art. 296 CP); descubrimiento y revelación de secretos (art. 201 CP). Para los delitos de injurias y calumnias, (art. 215.1º CP), se precisa en querrela de la persona ofendida o su representante legal, a excepción de la persecución de oficio cuando la ofensa haya sido contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes a sus cargos.

Ciertas condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias responden exclusivamente a razones de oportunidad Así se establece la exclusión de

⁴⁶⁷ Vid MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., La individualización de la pena. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2016, Director José Miguel Zugaldía Espinar, p. 268.

⁴⁶⁸ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, p. 102 y ss.

responsabilidad criminal, con la subsistencia de mera responsabilidad civil, por los delitos patrimoniales cometidos sin violencia o intimidación entre cónyuges (art. 268 CP). En el mismo sentido para el implicado en un delito de rebelión se establece la exención de pena si lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias, (art. 480 CP).

Poco tienen que ver: prescripción, excusas absolutorias o determinadas manifestaciones de la fragmentariedad del Derecho Penal con exigencias de absoluta justicia.

6.4 Principio resocializador y prevención especial.

Las ideas resocializadoras -ámbito penitenciario- impulsadas por el mandato del art. 25.2 CE y asumidas por la legislación penitenciaria, potencian ideas preventivo especiales (las rehabilitadoras), lo que desde un punto de vista retributivo no podría estimarse acorde con la idea absoluta de justicia, ya que no ponderan la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor sino circunstancias posteriores y ajenas que nada tienen que ver con los pilares de la retribución⁴⁶⁹. La resocialización solo puede ser la finalidad de la pena ya impuesta, no de la pena misma.

El sistema español se caracteriza por tres rasgos fundamentales, como puso de relieve Zugaldía Espinar y se ha destacado en páginas anteriores⁴⁷⁰. A) la acentuación desmesurada de una orientación preventivo-general intimidatoria. B) la activa influencia del principio de prevención-especial que inspira el régimen de determinación e individualización de penas, suspensión de su ejecución y sustitución de penas de prisión de corta duración. C) estrecho margen de arbitrio que la *aritmética penal* concede al juzgador, que no se aviene a modernas orientaciones político-criminales ni a exigencias de prevención-especial.

6.5 Principio “intimidatorio” y sus manifestaciones.

La acentuación del principio intimidatorio se observa en la privación de libertad efectiva que conlleva el robo con fuerza en las cosas (art. 240 CP.), y con violencia e intimidación (art. 242.1 CP), con independencia de la cuantía sustraída, lo que es preocupante dada la elevada incidencia estadística que tiene este delito en nuestra sociedad.

Ciertos supuestos de lesiones permiten imponer penas de hasta doce años (art. 149 CP), próximas a la pena del homicidio (art. 138 CP), lo que es una lamentable distorsión valorativa, que el Tribunal Supremo a través de sus Plenos no jurisdiccionales ha tratado de paliar, evitando penas desorbitadas para lesiones que causan “deformidad”

⁴⁶⁹ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, p. 105 y ss.

⁴⁷⁰ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 108.

(art. 150 CP)⁴⁷¹. En igual orientación intimidatoria, el art. 368 CP impone penas de tres a seis años de prisión, además de multa, cuando se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud. El art. 369 CP, de forma desmesurada, incrementa un grado la pena cuando concurren determinadas circunstancias. En delitos contra la Salud Pública, el Código contempla una cadena de tipos agravados acumulables, a lo que se añade la falta de rigor de la Jurisprudencia de nuestros tribunales, para distinguir autoría y participación, dolo e imprudencia, consumación y tentativa (respecto a esta última, el TS ha consagrado la llamada *posesión civilísima*, que anticipa más las barreras de protección penal y cierra el paso a la figura del desestimiento aplicable a cualquier otro delito en circunstancias semejantes).

Algo semejante sucede con los delitos de terrorismo, manifestación también de la llamada criminalidad “expresiva”. La constitución de grupo terrorista se castiga con penas de 8 a 14 años de prisión (art. 572.1 CP) y la participación activa en organizaciones terroristas (art. 572. 2 CP) establece penas de 6 a 12 años de prisión. Para mayor abundamiento, el art. 573 bis permite elevar con pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el CP para delitos de terrorismo cuando se cause la muerte de una persona. El artículo 76.1º c) y d) C.P. permite elevar el límite máximo de cumplimiento de la prisión a cuarenta años. Y el artículo 78 C.P. mitiga los efectos limitativos del artículo 76 CP para ciertos supuestos.

La tentación “intimidatoria” se ha hecho sentir también en instituciones orientadas a la prevención-especial. Además de suprimir la redención de penas por el trabajo, en el CP vigente, que terminó con una institución histórica de gran relevancia para mitigar el rigor penal, otras reformas han incidido negativamente en el régimen de cumplimiento y ejecución de la pena de prisión.

De una parte, el artículo 80.1, párrafo segundo del C.P., introduce una referencia al historial delictivo del sujeto para fundamentar la concesión o no de la suspensión de la ejecución de penas “*los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*”.

De otra, la LO 7/2003, de 30 de junio *cumplimiento íntegro de las penas*, ha endurecido el acceso al tercer grado y a la libertad condicional con el *periodo de seguridad* (que parece acertado en penas de cierta duración para evitar el cumplimiento de estos beneficios *ab initio*, sin el cumplimiento de una parte de la pena impuesta, art. 36 CP). También con la previa reparación del daño causado, art. 90.1º c) in fine del CP (cuestión *civil*, que no debiera condicionar la vigencia de principios de superior rango a los que debe orientarse la pena privativa de libertad). O con la exigencia en el penado de signos de buena conducta (art. 90.1º c) in fine).

⁴⁷¹ Pleno no Jurisdiccional, de 19 abril de 2002 (en supuestos de pérdidas de piezas dentarias, ocasionada con dolo directo o eventual).

Es grave que la disposición transitoria única de LO 7/2003, de 30 de junio, establezca el efecto retroactivo de la propia reforma en perjuicio del reo, con independencia de la fecha de comisión del delito o de la sentencia condenatoria⁴⁷².

6.6 Aritmética penal y arbitrio judicial.

En cuanto al arbitrio judicial, limitado por razón de la dosimetría o aritmética penal del Código (ocho reglas del art. 66), se restringe aún más, al condicionar su ejercicio a nuevos requisitos o convertir en preceptivo el ejercicio, antes potestativo, del mismo⁴⁷³.

No obstante, el arbitrio judicial no es un poder absolutamente discrecional, sino reglado, ya que el artículo 120.3 de la Constitución y el 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exigen la “motivación” de las sentencias.

Con las reservas expuestas, jueces y tribunales gozan de un marco amplio y flexible de decisión. Por citar algunos ejemplos: para el reo de multa, se valora su situación económica, para fijar la cuantía de dicha multa, art. 50.5 CP.; para modificar cuotas de la multa, impuesta la sentencia, se tiene en cuenta la variación económica de la situación del penado art. 51 CP; estimar el daño causado, atenuantes, agravantes, situación económica del culpable, para fijar la cuantía de la multa, art. 52.1º y 2º CP; en delitos de homicidio, contra la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, se valora la gravedad de los hechos y la peligrosidad del delincuente, a fin de privar del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, aproximarse a la víctima y familiares, arts. 57 y 48 CP; aplicar en su caso la normativa que regula la responsabilidad penal de menores, a mayores de dieciocho años que no hayan cumplido veintiuno, art. 69 CP; el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión de ejecución de penas de prisión, al cumplimiento de obligaciones o deberes, como prohibición de acudir a determinados lugares, aproximarse a la víctima, ausentarse del lugar donde resida, comparecer personalmente ante el juzgado, (art. 83 CP); acordar la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad a penados que hubieran cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia del alcohol y drogas, valorando las circunstancias del hecho y del autor, (art. 87.2º CP); respecto a conceder sustitutivos de condenas de prisión de más de un año, para ciudadanos extranjeros se valora el hecho cometido y se sustituye por la expulsión del territorio español, para ciudadanos de la Unión Europea solo cuando represente una seria amenaza para el orden público, (art. 89 CP); la facultad de decretar o no la observancia de reglas de conducta, una vez concedida la libertad condicional, (art. 90.1º CP); en los supuestos de eximente incompleta el Juez o Tribunal podrá imponer ciertas medidas, además de la pena de internamiento en centro de deshabitación, en centro educativo especial, (art. 104 CP);

⁴⁷² Auto de 6 mayo de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid. Ponente: Magistrado ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ.

⁴⁷³ Entre otros, los artículos 66.1º, 68, 80.1º, 87.2, 105, 107, 115, 129.1, 319.3, 321 del CP.

decretar la medida de inhabilitación para el ejercicio de derechos, profesión, comercio, empleo, los que han cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, (art. 107 CP).

En el ámbito de la responsabilidad civil, los tribunales también gozan de amplias facultades de arbitrio. Algunos ejemplos: para determinar la reparación del daño, (art. 112 CP); para moderar la cuantía de dicha responsabilidad si la víctima coadyuvó a la causación del daño, (art. 114 CP); para fijar las bases en que fundamenten la cuantía de los daños, (art. 115 CP).

7- REVISIÓN CIENTÍFICA-CRIMINOLÓGICA “EMPÍRICA” DE LAS FUNCIONES DE LA PENA.

7.1 Necesidad de un plus de racionalidad en el examen de los fines de la pena: asignados y reales.

Asistimos a un proceso de racionalización del Derecho Penal que obliga a revisar empíricamente la propia naturaleza del *ius puniendi*, su rol *instrumental*, los criterios que rigen su intervención en conflictos sociales, la efectividad real de sus instrumentos y el coste social derivado de aquella.

Las teorías de la pena, desde sus remotos orígenes, plantean una polémica doctrinal sobre fines o funciones que se asignan al castigo, sobre los objetivos que éste debe cumplir. Es, en definitiva, una discusión que hunde sus raíces en la Filosofía, la Ética, la Política, en la Metafísica como dirían los positivistas.

El proceso de racionalización del Derecho Penal reclama un paso más, que traslade el centro de interés del *deber ser* al del *ser*, para conocer qué fines cumple el castigo. Lo que sugiere una revisión de los fines de la pena desde la experiencia mucho más exigente de la verificación científico-empírica.

El mundo del Derecho parte de suposiciones sobre el castigo y su efectividad. Procede ahora comprobar, desde la nueva óptica científica, si la pena cumple o no y de qué modo las exigencias de prevención-general (la mera conminación penal evita la comisión de delitos) y de prevención-especial (el cumplimiento y ejecución de la pena rehabilita al reo y evita el riesgo de reincidencia). No bastan axiomas ni dogmas, se requiere un plus de racionalidad que solo puede aportar el método científico-empírico.

Lo cierto es que no se ha andado lo suficiente, porque en la Criminología moderna, ciencia empírica y pluridisciplinar, tales investigaciones se iniciaron en la década de los sesenta del pasado siglo y son escasos los conocimientos obtenidos que

podríamos calificar de seguros, o mínimamente seguros⁴⁷⁴. El estado de la investigación hasta la fecha, dice algún autor, es *más que pobre*⁴⁷⁵ de modo que las decisiones políticas sobre el problema criminal se rigen más por actitudes y percepciones de la población que pulsan las encuestas y alimentan los medios de comunicación, que por criterios científico empíricos de racionalidad y utilidad⁴⁷⁶.

7.2. Una tesis reciente: el fracaso preventivo de la pena (Garrido y otros).

Garrido y otros autores, en una reciente publicación⁴⁷⁷ mantienen que el mundo del Derecho, no se ha preocupado por verificar los efectos reales del castigo, sino de crear, interpretar y aplicar las leyes. Esta imprescindible labor de examinar empíricamente el impacto preventivo real del castigo solo se habría realizado por psicólogos, sociólogos y criminólogos.

Para estos autores, las investigaciones científicas (empíricas) refutan postulados básicos de modelos disuasorios. Desmienten la eficacia preventivo-especial del castigo, mostrándose éste ineficaz para evitar o disminuir la reincidencia. Refrendan, parcialmente, las tesis de prevención general, demostrando que la capacidad disuasoria de la pena depende fundamentalmente de la percepción subjetiva del infractor potencial de ser descubierto y detenido (no de otras variables como el rigor nominal de la pena).

El fracaso preventivo-especial de la pena se constata según Garrido y otros, en una investigación del año 1994 de Redondo, Funes y Luque⁴⁷⁸. Su principal conclusión es que la pena *per se* no previene ni evita la recaída en el delito. Contra postulados básicos de modelos disuasorios, de su investigación se desprende que los índices de reincidencia aumentan cuando se incrementa la frecuencia de ingreso en prisión del infractor, la duración de la prisión y el rigor de las condiciones de cumplimiento y extinción de la condena. La probabilidad de reincidir se incrementa en proporción al número de veces que el infractor ingresa en prisión y a la duración de ésta. Los índices

⁴⁷⁴ Sobre las dificultades y necesidad del análisis empírico, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 324 y ss.; SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 230 y ss.

⁴⁷⁵ Vid. HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 42 y ss.

⁴⁷⁶ Vid. KURY, H., Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas? En: *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid 2001, p. 287 y ss.

⁴⁷⁷ Vid. GARRIDO GENOVES, V./ REDONDO ILLESCAS, S., *Principios de Criminología*, 4ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2013 p. 191 y ss.

⁴⁷⁸ Vid. GARRIDO GENOVES, V./REDONDO ILLESCAS, S., *Principios de Criminología*, p. 199 y ss.

más elevados de reincidencia se apreciarían en los penados que padecieron condenas más rigurosas y estrictas⁴⁷⁹.

Sobre el efecto preventivo-general de la pena, los autores concluyen, al igual que la doctrina criminológica contemporánea, que dicho efecto parece más asociado al riesgo o probabilidad de ser detectado el delito y detenido su autor que al rigor nominal del castigo. Percepción subjetiva del infractor que evalúa, en cada caso, la entidad de tal riesgo. Los autores hacen extensible esta conclusión sobre la irrelevancia preventiva del rigor nominal del castigo a la pena capital⁴⁸⁰.

La mayoría de las personas evitan delinquir no por la amenaza de la pena, sino en base a su sistema de valores. Son individuos, como apunta Serrano Gómez, para los que no es necesaria ninguna amenaza, pues su moral choca con *toda posibilidad de poder violar la norma*⁴⁸¹.

7.3. Valoración de la tesis de Garrido y otros.

Aunque la tesis de Garrido y otros, es casi unánime en la doctrina criminológica -la pena fracasa tanto en las expectativas preventivo-generales como especiales- merece alguna precisión.

Conviene tener presente que la Ciencia del Derecho es una ciencia *normativa*, no *empírica*. No corresponde al Derecho comprobar con un método científico-empírico el impacto real de la pena, sí previene eficazmente la criminalidad con la conminación legal, o sí evita o reduce índices de reincidencia con el cumplimiento y ejecución del castigo. Interesa a la Ciencia del Derecho estar al tanto del resultado que arrojan investigaciones empíricas de psicólogos, sociólogos y criminólogos⁴⁸².

⁴⁷⁹ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./FUNES ARTIAGA J./LUQUE REINA E., Se analizó, aunque careciendo del debido grupo de control, una muestra de cuatrocientos ochenta y cinco delincuentes, por un periodo de tres años y medio. *Justicia penal y reincidencia*. Barcelona. Edita Fundació Jaume Callis Centro de Estudios Jurídicos. 1994, p. 50 y ss. Así, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol, p. 329.

⁴⁸⁰ Vid. GARRIDO GENOVÉS V./REDONDO ILLESCAS, S., *Principios de Criminología*, p. 60 y ss.

⁴⁸¹ Vid. SERRANO GÓMEZ, A., Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1982, t. 35, fas/mes 3. Instituto de Estudios Jurídicos, p. 609 y ss.

⁴⁸² Se reprocha, también, al mundo del Derecho -siguiendo a AKERS- que no se haya preocupado por la llamada “disuasión informal” y su relevante eficacia preventiva, por intervenir dichas consecuencias sociales negativas asociadas a la comisión de un delito en los procesos motivacionales y disuasorios del infractor potencial. Como expone SERRANO MAÍLLO, A., Para una prevención eficaz no basta con las sanciones formales. Y aunque no deban sobrevalorarse las sanciones “informales”, lo cierto es que éstas y las formales se refuerzan recíprocamente. *Introducción a la Criminología*, p. 284 y ss.

Desde el llamado *adiós definitivo a Kant y Hegel* que proclamase Klug, desde la crisis irreversible de las teorías *absolutas*- la doctrina penal se ha planteado como objetivo prioritario la racionalización de la intervención punitiva y el análisis de sus objetivos y logros reales, sin despreciar el problema de los *costes* de la intervención penal, manteniendo la necesidad de someterla a límites efectivos y proclamando la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal⁴⁸³.

No es razonable mantener que la doctrina penal española ha sido o es fiel a modelos disuasorios porque jamás lo ha sido.

Desde Beccaria⁴⁸⁴ (1764), sabemos que la pena eficaz, desde un punto de vista disuasorio, no es la más severa o cruel, sino aquella que se impone pronto y se aplica con seguridad absoluta. La prontitud en la imposición de la pena y su *infallibilidad* eran para Beccaria dos factores determinantes del impacto disuasorio real del castigo⁴⁸⁵. Tesis que poco tiene que ver con las premisas de los modelos disuasorios. Existe un significativo consenso doctrinal en reconocer que castigamos porque es necesario, la pena es *amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos, los hombres*, (fórmula característica del Anteproyecto de Código Penal alemán de 1966). Pero, la pena debe percibirse por la sociedad y por el propio infractor como sanción *justa y merecida*.

La moderna teoría de la prevención-general positiva⁴⁸⁶ o integradora, que hunde sus raíces más profundas en el estructural funcionalismo de Durkheim trata de diferenciar nítidamente entre prevención intimidatoria y prevención integradora, pronunciándose a favor de esta última sin ninguna reserva. Incluso, las teorías absolutas censuraron modelos disuasorios en nombre del necesario respeto a la dignidad del delincuente como ser racional y libre, para que no fuera tratado *como el amo que levanta el bastón contra el perro*, según crítica atinada de Hegel citada.

El fracaso preventivo-especial de la pena para frenar la reincidencia, es un tópico en el mundo del Derecho, sin ignorar que el incremento de criminalidad y reincidencia no se deben exclusivamente al fracaso del control social formal, una ecuación lineal en otro sentido es poco realista. Se debe reconocer que la pena no se legitima solo por razones de prevención-especial.

⁴⁸³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 327 y ss.

⁴⁸⁴ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, p. 136 a 143. En este sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 324.

⁴⁸⁵ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, p. 145.

⁴⁸⁶ Sobre la prevención general integradora, vid. PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*. En: *Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación y de la pena*. Madrid. Edita Universidad Autónoma de Madrid. 1991, p. 335 y ss. También GIL GIL, A., *Prevención general positiva y función ético social del Derecho Penal*, p. 9 y ss.

Respecto al fracaso preventivo-especial de la pena hay que distinguir entre su mero cumplimiento, que no frena los índices de reincidencia y la eficacia rehabilitadora del tratamiento, respecto de la cual no es correcto afirmar lo mismo.

El supuesto fracaso preventivo general de la pena es precisable. La pena no consigue prevenir la criminalidad con total eficacia. Ahora bien, en el momento actual no conocemos -juristas, psicólogos, sociólogos, ni criminólogos- alternativas globales institucionalizadas de similar efectividad, que respeten derechos y garantías del ciudadano. La añorada sustitución del castigo por otros instrumentos del control social informal menos traumatizantes sigue siendo una quimera⁴⁸⁷.

Prescindir del Derecho Penal es más que discutible, pues no será fácil encontrar un sistema de control menos represivo, arbitrario, con un menor coste social, una estigmatización menor y se respeten más las garantías individuales⁴⁸⁸.

Cabe imaginar en un futuro a medio plazo la sustitución de alcance muy limitado, parcial y fragmentario del control social formal. Porque pugnaría con la experiencia criminológica, -y con el realismo político criminal- esperar la intervención de mecanismos informales, no institucionalizados, en toda suerte de conflictos, de modo automático e indiscriminado.

El control social formal tiene desde luego aspectos negativos, pero asegura al menos una respuesta al delito racional, igualitaria, previsible y controlable, lo que no sucede siempre con el control social informal y no institucionalizado.

Como afirma Hassemer/Muñoz Conde, la Administración de Justicia debe utilizar en el caso concreto, con gran cautela, a la vista de todo lo indicado por las diferentes teorías criminológicas, el conocimiento que le brindan los planteamientos factoriales⁴⁸⁹.

Los partidarios de una radical *no intervención* del Derecho Penal tendrían que demostrar, caso a caso, que otros controles informales disminuyen el coste social de aquella, producen menos dolor, la estigmatización no se produce o es menor, respetan garantías individuales, eliminan arbitrariedad y logran una mayor seguridad jurídica⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 329. Distingue entre ineficacia de la pena - del mero encierro o encarcelamiento, sin más- y efectividad del tratamiento idóneo.

⁴⁸⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 23

⁴⁸⁹ Vid. HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 56.

⁴⁹⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 25.

7.4 Investigaciones sobre la eficacia preventivo-especial de la pena.

El fracaso preventivo especial de la pena (en sí misma, lo que no cuestiona la capacidad rehabilitadora del tratamiento) es obvio.

REDONDO, FUNES Y LUQUE utilizaron una muestra de 485 sujetos que habían cumplido penas privativas de libertad y estudiaron si existía relación entre el tiempo y condiciones de cumplimiento y la reincidencia. Los investigadores han interpretado que la pena privativa de libertad tiene efectos criminógenos, favorece la reincidencia, en vez de la rehabilitación y debe iniciarse una nueva vía en busca de formas de cumplimiento más suaves, alegando a cierta ampliación en permisos de salida, fomentar el régimen abierto y la libertad condicional⁴⁹¹.

En el mismo sentido SERRANO MAILLO, insiste en que el suavizamiento de la cárcel se relaciona con una menor reincidencia futura de los sujetos, y, por el contrario, el endurecimiento de la misma propicia niveles muy elevados de futuros delitos. Incluso los permisos penitenciarios sirven de oportunidad para organizar su vida de cara a una futura libertad condicional⁴⁹².

Otros muchos autores han compartido, en líneas generales, tesis semejantes aunque con algunas matizaciones.

En este sentido SERRANO GOMEZ Y FERNANDEZ DOPICO, en su conocida investigación sobre entrevistas a 2.049 internos habían encontrado que solamente en un 2% de los casos parece que la prisión ha tenido efectos negativos, pero si tiene consecuencias graves en los jóvenes, porque se les separa de la familia y se les perjudica en varios ámbitos *trabajo, escuela, formación profesional* que repercute negativamente de manera indirecta porque les dificulta, entre otras cosas, acceder a un puesto de trabajo⁴⁹³.

Existe, por tanto, a juicio de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, un diagnóstico negativo sobre la eficacia preventivo-especial de la pena, que coincide con otros

⁴⁹¹ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./FUNES ARTIAGA, J/LUQUE REINA, E., *Justicia penal y reincidencia*, p. 129 y ss.; 176 y ss.

⁴⁹² Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 300 y ss.; SERRANO GOMEZ, A./ SERRANO MAILLO, M.I., Reinciden en mayor proporción los que cumplen su pena hasta el final que aquellos que han disfrutado de permisos y han salido clasificados en tercer grado. *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*. Madrid. Edita Dykinson. 2012, p. 363.

⁴⁹³ Vid. SERRANO GOMEZ, A./FERNÁNDEZ DOPICO, J.L., *El delincuente español. Factores concurrentes*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Año LXXVIII, p. 441

postulados teóricos de diversas construcciones y modelos tanto de la Psicología empírica, el psicoanálisis, la sociología criminal e incluso de la Ciencia Penitenciaria⁴⁹⁴.

7.5 Fracaso preventivo general del castigo.

Las investigaciones empíricas han demostrado el error de los llamados *modelos disuasorios* al constatar que la realidad es mucho más compleja. El delincuente potencial confía en no ser descubierto y parte de esta hipótesis; el cálculo economicista de ventajas y desventajas según la pena prevista en la ley, es un símil poco realista. Se deja influir más por consecuencias próximas derivadas del delito que por los efectos remotos y últimos de una eventual condena. La moderna Psicología ha comprobado que en la decisión final influyen muchos factores y no solo la mayor o menor gravedad de la pena⁴⁹⁵.

La capacidad intimidatoria del castigo no puede aislarse - porque está muy condicionada por ella- de la incidencia que puede tener la intervención positiva o negativa de la policía.

Uno de los temas clásicos es precisamente la repercusión de una huelga de la policía (huelgas de Boston, Montreal o Helsinki) en los índices de criminalidad. Todo parece indicar que en tales circunstancias aumentan el número de ciertos delitos graves (robo), y no el de delitos más graves (asesinato). En la hipótesis contraria, una especial efectividad de la Policía disminuye la comisión de ciertos delitos, pero no la de otros.

En cuanto a la capacidad disuasoria de la pena capital las investigaciones empíricas no arrojan datos concluyentes y la doctrina se halla dividida, aunque parece mayoritaria aquella que cuestiona dicha eficacia preventivo-general⁴⁹⁶. La bibliografía es imposible de abarcar, pero no puede afirmarse que exista un claro consenso, en un sentido u otro

En la España de la transición, la pena de muerte era cada vez más aceptada por la ciudadanía (obedecía a un aumento del terrorismo y de la delincuencia grave) mientras los parlamentarios resultaban más abolicionistas, prueba de ello fue la

⁴⁹⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I p. 331 y ss.

⁴⁹⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal* vol. I, p. 266 y ss.

⁴⁹⁶ Vid. SERRANO MAILLO, A., La pena de muerte, en efecto, carece de efectos preventivos. *Introducción a la criminología*, p. 291; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 332 y ss.

Constitución de 1978. Sólo se castigaban, con pena de muerte en el Texto refundido de 1973, parricidio, asesinato y robo con homicidio⁴⁹⁷.

Ya Beccaria añadía “*Cualquier ejemplo que se dé a la nación con la pena de muerte supone un delito*””*No es útil la pena de muerte por el ejemplo de atrocidad que da a los hombres*” “*Si se me opusiese como ejemplo el que han dado casi todas las naciones y casi todos los siglos decretando pena de muerte sobre algunos delitos, responderé que éste se desvanece a vista de la verdad, contra la cual no valen prescripciones que la historia de los hombre nos da idea de un inmenso piélago de errores*”⁴⁹⁸.

Algunos estudios empíricos niegan la eficacia disuasoria de la pena capital, y llegan a la conclusión de las consecuencias perversas de ésta, en la criminalidad violenta (efecto de agravación y brutalización). Esto es, que lejos de prevenir la criminalidad particularmente grave la justifican de algún modo y la refuerzan⁴⁹⁹.

El efecto disuasorio o eficacia preventivo-general de la pena privativa de libertad cuenta con una amplísima bibliografía. Algunos trabajos empíricos -y revisiones de los resultados obtenidos hasta el momento en otras investigaciones- son ya clásicos. Experimentan importantes diferencias desde el punto de vista metodológico, premisa ésta que condiciona los propios resultados de la investigación⁵⁰⁰.

La fundamentación empírica de la eficacia preventivo general del castigo comenzó a preocupar en la década de los años sesenta del pasado siglo. Las primeras investigaciones recurrieron a análisis sobre datos agregados, al estudio de la influencia que ciertas características de las penas ejercerían sobre delitos que tenían lugar en una región. Se trataba de medir la certeza y severidad de las penas. Se llegó a la conclusión de que es más importante la certeza del castigo que la severidad del mismo. Si bien este tema es complejo y no se llegaron a establecer bajo qué circunstancias éstos se daban o no⁵⁰¹. Se utilizaron, en general, diversos métodos: estudios de percepción, ecológicos, de series y econométricos⁵⁰².

⁴⁹⁷ Vid. SERRANO GOMEZ, A., *Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte*, p. 612

⁴⁹⁸ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, p. 102, 106 y ss.

⁴⁹⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 334.

⁵⁰⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal* vol. I, p. 334 y ss.

⁵⁰¹ Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la criminología*, p. 291

⁵⁰² Importantes investigaciones, en este sentido son las de Gibbs, (Crime punishment and deterrence) Tittle, (Crime Rates and Legal Sanctions) Leibowitz (Does Crime Pay?) y Tullock, (Does punishment deter crime?) o el muy conocido trabajo de G. Becker (Crime and Punishment: An

Cuanto más metodologías se utilicen, más seguridad podremos tener en los hallazgos. La prevención-general es mucho más un fenómeno agregado que individual, motivo por el que los datos agregados son especialmente útiles para medir si realmente existe o para consideraciones Político Criminales⁵⁰³.

El problema a plantear no es si la pena tiene eficacia disuasoria, sino cómo y por qué se produce ésta; si se trata de un impacto superficial o profundo, cómo opera en el tiempo y en el espacio (a largo plazo) cómo discurren los procesos psico-sociológicos de disuasión en los diferentes contextos⁵⁰⁴.

En 1978 el famoso informe de la National Academy of Sciences que suscribieron Blumstein, Cohen y Nagin se manifestó, moderadamente, a favor de la eficacia disuasoria de la pena⁵⁰⁵.

Las posteriores y más recientes investigaciones no aportan hipótesis muy novedosas. Por lo general, comprueban aspectos parciales de la realidad del castigo y las variables de su efectividad pero insinuándose correlaciones y asociaciones estadísticas poco significativas.

No obstante, investigaciones más recientes llegan a conclusiones más matizadas pero escépticas o incluso negativas en cuanto a la eficacia disuasoria preventivo-general de la pena, llamando la atención sobre la necesidad de una evaluación global que tenga en cuenta, además, los importantes costes materiales e inmateriales de aquella. En este sentido SERRANO GOMEZ/SERRANO MAILLO, analizan el trabajo realizado por especialistas de la Central Penitenciaria de Observación en 2001, sobre reincidencia penitenciaria⁵⁰⁶.

Economic Approach); Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 335

⁵⁰³ Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la criminología*, p. 292

⁵⁰⁴ Son importantes a este respecto algunos clásicos en la materia de obligada consulta .K. Cochran y M.B. Chamlin, H. Kury (Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?), y Ferdinand (¿Funcionan las penas?). vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal* vol. I, p. 333 y ss.

⁵⁰⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 335.

⁵⁰⁶ Vid. KURY, H., Deberían tenerse en cuenta no solo las consecuencias que el castigo tiene sobre el sancionado sino también en terceras personas, como familiares, *Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?* p. 304 y ss.; SERRANO GOMEZ, A./SERRANO MAILLO, M.I., El trabajo concluye que “*Todas las medidas que influyen en unas condiciones más suaves de cumplimiento como: reducciones de condena, participación en actividades y programas de tratamiento, clasificación en tercer grado de tratamiento, permisos de salida, resultan ser causa de una menor reincidencia lo que resulta esperanzador...*” *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, p. 364.

En todo caso, el incremento del rigor nominal del castigo -o la exacerbación de éste- carecería de relevancia en orden a la evitación del delito según la tesis de Kury⁵⁰⁷.

Según una opinión que cuenta con amplio consenso, existe una relación estadísticamente significativa entre el riesgo a ser descubierto, apreciado subjetivamente por el infractor potencial, y la frecuencia de comportamientos delictivos, si bien solo en las infracciones de escasa importancia (hurtos, lesiones leves). En los delitos graves la citada variable carecería de capacidad explicativa de sus respectivas frecuencias⁵⁰⁸.

Las críticas es que estos estudios previos miden a la vez la percepción del temor a la pena de un individuo y los delitos que ha cometido el mismo. Pero los sujetos que han cometido delitos y no han sido detectados ni detenidos es lógico que ahora, como consecuencia de dicha experiencia, tengan menos miedo a sufrir una pena⁵⁰⁹.

Sin embargo, son más relevantes otras variables relacionadas con el proceso de socialización del autor, la transmisión de normas y valores, la integración del individuo en un contexto social y las reglas vigentes⁵¹⁰.

Existen otros factores sociales informales que también tienen sólido efecto preventivo, así la mayoría de personas no delinquen porque de ser descubierto tendría que afrontar la desaprobación de su familia y sus amigos e incluso pondría en peligro su puesto de trabajo, sanciones que supondrían un elevado coste y cuyo efecto puede ser más poderoso que el de las sanciones jurídico-penales⁵¹¹. Algún autor establece que estos factores son más decisivos que el rigor de las penas, es decir, la vinculación subjetiva del ciudadano con la norma, su carga moral asociada a la reprochabilidad del hecho prohibido⁵¹².

Desde mi modesta opinión a la creencia en la utilidad instrumental de la pena y de un Derecho Penal *duro*, le falta base científico-experimental. Salvo en determinadas parcelas de la criminalidad (delincuencia organizada, financiera, contra el medio ambiente) en las que el autor evalúa objetivamente el riesgo derivado de la comisión del

⁵⁰⁷ Vid. KURY, H., *Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?* p. 305 y ss. Tesis ésta que comparten, entre otros, otros autores como Villmow (1999), Schöch (1988), Schumann (1987), Karstedt- Henke (1989).

⁵⁰⁸ Vid. KURY, H., *Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?* p. 305.

⁵⁰⁹ Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la criminología*, p. 293

⁵¹⁰ En este sentido, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 336, y bibliografía citada.

⁵¹¹ Cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 284 y ss.

⁵¹² Cfr. KURY, H., *Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?* p. 305 y ss. Citando semejantes conclusiones de Dölling (1984), Schöch (1988), Villmow (1999), Schumann (1987); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*. vol. I, p. 337.

delito, no existe evidencia empírica en los demás delitos que un endurecimiento de la conminación penal se justifique desde un punto de vista preventivo-general ni preventivo-especial, toda vez que no consta que de esta manera se reduzcan índices de criminalidad, tampoco la actitud de lealtad hacia el ordenamiento jurídico, ni la vigencia social de la norma⁵¹³.

También entiendo que una Política Criminal basada en penas de prisión de larga duración y un riguroso régimen de cumplimiento produce más daño que utilidad, abogando por otros métodos menos drásticos con matices educacionales y formadores, en general sustitutivos penales que con la inestimable aportación de la Criminología deben perfilarse de cara a un futuro no muy lejano.

El problema de las funciones de la pena se plantea en la actualidad en un marco ambiental muy singular por el incremento de tasas de criminalidad en las últimas décadas y sobre todo por la actitud punitiva de una sociedad como la actual, transida de conflictos y frustraciones, lo que parece explicar la injustificada fe ciega en la eficacia preventivo-general del castigo, en la severidad de las penas y en políticas penales de desmedido rigor, de *tolerancia cero*.

La eficaz prevención del delito no puede descansar prioritariamente en la utilización de instrumentos *penales* ya que la criminalidad se halla muy condicionada por factores económicos, sociales, individuales e incluso situacionales que se encuentran fuera del ámbito de posible incidencia del sistema jurídico penal, porque cuenta con limitaciones estructurales obvias que le blindan.

Pienso que no se puede disimular que las decisiones político-criminales optan, a menudo, por un derecho penal simbólico, por la cobertura que proporcionan actitudes y expectativas sociales, donde no tiene cabida los principios de racionalidad y proporción.

⁵¹³ Cfr. KURY, H *Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?* p. 310.; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, MI., *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, p. 366 y ss.

COROLARIO DEL CAPÍTULO II.

1.- El debate sobre los fines del castigo es inseparable de la concepción del hombre, que profesa cada época o doctrina.

Para el mundo clásico, el hombre delincuente es un pecador que hace mal uso de su libertad.

Para el positivismo criminológico, un peligroso animal salvaje.

Para el correccionalismo, un minusválido necesitado de intervención tutelar y tuitiva del Estado.

Para el marxismo y la criminología crítica, una víctima del sistema capitalista o del control social formal, que no le etiqueta en atención a sus merecimientos objetivos sino a su posición en la pirámide social y en interés de otros.

2.-Hay que distinguir *fundamento*, *esencia* y *fines* del castigo:

-El fundamento del castigo es la necesidad social.

-La esencia de la pena es “retribución”, un mal.

-Los fines del castigo son retribución, prevención general y prevención especial.

3.-Los efectos reales del castigo son personales, psicológicos y psico-sociales.

La pena lleva consigo sanciones informales cuyos efectos aflictivos alcanzan a terceros inocentes, familiares.

4.-La *estigmatización mediática* es perversa y carece de límites, a pesar de la presunción de inocencia.

5.-La polémica sobre fines de la pena plantea dos principios antagónicos: *quia peccatum est* (retribucionismo versus prevencionismo), *ne peccetur*⁵¹⁴.

6.-En la evolución histórica de la discusión sobre los fines de la pena se pueden señalar algunos hitos importantes:

⁵¹⁴ Se puede traducir: “porque se ha delinquido”, y “para que no se delinca”.

_ El Viejo Régimen parte de la finalidad intimidatoria del castigo, que se observa en la gravedad nominal de las conminaciones legales y sobre todo, en la ejecución ritual y pública de éstas.

_ La Ilustración opta por un planteamiento racional, utilitario y humanitario, de los fines de la pena.

_ Las teorías retribucionistas (Idealismo alemán) parten de la *pena justa y merecida*.

_ Feuerbach plasma en su teoría de la *coacción psicológica* la idea de la prevención general intimidatoria.

_ Von Liszt con la *pena final* y la *prevención especial*, ajustada a exigencias del Estado social intervencionista.

_ Los regímenes totalitarios orientan la pena a finalidades intimidatorias y de aseguramiento, coexistiendo aquella con un control social informal asfixiante.

_ Hoy predominan las teorías mixtas eclécticas de la pena que concilian exigencias de retribución (pena proporcionada a gravedad del hecho y culpabilidad del autor), prevención general (como sinónimo de prevención general positiva) y prevención especial.

_ Dos orientaciones actuales discrepantes son las funcionalistas moderadas (tradicional, estructural, funcionalismo) y funcionalistas radicales (Jakobs).

_ En Alemania se asiste a un repunte del *neoidealismo*, como reacción retribucionista frente a excesos del funcionalismo.

7.- El retribucionismo no se pregunta *para qué* castigamos, sino *por qué* castigamos.

8.- Kant deriva el fundamento de la pena del valor supremo y absoluto de la Justicia (imperativo categórico).

Castigamos, aunque no sea útil para nadie, para que todos experimentemos el valor de nuestros actos.

9.- Hegel parte de un enfoque *dialéctico*, pero a diferencia de Kant, evita la proporcionalidad casi aritmética de este último, sustituida por una idea más flexible, simbólica, comunicativa, más racional y justa que la proporcionalidad *talionar* de Kant.

Su contexto histórico-político (no la República moral ahistórica de Kant sino el Estado de la Revolución Francesa) lo explica.

La tesis de Hegel, aunque parezca paradójica, ha influido significativamente en el funcionalismo sistémico de Jakobs. Este último lo reconoce explícitamente.

10.- Actualmente renacen en Alemania tesis retribucionistas, muy influidas por el pensamiento de Kant y sobre todo de Hegel.

Apelan al libre albedrío y a la noción de culpabilidad.

11.- El retribucionismo de las llamadas *teorías absolutas* tuvo un mérito indiscutible por el mensaje racional y humanitario que lanzó contra los propios pilares del Viejo Régimen. La idea de proporción y de culpabilidad minaba definitivamente estos últimos.

12.- El retribucionismo alertó sobre los riesgos de las concepciones intimidatorias: la tendencia a la respuesta desproporcionada (terrorismo estatal) e instrumentalización del penado en aras de fines utilitarios. Exigió, el respeto a la dignidad del hombre delincuente como ser racional y libre, a quien no se le debía tratar *como el amo que levanta el bastón contra el perro*.

13.- La teoría de Feuerbach sobre la *coacción psicológica* de la pena, fundamenta ésta en las teorías de la prevención general, aunque consciente de la tendencia a su desproporción, distinguía entre pena y pena *forense*, esta última atenta a las exigencias retributivas.

14.- Las teorías de la prevención general positiva nacen para advertir que no se puede identificar la prevención general con la mera intimidación, porque la pena cumpliría además otras funciones (ejemplaridad, restauración del orden social, magisterio ético, fuerza creadora de costumbres).

El ontologismo de Welzel se ha referido a una concepción ético-social, y el funcionalismo de Jakobs a una concepción sistémica de la prevención general.

15.- El funcionalismo sistémico de Jakobs considera destinatario de la prevención general al ciudadano que cumple las leyes, cuya confianza en el sistema se vería reforzada. La función de la pena consistiría en recabar el consenso social, conseguir la estabilización de las expectativas sociales que la norma define y la vigencia social de ésta. Prescinde del contenido valorativo, axiológico, de las normas y de cualquier juicio crítico sobre las bases axiológicas del sistema. Interesa el eficaz funcionamiento de éste.

16.- La idea de la prevención especial explica la función de la pena ya impuesta, no la función institucional de la pena misma que solo puede ser la defensa del orden social.

La pena, como institución estatal, no ha nacido para resocializar, corregir ni hacer la Justicia absoluta sobre la tierra. Pero una vez impuesta, es decir, en el concreto ámbito de su cumplimiento y ejecución, despliega todo su sentido.

17.- A la prevención especial apelaron con distintas pretensiones, el correccionalismo, el positivismo criminológico, F. von Liszt, la llamada *segunda oleada de la prevención especial* en Alemania y la Escuela de la Nueva Defensa Social de M. Ancel.

18.- La pena “*finis*” de F. von Liszt trata de explicar los fines distintos que cumple el castigo según la clase de delincuente que se trate. Intimidación, respecto al ocasional. Rehabilitación, respecto al delincuente de estado corregible. Exclusión o *inocuidación*, para el delincuente reincidente e incorregible.

19.- F. von Liszt subrayó la importancia de los *límites* al *ius puniendi*, especialmente en el caso del Estado social intervencionista que no se conforma con el papel liberal de mero *árbitro* de los procesos sociales.

Mantuvo el *garantismo* sosteniendo que el Derecho Penal, *Magna Charta* del delincuente, debía seguir siendo *el límite infranqueable de toda Política Criminal*.

20.- Las teorías mixtas o eclécticas atribuyen a la pena todos y cada uno de los fines reconocidos por la doctrina mayoritaria “*quia peccatum est*”, “*ne peccetur*”⁵¹⁵, pero sin justificarla.

Para la orientación más aperturista de estas doctrinas la culpabilidad es el límite de la pena, para la más conservadora su fundamento. Las posiciones más conservadoras hacen prevalecer las exigencias de la prevención general, mientras que las más progresistas optan por las preventivo-especiales.

21.- De las teorías mixtas, la de mayor eco en España es la de Roxin, que asigna a la pena distintas funciones, según se trate de aquella que contempla la conminación legal abstracta (predominan los intereses de la prevención general), de la pena señalada en la sentencia condenatoria (postulados retribucionistas) o el cumplimiento y ejecución de la pena (exigencia de la prevención especial).

⁵¹⁵ Se podría traducir por: “porque se ha delinquido”... “para que no se delinca”.

22.- La pena en el Código Penal español se orienta a los postulados retribucionistas (aritmética penal del art. 66 C.P.), a la intimidación (incremento sustancial del límite máximo de cumplimiento de la prisión, agravado por la supresión de la redención de penas por el trabajo) y a la prevención especial (régimen de cumplimiento de la prisión). El arbitrio judicial es muy limitado en el vigente Código Penal español, lo que vulnera exigencias de la prevención especial y las político-criminales hoy dominantes.

23.- Desde la década de los sesenta del anterior siglo, tanto la Ciencia Penal como la Criminología y otras disciplinas, buscan fundamentar la pena científica con el método empírico, por entender que éste aporta el plus de racionalidad y fiabilidad.

Procede verificar con este método, la eficacia preventivo general y preventivo especial del castigo, esto es, si la prevención o conminación legal, por sí sola, produce un efecto disuasorio-preventivo y cuáles serían las variables de éste. Si la imposición y cumplimiento del castigo mitiga los índices de reincidencia, rehabilitando al penado.

Los muy distintos métodos seguidos en las investigaciones suelen condicionar los resultados obtenidos por ellas.

24.- Según la mayoría de las investigaciones parece obvio el fracaso preventivo especial del castigo, incapaz de corregir al penado y reducir los índices de reincidencia.

Estos resultados son los que proclaman numerosas investigaciones de penitenciaristas, la llamada Criminología Crítica y el interaccionismo simbólico del *labeling approach*⁵¹⁶.

La pena no rehabilita pero sí estigmatiza. No limpia, mancha. Pone en funcionamiento la denominada *desviación secundaria* y las *carreras criminales* dando cumplimiento a las llamadas *self fulfilling prophecy*⁵¹⁷ porque *el delito llama al delito*.

25.- Más controvertida es la eficacia preventivo general del castigo, que cuenta con una indiscutible legitimación *moral*, pero carece del suficiente respaldo empírico.

Se coincide en que el escaso poder intimidatorio de la pena -muy inferior al que se suponía, que actúa de modo también muy diferente- no depende sustancialmente de su rigor nominal, sino del riesgo que corre el infractor potencial de ser descubierto y detenido, pero siempre en la percepción subjetiva de éste. La socialización del autor, sus vivencias sobre el valor moral de las prohibiciones, la respuesta que espera de su círculo

⁵¹⁶ Se podría traducir por: *enfoque del etiquetamiento o etiquetado*; o de la *reacción social*.

⁵¹⁷ Se podría traducir por *profecía autocumplida*.

próximo si comete el delito, incluso la *experiencia penal*, propia o de sus allegados, son variables mucho más decisivas en el proceso disuasorio.

En cualquier caso, el endurecimiento de las penas no modifica la actitud del infractor potencial, ni refuerza la vigencia social de las normas.

CAPÍTULO III

LA FINALIDAD RESOCIALIZADORA DEL CASTIGO

SUMARIO: 1 Ambiguo concepto de resocialización y sus diferentes presupuestos ideológicos. 1.1 Concepto de resocialización. 1.2 Presupuestos ideológicos y doctrinales del concepto de resocialización: programas *máximos* y *mínimos*. 1.3 Resocialización y prevención-especial: F. Von Liszt. 1.4 La resocialización como finalidad específica de la pena ya impuesta, en el ámbito final de su cumplimiento y ejecución. 1.5 Humanismo y realismo, claves del éxito arrollador de la idea de resocialización. 1.6 Balance doctrinal de la idea de resocialización: ventajas y objeciones a esta nueva concepción de la pena. 1.6.1 Argumentos a favor: único sentido posible de la pena ya impuesta. 1.6.2 Críticas a la idea de resocialización. Estudios penitenciarios, Criminología Crítica e interaccionismo simbólico *labeling approach*. 1.7 Debate científico criminológico (empírico) sobre la resocialización del penado. 2.- Hitos de los programas resocializadores. 2.1 La inicial de *euforia del tratamiento* resocializador. 2.2 Crisis del ideal resocializador, y de la fe en la capacidad rehabilitadora del tratamiento. 2.3 Moderado optimismo de la Escuela Canadiense del Aprendizaje. 2.3.1 Sus pioneros: Gendreau, Ross, Andrews y Bonta. 2.3.2 Los meta-análisis: la relación entre el tratamiento y la llamada *variable criterio*. 2.4 La experiencia española de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que consagra el modelo científico de intervención. 2.4.1 Expectativas del nuevo modelo científico psicoeducativo, basado en los postulados de la Psicología del Aprendizaje. 2.4.2 Sus presupuestos científicos. 2.5 Replanteamiento de los ideales resocializadores. 2.5.1 Desde un punto de vista metodológico. 2.5.2 Necesidades *primarias* y *secundarias* del recluso. Régimen y tratamiento. 2.5.3 Problemas domésticos y cotidianos del día a día en la prisión. 2.5.4 Variables concretas que determinan la mayor o menor capacidad rehabilitadora de un tratamiento. 3.- Clases de intervención y métodos de tratamiento. 3.1 Pena y tratamiento rehabilitador. 3.2 Modelos de intervención. 3.3 Modelos concretos y clases de tratamiento en el ámbito penitenciario. 3.3.1 La psicoterapia y el *counseling*. 3.3.2 Técnicas de modificación de conducta. *Técnicas *aversivas*. *Técnicas basadas en el control de las contingencias. * Sistemas de autogobierno y contrato conductual. *Tratamientos de orientación conductual. 3.3.3 Técnicas de intervención y tratamiento de orientación cognitiva.*Técnicas de solución de problemas. *Técnicas de *control emocional*. *Técnicas de *razonamiento crítico*. *La técnica de *desarrollo de valores*. *Las llamadas *habilidades de negociación*. *El *razonamiento creativo*. 3.3.4 Tratamiento de base cognitivo-conductual seguido en España con delincuentes sexuales y agresores contra la pareja. 4.- Evaluación empírica de la efectividad rehabilitadora de diversas técnicas de intervención especialmente en jóvenes, adultos, delincuentes sexuales y psicópatas. 4.1 Los modernos meta-análisis. 4.2 Tratamientos a delincuentes sexuales. 4.3 Esfuerzos terapéuticos y rehabilitadores con la población penitenciaria juvenil. 4.4 Meta-análisis de May -y otros- en cuanto a delincuentes sexuales jóvenes. 4.5 Meta-análisis sobre jóvenes psicópatas. 5.- Teoría de la pena en los actuales modelos político-criminales de *seguridad* y del derecho penal simbólico. 5.1 Derecho Penal de la Seguridad y sus postulados: la actual *Contrailustración*. 5.1.1 Protagonismo de la delincuencia “convencional”, y correlativo trato de favor del crimen de los poderosos. 5.1.2 Inseguridad ciudadana y miedo al delito. 5.1.3 Exacerbación de los intereses de la víctima. 5.1.4 Populismo y politización. 5.1.5 Endurecimiento del rigor penal. 5.1.6 Confianza ciega en la efectividad preventivo-general de las prohibiciones legales. 5.1.7 Implicación directa de la sociedad en la lucha contra la delincuencia. 5.1.8 Del paradigma *etiológico*, al paradigma de *control*. 5.2 El denominado derecho penal simbólico. 5.2.1 Función simbólica de la pena en la Sociología general y en la Teoría de la Comunicación. 5.2.2 Función instrumental y función simbólica. 5.2.3 Repercusiones de una orientación simbólica en la delincuencia expresiva. 5.2.4 Diversas acepciones de la función simbólica en la doctrina española. 6.- La víctima del delito y la resocialización del infractor. 6.1 Evolución histórica de los modelos de justicia penal: *de la pena justa, a la rehabilitación del autor y la reparación del daño “justicia restaurativa”*. 6.2 Crisis del modelo clásico de justicia criminal: irrupción de un nuevo modelo. 6.3 Redefinición del nuevo ideal de Justicia. 6.4 Expectativas que despierta la *justicia restaurativa* respecto al infractor y respecto a la víctima. 6.5 La calidad de un sistema Legal: reparación simbólica a la víctima y a la comunidad.

1.- EL AMBIGUO CONCEPTO DE “RESOCIALIZACIÓN” Y SUS DIFERENTES PRESUPUESTOS IDEOLÓGICOS.

1.1. Concepto de resocialización

Este concepto⁵¹⁸ deliberadamente ambiguo, ha sido lema exitoso de un nuevo Derecho Penal, -más racional y humanitario- y de una nueva Política Criminal volcada hacia el hombre delincuente y las exigencias de prevención-especial. De ahí, en buena medida, su excepcional acogida en la doctrina y en las legislaciones nacionales de nuestro tiempo, al abrirse paso la tesis de que la pena no ha de infligir males innecesarios, justificando su ejecución en nombre del programa resocializador⁵¹⁹. Si bien un término tan impreciso ha recibido, sin embargo, una cálida acogida

Los presupuestos teóricos y el alcance de los programas resocializadores, sin embargo, son muy distintos.

Para empezar, nuestra Constitución utiliza el término poco acertado de *reeducación*, mientras otros textos legales se refieren a *resocialización*, *rehabilitación*, y *corrección*, entre otros, como conceptos sinónimos, que, en realidad no son. El término *reeducación* tiene un claro contenido pedagógico. El de *rehabilitación*, tienen contenido clínico. El de *resocialización* carácter sociológico, parece aludir al proceso de socialización del individuo⁵²⁰. Lo que sí parece claro es que dicho término implica un rechazo absoluto al retribucionismo.

1.2. Presupuestos ideológicos y doctrinales del concepto de resocialización: programas “máximos” y “mínimos”.

Sus presupuestos ideológicos y doctrinales son, también, muy diferentes. No resulta el término *resocialización* un término que tenga la misma acepción si lo utiliza

⁵¹⁸ Vid. SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, M.I., *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, p. 20 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo*, p. 649 y ss. También amplia reseña bibliográfica sobre la resocialización que aporta este mismo autor en “*Estudios Penales*” ob. cit., págs. 18 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito En: *Sistema Revista de Ciencias Sociales*, 1979, nº 31 p. 73 y ss. Texto de la Ponencia del Prof. Muñoz Conde al Seminario Hispano-Germano, sobre Reforma del Derecho Penal del 8 al 15 marzo 1979.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, p. 759 y ss.

⁵¹⁹ Sobre la resocialización “*El modelo resocializador*”, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 648 y ss.; RACCA, I., La resocialización como fin de la pena privativa de libertad: análisis del último legado del positivismo criminológico En: *Revista del Pensamiento Penal*, 2014 (21-07) p. 1 y ss.

⁵²⁰ El Anteproyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria introdujo, en su día, más confusión conceptual a este término. Primero, al referirlo a la finalidad de las Instituciones Penitenciarias. Segundo, al afirmar que doctrina y legislación entienden que la prevención-especial sea el fin primordial de la pena, lo que no es cierto. Por último, identificando resocialización y prevención-especial, lo que tampoco es correcto.

un correccionalista, un positivista (criminológico), un partidario de la llamada *Nueva Defensa Social* o un marxista⁵²¹.

En países socialistas y en los actuales regímenes totalitarios, la *resocialización* no es solo la finalidad de la pena, de la intervención punitiva del Estado, sino un cometido al que deben contribuir todos los ciudadanos e instituciones (empresas y sindicatos). Equivale a la adaptación plena y absoluta al sistema en interés de éste, con sincera asunción por parte del penado de los valores oficiales que conculcó con el delito. Adaptación forzosa y obligada⁵²².

Tampoco coinciden los autores al precisar cuál es el objetivo final⁵²³ de la resocialización, cuando se entiende conseguida esta meta, ni los presupuestos ideológicos de los que parten⁵²⁴.

Para los llamados *programas resocializadores máximos*, la resocialización es una verdadera *conversión* del penado a los valores e ideales del grupo social. El penado reflexiona sobre su conducta delictiva, se arrepiente, hace propósito de enmienda y abraza los valores de la comunidad. Subyace en estos programas la identificación con el fenómeno de la penitencia, el delito es el pecado, la pena es la penitencia que propicia la expiación de la culpa y el retorno del penado a la sociedad una vez cumplida su condena⁵²⁵. Se reprocha que encubra la imposición coactiva al individuo de unos modelos uniformes de conducta con miras estrictamente defensistas, sin contar con el consentimiento y cooperación real del penado y en perjuicio de su dignidad.

⁵²¹ Sobre el distinto alcance que dan a este concepto correccionalistas, positivistas, partidarios de la Nueva Defensa Social y marxistas, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo*, p. 670 y ss.

⁵²² En las llamadas *democracias populares* la idea de resocialización es la expresión temática del *humanismo socialista*”.

⁵²³ Este debate sobre la *resocialización* parece ocultar los fines reales de la pena, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 287.; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, M.I., *El mandato constitucional hacía la reeducación y la reinserción social*, p. 24 y ss.

⁵²⁴ Existen básicamente tres pretensiones que se alinean bajo el concepto de la resocialización: el *antiretribucionismo dogmático*, que utiliza la idea de resocialización como sinónimo de supresión del Derecho Penal para dispensar a todos los ciudadanos mayores cuotas de igualdad real, de oportunidades sociales; una segunda acepción interpreta esta categoría en nombre de una imprescindible *concepción asistencial* del Derecho Penal, en favor del delincuente y de la víctima; finalmente, una acepción claramente *neoretribucionista*, ya que la resocialización equivaldría a una *adaptación coactiva del penado* al sistema, versión moderna y renovada del retribucionismo con nuevo envoltorio. cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios Penales*, p. 28.

⁵²⁵ Señala PETERS, que la idea de resocialización puede ganar muchas batallas, pero perderá la guerra, ya que si se la priva de todo contenido moral y axiológico desde el neutralismo valorativo los programas resocializadores carecerán de toda estabilidad y eficacia. cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones. Tendencias y Fundamentos de Derecho Penal*, p. 292 y ss.

El inconveniente de estos programas es su injerencia máxima e ilegítima en el penado, afectando cualitativamente a su persona, cuadro axiológico⁵²⁶, derechos, a través, de una vía coactiva, la ejecución de la pena. Pueden llegar a utilizar la conocida estrategia de los *lavados de cerebro* y toda clase de excesos.

Los *programas resocializadores mínimos* tampoco se libran de críticas y objeciones, porque se conforman con la existencia de un pronóstico razonable de que el penado no volverá a reincidir. Lo que es pedir poco y sumir, además, este objetivo final en una absoluta imprecisión. ¿Cuándo un pronóstico es *razonable*? ¿Cuáles son las bases científicas de dicha razonabilidad? ¿Está la ciencia en condiciones de emitir, caso a caso, un pronóstico fiable sobre el comportamiento futuro del individuo? (ha de tratarse de un juicio de pronóstico *científico* y no arbitrario). Al Derecho Penal sólo le cabe como fin primordial la modesta y difícil tarea de evitar el delito, y, sobre todo, la reincidencia⁵²⁷.

1.3. Resocialización y prevención especial: F. von Liszt.

Las tesis de la resocialización se enmarcan, como uno de sus posibles supuestos, en el pensamiento de la prevención especial. Aunque suele olvidarse que el principal valedor de las mismas, F. von Liszt⁵²⁸, distinguía tres funciones de la pena según la clase de delincuente que se tratara: a) La pena cumpliría una función intimidatoria (pena impuesta y cumplida) en el caso del delincuente ocasional, la pena constituye un *recordatorio* b) Una función resocializadora, en el delincuente corregible, por medio de una adecuada ejecución de la pena y c) Una dura función inocuidadora, de aislamiento que puede llegar a ser perpetuo, se trata de mero aseguramiento, mientras durase su cumplimiento respecto al delincuente habitual incorregible⁵²⁹.

Quiere ello decir, que la función resocializadora no debe desvincularse del marco teórico de la doctrina de F. von Liszt, aplicable a cierta clase de delincuentes, no a todos. En su concepción del derecho penal como *instrumento de lucha contra el delito* encaminado a la *protección de bienes jurídicos*, no se puede someter a un tratamiento rehabilitador a un delincuente ocasional que no *necesita* del mismo, ni a un delincuente *incorregible*, porque no es susceptible de resocialización. En el ámbito de la delincuencia sexual (algunas parcelas de ésta) y de los llamados *trastornos de la*

⁵²⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios penales* p. 43.

⁵²⁷ Porque sin la interiorización moral de la norma -que presupone una actitud axiológica- falta el fundamento estable a su fuerza determinadora. No cabe resocialización alguna -se observa- si detrás de la conducta respetuosa de la ley solo existe un vacío moral o mera contradicción entre las pautas legales y las convicciones íntimas del sujeto. cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios Penales*, p. 42 y ss.

⁵²⁸ F von LISZT, el gran teórico de la prevención especial, no utilizó el término *resocialización* sino el de *mejora* "*besserung*". Sobre el pensamiento de F. von Liszt, cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, p. 68 y ss.

⁵²⁹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 404 y ss.

personalidad (psicopatías), la presencia de infractores incorregibles es conocida desde antiguo.

Más aún, cabría añadir que por razones estrictamente *pedagógicas*, sólo puede conseguirse un tratamiento exitoso si el penado colabora sinceramente con la Administración Penitenciaria. Y ello, sí lo hace de forma *voluntaria*, ya que el tratamiento es un *derecho* del interno, no un deber de éste, según nuestra legislación penitenciaria.

La función de la pena y del Derecho penal para von Liszt era la protección de bienes jurídicos mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente con la finalidad de evitar ulteriores delitos⁵³⁰.

1.4.- Resocialización como finalidad específica de la pena ya impuesta, en el ámbito final de su cumplimiento y ejecución

La resocialización del penado no es un fin de la pena estatal como institución, sino un objetivo de la fase final de ejecución y cumplimiento del castigo⁵³¹.

Ningún Estado, como la experiencia histórica demuestra, ha acudido a la pena para corregir o reinsertar a nadie. La pena como institución pública estatal nace para defender el orden social y proteger, así, los valores e intereses de mayor trascendencia para la comunidad y el ser humano⁵³². No tratamos de realizar la justicia sobre la tierra, ni ejercitar a los ciudadanos en la virtud de la obediencia, tampoco garantizar la vigencia social de la norma estabilizando las expectativas sociales a que ésta se orienta. La pena trata de hacer posible la convivencia, tutelando con el apoyo coactivo del Estado, la vida, la libertad y el patrimonio, entre otros, los valores fundamentales del orden social sin cuya salvaguarda efectiva toda sociedad caminaría a su desaparición.

El destinatario, por tanto, de los programas resocializadores es el propio penado, y dicha función, en su caso rehabilitadora, se lleva a cabo durante el cumplimiento y ejecución de la pena. Consiste en el impacto bienhechor que el castigo debe producir en la propia persona del penado.

⁵³⁰ Vid. VON LISTZ F., *Tratado de Derecho Penal*, p. 10.

⁵³¹ Esta segunda opción es la más correcta, porque se refiere al cumplimiento y ejecución de la pena ya impuesta. Entonces, no puede tener otro sentido aquella. No obstante, se ha criticado esta *dissección* de la pena distinguiendo sus dos fases, argumentando que la pena puede resocializar en su periodo de ejecución solo si en la fase anterior se concibe como instrumento resocializador. Toda división entre *finés de la pena* y *finés de la ejecución de la pena* es artificiosa y contradictoria. vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal*, p. 656.

⁵³² Para BUENO ARUS, la función de la pena sería la defensa del orden social y la tutela de bienes jurídicos, la justificación de la pena su ya indicada necesidad para la defensa social; fundamento de la el *ius puniendi* del Estado; legitimidad su adecuación a los valores del Estado democrático de Derecho; fines de la pena, los resultados trascendentes a la misma que se esperan obtener con su imposición”, vid. BUENO ARÚS, F., *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Navarra. Editorial Aranzadi S.A. 2015, p. 112

Fundamental es distinguir la eficacia rehabilitadora de la pena, de la pena misma (el encarcelamiento) que es, lógicamente nula; de la eficacia resocializadora de un *tratamiento* correctamente prescrito y ejecutado, impacto bienhechor que, como se verá, depende de numerosas variables⁵³³.

1.5.- Humanismo y realismo. Claves del éxito arrollador de la idea de resocialización.

La idea de resocialización, poco precisa, evoca una respuesta no exclusivamente represiva y traumatizante del sistema legal, sino bienhechora. Ha de producir un impacto positivo en el penado.

La propuesta fascina, por su realismo, es la primera vez que se piensa en el propio penado que cumple la pena impuesta, en su interés; y no en valores sublimes de justicia absoluta, intereses del sistema, de la sociedad, con encubiertos fines defensistas.

Existen límites trascendentales en el empleo de sanciones penales. Así los efectos sociopersonales pretendidos con la conminación legal, en ningún caso pueden superar ciertos confines, como es la humanidad de las sanciones⁵³⁴.

Las teorías de la resocialización no se refieren a una pena abstracta, ni a unas cárceles ideales, sino a la pena concreta que el penado de nuestro tiempo cumple en los actuales establecimientos penitenciarios, no en otros.

De algún modo, quiebra así el concepto clásico de *tratamiento*, de inevitables connotaciones clínicas injustificadas en el caso, por ejemplo, de los delincuentes ocasionales. Se sustituye por el más complejo pero pluridimensional concepto de intervención, entendido desde un enfoque psicoeducativo y asistencial, siguiendo los postulados de la ecología ambiental. También de la psicología humana y social, en el que predominan las medidas de naturaleza organizacional sobre las estructurales⁵³⁵. Rompe con la distinción entre régimen y tratamiento, subraya la relevancia del medio físico y del diseño arquitectónico carcelario, del clima de convivencia o ambiente en las prisiones, del nivel de participación y motivación de los internos en los distintos programas de actividades. Reclama, por otra parte, un análisis empírico y crítico de la

⁵³³ La distinción es fundamental. Existe una incuestionable evidencia empírica de los efectos destructivos de la pena, del encierro o encarcelamiento. No en vano la pena es un mal, y su contenido aflictivo necesario para que la mera conminación penal pueda producir un efecto disuasorio, preventivo. Pero existe también evidencia empírica, de que una intervención correctamente prescrita y ejecutada produce efectos bienhechores en el penado, señalando los expertos, como se verá en páginas posteriores, que el grado general de efectividad rehabilitadora del tratamiento puede llegar al 30%. Es decir, que en orden a la reincidencia, es mucho más esperanzadora la situación del penado que se sometió a tratamiento (grupo experimental), que la de quien no lo hizo (grupo de control), vid REDONDO ILLESCAS, S., *Tratamiento y sistema penitenciario*, p. 339

⁵³⁴ Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J.L., El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2005, nº 22, p. 15

⁵³⁵ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./ GARRIDO GENOVÉS, V., *Diez años de intervención en las prisiones españolas*, p. 203 y ss.

propia institución, de los elementos que la integran, de las relaciones de los mismos con la conducta de quienes conviven en ella⁵³⁶.

Este nuevo concepto de intervención subraya la importancia de aspectos domésticos de la prisión. De poco sirven los conceptos de resocialización, si el hábitat penitenciario crea un clima rígido e inflexible en la vida cotidiana de la *institución*, incompatible con cualquier objetivo pedagógico positivo. Así, el diseño de las celdas, galerías, arquitectura penitenciaria, permeabilidad de los movimientos internos, recuentos, cacheos, visitas conyugales y familiares, hacinamiento, clima de violencia e incluso actividades de animación cultural y la participación en ellas de reclusos, cobran interés como marco de la intervención⁵³⁷.

1.6 Balance doctrinal de la idea de resocialización: ventajas y objeciones a esta nueva concepción de la pena.

1.6.1. Argumentos a favor: único sentido posible de la pena ya impuesta.

La idea de la resocialización es inobjetable si se piensa en la finalidad que puede cumplir la pena en su proceso de cumplimiento y ejecución, es decir, una vez impuesta. Habrá que esperar entonces de ella, en interés del penado, alguna función positiva. Algún efecto bienhechor ha de producir en el penado, que es quien la cumple y padece. Se sublima la importancia de la *reinserción social* como finalidad prácticamente exclusiva de la pena constitucional, lo que lleva a evitar cualquier aplicación o ejecución de ésta que haya de suponer una situación gravosa para el condenado, sin matizar si la *reinserción* puede o no, razonablemente, obtenerse en el caso concreto⁵³⁸.

De hecho, la idea de resocialización ha impulsado numerosas reformas en el ámbito penitenciario⁵³⁹, tanto en Alemania, país pionero en el ideal resocializador, como en España. Aquí, el sistema científico de individualización de la pena, el llamado sistema progresivo de grados, comúnmente elogiado por la doctrina, es tributario de la filosofía de la resocialización. Trata de acomodar el régimen de cumplimiento y ejecución de la pena a la evolución del penado al tratamiento penitenciario⁵⁴⁰.

⁵³⁶ Vid. GARCÍA GARCÍA, J., *La prisión como organización y medio total de vida*, p. 33 y ss.; REDONDO ILLESCAS, S./GARRIDO GENOVÉS, V., *Diez años de intervención en las prisiones españolas*, p. 203.

⁵³⁷ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./ GARRIDO GENOVÉS, V., *Diez años de intervención en las prisiones españolas*, p. 203 y ss.

⁵³⁸ Vid. BUENO ARUS, F., *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, p. 33

⁵³⁹ Con todo, la principal aportación de los programas rehabilitadores y de la propia idea de resocialización, consiste en haber racionalizado toda la teoría de la pena liberándola de tópicos y mecanismos mágicos con que la rodearon las teorías absolutas. Ello conducirá a reclamar un balance científico de sus pros y contras, una verificación racional de sus objetivos y logros. La pena no es una cuestión dogmática de principios

⁵⁴⁰ La resocialización parece ser la mágica tercera vía, la alternativa a las dos opciones enfrentadas: retribución o utópica lucha contra las estructuras. vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La*

Se ajustan al principio de solidaridad y responsabilidad social que legitima una intervención bienhechora en el infractor, en el marco del Estado social intervencionista de Derecho.

Pero los programas resocializadores no se han librado de numerosas críticas.

1.6.2 Críticas a la idea de resocialización. Estudios penitenciarios, Criminología Crítica e interaccionismo simbólico “labeling approach”.

Se ha objetado, a los programas *resocializadores*, que no trazan límites claros al *ius puniendi*. La experiencia demuestra que a menudo los Estados incurren en la tentación de considerar necesitados de rehabilitación a los opositores, a los contrincantes políticos, siendo preocupante que la idea de resocialización carezca de precedentes liberales por no haberla reconocido el Derecho Penal Clásico⁵⁴¹.

Desde la teoría de los fines de la pena se ha reiterado hasta la saciedad que el castigo no nace históricamente, como institución, para corregir ni resocializar a nadie; y que éste tampoco es el motivo para criminalizar ciertos comportamientos desviados⁵⁴². Algunos señalan que el camino adecuado para la resocialización no es la *imposición*, sino la *autodeterminación*.

Se ponen en peligro exigencias preventivo-generales de la pena, preocupándose en exceso por la dignidad del infractor, y muy poco de la víctima.

La resocialización, no es viable en la sociedad plural de nuestro tiempo, carente de un código axiológico, un modelo unitario y definido de valores. Nos encontramos con una pluralidad de conjuntos normativos, un mosaico fraccionado de esquemas de vida, ideologías y valores, donde falta el código axiológico y normativo de valores, hacia el que se pretende adoptar al individuo. Falta la imprescindible referencia del modelo social⁵⁴³.

Además la filosofía de la resocialización quiebra en sus presupuestos (base del juicio de peligrosidad del necesitado de rehabilitación y en cuanto a la efectividad de los medios utilizados para conseguir el objetivo final resocializador *pena y tratamiento*).

supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito, eufemismo, p. 677.; CUTIÑO RAYA, S., *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, p. 10 y ss.

⁵⁴¹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, p. 759 y ss.

⁵⁴² Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, p. 31. En el mismo sentido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, p. 953.

⁵⁴³ Vid GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito, eufemismo*, p. 678, reproduciendo una crítica muy conocida

Carecemos en la actualidad de conocimientos científicos rigurosos que permitan emitir un juicio de pronóstico sobre el comportamiento futuro del penado⁵⁴⁴.

El ideal resocializador, olvida que la resocialización no siempre es necesaria (en el caso de delincuentes ocasionales); e imposible en otros (respecto a los *incorregibles*). Siendo un inconveniente adicional, que la sociedad suele dejar libre de sospecha a ciertos delincuentes cuyo perfil no encaja en la imagen tradicional de lo *asocial* (delincuente de *cuello blanco*, y de las altas finanzas, entre otros)⁵⁴⁵.

Las objeciones de mayor calado a la idea de resocialización son las que cuestionan no la *posibilidad* de intervenir en el penado, sino la falta de *legitimidad* para hacerlo. Se cuestiona la legitimidad de llevar a cabo injerencias tan intensas en los derechos y personalidad del delincuente⁵⁴⁶.

Tales críticas proceden fundamentalmente de cuatro fuentes distintas: la Sociología General, la Psicología, el Psicoanálisis y la denominada Criminología Crítica. La objeción fundamental, como se ha anticipado, no es la ineffectividad del tratamiento, de la intervención, tal y como hoy se llevan a cabo (con una lamentable penuria de medios y recursos) sino la falta de legitimidad de la misma.

Sin embargo, otro dato produce cierta desorientación en el observador, cuando comprueba la general aceptación e incuestionabilidad del dogma resocializador⁵⁴⁷, en claro contraste con la evolución de nuestros actuales sistemas penales. ¿Cómo se puede seguir invocando la idea de resocialización como meta absoluta del actual sistema penal, a pesar de que dos tercios de la delincuencia de nuestra sociedad no necesita resocialización alguna, por tratarse de delincuentes perfectamente socializados (los *ocasionales*); cuando sigue incrementándose la tasa de reincidentes, -otro tercio- sector del que proceden los llamados *incorregibles*, no susceptibles de rehabilitación alguna? Puede comprobarse que los actuales sistemas penales no se orientan precisamente a la resocialización, bien porque algunos sectores de la criminalidad solo se orientan a la prevención-general (tráfico, delincuencia económica, delincuencia política, contravenciones); bien, porque la naturaleza de las penas que se aplican y el modo en que se aplican, producen, sin duda, el efecto contrario (penas de larga duración, privativas de libertad, pena de prisión). Comenta algún autor, que resulta paradójico que

⁵⁴⁴ Sobre las estrechas bases del juicio resocializador, vid. LARRAURI, E., La herencia de la Criminología crítica En: Criminología y Derecho. 3ª edición. Madrid. Edita Siglo XXI de España. 2000, p. 17 y ss. Compartiendo la opinión de la autora, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Las teorías clásicas de la pena*, p. 417 y ss. (nota 252).

⁵⁴⁵ Vid. SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, M.I., *El mandato constitucional hacía la reeducación y reinserción social*, p. 22 y 38; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito, eufemismo*, p. 679 y ss.

⁵⁴⁶ Vid. DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 18

⁵⁴⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito, eufemismo*, p. 681 y ss.

un país pionero en el ideal resocializador, como Alemania, se queje del retraso en que se encuentra el proceso de individualización y ejecución de penas privativas de libertad, que suele calificarse de escandaloso. Resulta que el Derecho Penal, fiel abanderado de las metas resocializadoras, ha derivado su arsenal penológico hacia la pena pecuniaria, que es, en un 90% la que de hecho aplican los tribunales alemanes⁵⁴⁸.

Pero las principales cargas de profundidad contra la idea de la resocialización proceden de la Criminología crítica de base marxista (Baratta), el interaccionismo simbólico “*labeling approach*”, y las teorías psicologicistas y psicoanalíticas “*la psicología de la sociedad sancionadora*”.

La criminología crítica pasa de un análisis etiológico del delito a un examen macrosociológico del mismo, preocupada por poner de relieve las relaciones de funcionalidad o disfuncionalidad entre el comportamiento desviado y las estructuras sociales. Pasa de un enfoque etiológico al paradigma de control, del estudio de las causas del delito (teorías de la criminalidad), al de los mecanismos del control social (teorías de criminalización)⁵⁴⁹. Y se concluye, si es la sociedad la que produce tantos delincuentes como hombres honrados, la culpable es la sociedad. Tiene que resocializarse también la sociedad, no el infractor.

Desde la psicología y sectores del psicoanálisis se concluye que la causa del mal no se halla en la persona del infractor, sino en la psicología de la sociedad sancionadora y las necesidades no declaradas de ésta. Con la declaración de culpabilidad, mantienen estos sectores doctrinales, la sociedad satisface ciertas necesidades propias que nada tienen que ver con los méritos y deméritos del infractor. Este es, simplemente, el *chivo expiatorio* o *cabeza de turco* en el que se proyectan y descargan las culpas propias, una víctima anónima y fungible. Es, por tanto, la propia sociedad la que necesita el crimen, la que crea un *clima emocional* proclive al castigo. El *súper-yo* agresivo de la *sociedad sancionadora*, su ideal ético, su moral dualista, psicología retribucionista y categorial, son los culpables del *envenenamiento* de la atmósfera social que imposibilita la resocialización⁵⁵⁰. En lugar de clamar por la resocialización del delincuente, habría que desterrar el Derecho Penal retributivo.

En cuanto al interaccionismo simbólico del *labeling approach*, que sustituye las teorías etiológicas de la criminalidad y la desviación primaria, por el examen del

⁵⁴⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito, eufemismo*, p. 696.

⁵⁴⁹ Sobre la criminología crítica y sus postulados, vid. BARATTA, A., Criminología crítica y política penal alternativa. En: *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1978, nº 1, p. 44 y ss.

⁵⁵⁰ Todas estas teorías, de profunda inspiración psicoanalítica, subrayan las tendencias punitivas de la moderna sociedad sancionadora que necesita del castigo. Véase la obra FROMM, E., *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea. Hacia una sociedad sana*. Mexico. Edita Fondo de Cultura Económica. 1990, p. 165 y ss.

funcionamiento constitutivo, discriminatorio y selectivo del control social y la llamada desviación secundaria, basta con lo expuesto.

Tampoco voy a reiterar, una vez más, los resultados que arrojan numerosos estudios empíricos de penitenciaristas que demuestran cómo la pena no resocializa -no puede hacerlo- sino que traumatiza al infractor, le marca con un sello indeleble que le identificará como *penado*, activando su *carrera criminal*. Punto de partida es la aceptación incuestionable de que la prisión es una *subcultura* (carcelaria), con sus propios valores opuestos a los de la sociedad oficial; que la vida en prisión produce la *desculturización*” del interno (pérdida de las capacidades vitales y sociales mínimas para la vida en libertad, del control situacional, de la propia iniciativa y de la autoresponsabilidad) y su *prisonización*, la asunción del código de valores, usos y tradiciones del establecimiento penitenciario, por el interno. Todo lo contrario a su rehabilitación o reinserción.

Pero no todas las críticas a la idea resocializadora cuentan con el debido fundamento. La condena a todos los programas rehabilitadores, es injusta. Algunos pueden significar una injerencia en la personalidad del infractor o un lavado de cerebro, pero no todos. Se pueden evitar excesos y extralimitaciones estableciendo mecanismos de control eficaces. No puede olvidarse, que incluso por razones estrictamente pedagógicas deben contar con la voluntariedad del penado, libremente expresada, con su cooperación sincera. La reinserción, rehabilitación o resocialización del penado es un objetivo pensado en interés de éste, no de la sociedad ni del sistema. Como en tantas otras materias, el nihilismo, la teoría y la praxis de la *no intervención* y el maximalismo dogmático ofrecen una engañosa faz de progreso y humanismo que no responde a la realidad. Porque siendo el objetivo resocializador una oferta al penado, dirigida a enriquecer el horizonte personal y vital del mismo, a potenciar efectivamente sus posibilidades de participación social carece de sentido una frívola descalificación genérica de todos los programas resocializadores bajo pretexto de ilegitimidad.

Otra de las objeciones a los programas resocializadores es la supuesta inefectividad de los mismos, lo que es una lamentable falacia que alimenta la virtualidad de *profecías* y argumentos *circulares* de escasa solidez. Cabe cuestionar concretos programas resocializadores, o programas pensados para ciertos grupos o subgrupos de penados. Pero no la efectividad de todos los programas resocializadores. Negar la posibilidad de que se lleve a cabo con éxito un impacto constructivo y bienhechor en el recluso -si el concreto programa está bien diseñado y se ejecuta en la forma prescrita- es negar la evidencia científica.

Resocializar o preparar a una persona para que se incorpore dignamente a la vida en libertad, mediante la privación coactiva de ésta, es una contradicción. Que el penado asuma valores del grupo, -que pueden dar lugar a lecturas criminógenas- es otro

argumento contra la intervención. Por ello algún autor espetaba gráficamente: “*Que se resocialice la General Motors*”⁵⁵¹.

La objeción más generalizada contra estos programas invoca la tesis de la Criminología Crítica, del *labeling approach* y de numerosos estudios de penitenciaristas que concluyen el impacto muy negativo de la pena privativa de libertad en el infractor, que la cumple y experimenta (en personas allegadas a él, inocentes, que pagan por extensión con las sanciones informales -la prisión). Esta es, fundamentalmente, la argumentación del interaccionismo simbólico y del *labeling approach*: La pena en realidad no resocializa, traumatiza al penado. No limpia, sino mancha. A menudo, no es el delito cometido sino el mero hecho de haber estado en prisión lo que supone un demérito ante los ojos de la sociedad. El cumplimiento de la pena *marca* al infractor con un sello indeleble que condicionará su vida futura. Con la prisión se consolida definitivamente el *estatus* del desviado, lo asumirá, lo hará parte de su personalidad, dando origen a la *desviación secundaria* y a las *carreras criminales*, ya que el penado se comportará en lo sucesivo como la sociedad espera que lo haga, como un *ex penado*, es decir, reincidiendo. De modo, que según el conocido esquema de las *profecías* que se autorealizan, el ex penado volverá a delinquir. La cárcel limitará, drásticamente, sus expectativas personales, familiares, profesionales y sociales, cerrando el camino para su retorno a la comunidad, cumpliendo un conocido lema de la sociología norteamericana: *El delito llama al delito*. Las puertas de la cárcel funcionan como puertas giratorias de un hotel, se sale, pero por propia inercia éstas hacen volver a entrar. Sin embargo según muestran estudios recientes, la magnitud del tiempo de permanencia en prisión no guarda relación con la reincidencia, pero si tiene puntos en común con las variables de personalidad (a excepción de la autoestima) y la conducta penitenciaria⁵⁵².

La idea de resocialización sigue planteando interrogantes, como se desprende de la polémica doctrinal y normativa que se acaba de exponer. No queda claro el propio concepto de resocialización, ni la meta final de los programas resocializadores, tampoco sus objetivos intermedios, ni las técnicas de intervención en cada caso más adecuado, -según el tipo de delito y la personalidad del infractor- así como los límites que no se deben sobrepasar en aras de la efectiva resocialización del infractor.

El ideal resocializador dejará, por tanto, de ser un mito o un lema vacío de contenido cuando se alcance un elemental consenso sobre tres cuestiones fundamentales: a) Qué objetivos finales pueden perseguirse en nombre de la resocialización con relación a cada grupo y subgrupo de delincuentes. b) Qué técnicas de intervención se reputan más idóneas y eficaces en cada caso, y c) Cuáles son los límites que no puede sobrepasar ningún tipo de intervención.

⁵⁵¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal, Instituciones, Tendencias y Fundamentos*, vol. I, p. 295.

⁵⁵² Vid. PÉREZ FERNANDEZ, E./REDONDO ILLESCAS, S., Efectos psicológicos de la estancia en prisión En: *Papeles del psicólogo*. Edita Psicología Jurídica, 1991, vol. 48, p. 2 y ss.

1.7 Debate científico criminológico (empírico) sobre la resocialización del penado.

La discusión teórico-doctrinal sobre la resocialización es claramente insuficiente.

Urge llevar a cabo un debate científico-empírico, criminológico, libre de especulaciones y actitudes meramente ideológicas. El citado debate debe discurrir en el ámbito del *ser*, no en el normativo del *deber ser*.

Es importante, para tomar conciencia de la situación, verificar, con un método empírico que aporte un plus de fiabilidad a la discusión, si se produce un impacto positivo, bienhechor, en la persona del penado a través de la ejecución y cumplimiento de penas. Aunque éste ámbito concreto -el del cumplimiento y ejecución del castigo- sea, por definición, el ámbito coactivo, de la ausencia de libertad y sea verosímil una cooperación *interesada* de éste.

La primera dificultad que debe superar cualquier programa de intervención es la existencia de mecanismos de *contra-control*, que dificultan la efectividad de programas resocializadores, al contraponer a éstos otras normas y pautas antagónicas que rigen en el mundo de la subcultura carcelaria⁵⁵³, como el llamado *código del recluso*.

La segunda dificultad de los programas resocializadores, reside en la ausencia o déficit de generalización de los mismos⁵⁵⁴. Consta científicamente que existen obstáculos para que los ex-penados lleven a cabo en sus ambientes de origen, del que proceden, una vez recuperada la libertad, cuanto aprendieron como internos en los establecimientos penitenciarios, dado el trascendental cambio de escenario que la excarcelación supone. Por ello hoy se concede gran interés a los llamados programas *comunitarios*.

2.- HITOS DE LOS PROGRAMAS RESOCIALIZADORES.

En Estados Unidos, cabe distinguir tres etapas:

2.1. La inicial, de “euforia del tratamiento” resocializador.

Esta etapa dio lugar a importantes innovaciones penitenciarias (la introducción de la terapia individual y la grupal; los llamados *ambientes terapéuticos*; asesoramiento psicopedagógico, técnicas de modificación de conducta; perfeccionamiento profesional,

⁵⁵³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 658

⁵⁵⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 658 y ss.

mejorar la formación profesional; permisos para trabajar; modernos sistemas de clasificación de los penados)⁵⁵⁵. Etapa brillante, eufórica.

Se trataba, de un clima general optimista y reformador que renegaba del puro punitivismo y confiaba que la racionalidad terminaría *con un pasado bárbaro*⁵⁵⁶.

Esta primera etapa de euforia del tratamiento resocializador, se inicia a mediados de la década de los sesenta del siglo XX, y aunque se reconocía la falta de medios y personal adecuado, pocos cuestionaban que la meta rehabilitadora era la necesaria meta de progreso en los Estados Unidos⁵⁵⁷.

2.2. Crisis del ideal resocializador, y de la fe en la capacidad rehabilitadora del tratamiento.

La segunda etapa marca la crisis del ideal resocializador. La expresión más representativa es la obra de Martinson, “*What Works?*” publicada en 1974⁵⁵⁸. Análisis que suscitó una serie de estudios sobre la eficacia del tratamiento y que condujo a la propagación del escepticismo⁵⁵⁹.

El lema de la obra de Martinson era demoledor: “*Nothing Works*” (nada funciona). La resocialización, para Martinson, era un mito, tesis que comparten, otros autores más, como Fishmann, Greenberg, Lundman y Scarpitti, Schrest, White y Brown, Wright y Dixon⁵⁶⁰.

Martinson rectificó su postura, cinco años más tarde, reconociendo, que el factor crítico de los estudios que había revisado y calificado de ineficaces eran las condiciones sobre las que tales programas se habían desarrollado. El fracaso de la rehabilitación se había predicado, partiendo del análisis de estudios con problemas metodológicos e

⁵⁵⁵ Sobre esta primera etapa de euforia del ideal resocializador, vid. CULLEN, F.T./ GENDREAU, P., *Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas*, p. 275 y ss.; CUTIÑO RAYA, S., El artículo 66 LOGP nombra algunos métodos de tratamiento concreto *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, p. 3

⁵⁵⁶ Cfr. CULLEN, F.T./ GENDREAU, P., *Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas*, p. 275 y ss.

⁵⁵⁷ Cfr. CULLEN, F.T./ GENDREAU, P., *Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas*, p. 285 y ss.

⁵⁵⁸ Cfr. CULLEN, F.T./ GENDREAU, P., Otros autores, como Cressey (1958), Wooton (1959), Glaser (1965), Bayley (1966), Gold (1974) habían apuntado ya la crisis escéptica anteriormente, *Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas*, p. 288.

⁵⁵⁹ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., El modelo cognitivo aplicado a delinquentes institucionalizados: el pensamiento prosocial. En: *Revista Complutense de Educación*, 1996, vol. 7, nº. 2, p. 138.

⁵⁶⁰ Cfr. CULLEN, F.T./ GENDREAU, P., *Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas*, p. 294 y ss.

inadecuados diseños de investigación, basados en un modelo ya fracasado y en los que el único criterio de éxito empleado era la reincidencia⁵⁶¹.

Sin duda, el radical cambio de criterio de la doctrina norteamericana tuvo mucho que ver con el contexto histórico de la sociedad de los EEUU a principios de la década de los setenta. Una sociedad desangrada por conflictos y frustraciones colectivas, desórdenes, protestas sociales, nula credibilidad del Gobierno, decepción por la guerra de Vietnam, escándalos políticos, motines carcelarios con finales trágicos, entre otros. Una sociedad, que observa atemorizada el incremento de las tasas de criminalidad; que desconfía de la discrecionalidad de los jueces y funcionarios de prisiones; y que, como sucede en momentos de grave crisis, apela a la *ley* y el *orden*, por temor a que el *tratamiento rehabilitador* despojase al sistema penal de su fuerza punitiva⁵⁶².

2.3 El moderado optimismo de la Escuela Canadiense del Aprendizaje.

La tercera etapa en la evolución histórica de los ideales resocializadores del castigo en la doctrina norteamericana, -y canadiense- apunta a un moderado optimismo sobre la eficacia rehabilitadora del tratamiento penitenciario.

2.3.1. Sus pioneros: Gendreau, Ross, Andrews y Bonta.

Tres factores explican este giro, más ecuánime y optimista, en los actuales puntos de vista de la doctrina científica. En primer lugar las aportaciones de psicólogos de la Escuela Canadiense del Aprendizaje (Gendreau, Ross, Andrews y Bonta), abordan el problema de la evaluación de la capacidad rehabilitadora del tratamiento con criterios estrictamente técnicos y profesionales. Estos autores se esfuerzan en seleccionar los rasgos que parecen caracterizar a los programas eficaces, diferenciándolos de aquellos que no arrojan resultados positivos⁵⁶³. En segundo lugar, la generalización de un nuevo método evaluador, el *meta-análisis*. Sofisticado método estadístico, más satisfactorio que la *revisión narrativa* de Martinson, o el de recuento de votos (métodos de la urna), de Palmer. Por último, la constatación de que si algún programa fracasa no es por la imposibilidad de hacer cambiar los hábitos criminales de los delincuentes, sino por deficiencias de los propios programas⁵⁶⁴, bien en sus diseños técnicos, bien en la ejecución de los mismos.

⁵⁶¹ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 138 y ss.; cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 680.

⁵⁶² Cfr. CULLEN, F.T./ GENDREAU, P., *Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas*, p. 289 y ss.

⁵⁶³ Cfr. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 139.

⁵⁶⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 682

2.3.2 Los meta-análisis: la relación entre el tratamiento y la llamada “variable criterio”.

De hecho, las publicaciones de importantes revisiones surgidas, muchas de ellas debido al meta-análisis, comienzan a arrojar algo de luz sobre la eficacia del tratamiento. A finales de los años ochenta resurge la idea de rehabilitación desde una perspectiva alejada de orientaciones punitivas⁵⁶⁵. Este método arroja una cifra final -la magnitud media del efecto-, que representa una valiosa y precisa estimación puntual de la relación entre el tratamiento y la llamada *variable criterio*, decisiva para determinar el giro mencionado en la doctrina de los EEUU⁵⁶⁶.

2.4. La experiencia de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que consagra el modelo científico de intervención.

En España, transcurridas ya más de dos décadas desde la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que consagra normativamente el modelo de intervención científica en nuestras prisiones, también se abre entre los expertos, una nueva etapa de razonable optimismo sobre la base de la experiencia acumulada a lo largo de los últimos lustros.

2.4.1- Expectativas del nuevo modelo científico psicoeducativo, basado en los postulados de la Psicología del Aprendizaje.

Todo parece indicar que a través de la ejecución penal pueden obtenerse resultados positivos en tres ámbitos diferentes: 1) Evitando el aprendizaje por los internos de nuevas actitudes y hábitos delictivos (formativo) 2) Influyendo sobre el comportamiento de los reclusos en la prisión (psicosocial) 3) Incidiendo en la conducta futura de los penados (resinsertador)⁵⁶⁷.

Este modelo se orienta a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas y profesionales y compensar sus carencias. Se pueden enmarcar en este contexto las actividades educativas, culturales y deportivas. Como programas psicosociales, gran cantidad de técnicas dirigidas a modificar actitudes y personalidad de los reclusos, como terapias psicológicas y psiquiátricas no conductuales, para tratar trastornos emocionales, técnicas de intervención conductual, como los programas de economía de fichas, terapias psicoanalíticas individuales o de grupo, programas ambientales de contingencia basados en la teoría del aprendizaje social de Akers, programas cognitivos conductuales, como

⁵⁶⁵ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delinquentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 139 y ss.;

⁵⁶⁶ Cfr. CULLEN F.T./ GENDREAU P., *Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas*, p. 304 y ss.

⁵⁶⁷ Sobre las dos décadas del modelo de intervención en España, vid. GÓMEZ PÉREZ, J., El ámbito del tratamiento penitenciario. En: *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, nº 8. Instituto de Criminología. Madrid, p. 71 y ss.; REDONDO ILLESCAS, S./GARRIDO GENOVÉS, V., *Diez años de intervención en las prisiones españolas*, p. 197 y ss.

el programa de competencia psicosocial o del pensamiento prosocial para la solución de problemas interpersonales y el entrenamiento de habilidades sociales⁵⁶⁸.

Varias son las conclusiones que cuentan con amplio consenso doctrinal⁵⁶⁹.

La primera: optando por un determinado modelo integrador y científico de intervención (no el modelo clínico tradicional), es viable la reestructuración de la realidad carcelaria, del hábitat penitenciario, el control de sus efectos más nocivos (aislamiento, inmersión en la subcultura carcelaria) y generar, por el contrario, otros satisfactorios para el recluso (actividades de aprendizaje, adquisición de expectativas de futuro prosociales, superación de adicciones).

La segunda conclusión: desarrollando dicho modelo psicoeducativo, basado en postulados de la Psicología del Aprendizaje Social y operante, en la reeducación cognitiva, y su decidida orientación comunitaria, progresamos, sin duda, hacia una ejecución de la pena privativa de libertad más racional y humana, que abre paso a otras formas de sanción diferentes en el futuro próximo.

2.4.2 Sus presupuestos científicos.

La noción del tratamiento, atenta a miras más educativas que clínicas y se encuentra estructurada para dispensar prestaciones sociales al recluso, no para ejercer control sobre él (con predominio de esquemas organizacionales sobre los prioritariamente retributivos), representa -o puede representar- una versión moderna y asumible, pero realista y científica, de ideales resocializadores.

En este nuevo modelo no se limita, se enriquece y mejora la calidad de vida del penado, expectativas y oportunidades vocacionales, relaciones interpersonales, y en definitiva, su futuro horizonte vital.

Una intervención así concebida no manipula al recluso en interés de la sociedad o de la institución; no le rebaja a la condición de objeto, porque no persigue imponerle determinados valores morales, ni producir en el mismo cambios cualitativos de su personalidad mediante más o menos sutiles adoctrinamientos y lavados de cerebro. Al contrario, pretende ampliar el mapa cognitivo del penado, potenciar sus aptitudes y competencias sociales, habilidades, dotándole de instrumentos eficaces para su

⁵⁶⁸ Vid. CUTIÑO RAYA, S., Siguiendo el camino establecido por el artículo 110 RP *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, p. 3; SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAILLO, M.I., *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, p. 39 y ss.

⁵⁶⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 652 y ss.

participación en comunidad, una vez abandonada la prisión. Se trata, de una oferta, nunca de una imposición⁵⁷⁰.

2.5 El replanteamiento de los ideales resocializadores.

Comparto con la doctrina que en el futuro, el debate sobre los programas resocializadores deberán ajustarse a tres principios metodológicos y conceptuales que lo centrarán correctamente⁵⁷¹.

2.5.1. Desde un punto de vista metodológico.

Es imprescindible abandonar el tradicional planteamiento clásico, con desmedida carga ideológica, profesionalizando el debate y abordándolo con criterios técnicos, científicos, en el marco siempre de un método de trabajo empírico. No se trata de saber si el tratamiento *debe* rehabilitar, sino si rehabilita y en qué se concreta dicho efecto rehabilitador.

Es necesario reconducir el debate filosófico-político, que mediatiza y desvirtúa la realidad del problema, al ámbito científico-empírico. La polémica, estéril y maniquea sobre objetivos rehabilitadores finales, que hunde sus raíces en la Ética y la Ideología, ha de dar paso a un sereno análisis científico de concretos métodos y técnicas de intervención, a la evaluación empírica de resultados obtenidos hasta el momento, diferenciando, grupos y subgrupos de delitos y de infractores, técnica de intervención empleada y otras variables.

Este giro metodológico, retroalimentará y enriquecerá la propia discusión ideológica, aportando con sus datos verosimilitud y realismo a sus premisas.

2.5.2 Necesidades “primarias” y “secundarias” del recluso. Régimen y tratamiento.

Los tratamientos suelen ocurrir en el seno de las instituciones de custodia, instituciones cerradas, pudiendo comprobar que los internos experimentan dos tipos de necesidades, primarias y secundarias a las que se debe atender.

Las primarias conciernen al proceso mismo de rehabilitación (salud, educación, cultura, capacidad laboral, motivación, vinculación social).

Las segundas, a la propia institución penitenciaria, de rango secundario, pero fundamentales en orden a la correcta satisfacción de las primeras, que condicionan sensiblemente a esta última (problemas como la masificación, el hacinamiento, la

⁵⁷⁰ Por todos, GARRIDO GENOVÉS, V./ REDONDO ILLESCAS, S., *El tratamiento y la intervención en las prisiones*, p. 291 y 297.

⁵⁷¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 687 y ss.

violencia carcelaria, el tráfico y consumo de drogas en el ámbito penitenciario y la formación del personal).⁵⁷²

Un concepto restrictivo de tratamiento que se limite a tratar de responder a necesidades primarias del infractor está condenado al fracaso. El funcionamiento de la *institución* y el régimen penitenciario, trazan el marco real que facilita o impide el éxito de la propia intervención.

El concepto de resocialización tiene que relativizarse con realismo, y ganar en precisión conceptual, definiendo la meta final diseñada, objetivos intermedios y, sobre todo, límites que no se deben traspasar.

Su inicial acepción clínica y correccionalista (injustificada, en todo caso, con relación a muchos internos) debe dar paso a otra *funcional*, que concibe la meta final del proceso rehabilitador no a modo de cambio cualitativo de la personalidad del penado, actitudes, motivaciones y estructuras más íntimas de éste, sino como *oferta* del sistema al infractor, dirigida a enriquecer su horizonte personal y vital, su marco cognitivo, en su interés exclusivo, y con la pretensión de potenciar sus posibilidades efectivas de participación social.

2.5.3 Los problemas domésticos y cotidianos del día a día en la prisión.

No se puede separar el ideal resocializador, del marco o contexto histórico de cumplimiento y ejecución de la pena de prisión en nuestros días, en los actuales establecimientos penitenciarios, y del modo que la experimenta el recluso. Por ello, las facetas cotidianas y domésticas de la prisión deben pasar a un primer plano, pues son el día a día del penado.

El concepto de resocialización seguirá siendo un concepto vacío de contenido -el tratamiento, un eufemismo- si los teóricos continúan especulando inútilmente sobre la interpretación de categorías y conceptos trascendentales, sublimes, pero se desentienden de problemas concretos que la ejecución de la pena privativa de libertad suscita, como son: clasificación del interno, progresión o regresión en grado, régimen de permisos, visitas familiares o íntimas, comunicaciones, cacheos y recuentos.

De muy poco sirve un tratamiento rehabilitador bien diseñado, si luego el régimen y las condiciones de vida de la prisión son asfixiantes. Si bien es cierto, que no

⁵⁷² Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., Las prisiones albergan hoy un número de internos superior al previsto, con los efectos negativos que conlleva, tanto para la salud de los internos como para la organización del centro. *El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 140 y ss.

llegan los recursos a toda la población penitenciaria y debe existir una selección que se produce a través del criterio del *buen comportamiento*⁵⁷³.

La experiencia empírica demuestra, que los factores más asociados al éxito de la reinserción social del delincuente son la educación, la formación profesional, la capacitación para el desempeño del trabajo y la enseñanza de habilidades sociales.

2.5.4. Variables concretas que determinan la mayor o menor capacidad rehabilitadora de un tratamiento.

Las variables concretas que determinan la mayor o menor capacidad rehabilitadora de un tratamiento y que influyen en las cotas de rendimiento son la edad del infractor, la clase de delito de que se trate y la naturaleza del propio tratamiento.

3.- CLASES DE INTERVENCIÓN Y MÉTODOS CONCRETOS DE TRATAMIENTO.

3.1 Pena y tratamiento rehabilitador.

La pena por sí misma -esto es, el mero encarcelamiento-, no reduce las tasas de criminalidad, ni la reincidencia. Lo realmente decisivo en orden a la prevención de la criminalidad y de la recaída en el delito, es el tratamiento que se dispense al penado. Que esté correctamente prescrito, y ejecutado por personal experto y que se ajuste a las características del penado y el tipo de delito. Las funciones regimentales deben ser consideradas como medios para lograr un ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y no como finalidades en sí mismas⁵⁷⁴.

En relación con eventuales vivencias prosociales, ha mostrado ser un firme factor protector del delito, el adquirir nuevas relaciones interpersonales como vinculación de pareja u otras. Son necesarios cambios internos y externos en el sujeto para que se produzca la desistencia delictiva. El tratamiento en los delincuentes suele orientarse a favorecer el denominado cambio terapéutico que incluye mejoras cognitivas, emocionales, actitudinales y de conducta que se asocian a la disminución del riesgo delictivo⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Vid. CUTIÑO RAYA, S., Siguiendo el camino establecido por el artículo 110 RP *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, p. 5

⁵⁷⁴ Vid. CUTIÑO RAYA, S., *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, p. 4

⁵⁷⁵ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./MARTINEZ CATENA, A., Tratamiento y cambio terapéutico en agresores sexuales En: *Revista Española de Investigación Criminológica*. 2011, nº 9, art. 8, p.2 y ss. Disponible en: www.criminologia.net.

3.2. Modelos de intervención.

El modelo de *intervención* (disuasorio, sociológico, médico y psicosocial) por el que se opte, guarda relación directa con el modelo teórico explicativo de la conducta criminal⁵⁷⁶.

El análisis etiológico de esta última y la oportuna clase de intervención son dos planos inseparables.

Los modelos disuasorios parten de la premisa de que el delito es una decisión racional. El infractor potencial pondera ventajas e inconvenientes de su conducta criminal, absteniéndose de ejecutarla si los costes de la misma (castigo), son más caros que los beneficios derivados de ella; o caso contrario, pasando a la ejecución del delito.

Según la experiencia empírica, estos modelos no parecen haber cosechado éxitos notables, entre otras razones porque solo servirían -y no siempre- para delincuentes ocasionales y el crimen situacional.

Los diversos modelos de orientación sociológica que atribuyen el crimen a procesos, factores y conflictos sociales, han esclarecido la génesis y motivación de muchos -no todos- comportamientos delictivos, pero no se han visto acompañados de un interés semejante para diseñar eficaces programas de rehabilitación. Carencia de gran importancia.

El modelo médico, parte de una concepción patológica del infractor, viendo en la conducta delictiva simplemente el síntoma de una enfermedad o trastorno subyacente. Estaría, en consecuencia, necesitado de cura a través de la oportuna terapia. Siendo falsa la premisa de estos modelos, es lógico que unos programas de resocialización, basados en la misma, estén condenados al fracaso. El delincuente ocasional, -y la criminalidad situacional- no se explican por razón de ninguna patología del infractor, tampoco la delincuencia juvenil, ni la de profesionales.

En la actualidad, cobran progresivo interés los programas de naturaleza psicosocial, educativos, desvinculados de cualquier teoría explicativa del crimen, que pretenden neutralizar ciertas carencias, disfunciones o deficiencias del infractor en sus procesos de socialización (actitudes, habilidades, razonamientos, cogniciones) mediante la aplicación de técnicas cognitivas y conductuales que permitan desarrollar todos sus recursos⁵⁷⁷. Se concede mucha importancia al papel de la cognición en la conducta, entendiéndose que el adecuado entrenamiento de funciones cognitivas directamente

⁵⁷⁶ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, p. 59 y ss.

⁵⁷⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 661

relacionadas con el ajuste social supone un elemento fundamental en el tratamiento del delincuente⁵⁷⁸.

3.3 Los concretos modelos y clases de tratamiento en el ámbito penitenciario.

Suelen distinguirse cuatro grupos⁵⁷⁹, según la naturaleza o principio que prevalece en los mismos: *médicos*, *pedagógicos*, *psicológicos-psiquiátricos* y *sociológicos*.

Los tratamientos de índole médico, clínico, pueden ser farmacológicos, quimioterápicos (empleo de antidepresivos, neurolépticos) o quirúrgicos.

Los de orientación pedagógica pura son: *generales*, si van dirigidos a cualquier clase de internos, o *especiales*, pensados para los internos que presenten discapacidades o deficiencias. Entre los primeros se encuentran: programas educativos y de formación profesional. Entre los segundos, programas específicos para disminuidos físicos o deficientes mentales.

Existen, otros muchos programas de intervención, que tienen también una clara vocación pedagógica, pero en sentido amplio y genérico (algunos modelos psico-sociales de orientación cognitiva).

Los tratamientos de orientación psicológica admiten una variada serie de métodos y técnicas de intervención. Entre ellos: psicoterapia individual, psicoterapia en grupo, psicodrama, asesoramiento en grupo, asesoramiento psicológico y técnicas de modificación de conducta, entre otras⁵⁸⁰.

Cada técnica puede dar lugar a submodalidades. Entre las técnicas terapéuticas grupales, cabe distinguir: terapia analítica, psicodrama, grupos de encuentro, terapia de la realidad, terapia de la Gestalt, terapia familiar, análisis transaccional, terapia integral. Y entre las técnicas de modificación de conducta: aversivas, basadas en el aprendizaje operante (economía de fichas y contrato conductual), entrenamiento en habilidades sociales y modificación de conducta cognitiva, entre otras.

⁵⁷⁸ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delinquentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 142 y ss.

⁵⁷⁹ Vid. ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España*, p. 245 y ss.

⁵⁸⁰ Vid. CUTIÑO RAYA, S., Para la terapia individual nos encontramos con una ausencia absoluta de profesionales especializados, además de los problemas de la lentitud de este tipo de tratamiento y su elevado coste social. La terapia de grupo está siendo más útil y la doctrina defiende que es más efectiva en tratamientos de drogodependencia y alcohol. *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, p. 10 y ss.

Con carácter general, la intervención psicológica conoce tres clases de programas basados, respectivamente, en los principios del aprendizaje operante, el aprendizaje social y la psicoterapia.

El llamado *aprendizaje clásico pavloviano* (Iván Pávlov), por asociación de estímulos-respuestas o aprendizaje por asociaciones, tiene escasa aplicación en el ámbito penitenciario⁵⁸¹.

Los programas que siguen el modelo del aprendizaje *operante* se sirven de técnicas de *refuerzo positivo*, *refuerzo negativo* y *control aversivo*.

Los de *refuerzo positivo* utilizan, como estímulo, visitas extra al interno, supervisión reducida o cualquier otro privilegio. El más generalizado es el de *economía de fichas*. Con estos programas parece haberse conseguido una mejora de la conducta del recluso en prisión y la efectiva participación del mismo en actividades académicas, profesionales y culturales organizadas por la Administración Penitenciaria. Lo más difícil de evaluar es la efectividad de estos programas en la futura conducta del ex recluso, cuando ya fuera de prisión no se pueden suministrar refuerzos alternativos al comportamiento criminal, una vez recuperado su hábitat natural.

Los programas de *refuerzo negativo* acuden a la asignación de tareas laborales o académicas, de vigilancia y supervisión, que operan como *estímulo*.

La aplicación combinada y simultánea de programas con ambas clases de refuerzos se ha llevado a cabo en España, al parecer, con notable éxito bajo diseños ambientalistas.

En cuanto a los programas de *control aversivo* (castigo) han demostrado escasa utilidad a medio plazo, pudiendo ocasionar, incluso, efectos contraproducentes en orden a la resocialización del interno.

De entre los programas orientados hacia el *aprendizaje social* sobresalen los de *hogar de grupo Achievement Place*, *Teaching Family*, y *padres enseñantes*, entre otros.

En estos programas, una pareja bien entrenada dirige un hogar de grupo, integrado por seis jóvenes delincuentes, siguiendo diversas técnicas de intervención (economía de fichas, habilidades sociales⁵⁸², modelado). La experiencia es satisfactoria, porque estos hogares de grupo contribuyen al aprendizaje de conductas prosociales,

⁵⁸¹ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, p. 42 y ss.

⁵⁸² Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *Habilidades Sociales* es la versión modificada de la "Terapia del Aprendizaje Estructurado" del Goldstein. Incluye destrezas específicas para interactuar con otras personas a través del *role-playing* o *feed-back*. *El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 144.

disminuyendo comportamientos delictivos. Cuentan, también a su favor, con la preferencia por parte de los jóvenes infractores⁵⁸³.

Los programas *psicoterapéuticos*, se han desplazado de los actuales hacia la denominada *terapia positiva* o *terapia de la realidad*. Hoy en día se critican las pretensiones psicoanalíticas, porque se piensa que la búsqueda del *insight* en el delincuente, carece de interés para su resocialización porque reforzaría percepciones y autojustificaciones erróneas del infractor, en lugar de ofrecerle alternativas válidas y constructivas.

La terapia positiva, propone potenciar la voluntad y la determinación del interno hacia el cambio, porque parte de la hipótesis de que su motivación real constituye el factor decisivo del éxito pedagógico. Es una psicoterapia constructiva, dirigida a la situación de la vida del recluso, a sus necesidades emocionales e individuales⁵⁸⁴. Ofrece otras opciones alternativas motivándole para que se someta al tratamiento idóneo. Pero faltan estudios que evalúen, esta terapia aún incipiente, en el ámbito penitenciario. Es la *terapia de grupo del conocimiento corporal*, idónea, al parecer, para individuos que exhiben desórdenes y trastornos de la personalidad (psicópatas). Postulado básico de esta terapia es que la identidad y la autoconfianza del individuo, guardan estrecha relación con su conocimiento del propio cuerpo, de modo que la conciencia y la vida del hombre son el pilar del proceso de autorreflexión. Esta clase de intervención busca, por tanto, la armonización de una serie de dimensiones físicas y psíquicas: conciencia del cuerpo, conciencia emocional, función psicomotora, acción espontánea, capacidad de verbalización y función interpersonal.

*El cuerpo vivido -afirma Merleau- constituye nuestro ser en el mundo*⁵⁸⁵.

De los diversos modelos y métodos de tratamiento, tres merecen una mención especial por su particular incidencia en el ámbito penitenciario. Uno de ellos, además, se aplica también a agresiones sexuales⁵⁸⁶ y violencia en el seno de la pareja.

3.3.1 La psicoterapia y el “counseling”.

La psicoterapia y el *counseling*, manifestaciones de la terapia psicoanalítica, son dos de las primeras técnicas de intervención en el medio penitenciario.

⁵⁸³ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, p. 44 y ss.

⁵⁸⁴ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, p. 46

⁵⁸⁵ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1989. Ministerio de Justicia. Madrid, p. 116.

⁵⁸⁶ Vid. REDONDO ILLESCAS, S., Los agresores sexuales constituyen un reto importante para la criminología debido a la complejidad de factores que confluyen en ellos. Según nuestros conocimientos actuales los agresores sexuales suelen presentar carencias de tres tipos diferentes aunque interrelacionados: en su comportamiento y preferencias sexuales; en su conducta social más amplia; y en sus cogniciones. ¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales? En: *Revista española de investigación criminológica*, 2006, nº 4, p. 2

La psicoterapia grupal concibe el grupo mismo como factor terapéutico y no como instrumento de disolución de la personalidad⁵⁸⁷. Aparece asociada en sus orígenes a Moreno⁵⁸⁸, pero ha sido utilizada por muchas escuelas con finalidades distintas.

En la década de los sesenta del siglo pasado, Royo May, Maslow, Perls y otros orientaron esta psicoterapia hacia postulados existencialistas, de la filosofía del *aquí y ahora*, propugnando el uso de nuevas técnicas ajenas a la interpretación de los sueños y de actos fallidos, la transferencia a la libre asociación (no el sueño correccional), el cambio de personalidad a través de la terapia incrementando el repertorio conductual del interno, para procurar que adquiriese pautas y modelos de comportamiento válidas para la vida social.

Durante la década siguiente, ésta *terapia de grupo* cobró especial auge en el Reino Unido, por el interés institucional, de que las prisiones no fueran meros centros de castigo o custodia.

La legislación norteamericana hizo posible, siguiendo pautas de psicoterapia grupal, que un elevado número de jóvenes infractores cumplieran sus condenas en *comunidades terapéuticas* cuyo modelo de intervención se ajustaba a los cánones de la Psicoterapia grupal⁵⁸⁹.

Ésta Psicoterapia de uso muy generalizado en sistemas penitenciarios, prisiones e internos, ha encontrado su máxima difusión en centros de *régimen abierto*, con delinquentes jóvenes implicados en infracciones patrimoniales o drogodependencia. Ha constituido, también, la base organizacional de la prisión, la actividad tratamental prioritaria en el sistema de intervención⁵⁹⁰.

Sus pioneros fueron Aichorn y Metz, y significó un giro de ciento ochenta grados, definitivo en el régimen de la pena privativa de libertad. En primer lugar, porque las prisiones dejaban de ser meros centros de custodia, llamadas a cumplir una importante función resocializadora de sus internos. En segundo lugar, porque el castigo corporal daba paso a un tratamiento específico basado en la empatía con el interno y en una nueva política de *puertas abiertas* y comunicación con la comunidad.

En consecuencia, la finalidad de los programas terapéuticos *Guided Group Interaction* sería la creación de una verdadera cultura grupal y comunitaria que promueve el entendimiento y apoyo mutuo entre los internos.

⁵⁸⁷ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 108 y ss.

⁵⁸⁸ Vid. MORENO, J.L., *Psicoterapia de grupo y psicodrama*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1975.

⁵⁸⁹ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 109 y ss.

⁵⁹⁰ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 110

El asesoramiento terapéutico *counseling*, la creación de hábitos de trabajo y el incremento de las relaciones de los internos con el exterior, constituyen aspectos fundamentales de la intervención psicológica.

A su vez, la Psicoterapia Grupal ha dado lugar a diversos métodos y técnicas terapéuticas. Así señaló: *método analítico*, psicodrama, terapia familiar, análisis transaccional, *counseling* y también, la terapia corporal y la terapia de la realidad⁵⁹¹.

El método *analítico* fue el primero en emplearse en instituciones de corrección y en psiquiátricos penitenciarios, por adecuarse a sociópatas crónicos, a jóvenes delincuentes drogadictos y a internos con graves desajustes de personalidad.

El *psicodrama* acude a la representación dramática para que el interno exprese sus conflictos. Así, mediante la interacción e inversión de papeles (entre protagonista y antagonista), permite esta técnica de intervención ponerse mejor en lugar del otro, comprenderle y desarrollar su espontaneidad.

Es de destacar su utilidad con relación a delincuentes jóvenes y psicópatas, porque contribuye a un positivo desbloqueo emocional y a mejorar la autoestima del infractor.

La *terapia familiar*, muy utilizada con jóvenes delincuentes, trata de intervenir no solo en el infractor sino en su núcleo familiar para fomentar la comprensión e interacción entre padres e hijos.

El *análisis transaccional* parte de la premisa de que la personalidad del infractor habitual padece una hipertrofia de dimensiones y comportamientos infantiles (predominio de lo lúdico, en perjuicio de actitudes maduras y responsables propias del adulto). Este tratamiento se ha experimentado, al parecer con éxito, en comunidades terapéuticas, habiendo conseguido una disminución sensible de tasas de reincidencia, actitudes de mayor iniciativa y responsabilización en jóvenes infractores.

En cuanto al *counseling* o asesoramiento personal terapéutico -uno de cuyos pioneros fue Sharp- pretende aportar al interno toda la información necesaria y útil para el mejor ajuste y rendimiento del mismo en el campo educativo, laboral y profesional, identificando sus intereses, vocación y aptitudes, para potenciar, al máximo, sus actitudes y habilidades⁵⁹².

⁵⁹¹ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 113 y ss.

⁵⁹² Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 116 y ss.

La experiencia demuestra que el *counseling -el consejo vocacional al recluso-* es una terapia recomendada para delincuentes jóvenes o adultos que trabajan en la comunidad.

3.3.2 *Las técnicas de modificación de conducta.*

Dichas técnicas, arraigadas en el mundo anglosajón y de creciente interés en la doctrina científica, cobran utilidad, desde un punto de vista clínico -estrictamente terapéutico- e institucional⁵⁹³. Se ha podido comprobar la eficacia de estas técnicas, en orden a la eliminación o reducción drástica de conductas antisociales y antirreglamentarias en prisión, en la mitigación de hábitos negativos y dependencias (alcoholismo, drogadicción)⁵⁹⁴, en la motivación del interno para elevar su nivel educativo, cultural y profesional, o propiciar su participación, en programas de entrenamiento en habilidades sociales y comportamientos asertivos⁵⁹⁵.

Sin embargo y a pesar de los razonables resultados que proporcionan, lamentablemente tienen mala imagen, y no siempre justificada. Las razones son varias⁵⁹⁶. De una parte, el hecho de que fruto de una mala información o de interpretaciones tendenciosas, muchos asocian estas técnicas de modificación de conducta a prácticas psicoquirúrgicas, psiquiátricas o farmacológicas despiadadas con las que, en realidad, no tienen mucho que ver. El fantasma de la *naranja mecánica* o del *nido del cuco* ha sembrado descrédito generalizado -e injusto- a las técnicas de modificación de conducta, sin constreñirse siquiera a algunas que en la actualidad está en desuso (excesos de ciertas técnicas aversivas). De otra parte, la llamada *Nueva Criminología*, de orientación radical, ha alimentado ideológicamente el rechazo a la *filosofía del tratamiento*, invocando su ilegitimidad y el contrasentido de reinsertar a alguien a los valores de una sociedad (la capitalista) desigual, injusta y criminógena. Estos críticos a todo tratamiento hicieron célebre el lema: *Que se resocialice -primero- la General Motors*.

Estas técnicas de modificación de conducta aciertan al trasladar el centro de interés del tratamiento, de la persona del infractor, supuestamente distinta del ciudadano que cumple las leyes (vieja ley positivista de la *diversidad* del hombre delincuente), al comportamiento delictivo mismo, por entender que desde un punto de vista *conductual*

⁵⁹³ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 119 y ss.

⁵⁹⁴ Vid. CUTIÑO RAYA, S., Las técnicas de psicología conductual son frecuentes en nuestras prisiones. Se trata de modificar actitudes a través de estímulos y respuestas. Son técnicas eficaces para cambiar comportamientos de raíz no profunda, pero no son muy útiles para fenómenos de marginalidad *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, p. 11 y ss.

⁵⁹⁵ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 121 y ss.

⁵⁹⁶ Vid. CLEMENTE DIAZ, M., Programas y tratamiento conductuales: su aplicación en instituciones penitenciarias En: *Psicología social y sistema penal*. Madrid, Edita Alianza. 1986. Coordina Florencio Jiménez Burillo y Miguel Clemente Díaz, p. 319 y ss.

nada distingue el comportamiento criminal del comportamiento regular. Postulado que, libera a la reflexión teórica -y a la propia intervención- de consideraciones ajenas al mundo científico-empírico. No obstante, pesan sobre las técnicas de modificación de conducta reparos metodológicos. La mayor parte de sus investigaciones son investigaciones de Psicología Experimental y no de Psicología Social⁵⁹⁷ y son investigaciones de laboratorio, ni siquiera se realizan en el medio penitenciario.

De las numerosas técnicas de modificación de conducta cabe destacar⁵⁹⁸:

*** Técnicas “aversivas”**

Intentan asociar un patrón de conducta no deseado a un estímulo desagradable, o reorganizar la situación de tal manera que las consecuencias de un determinado comportamiento sean desagradables para quien pretenda llevarlo a cabo. Se trata de establecer una conexión entre la conducta que se quiere evitar y la reacción aversiva.

Son, cronológicamente, las primeras que se utilizan en instituciones penitenciarias y las más proclives a excesos. Se recomienda el empleo de las mismas, exclusivamente, en situaciones excepcionales, cuando se halla en peligro la propia vida o integridad del interno y se requiere una intervención inmediata⁵⁹⁹. Su utilización se recomienda: cuando el comportamiento desadaptativo es tan serio que podría causar daños a sí mismo y a los demás; cuando es extremo y duradero este comportamiento y no ha respondido a otro tipo de programas; cuando los internos no tienen ningún tipo de atención para desarrollar comportamientos positivos que den acceso a reforzadores posteriores, dada la extrema gravedad de sus actuaciones; cuando se desarrollan programas preventivos, custodiales o de reclutamiento absoluto para evitar la aparición del comportamiento desadaptativo.

Su aplicación se constriñe a psicópatas y delincuentes sexuales.

*** Técnicas basadas en el control de las contingencias.**

Son, sin duda, estas técnicas de control de contingencias, las más potentes que ha creado la Psicología para el cambio comportamental. Están basadas en los principios del condicionamiento operante: el reforzamiento y el castigo que vienen a establecer que la conducta de un organismo es el resultado de consecuencias ambientales que dicho organismo obtiene del entorno. Entre las más importantes destaco: el sistema progresivo, la economía de fichas y el contrato conductual.

⁵⁹⁷ Vid. CLEMENTE DIAZ, M., *Programas y tratamiento conductuales: su aplicación en instituciones penitenciarias*, p. 304 y ss.

⁵⁹⁸ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 122 y ss.

⁵⁹⁹ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 122.

El sistema progresivo, que introduce en España el coronel Montesinos, establece un cumplimiento de la pena de prisión por fases o grados. La fase inicial presupone un estricto control del interno, tanto en cuanto a cuestiones materiales como a su libertad de movimientos. La última fase es el *régimen abierto*. Se progresa, de un grado a otro según se obtienen del recluso, conductas y respuestas más socializadas. Los sistemas progresivos han contribuido a una sensible mejora de la motivación del recluso, a su mayor participación en tareas formativas, culturales y escolares del centro⁶⁰⁰.

Los programas de *economía de fichas* están basados en los principios del *aprendizaje operante*, siendo la técnica de intervención más difundida en el mundo penitenciario. Su funcionamiento es muy simple, el interno recibe fichas por sus conductas definidas como satisfactorias. Dichas fichas se cambian después por objetos de consumo, mejoras regimentales o privilegios de todo orden para el interno que las ganó⁶⁰¹.

Con estos programas se promueve la participación del interno en cursos de formación, tareas educativas o mantenimiento de hábitos de higiene y autocuidado. También conductas positivas de interacción social y comportamientos altruistas. Se evitan respuestas agresivas, violentas y conflictivas. Como *reforzadores* de las conductas deseadas se utilizan diversas estrategias: comunicaciones *vis a vis*, llamadas telefónicas y permisos. Estos programas contribuyen a un enriquecimiento vocacional y de nivel de estudios del interno, además, se puede constatar una mejora significativa en todas las áreas conductuales (en comportamientos simples que no requieren una especial elaboración). Por último, consiguen implantar en la población reclusa conductas de interacción hasta niveles razonables⁶⁰².

Los programas de economía de fichas son fáciles de llevar a cabo. La generalización de sus efectos, es aceptable, sin que consten fenómenos de tolerancia o saturación en los mismos. De hecho, todo parece indicar que ha operado un cambio sustancial en la vida diaria del interno en prisión.

La principal limitación de estos programas, reside en buena medida en el medio en que se practican, la prisión. Provoca ansiedad en los internos, peca de artificiosidad y los reclusos se sienten *tratados como niños*. A menudo, en lugar de incentivar conductas útiles para su vida en libertad (habilidades sociales para la búsqueda de empleo) refuerzan otras que solo tienen relevancia en el medio penitenciario. Se olvidan estos programas que sería lo lógico que el sistema de fichas fuera progresivamente pasando

⁶⁰⁰ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 123.

⁶⁰¹ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 124 y ss.

⁶⁰² Vid. CLEMENTE DIAZ, M., *Programas y tratamiento conductuales: su aplicación en instituciones penitenciarias*, p. 307 y ss.

de razón fija a intervalo fijo; de éste, a intervalo variable y, por último, a sistema de méritos, pero no se hace⁶⁰³.

*** *Sistemas de autogobierno y contrato conductual.***

Pretenden dotar al interno de un repertorio conductual adecuado, para que cuando obtenga la libertad, pueda abandonar el mundo de la marginación y el delito. Fomentan una progresiva responsabilización del interno quien, poco a poco, asumirá una mayor participación y control del funcionamiento de la institución carcelaria.

Su generalización como técnica de intervención se debe al éxito que consiguió un conocido programa de tratamiento a menores *Achievement Place*, que obtuvo buenos logros.

El denominado *contrato conductual* consiste en un pacto formal entre interno e institución penitenciaria. En él se hace constar de forma explícita lo que la Administración carcelaria espera de él, y las consecuencias del cumplimiento -o la frustración- de las expectativas contractuales. Las cláusulas del contrato hacen referencia a las conductas concretas que se quieren modificar y a las contingencias que se establecen para conseguir el cambio. Se basan en principios del reforzamiento positivo. Los elementos con los que debe contar el contrato de contingencias son: la conducta o conductas concretas, las consecuencias positivas específicas, las consecuencias negativas y en su caso un sistema de bonificación. Se utiliza preferentemente en centros de protección y reforma de menores, y forman parte de los sistemas de intervención *motivacionales* complejos⁶⁰⁴.

Las ventajas de estos programas son muchas, fomentan la participación más intensa del interno en su propio tratamiento, evitan la percepción casi lúdica de los sistemas de economía de fichas y el riesgo de ciertos fenómenos nocivos que se producen en otros tratamientos (el contracontrol).

*** *Tratamientos de orientación conductual.***

Son técnicas utilizadas con psicópatas (aunque no son programas exclusivamente conductuales) que ponderan variables intrapsíquicas; los modelados (cuyo presupuesto es que la conducta prosocial se aprende o incrementa a través de la observación y la imitación *aprendizaje observacional* o *vicarial*); y el entrenamiento en habilidades sociales, técnica ésta cognitivo-conductual.

⁶⁰³ Vid. CLEMENTE DIAZ, M., *Programas y tratamiento conductuales: su aplicación en instituciones penitenciarias*, p. 308 y ss.

⁶⁰⁴ Vid. CLEMENTE DIAZ, M./ SANCHÁ MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, p. 126

3.3.3 *Técnicas de intervención y tratamiento de orientación cognitiva.*

La moderna teoría *cognitiva* interesa no como modelo explicativo de comportamiento criminal, sino como técnica de intervención (tratamiento) y prevención.

Se trata de una teoría crítica respecto al dogma de *la immaculada percepción*, el realismo ingenuo, de las *corazonadas psicoanalíticas*, y de la *psicofobia* del conductismo radical.

Propugna ésta teoría, la incorporación y valoración de diversos fenómenos y operaciones cognitivas del individuo, para una mejor comprensión y eficaz intervención de su conducta: qué y cómo piensa el sujeto, cómo percibe su mundo, cómo razona, cómo comprende a los demás, qué es lo que aprecia y estima de sí mismo y de demás, cómo intenta solucionar sus problemas⁶⁰⁵. Esto es, cuestiones básicas, que integran el *contexto subjetivo* del autor⁶⁰⁶.

Los programas basados en la teoría cognitiva sugieren métodos y técnicas que inciden positivamente en el razonamiento del interno, en sus atribuciones (cómo explica lo que le sucede o lo que acaece); en sus autoevaluaciones y expectativas, en su valoración y percepción del mundo externo; empleando técnicas que mejoren sus habilidades personales y sociales, su capacidad para resolver problemas interpersonales, su empatía, autoestima, su limitada percepción de la realidad.

La terapia cognitiva parte de la premisa de que el funcionamiento cognitivo del sujeto es una pieza clave para su eficaz resocialización, por lo que procura incrementar su nivel cognitivo, potenciando el análisis autoracional, el razonamiento medio-fin, el pensamiento crítico. La terapia cognitiva, a nivel general, trabaja con los pensamientos y las percepciones, estudiando y evaluando cómo estos pueden afectar tanto en los sentimientos como en el comportamiento en las personas. Tras un primer análisis, su trabajo consiste en modificar los pensamientos negativos para que el individuo pueda, a partir de ahora, aprender formas más flexibles y positivas de pensar, que en última instancia ayuden a mejorar su estado afectivo y emocional

La teoría cognitiva no pretende aportar una explicación etiológica del crimen, pero cree encontrar conexiones relevantes entre el comportamiento delictivo y ciertas operaciones y procesos cognitivos del autor.

⁶⁰⁵ Vid. BUENO ARÚS, F., “En la ejecución de la pena debería concurrir un punto de científicidad y es que el tratamiento que el interno debe recibir en el establecimiento penitenciario en cuya planificación aquél ha de intervenir activamente estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter y las aptitudes del sujeto a tratar”. *La Ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, p. 141 y ss.

⁶⁰⁶ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, p. 60 y ss.

El *déficit cognitivo* típico del interno -o de un porcentaje significativo de delincuentes- arrojaría un perfil caracterizado por las siguientes notas: escaso autocontrol (comportamiento impulsivo)⁶⁰⁷, pobre razonamiento abstracto, rigidez cognitiva, acusado *locus de control externo*, baja autoestima, acusado egocentrismo, limitada empatía, falsa percepción social, distorsiones valorativas y carencia de específicas habilidades sociales.

El escaso autocontrol impone al sujeto un actuar impulsivo. Estos infractores carecen de un filtro reflexivo eficaz que medie entre el estímulo y la conducta, lo que dificulta el propio análisis cognitivo de la situación y empobrece su diagnóstico. Es un verdadero déficit y una limitación.

Otro rasgo cognitivo típico es el pensamiento concreto, práctico, orientado siempre a la acción y programado para el corto plazo. Se trata de otro déficit relevante, ya que solo el pensamiento abstracto permite programar el futuro, postergar la satisfacción del placer, diseñar metas y objetivos. En definitiva, solo el pensamiento abstracto permite el desarrollo moral y la apertura al mundo de los valores.

La rigidez cognitiva incapacita al infractor para captar matices de una situación concreta, de la realidad misma. Por ello, no puede ensayar otras opciones conductuales distintas de la delictiva, ya entrenada con anterioridad. La citada rigidez cognitiva explica el comportamiento repetitivo de quien no puede escapar a sus limitaciones, a sus escasos recursos y habilidades cognitivas.

El *locus de control externo* afecta a la imputación de lo que a uno le sucede y acaece: siempre se atribuye a los demás, como si el futuro propio y ajeno dependiera siempre de terceros (suerte, fortuna, azar), sin asumir que el futuro puede depender de uno mismo. Este rasgo cognitivo conduce a la fácil autoexculpación, al rechazo de cualquier actitud de responsabilización y compromiso.

La baja autoestima explica que el infractor busque en el comportamiento delictivo sensación de poder y dominio del mundo. El crimen opera, como mecanismo compensatorio.

El pobre desarrollo cognitivo hace que al infractor le sea difícil ponerse en el lugar del otro (empatía), distinguiendo ideas, percepciones y expectativas propias de las ajenas. El consiguiente egocentrismo deforma la comprensión de la realidad, vicia el diagnóstico de la situación concreta y aporta al delincuente información falsa sobre las expectativas de terceros. El pensamiento impulsivo, ilógico y egocéntrico de los delincuentes puede modificarse mediante la práctica de diversas técnicas que desarrollen el autocontrol, el pensamiento consecuente, modos alternativos de respuesta

⁶⁰⁷ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, p. 63 y ss.

ante problemas interpersonales y la capacidad para ponerse en el lugar de otra persona, teniendo en cuenta el impacto de su conducta en los demás⁶⁰⁸.

Es frecuente que el infractor no capte correctamente reglas, convenciones, actitudes y conductas de los demás, y de diversos grupos sociales. Tanto en la esfera cognitiva, como en la afectiva, padece en consecuencia distorsiones perceptivas y valorativas que dañan, sus relaciones interpersonales.

Existe constancia empírica, de que muchos infractores disponen de un limitado repertorio de habilidades cognitivas, déficit, que explicaría una especial conflictividad e impulsividad. Esto produce en el infractor una profunda frustración y lógica agresividad, que le impiden buscar y encontrar opciones alternativas a la conducta criminal.

De las diversas técnicas de intervención sugeridas por la teoría cognitiva cabe señalar, entre otras: técnicas de solución de problemas, entrenamiento en habilidades sociales⁶⁰⁹, técnicas de control emocional, de razonamiento crítico, de desarrollo de valores, de habilidades de negociación y de razonamiento creativo⁶¹⁰.

*** *Técnicas de solución de problemas.***

La pretensión de estas técnicas, es entrenar a los internos en habilidades cognitivas y dotarles de un amplio y útil repertorio conductual para el futuro, con el fin de poder abordar las situaciones y conflictos con que se encuentren en la vida cotidiana, venciendo tanto la tendencia a la inhibición como al comportamiento impulsivo. Se enseñan habilidades cognitivas y conductuales para que los delincuentes sepan acercarse a los problemas que surgen con los demás y permitan elaborar soluciones a los mismos⁶¹¹.

Se enseña al recluso a detectar problemas, definirlos y verbalizarlos, identificar sentimientos asociados a dichos problemas, distinguiendo los datos y hechos objetivos de las opiniones subjetivas, propias o de terceros. A obtener toda la información posible sobre el problema, ponderando posibles opciones y sus respectivas consecuencias.

⁶⁰⁸ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 141

⁶⁰⁹ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., En 1992 Beleña y Baguena realizaron un estudio con el fin de establecer la eficacia de un programa dirigido al fomento las habilidades sociales interpersonales en mujeres delincuentes internas, llegando a la conclusión de que el programa produce una serie de efectos inmediatos que impide el deterioro o disminución que parece producirse en las habilidades sociales interpersonales en estas mujeres”. *El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 142

⁶¹⁰ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, p. 73 y ss.

⁶¹¹ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 144

Con el entrenamiento en *habilidades sociales*, se pretende dotar al interno de repertorios conductuales imprescindibles para relacionarse positivamente con terceros e interactuar de forma prosocial en diversas situaciones de la vida cotidiana.

Una de las modalidades de esta técnica es el *aprendizaje estructurado* que consta de cinco componentes: pre-entrenamiento, modelado, juego de roles, retroalimentación y práctica o generalización.

Las habilidades sociales que suelen recomendarse respecto a delincuentes -o población de riesgo- son, entre otras: cómo iniciar o mantener una conversación; aprender a escuchar; habilidades de expresión (cómo exteriorizar el agrado y el enfado, cómo formular una queja); habilidades de respuesta a otro u otros (responder a un elogio, saberse disculpar); de planificación (aprender a fijarse metas y objetivos, a establecer prioridades, a tomar decisiones); habilidades alternativas a la agresión (técnicas de relajación, de autocontrol); situacionales (buscar empleo, cambiar de residencia, resolver una crisis matrimonial), entre otros. Se entrenan destrezas específicas para interactuar con otras personas⁶¹².

El entrenamiento en habilidades sociales acredita excelentes resultados a corto plazo y en relación a situaciones concretas (habilidades de atención, conversación, entrevistas, trato con la policía, manejo de problemas). Por el contrario, no consta su efectividad a medio y largo plazo, sobre todo, en el tránsito de la situación experimental a la real, la llamada *generalización*.

*** Técnicas de “control emocional”.**

Pretenden reducir o controlar niveles de activación emocional en situaciones conflictivas y de estrés interpersonal. Dan al interno mayor repertorio de habilidades cognitivas para que pueda hacer frente a estas situaciones con respuestas automatizadas, como el autodiálogo.

Estas técnicas se utilizan, con relación a conductas coléricas. También respecto a otras emociones, como miedo, ansiedad, sobreexcitación. Con ellas se instruye al delincuente sobre las *claves* de la emoción que se pretende controlar, en qué situaciones se provocan o generan y por qué; cuales son los síntomas que anuncian su aparición, los indicadores fisiológicos y psicológicos de la misma; y qué medidas concretas debe adoptar para controlar tal activación emocional. La percepción acertada de ésta implica un cierto grado de control.

⁶¹² Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 144 y ss.

*** Técnicas de “razonamiento crítico”.**

Enseñan al infractor a discurrir de una manera lógica y racional que le permite evaluar pensamiento, actitudes y conductas tanto propias como de terceros. Se llevan a cabo mediante discusiones en grupo, que pretenden desarrollar la curiosidad intelectual del interno (que pregunte siempre el por qué de las cosas, quién, y cómo); la objetividad (priorizando datos y hechos sobre meras opiniones o juicios subjetivos); la flexibilidad (frente a prejuicios, intransigencias y dogmatismos); la sensatez y respeto hacia los puntos de vista de los demás. En general esta técnica lo que pretende es que el sujeto aprenda a evaluar su propio pensamiento y el de los demás y que éste sea lógico y racional, desarrollando su capacidad para pensar críticamente⁶¹³.

El razonamiento crítico se proyecta en cuatro áreas: 1) Persuasión (habilidad para valorar ideas de otros). 2) Detección de errores en el discurso propio o de terceros. 3) Correcta comprensión de conceptos básicos de un debate (asunciones, hechos, conclusiones); y ampliación de miras, ponderando otras opiniones antes de llegar a una conclusión personal.

*** La técnica de “desarrollo de valores”.**

Interesa estimular al infractor sobre un debate *axiológico*, libre y sincero, haciéndole confrontar su sistema de valores con otras alternativas que gozan de amplio consenso social; así la necesidad de respetar sentimientos de otros, no causar daño a terceros, altruismo y conductas solidarias. Esta apertura al mundo de los valores no puede significar un ilegítimo adoctrinamiento, ni una terapia moralizadora, ambos incompatibles con la sociedad plural de nuestro tiempo. Está dirigido a desarrollar la toma de perspectiva social. Su objetivo es superar el pensamiento egocéntrico mediante la exposición a conflictos cognitivos y sociales que les lleva a examinar sus propios razonamientos y los puntos de vista de otras personas⁶¹⁴.

*** Las llamadas “habilidades de negociación”.**

Es una técnica de gran utilidad que demuestra al interno cómo ante una situación de conflicto caben tres respuestas negativas, y una cuarta constructiva. Las actitudes negativas consisten en: 1) Respuesta abusiva, con imposición de intereses propios. 2) Respuesta evasiva, como estrategia para negar o eludir el abordaje del problema (la droga). 3) Respuesta conformista, que acepta, sin más, exigencias ajenas.

La actitud más constructiva es la respuesta *negociadora*, que busca salidas al problema, lo que implica transigir y ceder. La dificultad práctica de la vía negociadora

⁶¹³ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delinquentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 145.

⁶¹⁴ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delinquentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 143 y ss.

reside en que el delincuente la asocia, erróneamente, con actitudes de debilidad, propias del perdedor. Mediante la práctica de estas habilidades de negociación también se desarrollan la asertividad, el pensamiento alternativo y el consecuente⁶¹⁵.

*** El “razonamiento creativo”.**

Permite crear nuevos patrones conductuales, nuevas ideas, nuevos instrumentos, a diferencia de lo que sucede con la *rigidez cognitiva* que conduce a un razonamiento lineal, reduccionista, que limita las opciones del individuo y su propio horizonte vital, aferrándose éste a sus ideas frente a toda evidencia incluso en situaciones distintas a las ya conocidas por él y mucho más complejas, dado que la rigidez cognitiva hace depender al individuo de patrones cognitivos fijos.

La técnica del razonamiento creativo ilustra al interno sobre cómo considerar aspectos positivos, negativos y los interesantes de una idea; ponderar los factores relevantes entorno a un problema o situación; evaluar consecuencias y secuelas de una decisión; elaborar reglas, establecer metas y prioridades; generar alternativas, ponderando opiniones de terceros.

3.3.4 Tratamiento de base cognitivo-conductual seguido en España con delinquentes sexuales y agresores contra la pareja.

Un tratamiento cognitivo-conductual parece adecuado con relación a individuos sin habilidades necesarias y sin capacidad cognitiva imprescindible para abordar y resolver problemas que la vida cotidiana proporciona.

La intervención terapéutica, en el caso de violencia en el seno de la pareja⁶¹⁶, tendría varias finalidades: educativas, cognitivas, emocionales y conductuales. Con esta intervención de aprendizaje cognitivo-conductual se trataría de fomentar la empatía⁶¹⁷; el control de impulsos violentos; el aprendizaje de estrategias adecuadas para abordar eventuales conflictos; el afrontamiento correcto de ira y las emociones negativas; el control de celos; la reestructuración cognitiva de ideas y prejuicios irracionales del agresor respecto a roles sexuales; la no utilización de violencia para resolver situaciones de conflicto; el entrenamiento en habilidades de interacción y de comunicación; la educación sexual⁶¹⁸.

⁶¹⁵ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V./PIÑANA, A.M., *El modelo cognitivo aplicado a delinquentes institucionalizados: el pensamiento prosocial*, p. 142 y ss.

⁶¹⁶ Vid. RUEDA MARTÍN, M.A., *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género: ¿una alternativa eficaz a la pena de prisión?* Madrid. Edita Dykinson, 2012 p. 79 y ss.

⁶¹⁷ Vid. ECHEBURÚA, E./ DE CORRAL, P. /FERNÁNDEZ-MONTALVO, J./ AMOR, P.J., *¿Se puede y debe tratar psicológicamente a los hombres violentos contra la pareja?* En: *Revista del Colegio Oficial de Psicólogos*. Papeles del Psicólogo, 2004, vol. 25, nº, 88 mayo-agosto p. 20 y ss.

⁶¹⁸ Vid. ECHEBURÚA, E./ DE CORRAL, P. /FERNÁNDEZ-MONTALVO, J./ AMOR, P.J., *¿Se puede y debe tratar psicológicamente a los hombres violentos contra la pareja?* p. 27.

A favor de esta terapia se ha argumentado, que mientras no cabe intervenir y modificar los *predictores estáticos* del individuo (historia delictiva, biografía y pasado), si cabe, sin embargo, la posibilidad de incidir activamente en los *predictores o factores de riesgo* dinámicos, como son las actitudes antisociales proclives al delito, valores, prejuicios, creencias y estados cognitivo-emocionales. También cabe influir positivamente en apoyos interpersonales para la delincuencia (restringiéndolos o neutralizándolos); y los factores o rasgos de la personalidad antisociales, como baja autoestima, impulsividad, asunción de riesgos, *locus de control externo*⁶¹⁹.

La *técnica de solución de problema*, referenciada en páginas anteriores, ha sido desarrollada por la Psicología cognitiva, y consiste en el entrenamiento de habilidades sociales útiles para interacción, control emocional de explosiones de cólera, ira, celos, razonamiento crítico, desarrollo de valores, habilidades de negociación y pensamiento creativo, constituirían pilares idóneos de esta intervención con sujetos implicados en violencia ejecutada en el seno de la pareja.

Contra la terapia cognitiva se ha advertido que sigue siendo muy controvertida la conexión específica y sólida necesaria entre delitos y determinados procesos cognitivos.

Es obvio que no todo infractor padece algún déficit o carencia en sus procesos cognitivos, ni existe tampoco consenso científico-empírico en el momento de imputar el crimen precisamente a aquellos procesos⁶²⁰.

Más aún, las investigaciones empíricas han podido constatar diferencias cognitivas entre los diferentes subtipos de delincuentes, lo que cierra el pago a cualquier generalización.

4. EVALUACIÓN EMPÍRICA DE LA EFECTIVIDAD REHABILITADORA DE DIVERSAS TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN, ESPECIALMENTE EN JÓVENES, ADULTOS, DELINCUENTES SEXUALES Y PSICÓPATAS.

La eficacia de la intervención rehabilitadora en orden a la reducción de tasas de reincidencia es una lógica preocupación de la comunidad científica. Las consecuencias de la constatación empírica del *Nothing Works* serían demoledoras para la evolución de la pena privativa de libertad hacía mayores cotas de racionalidad y humanidad, para la población penitenciaria y para la ciencia misma, que se vería privada de argumentos para diseñar nuevas metas.

⁶¹⁹ Vid. CULLEN F.T./ GENDREAU P., *Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas*, p. 275 y ss.

⁶²⁰ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, p. 71

Desde la irrupción de la Escuela Canadiense del Aprendizaje Social, se asume ya, que el problema de la eficacia rehabilitadora de la intervención es un problema científico, no ideológico. Hoy disponemos además de instrumentos de evaluación (*meta-análisis*) más sofisticados que el método de la *revisión narrativa* de Martinson o que el método de la urna de Palmer.

Parece obvio que el problema de la eficacia resocializadora de la intervención no permite una respuesta generalizadora, sino diferenciadora. Habrá que comprobar empíricamente, sin generalizaciones, la capacidad rehabilitadora de cada clase de tratamiento, lo que, a su vez, dependerá de la persona tratada, la clase de delito y de la clase o naturaleza de la terapia misma.

Todo parece indicar que tiene mejor pronóstico rehabilitador la intervención en el joven que en el adulto; peor en ciertas parcelas de la criminalidad sexual que en otros ámbitos de la delincuencia; muy negativa en el caso de trastornos de la personalidad (el psicópata suele ser reacio a cualquier tipo de tratamiento). De todas las técnicas de intervención, las más exitosas parecen ser las de base cognitivo-conductual.

4.1. Los modernos meta-análisis.

Desde 1985 hasta la actualidad, se han publicado más de 25 meta-análisis, técnica evaluadora que sintetiza e integra los resultados de las investigaciones primarias. Especialmente con jóvenes, adultos, delincuentes sexuales y psicópatas.

La conclusión que se desprende parece clara. Se constata un *gradiente general de efectividad*, que oscila, según la técnica de intervención de que se trate, entre el 0% y el 30%. Desde la total ineficacia del encarcelamiento, no acompañado por intervención de ningún género (hoy se asume internacionalmente que las tasas de reincidencia alcanzan el 50%), a la eficacia rehabilitadora de los programas psicoterapéuticos y de formación, que consiguen reducciones promedio en la reincidencia entre el 12% y el 21%. Hasta alcanzar una efectividad del 30% en los programas educativos, conductuales y cognitivo-conductuales⁶²¹.

Las investigaciones mencionadas se llevaron a cabo con el pertinente *grupo de control*, que permite comparar diferentes tasas de reincidencia en penados -de características semejantes- sometidos a tratamiento y penados que no se sometieron a ningún tipo de intervención.

Hay que añadir como conclusión de tales estudios que la virtualidad rehabilitadora de una intervención depende más del contenido pedagógico y educativo que aporta al penado, que de las dimensiones simbólicas o punitivas que puedan

⁶²¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 684 y ss.

atribuirse a la misma; e incluso de otros contextos -comunidad, o la institución- en el que se lleva a cabo el tratamiento. Contra lo que algunos mantienen, una intervención en la comunidad (prisión abierta, o trabajos a favor de la comunidad), no tiene *per se* especiales virtualidades terapéuticas frente a la intervención convencional en la prisión. Lo que importa, es el contenido y modo de ejecución de los correspondientes programas⁶²².

4.2. Tratamientos a los delincuentes sexuales.

En cuanto a los delincuentes *sexuales* son muchos los tratamientos que se siguen en la actualidad con estos infractores: la psicoterapia (psicoanalítica), especialmente en grupo; la terapia de conducta (terapia aversiva y diversas técnicas de aprendizaje); la quirúrgica (no permitida en todos los países, y con graves efectos secundarios); la farmacológica hormonal, consistente en la eliminación controlada y reversible de la secreción de testosterona, con mínimos efectos secundarios⁶²³.

Pero los programas más exitosos son los de orientación cognitivo-conductual, porque enseñan al recluso comportamientos específicos, valores y habilidades cognitivas que controlan y orientan sus pautas conductuales sociales y sexuales.

Los iniciales programas conductuales acabaron incorporando contenidos cognitivos con el objeto de corregir las usuales distorsiones en este ámbito (el cognitivo), del delincuente sexual, quien cuenta con un patrón de actividades, prejuicios y creencias favorecedoras de la conducta delictiva y proclives a la misma. Hoy los programas cognitivos-conductuales pretenden mejorar la autoestima del infractor, la empatía y el incremento de habilidades para establecer relaciones de intimidad⁶²⁴.

De las más recientes investigaciones realizadas en los EEUU y en Alemania se desprende una reincidencia media del 13% para los reclusos tratados y un 37% para los no tratados. Es decir, de cada 100 delincuentes sexuales que son tratados, 24 no reinciden mientras 37 habrían reincidido de no haberse sometido a tratamiento alguno⁶²⁵.

En Alemania, las investigaciones de los últimos quince años demuestran la existencia de una tasa promedio de recaída en el delito, tasa que coincide con el promedio mundial de reincidencia de los delincuentes sexuales no tratados de un 20%.

⁶²² Vid. REDONDO ILLESCAS, S., *Tratamiento y sistema penitenciario*, p. 339 y ss.

⁶²³ Vid. MARSHALL, W./ REDONDO ILLESCAS, S., *Control y Tratamiento de la agresión sexual*. En: *Delincuencia sexual y sociedad*. 2002, Coordinador Santiago Redondo, p. 305. (Bibliografía allí citada).

⁶²⁴ Vid. MARSHALL, W./ REDONDO ILLESCAS, S., *Control y Tratamiento de la agresión sexual*, p. 310

⁶²⁵ Vid. MARSHALL, W./ REDONDO ILLESCAS, S., *Control y Tratamiento de la agresión sexual*, p. 318 y ss.

Resultados similares son los obtenidos en los EEUU, siendo en ambos casos las técnicas de intervención más generalizadas los programas de orientación cognitivo conductual, combinados con programas hormonales (en la actualidad con GnRH, hormona liberadora de gonadotropina)⁶²⁶.

Los programas cognitivo-conductuales tienen la ventaja adicional de su coste económico y rentabilidad para la sociedad y el Erario Público, lo que importa, dada la reticencia de los Gobiernos a financiar programas para delincuentes sexuales⁶²⁷.

En España se implementaron en 1997 en Cataluña y después en el resto del país, programas específicos para delincuentes sexuales, regulados en el art. 116.4 RP⁶²⁸. Se consiguió con una terapia cognitiva-conductual reducir la reincidencia en agresores sexuales, en un 14% en la prisión de Brians, con dichas técnicas impartidas por el psicólogo y criminólogo REDONDO ILLESCAS⁶²⁹.

4.3 Esfuerzos terapéuticos y rehabilitadores con la población penitenciaria juvenil.

Los mayores esfuerzos terapéuticos y rehabilitadores se han llevado a cabo, como es lógico, con la población penitenciaria juvenil. Es importante resaltar que ha sido frecuente que jóvenes infractores de las normas penales se hayan recuperado por sí solos, conforme establece SERRANO GÓMEZ, al no haber sido detenidos ni haber pasado por ningún internado⁶³⁰.

Durante los últimos lustros se han publicado diversas investigaciones meta-analíticas sobre la materia, entre las que destacan las de Garret (1985), Goltschalk y otros (1987), Whitehead y Lab (1989), Andrews, Zinge, Hoge y otros (1990), Lipsey y Wilson (1998), Lipsey (1999), Lafimer (2001), Sánchez Meca y Redondo Illescas (2002)⁶³¹.

⁶²⁶ Vid. LÖSEL, F., ¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delincuentes sexuales?, En: *Delincuencia sexual y sociedad*. Barcelona. Edita Ariel. 2002, Coordinador Santiago Redondo, p. 393.

⁶²⁷ Vid. MARSHALL, W./REDONDO ILLESCAS, S., *Control y Tratamiento de la agresión sexual*, p. 318 y ss.

⁶²⁸ Sobre las investigaciones realizadas al respecto de los tratamiento de agresores sexuales vid. REDONDO ILLESCAS, S./NAVARRO, J.C./MARTÍNEZ GARCÍA, M.A./LUQUE, E., Evaluación del tratamiento psicológico de los agresores sexuales en la prisión de Brians. En: *Boletín Criminológico*. Instituto Andaluz Universitario de Criminología, 2005, nº 75, abril-mayo, p. 1 y ss.

⁶²⁹ Vid. CUTIÑO RAYA, S., Sin embargo estos datos tan favorables pueden ser discutidos si tenemos en cuenta que el tratamiento fue muy intenso con un grupo *reducido* de internos, algo imposible de generalizar a toda la población reclusa. *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, p. 23.

⁶³⁰ Vid. SERRANO GÓMEZ, A., El temor a la detención, el efecto preventivo que conlleva la detención de otros compañeros o conocidos, el no querer crear problemas familiares, en general los cambios que se producen personal y socialmente en esas edades influyen para abandonar su actividad delictiva. Derecho Penal de Menores. En: *Boletín de la Facultad de Derecho* 2002, nº 16, (2ª época), p. 140.

⁶³¹ Sobre las investigaciones mencionadas, vid. REDONDO ILLESCAS, S./SÁNCHEZ MECA, J., Guía de tratamientos psicológicos eficaces para la delincuencia juvenil. En: *Guía de tratamientos*

Particular interés tiene para nosotros el realizado por Sánchez Meca y Redondo Illescas, quienes examinaron 17 programas europeos desarrollados entre 1980 y 2001⁶³².

Los autores constataron un 18% menos de reincidencia en los grupos de intervención que en los de control, arrojando el análisis de varianza sobre la edad, diferencias significativas, ya que con el aumento de la edad disminuye la eficacia rehabilitadora del tratamiento.

Los mejores resultados se obtuvieron en los programas educativos, seguidos por los programas de derivación *diversión*, los basados en comunidades terapéuticas y los de orientación cognitivo-conductual.

Con carácter general cabe afirmar que los meta-análisis constatan un resultado favorable (entre un 10% y un 15%) en las diversas variables de eficacia evaluadas, superior en los grupos que se sometieron a tratamiento que en los de control. La tasa de reincidencia media en los grupos de intervención se situaría en el 46,5%, frente al 53,5% en los grupos de control no sometidos a tratamiento.

Los meta-análisis constatan, también, que los mejores resultados de *generalización* se obtienen en programas llevados a cabo en la comunidad, y no en régimen de internamiento, en los que la *generalización* es siempre más problemática⁶³³.

4.4 Meta-análisis de May -y otros- en cuanto a delincuentes sexuales jóvenes.

En cuanto a los delincuentes sexuales jóvenes, los meta-análisis de May (1995); Polizzi y otros (1999); Gallager y otros (1999), arrojan una tasa promedio de delincuencia entorno al 39% en delincuentes tratados, frente a un significativo 60,5% en el grupo de control. Resultado que contrasta llamativamente con los valores usuales en esta clase de delitos, que sitúan la reincidencia típica en el 20% y la efectividad rehabilitadora del tratamiento entorno al 10%.

Demuestran que una intervención pronta, precoz durante la adolescencia, puede evitar que se cronifiquen modelos de agresión sexual.

En el ámbito de menores de la Comunidad de Madrid se está llevando a cabo un programa el tratamiento de menores que cumplen medidas por delitos sexuales. El

Psicológicos Eficaces. Madrid, vol. 3. Edita Pirámide, 2003. Coordinado por Marino Pérez Alvarez, José Ramón. Fernández Hermida, Isaac Amigo Vázquez, Concepción Fernández Rodríguez, p. 192 y ss.

⁶³² Vid. REDONDO ILLESCAS, S./SÁNCHEZ MECA, J., *Guía de tratamientos psicológicos eficaces para la delincuencia juvenil*, p. 202

⁶³³ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./SÁNCHEZ MECA, J., *Guía de tratamientos psicológicos eficaces para la delincuencia juvenil*, p. 208.

programa de intervención psicológica, tanto grupal como individual se inició en 2005 y en la actualidad continúa su aplicación (Programa de Desarrollo Integral para Agresores Sexuales.-DIAS)⁶³⁴.

Los tratamientos de orientación cognitivo conductual y hormonal son, al parecer, los que acreditan mejores resultados⁶³⁵.

4.5 Meta-análisis sobre jóvenes psicópatas.

En cuanto a los jóvenes psicópatas, es la población que más atención ha recibido en la búsqueda de programas de rehabilitación que resulten eficaces. Caben resaltar los meta-análisis de Garrido 2006, Redondo 2008 y Redondo y Sánchez-Meca de 2003⁶³⁶ y Salekin (2002)⁶³⁷. Según estos, a pesar de la proclamada aversión del psicópata a toda suerte de tratamiento, se abren perspectivas más esperanzadoras con programas de intervención combinados (de orientación cognitivo conductual con componentes farmacológicos), e incluso psicoanalíticos; por contra, la terapia electroconvulsiva y la de comunidad terapéutica parecen ineficaces.

Los padres tienen un papel destacado en la prevención de la psicopatía. Una sociedad que fomenta el individualismo y la competitividad, el desmoronamiento de una vida participativa e integrada entre familiares y vecinos, crea un caldo de cultivo en el que el psicópata tiene más posibilidades de extraer su faceta más manipuladora y destructiva⁶³⁸.

⁶³⁴ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./PÉREZ RAMÍREZ, M./MARTÍNEZ GARCÍA, M.A./BENEDICTO LUQUE, C./RONCERO VILLAREAL, D./LEON TORRE, M., Su objetivo prioritario es intervenir sobre aquellos factores relacionados directamente con la disminución del riesgo de reincidencia. *Programa de Tratamiento Educativo y Terapéutico para agresores sexuales juveniles*. Agencia de la Comunidad de Madrid, para la Comunicación Reeducción y Reinserción del Menor Infractor. 2012, pág. 45

⁶³⁵ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./SÁNCHEZ MECA, J., *Guía de tratamientos psicológicos eficaces para la delincuencia juvenil*, p. 203 y ss.

⁶³⁶ Vid. REDONDO ILLESCAS, S./MARTÍNEZ CATENA, A./ANDRÉS PUEYO, A., *Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores*. Factores, Estudios, e Investigación 2011. Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad. Madrid, p. 55.

⁶³⁷ Vid. ESTEBAN MARTÍNEZ, C./GARRIDO GENOVÉS, V./SÁNCHEZ-MECA, J., Cuando la emoción es un problema: un estudio metanalítico de la eficacia del tratamiento con sujetos diagnosticados como psicópatas. En: *Ansiedad y Estrés*, 1996, vol. II, nº. 1, p. 55 y ss. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 687 (nota 142).

⁶³⁸ Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., El tratamiento del psicópata. En: *Psicothema*, 2002, vol. 14. Suplemento, p. 189

5. TEORÍA DE LA PENA EN LOS ACTUALES MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES DE “SEGURIDAD” Y DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO.

5.1 Derecho Penal de la Seguridad y sus postulados: la actual “Contrailustración”.

Todos los modelos teóricos examinados sobre las funciones de la pena son modelos *teóricos*⁶³⁹. La realidad político-criminal española, sin embargo, apunta en otras direcciones. Más que política *criminal* tenemos *política penal* de *Ley y Orden*, vivimos una auténtica Contrailustración. Término, que describe el sesgo involucionista y regresivo de los vigentes Códigos Penales y sus reformas. Algunos de sus postulados teóricos serían:

5.1.1 Protagonismo de la delincuencia “convencional”, y correlativo trato de favor del crimen de los poderosos.

La criminalidad que causa mayor alarma social es la convencional. A la opinión pública no le preocupa demasiado la dificultad de perseguir el crimen de los poderosos, todo lo contrario. La propia doctrina científica formula propuestas que conducen a un régimen de privilegio de estos últimos, eximiéndoles de la órbita del Derecho Penal *común*. Algunos autores propugnan una *doble vía*, el Derecho Penal Clásico se reservaría para la delincuencia común, mientras que el crimen de los poderosos (tráfico de armas, estupefacientes, corrupción) se contestaría con un *Interventionsrecht* (derecho de intervención con medidas políticas, debates parlamentarios), un derecho penal menos exigente, desde el punto de vista de las garantías materiales y procesales, con sanciones menos severas lo que daría lugar a un Derecho Penal de *dos velocidades*⁶⁴⁰.

5.1.2 Inseguridad ciudadana y miedo al delito.

El miedo a convertirse en víctima del delito y la psicosis colectiva de inseguridad, pasan a ocupar los primeros puestos en el ranking de los problemas comunitarios.

El miedo al delito ha generado, lógicamente, políticas penales de extremado rigor y de injustificada fe ciega en la efectividad de prohibiciones penales. Se traduce esta mayor punibilidad en una demanda de sanciones más contundentes y una falta de apoyo a medidas de rehabilitación y resocialización de delincuentes⁶⁴¹.

⁶³⁹ Vid. Díez Ripollés, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 14 y ss.; Pérez Cepeda, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*. 1ª edición. Madrid. Edita Iustel. 2007, p. 49 y ss.; 388 y ss.

⁶⁴⁰ Contra el Derecho Penal de las dos velocidades, vid. García-Pablos de Molina, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 222.

⁶⁴¹ Vid. Serrano Tárraga, M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*, p. 127; Serrano Maillo, A., *Introducción a la Criminología*, p. 187.

Se ha observado por sociólogos que la sociedad moderna es de clases *pasivas*⁶⁴², temerosa por su propia vertebración dada la crisis del *Estado de bienestar*, por la apertura de fronteras y la rapidez con que se producen cambios de regímenes⁶⁴³. Tanto, como hacer del miedo y la inseguridad un principio organizativo de la vida cotidiana⁶⁴⁴. Instalada en la sospecha y la cautela, se ha dicho, postula enfermizas cruzadas y consignas defensasistas contra el delito. Acude a modernas tecnologías y a la *seguridad privada*, para protegerse frente al riesgo de criminalidad⁶⁴⁵.

En la sociedad postindustrial los medios de comunicación son sus principales aliados para la *construcción social* de la inseguridad⁶⁴⁶. Cabe afirmar que la alarma social y el miedo al delito son una *construcción mediática*⁶⁴⁷. A ello contribuye, la proclividad de los medios de comunicación para subrayar debilidad y fracasos diarios del sistema legal, su evidente impotencia para frenar el incremento de tasas de criminalidad, favoreciendo de este modo la pésima imagen social de la Justicia⁶⁴⁸.

Asistimos en la actualidad a una verdadera *Contrailustración*, impulsada por el modelo de *seguridad ciudadana*, de fuerte orientación antigarantista, simbólica y defensasista⁶⁴⁹.

Como demuestran numerosos estudios empíricos, en la moderna sociedad del riesgo, el ciudadano demanda del Estado, seguridad, rigor y eficacia en la lucha contra el delito. Las garantías del ciudadano y los posibles excesos del Leviathan pasan a un segundo plano.

⁶⁴² Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal*, p. 42

⁶⁴³ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*, p. 129; SERRANO MAILLO, A., “Una sociedad se encuentra perturbada a causa de cambios muy rápidos, se debilita todo su sistema de valores y el malestar entre los ciudadanos aumenta y entonces pueden aumentar las tasas de suicidios y en su caso de delitos (Tesis tradicional de la anomia)” *Introducción a la Criminología*, p. 188 y ss.

⁶⁴⁴ Vid. HERRERA MORENO, M., Historia de la victimología. En: *Manual de Victimología*, Valencia. Edita Tirant lo Blanch. 2006. Coordinado por Enrique Echeburúa Odriozola, Enrique Baca Baldomero, José María Tamarit Sumalla, p. 76 y ss. (citando a Garland, Sparks y Furedi); SERRANO TÁRRAGA M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*, p. 128; cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 684.

⁶⁴⁵ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*, p., 127 y ss.; HERRERA MORENO, M., *Historia de la victimología*, p. 76.; cfr. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 187.

⁶⁴⁶ Vid. RODRIGO-ALSINA, M., El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999, nº 4 (Ejemplar dedicado a Política Criminal, Directora Elena Larrauri, p. 71 y ss.

⁶⁴⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho Penal*, p. 35 y ss.

⁶⁴⁸ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 684.

⁶⁴⁹ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*, p. 132 y ss.; Díez RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 18

Al haberse convertido la *seguridad* en un concepto *simbólico*, no puede extrañar que se utilice el propio discurso penal (punitivo) como instrumento de *comunicación social*⁶⁵⁰. Se trata no de reducir el delito, sino las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia⁶⁵¹.

En este modelo de seguridad ciudadana, el Derecho Penal ya no es ni *mínimo*, ni *garantista*, sino que responde a un sistema *actuarial*, *gerencial* y *tecnocrático* que se limita a *administrar* el problema del crimen con criterios de efectividad, de management, puramente empresariales, como si de meras cuestiones *técnicas* se tratara. Se predica, como discurso teórico, un rigor penal simbólico, de mano dura, practicando, un puro y llano *gerencialismo administrativo* basado en la eficiencia, y libre de toda reflexión ideológica o axiológica, que no interesa⁶⁵².

Es un modelo político criminal que no se orienta a ideales positivos y solidarios sino a una solidaridad negativa de miedos compartidos en el que la acción estatal se plantea en un escenario estadístico de cálculo de riesgos⁶⁵³.

5.1.3 Exacerbación de los intereses de la víctima.

El origen de la pena estatal pública coincide con la llamada -por sociólogos- *neutralización de la víctima*. La víctima alcanzó su momento de mayor esplendor con la justicia *privada*, donde ella o sus allegados respondían al delito. El proceso penal surgió como instrumento eficaz de mediación que garantizase la aplicación serena y objetiva de la ley al caso concreto, con imparcialidad y objetividad.

La neutralización de la víctima evita peligrosos fenómenos de *socialización de la víctima* o actuaciones *justicieras* de ésta (venganza y cualquier represalia)⁶⁵⁴.

Hoy, los excesos del movimiento victimológico, han impulsado una política emocional que lejos de atender a los intereses reales de la víctima, consolidan a ésta en su estatus de víctima, lo cronifican y perpetúan, con el correlativo rechazo de vías de sanación natural y apoyo informal, a partir de lazos de cohesión social⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal* vol. I, p. 189.

⁶⁵¹ Vid. Díez Ripollés, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 23.

⁶⁵² Vid. SWAANINGEN, R.V., *Justicia social en la Criminología crítica del nuevo milenio*, p. 276 y ss.; SERRANO TÁRRAGA, M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*, p. 133 y ss.; cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 684.

⁶⁵³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 729.

⁶⁵⁴ Vid. Díez Ripollés, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 23 y ss.

⁶⁵⁵ Según crítica de FATTAH, E.A., *Victimología: pasado, presente y futuro*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014, nº 16 (r2). Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela

Los operadores políticos y mediáticos tratan de instrumentalizar a la víctima en aras de intereses ideológicos metavictimológicos⁶⁵⁶.

5.1.4 Populismo y politización.

La actual dinámica populista clama por una *democracia directa*⁶⁵⁷ cuyos portadores no serán los estamentos conservadores de la etapa precedente (legislador, expertos, técnicos en las materias) sino la opinión pública, alimentada por otros forjadores de ésta: movimientos ciudadanos, feministas, ecologistas, pacifistas, de consumidores, de indignados, vecinos, y un sinnúmero de movimientos que reclaman una pronta creación y aplicación del Derecho, sin la intervención de intermediarios y expertos ajenos a las demandas sociales reales⁶⁵⁸.

Se promueven, por ello, reformas de *urgencia*, mal elaboradas, que empobrecen el contenido de decisiones legislativas o gubernamentales. Este es el caso de la reforma penal que entró en vigor en junio de 2015, con una *vacatio legis* de tres meses.

En la carrera política por demostrar quien hace gala de mayores cotas de intransigencia con el crimen, los poderes públicos conectan directamente con las demandas populares, y esto les aporta importantes réditos electorales⁶⁵⁹.

Paradójicamente, los abanderados, en otra época, de posturas abolicionistas propugnan hoy una intervención máxima del Derecho Penal, que proteja estos sectores sociales⁶⁶⁰.

5.1.5 Endurecimiento del rigor penal.

El populismo penal y los antes mencionados excesos del movimiento victimológico, propugnan un Derecho Penal de mayor rigor, tanto del castigo como de su proceso de ejecución. Las ideas resocializadoras vuelven a perder terreno, en aras de

p. 17 y ss. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf>; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 22 y ss.; SERRANO TÁRRAGA, M.D., *Criminología. Introducción a sus principios*, p. 134.

⁶⁵⁶ Vid. HERRERA MORENO, M., *Historia de la victimología*, p. 75.

⁶⁵⁷ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Ejemplo claro de esta situación es la presencia física de los familiares de las víctimas en las ejecuciones de los responsables del crimen, que en EEUU aún se producen hoy, como testigos del ambiguo concepto psicológico del “punto final”. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 24.

⁶⁵⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal*, p. 28 y ss.

⁶⁵⁹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p.18 y ss. SERRANO TÁRRAGA, MD., *Criminología. Introducción a sus principios*, p. 135

⁶⁶⁰ Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*, p. 422 y ss.

concepciones vindicativas que rescatan penas infamantes como la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales⁶⁶¹.

El aumento hasta cuarenta años del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión; el giro jurisprudencial que supuso la llamada *Doctrina Parot*⁶⁶², establecida en 2006 por el Tribunal Supremo y cuya vigencia en el futuro cabe mantener siempre que no se aplique de forma retroactiva en perjuicio del reo, sino a delitos cometidos a partir de dicho cambio jurisprudencial o -mejor- de la legalidad vigente; el previo cumplimiento, en principio, de un período de seguridad equivalente a la mitad de la pena impuesta en ciertos supuestos; y otras novedades introducidas por LO 7/2003, de 30 de junio, evidencian el giro vindicativo⁶⁶³. Especialmente significativo es este giro en el ámbito de la *criminalidad expresiva* (narcotráfico, terrorismo), porque afecta no solo al rigor nominal de las conminaciones penales, sino al momento final del cumplimiento y ejecución del castigo (acceso a tercer grado, libertad condicional, y beneficios penitenciarios)⁶⁶⁴. Lo que se potencia otorgando un incomprensible efecto retroactivo en perjuicio del reo, a una disposición transitoria de la citada reforma de 2003⁶⁶⁵. La introducción de la cadena perpetua revisable, con la reforma del Código Penal que entró en vigor en junio de 2015, apunta también en esta dirección⁶⁶⁶.

5.1.6 Confianza ciega en la efectividad preventivo-general de las prohibiciones legales.

Esta confianza actúa, en ocasiones, en detrimento del necesario respeto a las garantías que el Derecho Penal sustantivo -y procesal- debieran preservar.

Las actitudes sociales de la sociedad postindustrial del riesgo han experimentado un giro de ciento ochenta grados⁶⁶⁷. Algunos factores inciden en esta situación como señala DÍEZ RIPOLLÉS: la desigualdad de oportunidades entre los miembros de una sociedad que se percibe como un enfrentamiento del delincuente con la sociedad, la falta de apoyo social a la resocialización del delincuente, para ser objetivo destacado de

⁶⁶¹ En cuanto a la aparición de penas que el autor juzga denigratorias, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 14, (referido a la publicación de listas de maltratadores y delincuentes sexuales).

⁶⁶² Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Del Código Penal de 1973 hasta la sentencia de la gran sala del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España: el fin de la doctrina Parot*, p. 158 y ss.

⁶⁶³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 687 y ss.

⁶⁶⁴ Vid SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho Penal*, p. 56 y ss.

⁶⁶⁵ Disposición transitoria única de la L.O. 7/2003, de 30 de mayo, que según el Auto de 6 mayo de 2004 es un supuesto de *retroactividad débil pero no inocua*. Ponente: Magistrado Arturo Bertrán Núñez

⁶⁶⁶ Vid. SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAILLO, I., Este tipo de medidas normalmente vienen alentadas por los propios gobiernos que, antes de presentar su plan de agravación de las penas suelen crear un ambiente de temor e inseguridad en los ciudadanos para que apoyen o al menos no se opongan a la elevación de las penas. *Constitucionalidad de la Prisión permanente revisable y razones para su derogación*, p. 28 y ss.

⁶⁶⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho Penal*, p. 42 y ss.

la ejecución penal, y la preeminencia obtenida por los intereses de la víctima y el populismo⁶⁶⁸.

La prioridad no es trazar límites al *ius puniendi*, ni defender las libertades y derechos del ciudadano, sino asegurar la lucha eficaz contra el delito, sin obstáculos ni cortapisas, a cuyo objetivo se doblegan todos los mecanismos garantistas que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal representaban. Tampoco se ponen frenos a la Política Criminal, por lo que ya no podrá afirmarse, con F. von Liszt, que el Derecho Penal, Magna Charta del delincuente, representa su *barrera infranqueable*.

En este nuevo contexto se entienden algunas reformas legales, como la paulatina generalización de la vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras, videos y otros instrumentos de control visual y auditivo; simplificación de procedimientos de adopción de medidas cautelares, penales y aún civiles; facilitación de la prisión preventiva; y disminución del control judicial en los procedimientos penales, mediante *Juicios rápidos*. Las leyes orgánicas 13/2003 y 15/2003 son hitos importantes que marcan una nueva tendencia, que deriva hacia la seguridad a toda costa de este modelo, hace que incluso la llamada a la protección de las víctimas cobre otro significado como mero pretexto que encubre políticas penales populistas, vindicativas de claro sesgo neoretribucionista⁶⁶⁹.

Este modelo no se interesa por una evaluación de los costes y consecuencias de la intervención penal. Ni siquiera por una comprobación del cumplimiento efectivo de las metas que oficialmente propugna, está preocupado exclusivamente por obtener un fácil y rápido consenso social que muestre estabilidad al sentimiento de seguridad colectiva, restablezca, de manera ideal, el Orden Jurídico, refuerce la fidelidad al Derecho del ciudadano, la confianza de éste en las instituciones y el apoyo incondicionado a los poderes públicos⁶⁷⁰.

5.1.7 Implicación directa de la sociedad en la lucha contra la delincuencia.

La implicación directa de la comunidad en la lucha contra el delito no se agota en su colaboración con la policía para detener e identificar al delincuente; ni en los programas de control vecinal y autoprotección de las víctimas, sino que rebasa los límites tradicionales. Los propios poderes públicos fomentan el desempeño directo por

⁶⁶⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El conjunto de estos tres factores ha fomentado una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y en su ejecución que en buena parte se inspiran en hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión del delito”. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 26 y ss.

⁶⁶⁹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 32 (la simplificación de los procedimientos de adopción de medidas cautelares penales y civiles como el caso de la regulación de la orden de protección a las víctimas de violencia de género).

⁶⁷⁰ Vid. PEREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*, p. 465 y ss.

la ciudadanía de funciones asignadas lógicamente a los órganos estatales del control social formal⁶⁷¹.

A ello se debe el auge imparable en nuestros días de la seguridad privada, difícil de controlar. Aumento que tiene su origen en la dejación generalizada de responsabilidades por parte de los poderes públicos, en relación con uno de los cometidos fundamentales, la salvaguarda del orden público⁶⁷².

Más aún, la asunción directa por la comunidad de funciones asignadas al control social penal se observa incluso en el ámbito de la ejecución penal, que es la *hora de la verdad* del *ius puniendi*. Así, y con el pretexto de la siempre superior eficacia de la iniciativa privada, agentes privados e intereses particulares participan en el sistema de ejecución de medidas aplicables a menores que delinquen, prestando sus centros en un régimen de concierto con las Administraciones Públicas, para que aquellos cumplan el *internamiento*; o, haciendo lo propio en el caso de adultos drogodependientes con penas suspendidas o en libertad condicional, que ingresan en centros cerrados de desintoxicación regidos por agentes privados⁶⁷³.

5.1.8 Del paradigma “etiológico”, al paradigma de “control”.

Hasta la década de los años setenta del siglo XX predominó en Criminología un análisis etiológico, que atribuía parcelas importantes de la criminalidad a factores sociales (marginación, falta de oportunidades, desigual e injusta distribución de la riqueza), lo que sugería la necesidad de políticas sociales, asistenciales, como estrategia fundamental de prevención de delitos.

En las décadas de los setenta y ochenta, la Criminología Crítica dio un salto cualitativo, al atribuir al propio control social formal y a sus instituciones, una función constitutiva o creadora de la criminalidad. El crimen sólo se debería a la actuación selectiva y discriminatoria del control social, no a factores sociales como pobreza, carencias e injusticia social⁶⁷⁴.

En la década de los noventa el pensamiento criminológico opta por un paradigma de control, que atribuye la delincuencia a una falta o mal funcionamiento del control social. Por ello, la estrategia correcta para luchar y prevenir la criminalidad no será paliar la marginación social y la pobreza, la exclusión social, sino incrementar el rendimiento y efectividad del control social. La consecuencia es clara: al optar por la concepción del crimen como *decisión racional* y *utilitaria* del infractor, que pondera sus

⁶⁷¹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 33.

⁶⁷² Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 34.

⁶⁷³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Jurídicos*, p. 689 y ss.

⁶⁷⁴ Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 582 y ss.

ventajas y sus costes antes de *pasar al acto*, el nuevo modelo prescinde de valorar la relevancia de factores sociales (pobreza, injusta distribución de la riqueza, carencias fundamentales), propone estrategias *situacionales* en la lucha contra el delito, desentendiéndose, de las raíces profundas del problema criminal⁶⁷⁵. Es más rentable neutralizar los factores *espaciales, temporales, contextuales* entorno en los que se concentran las mayores tasas de criminalidad, sin necesidad de plantear las causas últimas de la previa decisión de delinquir⁶⁷⁶.

El denominado *modelo penal de la seguridad ciudadana* representa una peligrosa involución y pervierte los esfuerzos realizados durante muchos lustros para mejorar cualitativamente la respuesta del sistema al fenómeno delictivo. No supone ningún progreso, ni avance, sino una lamentable regresión⁶⁷⁷.

5.2 El denominado derecho penal simbólico.

La función comunicativa o expresiva de la pena es conocida en la Sociología General, en el pensamiento estructural funcionalista y en la Teoría de la Comunicación. Es un hecho cierto y conocido que la pena cumple una función pedagógica, simbólica y comunicativa y que en una sociedad de símbolos y signos, el castigo cumpla cierta función simbólica no es de extrañar. El Derecho Penal tiene su simbología *sui generis*. El problema se plantea cuando se utiliza deliberadamente el Derecho Penal como instrumento de comunicación social, para producir en la opinión pública un impacto tranquilizador, psicosocial, no para proteger bienes y valores fundamentales que integran el orden social (función instrumental), porque entonces se pervierte la función genuina del Derecho Penal⁶⁷⁸.

5.2.1 Función simbólica de la pena en la Sociología General y en la Teoría de la Comunicación.

A la función simbólica y comunicativa de la pena (no tiene nada que ver con la prevención efectiva de la criminalidad, con la reinserción del delincuente, ni con otras funciones convencionales asignadas al castigo) se refirió Durkheim y recientemente la teoría sistémica (Jakobs y otros).

La Teoría de la Comunicación precisa, aún más, en qué consiste dicha función:

⁶⁷⁵ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Hay que desarrollar políticas de prevención situacional que desplacen la posición desde el delincuente al delito y se centren en reducir las oportunidades para delinquir” *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 35 y ss.

⁶⁷⁶ Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, p. 306 y ss.

⁶⁷⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teórico*, p. 690; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, p. 42

⁶⁷⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 482 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 63 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones. Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, vol. I, p. 186 y ss.

El castigo, es una institución comunicativa, pedagógica, didáctica, que se lleva a cabo mediante signos, símbolos, declaraciones y mecanismos retóricos. El discurso penal es un poderoso instrumento de comunicación, con infractores potenciales y con la opinión pública⁶⁷⁹. La pena como institución colabora a la construcción y mantenimiento del orden social, a través de la creación de un universo simbólico de categorías, que cuentan con amplio consenso social y facilitan el entendimiento entre los individuos.

La praxis cotidiana del castigo muestra, clarifica y escenifica pedagógicamente valores morales y políticos fundamentales, aporta valiosa información sobre crimen, castigo, poder, autoridad, legitimidad, normalidad, personas, relaciones sociales y otras muchas materias. Los signos y símbolos del discurso penal forman parte del discurso institucional de las autoridades, que tratan de organizar y educar la mentalidad moral y política del gran público, su sensibilidad y sentimiento⁶⁸⁰.

5.2.2 Función instrumental y función simbólica.

La función comunicativa, pedagógica y simbólica de la pena es conocida e incuestionable. El problema surge cuando se pretende que sustituya a la función instrumental, única que legitima la intervención penal, esto es, la eficaz protección de bienes jurídicos y la defensa del orden social, cuestión importante de la que, se desentiende una teoría meramente simbólica⁶⁸¹.

Función instrumental versus función simbólica es uno de los temas que más concita el interés en la actual polémica sobre los fines del castigo.

La función *simbólica*, atribuye al Derecho Penal la misión de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, que inciden en las mentes o conciencias de la colectividad, produciendo emociones, representaciones (efectos expresivo integradores puramente psicológicos), pero incapaces de modificar la realidad social en términos comportamentales⁶⁸².

Es, un Derecho Penal que mira a la galería, a la opinión pública, un Derecho Penal y una Política Criminal de gestos, que buscan producir efecto tranquilizador en la

⁶⁷⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal*, p. 187 y ss.

⁶⁸⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., Esto es así a corto plazo, ya que a largo plazo un Derecho Penal simbólico puede perder fiabilidad *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 483 y ss.

⁶⁸¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., Dada la gran importancia de los signos, símbolos en las comunidades humanas un precepto penal de carácter simbólico no carece de efectos sociales sino que tiene efectos muy significativos en las conciencias de los ciudadanos (siendo en esa medida *instrumental*). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 484

⁶⁸² Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, p.68.

sociedad, de confianza en los poderes públicos, pero no la defensa eficiente del orden social y sus bienes jurídicos fundamentales.

5.2.3 Repercusiones de una orientación simbólica en la delincuencia expresiva.

La orientación simbólica del Derecho Penal se observa especialmente en momentos de crisis e incide preferentemente en la criminalidad *expresiva*, traduciéndose en un notable rigor de las conminaciones legales -un rigor desproporcionado e innecesario- y en la quiebra de los principios y garantías clásicas del Derecho Penal liberal, tanto en el sustantivo como en el procesal⁶⁸³.

Quiebran todas las categorías, axiomas y principios de la Dogmática Penal Clásica y del Derecho Procesal, y de sus garantías. Un Derecho Penal de orientación simbólica se acusa, sobre todo, en la criminalidad *expresiva*, esto es, aquella que en cada momento preocupa y alarma más a la sociedad. Dos ejemplos son paradigmáticos: el narcotráfico y el terrorismo. La primera característica de una orientación *simbólica* es el régimen de excepcionalidad de la normativa que la hace frente y la derogación de principios generales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal. El rigor desmedido e innecesario -no justificado por la necesidad de reforzar la protección de ciertos bienes jurídicos- de las prohibiciones penales. En definitiva, la desproporción de la respuesta penal, que se abstrae de la importancia objetiva de los bienes jurídicos afectados y de exigencias preventivo-generales o disuasorias que han de anticipar la tutela de aquellos.

En un derecho penal simbólico, el legislador sabe que sus previsiones no se preordenan a la salvaguarda eficaz de bienes jurídicos que integran el orden social, ni influyen en su función preventiva, porque los objetivos reales son otros, satisfacer a la galería y a la opinión pública⁶⁸⁴.

En un derecho penal simbólico quiebran axiomas, principios y garantías de la Dogmática Penal Clásica. El principio fundamental de *proporcionalidad* y el de *culpabilidad* pasan a un segundo plano.

La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos se difumina como consecuencia de una interpretación extensiva, que amplía injustificadamente estos últimos, en perjuicio de los primeros.

⁶⁸³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., Proyecto del Código Penal de 1992: Parte General (Teoría jurídica del delito) En: *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 1993, nº 29. Madrid (Ejemplar dedicado a: La reforma del Código Penal) p. 57 y ss.

⁶⁸⁴ En un derecho penal simbólico priman las funciones *latentes* sobre las *manifiestas*, esto es, existe una total contradicción entre los fines que dice perseguir el legislador y aquellos que realmente persigue. vid. HASSEMER, W., *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, p. 30 y ss.

Lo mismo sucede con la distinción entre tentativa y consumación, y la posibilidad de apreciar (inexistente en nuestro país) el desistimiento de la tentativa. Mientras en delitos graves como el asesinato, los tribunales aprecian desistimiento, en el tráfico de drogas la jurisprudencia acude a la *posesión civilísima* para que sea imposible estimar del desistimiento.

Algo similar ocurre en cuanto la distinción entre dolo, culpa y dolo eventual, optando los tribunales por el primero, en casos donde no consta que concurren todos los requisitos -intelectivos y volitivos- de esta construcción.

O en la teoría de la participación, que reduce al máximo la posibilidad de invocar con éxito la complicidad, en beneficio de una concepción amplia de la coautoría.

En el ámbito del Derecho Procesal Penal, básico para la tutela de las garantías del ciudadano, el derecho penal simbólico procura minimizar lo que entiende son meros obstáculos formales para la función penal, meros límites, incompatibles con las pretensiones maximalistas y antigarantistas de esta orientación.

En la doctrina alemana se han subrayado dos características del Derecho Procesal *simbólico*: aumento desmedido de los poderes del juez instructor (según algunos, similares a los del servicio secreto), y la *apoteosis* de la instrucción, la pérdida de relevancia del juicio oral, momento en el que realmente deben practicarse las pruebas⁶⁸⁵.

5.2.4 Diversas acepciones de la función simbólica en la doctrina española.

La doctrina española no es unánime en la valoración del derecho penal simbólico, porque éste admite varias acepciones y contenidos.

Para un sector doctrinal, la función simbólica no debe admitirse, porque no se interesa por la protección de bienes jurídicos, y encubre los fines reales que efectivamente persigue⁶⁸⁶. Para otro, los efectos simbólicos de la pena son legítimos e inherentes a ésta, como parte de la función preventiva que cumple y no se agotan en su estricto contenido intimidatorio. Esta tesis se comparte por quienes asignan a la pena una función ético-social, o quienes entienden que los mencionados efectos simbólicos

⁶⁸⁵ Vid. ALBRECHT, P.A., Mantiene el autor, que en la sociedad postindustrial la *seguridad* se ha convertido también en un concepto simbólico. Según Albrecht, se produce en esta sociedad una criticable *funcionalización comunicativa* del Derecho Penal a través de la política. El Derecho Penal en la intervención de la política populista. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Edita Comares. 2000, p. 474 y ss.

⁶⁸⁶ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General*, p. 64 y ss.

forman parte de la función preventivo-general positiva o integradora⁶⁸⁷. Según Díez Ripollés, que no se opone al cumplimiento por la pena de *efectos expresivos integradores*, solo cabe cuestionar el efecto *simbólico* de la pena si los objetivos mencionados no son necesarios para mantener el orden social; si centran su incidencia en metas personales no decisivas para la protección de bienes jurídicos; o si, por último, su contenido no guarda relación con las exigencias del control social que satisface la reacción social⁶⁸⁸.

En ningún caso parece lícito servirse de estos efectos psico-sociales de la conminación penal para recabar o consolidar el consenso, siendo en principio sospechoso el empleo de estrategias penales en momentos muy próximos a sucesos que han despertado inquietud social, a temas aún inmersos en un amplio debate social, o cuando las normas penales entrañan un repentino incremento de los niveles punitivos.

6. LA VÍCTIMA DEL DELITO Y LA RESOCIALIZACIÓN DEL INFRACTOR.

6.1 Evolución histórica de los modelos de justicia penal: “de la pena justa, a la rehabilitación del autor y la reparación del daño, justicia restaurativa”.

Un recorrido histórico a los modelos de justicia penal permite observar que ésta se orientó, inicialmente, a dar respuesta justa y merecida al delito, esto es, a satisfacer la pretensión punitiva del Estado, el derecho a castigar. Este modelo evolucionó a fórmulas preventivo-generales y disuasorias. Posteriormente, en una tercera fase, el sistema pretende orientar la ejecución y cumplimiento de penas privativas de libertad a la resocialización o reinserción del delincuente. Por último, se ha ido gestando, con diversas fórmulas y manifestaciones, un modelo - es pronto para hablar de modelo-integrador que busca imponer la pena justa, prevenir la criminalidad mediante la amenaza del castigo, resocializar al infractor, reparar el daño causado -a la víctima y a la comunidad-, además de pacificar relaciones sociales dañadas, por el delito, Justicia restaurativa.

6.2 Crisis del modelo clásico de justicia criminal: irrupción de un nuevo modelo.

En este nuevo sistema se aproximan mucho las pretensiones del movimiento victimológico, que hoy irrumpe de forma arrolladora en el panorama criminológico, las expectativas que despiertan la justicia restaurativa, respaldada por declaraciones de

⁶⁸⁷ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética. En: *Genética y Derecho Penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*. Madrid 2001. Coordinador Carlos María Romeo Casabona, p. 49-60.

⁶⁸⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., El autor se refiere a los *efectos expresivo-integradores* de la pena, que a su juicio representan, en principio, el núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, p. 69 y ss.

organizaciones internacionales, la justicia *comunitaria*, e incluso la *Therapeutic jurisprudence approach*.

En común tienen todas estas propuestas su crítica al modelo de justicia penal convencional, clásica, que absuelve o condena, pero no resuelve. La diosa Justicia - dicen sus valedores- es una diosa de mármol, que no ve, ni oye pero ciñe espada⁶⁸⁹.

La llamada *justicia restaurativa* y las fórmulas concretas que articula: conciliación, reparación, mediación, se muestran idóneas para satisfacer los daños morales padecidos por la víctima y, en concreto, ciertos estados y sentimientos (humillación, ira, miedo, impotencia, frustración), que la justicia clásica no permite asimilar y exteriorizar de forma racional y fructífera, de modo que la víctima supere la experiencia delictiva traumática que el delito ocasionó.

El modelo clásico de justicia penal distancia delincuente y víctima -binomio inseparable- lo que hace difícil la resocialización del infractor, no parece verosímil que se reconcilie con la ley, el sistema y la justicia, si antes no lo hizo, ni lo intentó, con su propia víctima.

Resocialización del delincuente, reparación del daño y conciliación infractor-víctima son inseparables. Solo un reencuentro personal de ambos protagonistas y un cambio motivacional y actitudinal sincero, fruto de un proceso de interacción, puede marcar el inicio del proceso resocializador. Percepción directa e inmediata del mal que ocasionó a *su víctima*, excusas sinceras, reparación del daño ocasionado, serían las fases de dicho proceso⁶⁹⁰.

El que algunos denominan *modelo integrador* despierta importantes expectativas.

6.3 Redefinición del nuevo ideal de Justicia.

Concibe el crimen como conflicto interpersonal concreto, real, histórico, dimensión que el formalismo jurídico había neutralizado⁶⁹¹. Orienta la respuesta del sistema más a la reparación del daño a la víctima, a las responsabilidades del infractor y de la comunidad, que al castigo mismo. No busca *hacer la justicia sobre la tierra*, sino buscar *soluciones* al problema criminal. No desde el *imperium* del sistema, coactivamente, sino confiando en la capacidad de los implicados para hallar fórmulas de compromiso, de pacto, de negociación.

⁶⁸⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 651 y ss.

⁶⁹⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 656 y ss.

⁶⁹¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 710 y ss.

La *justicia restaurativa* no gira entorno a la pretensión obsesiva del castigo, sino de la reparación, la conciliación, la pacificación; trata de abordar los conflictos *desde dentro*, buscando soluciones, no imponiéndolas. La mediación humanística de la justicia reparadora se basa en la empatía, en la búsqueda de una pacificación real de las relaciones interpersonales y sociales y no en la solución pragmática de un conflicto mediante una intervención hábil y eficaz. Siempre mediante procedimientos desformalizados, flexibles, que faciliten negociar, sin perjuicio de un elemental control que garantice derechos fundamentales de los implicados. Algunos de estos procesos consisten en reclamar contacto de los menores con la comunidad en el proceso de dialogo y decisión, manteniendo a las familias cerca, de manera que la comunidad deja de ser un ente abstracto sublimado a través de las instituciones que intervienen en el proceso judicial y asume protagonismo ofreciendo apoyo a la víctima y al ofensor implicándose en la resolución del conflicto⁶⁹².

6.4 Expectativas que despierta la “justicia restaurativa” respecto al infractor y respecto a la víctima

La *justicia restaurativa* es más exigente que la justicia penal clásica, por lo que se refiere a lo que espera del infractor⁶⁹³. No se contenta con que éste cumpla el castigo merecido, ni siquiera con que repare el mal que causó a *su víctima* y a la comunidad. Espera que se involucre activa y responsablemente en la búsqueda negociada de una solución satisfactoria para las partes en conflicto, que se comprometa. Que asuma la realidad del daño que ha ocasionado, su propia responsabilidad y se implique en la solución del conflicto. Un cambio radical, por tanto, en la esfera actitudinal y motivacional. El Estado busca alternativas a la prisión a través de la disminución de su estancia en ella con la reconciliación y restaurar la armonía de la convivencia y la paz⁶⁹⁴.

En cuanto a la víctima⁶⁹⁵, la conciliación y la mediación humaniza su experiencia delictiva traumática, la hace más comprensible, más asumible, liberada la víctima de imágenes y estereotipos que potenciarían aquella. Consigue que la víctima descubra, y compruebe, de forma personal, directa e inmediata que el infractor, *su infractor*, no es el enemigo sin cara, anónimo, *el otro*, sino uno más, como los otros,

⁶⁹² Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012. En: *Ars Iuris Salmanticensis. AIS, revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*. 2013, vol. 1, nº 1 p. 148

⁶⁹³ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 669 y ss.

⁶⁹⁴ Vid. DOMINGO, V., ¿Qué es la Justicia Restaurativa? En: *La otra Justicia. Criminología y Justicia*. Mayo 2011. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.es>.

⁶⁹⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 671 y ss.

pudiendo asociarle incluso a personas próximas a su propio entorno. La víctima puede expresar su verdad y de esta manera recuperar el control de su vida⁶⁹⁶.

Esta nueva concepción de la justicia abre el camino al proceso de resocialización del infractor, mejor que cualquier otra, porque procura el reencuentro positivo de los dos protagonistas del hecho criminal, el diálogo entre los mismos, busca soluciones constructivas (dependiendo de si las características del delito concreto permiten el diálogo). Gracias al esperado cambio motivacional y actitudinal, que debe producir ese reencuentro, a la percepción personal directa e inmediata del daño causado por el infractor, es más probable que éste inicie un sincero proceso resocializador. Que pida perdón sincero a *su víctima*, y repare el mal causado. El cambio que se espera, también, en la propia víctima facilitaría lógicamente el mencionado proceso resocializador⁶⁹⁷. Esta justicia restaurativa pretende, en definitiva, superar el trauma de las víctimas, en un círculo de beneficios propios, que ayuda también al infractor y la comunidad

Porque, volviendo a la idea inicial, me reafirmo que no es posible que el infractor se reconcilie con la Justicia, con la Ley si no lo hace previamente con la persona concreta, de carne y hueso, a la que lesionó

6.5 La calidad de un sistema legal: reparación simbólica a la víctima y a la comunidad.

* Como herencia de modelos disuasorios, son muchos los autores que localizan la respuesta al delito en la pretensión punitiva del Estado, de suerte que cualquier otro fin de la pena cumpliría una función marginal.

Piensan que un buen sistema penal es aquel que responde al delito con prontitud y firmeza; con penas severas que se aplican y cumplen sin reservas; y sobre todo, más allá del rigor nominal de las penas, con un sistema legal bien dotado y en excelente estado de funcionamiento y efectividad.

Algunos autores del *moderno clasicismo* norteamericano han explicado gráficamente: *tenemos el crimen que aceptamos tener; porque si quisiéramos reducir los índices de delincuencia bastaría con mejorar la dotación y eficacia del sistema legal. Penas más severas, régimen de ejecución más riguroso de éstas; revisión de la política demasiado generosa de libertades condicionales, e indultos, entre otros.* Resumen su mensaje con el lema: *más jueces, más cárceles, más policía.* Incluso llegan a mantener que la política de endurecimiento progresivo puede prolongarse *sine die*; siempre se puede dar una vuelta más al tornillo para cosechar mejores rendimientos.

⁶⁹⁶ Vid. DOMINGO, V., “¿Por qué la Justicia Restaurativa es buena para las víctimas, incluso de delito graves? En: *La otra justicia. Criminología y justicia.* Julio 2014. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.es>.

⁶⁹⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 672 y ss.

* Frente a este modelo radical, me parece más razonable lo que algún autor denomina *modelo integrador*, que sugiere una intervención del sistema que, si la naturaleza y gravedad de los hechos lo permiten, fomente la interacción y comunicación entre los diversos implicados en el hecho criminal, en el que intervienen Estado, víctima y comunidad jurídica, además de infractor. Se buscan soluciones efectivas, porque el vigente sistema demuestra que la justicia penal, absuelve o condena, pero no resuelve nada. Actúa con *imperium*, no con *auctoritas*, de modo que en la percepción social la justicia es una diosa de mármol, una estatua con los ojos vendados, que no ve, ni oye, ni escucha pero que *ciñe espada*.

Para delitos muy graves, por razones de prevención general, prima el interés del Estado a castigar. Una sociedad que olvide estas exigencias estaría condenada a la desaparición: ante hechos de extrema gravedad carecería de realismo la búsqueda de fórmulas negociadas y pacificadoras. Como afirmaba Maurach, sería tan utópico, como condenar al asesino sólo al abono de la responsabilidad civil o los gastos de entierro de la víctima.

*Las pretensiones resocializadoras no agotan los fines del castigo ni las expectativas de personas implicadas en el hecho delictivo.

Contemplada la pena como institución estatal, nadie puede poner en duda que las sociedades no han añadido el castigo para corregir o rehabilitar al infractor, sino para defender el orden social. Es decir, castigamos por razones de prevención general y por otras razones. El concepto de resocialización ha tomado carta de naturaleza en los sistemas penales por su deliberada ambigüedad. Un concepto riguroso de resocialización equivalente a conversión a valores sociales conculcados por el delito, confundiría Moral y Derecho, pena y penitencia. Un concepto de *mínimos* de resocialización como sinónimo de pronóstico racional de que el delincuente no volverá a delinquir es poco exigente, y nadie, está en condiciones de emitir con garantías dicho juicio.

Las metas resocializadoras, parecen poco viables en ciertos delincuentes. Aquellos a los que la Criminología denomina desde F. von Liszt *incorregibles*, (psicópatas), aunque existen autores que cuestionan esta realidad. En el campo de delincuentes adultos y de delitos sexuales, los índices de rehabilitación son, por el momento, poco satisfactorios.

Existen, por otra parte delincuentes que no necesitan ser rehabilitados, por no necesitarlo, ya lo están. Es necesario castigar a los que delinquen, pero no requieren de tratamiento alguno. Pienso en los delincuentes *ocasionales*, que cometen el delito por sucumbir a una tentación, un mal paso, una situación irresistible. Los delincuentes

juveniles⁶⁹⁸ tampoco necesitan de una rehabilitación, porque la *adolescencia* pasa con el tiempo.

Es importante, que el penado quiera ser rehabilitado y colabore en su tratamiento, porque sin dicha actitud no cabe ningún éxito terapéutico.

Se precisa no confundir socialización con éxito y prestigio social, excelente tarjeta de presentación, brillante red de relaciones sociales. Cabría cuestionar que ciertos delincuentes no necesitan tratamiento, porque sólo creen en sus intereses particulares y prescinden de cualquier valor social y comunitario (delincuentes de cuello blanco, de altas finanzas). Incluso algún autor crítico, a las pretensiones resocializadoras del castigo, entiende que son criminógenos algunos valores sociales (afán de lucro, insolidaridad, identidad del prestigio con el éxito económico), hasta tal punto, que más de un sociólogo ha sugerido que quien debiera resocializarse es la sociedad. “*Que se resocialice la General Motor*” afirma gráficamente algún teórico.

*Si pensamos en la pena ya impuesta, no cabe duda, a mi modo de ver que su ejecución solo puede orientarse a la resocialización del reo. El cumplimiento de la pena debe mejorar el horizonte vital, el mapa cognitivo, el futuro, en definitiva, del penado. La forma y condiciones de la ejecución penal no deben agravar la situación del penado, ni limitar expectativas de futuro o consolidar su estatus criminal; dando cumplimiento a las profecías que se autorealizan (self fulfilling prophecy), a la figura de las *puertas giratorias*, la cárcel, lugar del que se sale pero al que el expenado volverá casi por su propia inercia, como las puertas giratorias de algunos establecimientos. Porque, *delito llama a delito*, y el encarcelamiento es una marca que señala de por vida al expenado recordándole donde todos esperan que vuelva.

*Es en la delincuencia menor, la de jóvenes es donde conciliación, mediación y otras fórmulas flexibles de negociación cosechan mayores éxitos, en la solución de conflictos⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Vid. CARMONA SALGADO, S., Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC, 2002, nº 4. Disponible en, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html.; ALTAVA LAVALL, M.G., Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española. En: *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. Edita Universitat Jaume I. Servicios de Publicaciones y Comunicaciones, 2006. Coordinador José Luis González Cussac y María Luisa Cuerda Arnau, p. 25 y ss.

⁶⁹⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 710 y ss.; del mismo, en “Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias al Derecho Penal”, vol. I, p. 59 y ss.; RODRÍGUEZ TABOADA, A., Teorías que explican los factores etiológicos de la delincuencia juvenil. En: *Liberabit, Revista Peruana de Psicología*, 1997, vol. 3, año 3, p. 111 y ss. ISSN 1729-4827 2010.

Disponible en: <http://www.revistaliberabit.com/revista3.php>.

Porque, mientras la justicia penal de adultos distancia al infractor de su víctima, este otro modelo sugiere el reencuentro de ambos y la fecunda interacción entre los dos protagonistas del hecho delictivo. El encuentro significa percepción directa por el delincuente del mal que ha ocasionado, arrepentimiento, reparación del daño a la víctima y propósito de la enmienda; camino idóneo para el inicio de un certero proceso resocializador.

Los protocolos en la materia evidencian un cambio de actitudes y motivaciones, en el infractor y en la víctima, como consecuencia de dicho reencuentro guiado, por especialistas.

El joven no presumirá de su fechoría y comprenderá el alcance real y las consecuencias de sus actos, lamentando haber realizado el hecho y los daños o lesiones causadas. Se excusará, pedirá perdón, tratará de colaborar en su recuperación y convalecencia. En la víctima también se producirá un cambio de actitudes al ver cara a cara a *su* infractor. Le perdonará, y llegará a la conclusión de que no se trata de un *salvaje energúmeno* que la lesionó, sino de un joven más. En general la experiencia es positiva si el proceso se dirige por expertos, produciéndose en el reencuentro delincuente/víctima un cambio real y sincero de actitudes entre ambos. Prueba de ello, es la existencia de datos fiables que acreditan las víctimas consultadas, muchas de las cuales admiten que si volvieran a sufrir otro delito se someterían a este proceso de conciliación que valoran positivamente⁷⁰⁰.

La experiencia criminológica llama a seguir este camino en la criminalidad de menores, generalizando el reencuentro personal de delincuente y víctima e imponiendo sanciones *positivas* a favor de la víctima, incluso de forma simbólica a la comunidad. Un hecho importante a tener en cuenta es la visita a los servicios de urgencia de los grandes hospitales, en la realización de servicios para la Cruz Roja, diversas ONG, trabajos sociales y comunitarios, atención a ancianos y necesitados.

En el ámbito⁷⁰¹ de la delincuencia menor es posible y conveniente mejorar la percepción social del sistema legal, demostrando que la sanción puede ser *positiva* para el infractor y *útil* para la sociedad. No se castiga por cuestión de principios, por imperativo categórico o exigencia dialéctica.

La verdadera resocialización es un lento proceso de cambio de actitudes, producida como consecuencia del reencuentro del delincuente con *su* víctima. Es difícil imaginar un proceso rehabilitador que prescinda de esta interacción. No es posible que

⁷⁰⁰ Vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal de Menores*, p. 139 y ss.; JORGE BARREIRO, A./ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona. Edita Atelier, 2008, p. 57 y ss.

⁷⁰¹ Vid. SERRANO TÁRRAGA, M.D./VAZQUEZ GONZALEZ, C., “*Derecho Penal Juvenil*”, Madrid, Edita Dykinson. 2008, p. 228 y 340.; VAZQUEZ GONZÁLEZ, C., “*Derecho Penal Juvenil Europeo*” Madrid. Edita Dykinson. 2005, p. 123 y ss.

el delincuente pueda *convertirse* a los valores e ideales comunitarios (justicia, solidaridad y humanidad) si no se ha interesado por *su víctima*, persona real y concreta.

COROLARIO DEL CAPÍTULO III.

1.- El concepto de *resocialización* es deliberadamente ambiguo. Esta es una de las razones de su éxito, junto al mensaje realista y humanitario que transmite.

2.- La pena se legitima por razones de prevención general, porque la amenaza del castigo evita que se cometan muchos delitos. La pena nació, para defender el orden social.

3.- Una vez impuesta la pena, su cumplimiento y ejecución no pueden tener otro *sentido* que el de causar un impacto bienhechor en el recluso.

4.- Los conceptos *resocialización*, *rehabilitación*, *reeducación*, utilizados por la Constitución, suelen usarse como sinónimos, pero no lo son. Reeducación es una categoría pedagógica. La rehabilitación lo es clínica. La resocialización, sociológica.

5.- A su vez, el mismo concepto cobra acepciones muy distintas según se utilice por correccionalistas, positivistas, partidarios de la Defensa Social, o marxistas.

6.- La confianza en la capacidad rehabilitadora del tratamiento ha conocido tres etapas: la inicial de *euforia* del ideal resocializador; la crítica y escéptica posterior; y finalmente, la actual, promovida por la Escuela Canadiense del Aprendizaje, que admite la posibilidad de un efecto rehabilitador y plantea el problema de la rehabilitación como problema técnico, científico, no ideológico.

7.- La utilización generalizada de los meta-análisis, como sofisticado procedimiento estadístico de evaluación (de la capacidad rehabilitadora del tratamiento), ha influido decisivamente en las expectativas de la doctrina científica al respecto, aportando un plus de saludable realismo a los estudios sobre el problema.

8.- Martinson es el autor que mantuvo una tesis más pesimista y escéptica sobre la capacidad rehabilitadora del tratamiento. Su título: *Nothing Works* (no ha funcionado).

9.- No es posible aplicar un tratamiento rehabilitador que resuelva las necesidades *primarias* del recluso, si no se resuelven previamente sus necesidades *secundarias*. De poco sirve una intervención bien diseñada si el régimen de la prisión

hace asfixiante el día a día del recluso (cacheos, permisos, visitas, vis a vis, recuentos); o la propia estancia en el establecimiento dificulta el éxito de cualquier intervención (clima carcelario, hacinamiento, violencia, drogas, formación deficitaria del personal).

10.- Es muy criticada la concepción clásica de tratamiento (clínica), hoy superada por un concepto ambientalista, que asume los postulados de la psicología humana y social, ecología-ambiental.

Este último subraya la importancia del medio físico y del diseño arquitectónico carcelario; clima de convivencia o ambiente en la prisión, nivel de participación y motivación de los internos.

11.- Cambios organizativos elementales (clasificación de reclusos, horarios, aprovechamiento de espacios físicos, permeabilidad de movimientos en el interior de la prisión) evitan o minimizan ciertos efectos negativos y tics penitenciarios perjudiciales. También, la propia arquitectura penitenciaria (diseño de celdas, galerías, patios, evitación de controles físicos innecesarios).

12.- Dos limitaciones pesan sobre cualquier tipo de intervención: el *déficit de generalización*, o dificultad de prolongar los resultados ya obtenidos a la vida del interno una vez excarcelado; y el *contracontrol*, que contrapone a las pautas del programa resocializador otras de carácter antagónico que derivan de la vida en prisión (*el código del recluso*).

13.- Hay cuatro modelos fundamentales de intervención: disuasorio, sociológico, médico y el actual de naturaleza psicosocial-educativo. Este último procura incidir en los procesos cognitivos del interno, responsables de su socialización, aplicando técnicas cognitivo-conductuales que permiten mejorar su repertorio conductual y enriquecer sus recursos y habilidades.

14.- Los modelos de intervención de corte psicológico conocen tres clases de programas basados, respectivamente, en los principios del aprendizaje operante, el aprendizaje social y la psicoterapia.

15.- Los programas psicoterapéuticos evolucionan hoy hacia la denominada terapia positiva o terapia de la realidad, que procura potenciar la voluntad y determinación del interno hacia el cambio.

16.- Tres modelos de intervención tienen particular aplicación en el medio penitenciario: la psicoterapia y el counseling; las técnicas de modificación de conducta; y las de orientación cognitivo-conductual.

17.- La psicoterapia grupal, cuyos pioneros fueron Aichorn y Metz, supuso un giro fundamental en los regímenes penitenciarios y en la propia base organizativa de las prisiones. Ha dado lugar a diversos métodos y técnicas terapéuticas: el método analítico, el psicodrama, la terapia familiar, el análisis transaccional y el counseling, la terapia corporal y la terapia de la realidad.

18.- Las técnicas de modificación de conducta tienen el acierto de trasladar el centro de interés de la intervención de la persona del recluso al comportamiento delictivo mismo, contemplando éste desde un punto de vista estrictamente conductual, lo que libera la reflexión teórica de consideraciones ajenas al mundo científico-empírico.

Metodológicamente se objeta a las mismas que son técnicas de laboratorio, experimentales, que ni siquiera se realizan en el medio penitenciario.

19.- Son técnicas de modificación de conducta, las *aversivas*, que se deben aplicar en situaciones excepcionales, a psicópatas y delincuentes sexuales; las basadas en el *control de las contingencias* (sistema progresivo, economía de fichas y contrato conductual); y los sistemas de autogobierno.

20.- Técnicas de intervención de orientación cognitivo-conductual, que propugnan la valoración de los diversos fenómenos y operaciones cognitivas del interno: cómo piensa; cómo percibe su mundo, como razona, sí comprende a los demás, atribuye o explica lo que le sucede o lo que acaece, qué es lo que estima y aprecia de sí mismo, de los demás. Cuestiones básicas que integran el *contexto subjetivo* del autor.

21.- Para la teoría cognitiva, el comportamiento irregular tiene mucho que ver con el déficit o mal funcionamiento cognitivo del interno.

Rasgos típicos de dicho déficit serían: escaso autocontrol y comportamiento impulsivo, pobre razonamiento abstracto, rigidez cognitiva, acusado *locus de control externo*, baja autoestima, elevados niveles de egocentrismo y limitada empatía, falsa percepción social y distorsiones valorativas, y carencia de importantes habilidades sociales.

22.- La teoría cognitiva propugna una intervención caracterizada por: empleo de técnicas de solución de problemas; entrenamiento en habilidades sociales; técnicas de control emocional, de razonamiento crítico, de desarrollo de valores, de habilidades de negociación y de razonamiento creativo.

23.- Un tratamiento de orientación cognitivo-conductual se está aplicando en España, durante las últimas décadas, a delincuentes sexuales y agresores en el seno de la pareja (la mal llamada *violencia de género*).

24.- La principal crítica a la intervención cognitivo-conductual consiste en no haber acreditado que todo infractor padezca algún déficit o carencia cognitiva, tampoco que exista una conexión sólida entre el delito y dichas disfunciones cognitivas.

25.- La necesidad de verificar empíricamente la capacidad rehabilitadora del tratamiento se ha hecho sentir, sobre todo, en tres grupos de delincuentes: jóvenes, sexuales y psicópatas. En el primer subgrupo, la intervención terapéutica deposita las mayores esperanzas. Los otros grupos, por su complejidad, suelen tener poco éxito y generan cierto pesimismo.

26.- Hasta la fecha se han realizado más de 25 meta-análisis, de los que cabe inferir como resultado que existe un gradiente general de efectividad que oscila, según la clase de intervención empleada, entre el 0% (encarcelamiento sin intervención) al 30%. Se admite internacionalmente que la tasa de reincidencia suele alcanzar el 50%, se ha constatado entre un 12% y un 21% de reducciones, promedio de aquella en programas psicoterapéuticos y de formación, respectivamente. Incluso llega hasta un 30% en los programas educativos, conductuales y cognitivo-conductuales.

Las investigaciones contaron con el oportuno grupo de control.

27.- La virtualidad rehabilitadora de una intervención depende más del contenido pedagógico y educativo que aporta al penado, que de las dimensiones simbólicas o punitivas que se atribuyen a la misma, del marco en que tenga lugar.

Una intervención en comunidad (prisión abierta) no tiene *per se* especiales virtualidades terapéuticas, frente a los tratamientos en prisión. Lo decisivo es el contenido del programa y su ejecución.

28.- Con los delincuentes sexuales parecen tener éxito las terapias cognitivo-conductuales, aunque se usan también otros tratamientos, como psicoterapia grupal, terapia de conducta -excepcionalmente, la quirúrgica (con efectos secundarios y no permitida en todos los países), y la farmacológica (eliminación controlada de la testosterona, sin apenas efectos secundarios)- .

Los programas iniciales de modificación de conducta acabaron incorporando elementos *cognitivos*, para corregir usuales distorsiones de este delincuente en el ámbito cognitivo, cuyos patrones de conducta son proclives por actitudes, prejuicios y creencias al delito.

29.- Los programas cognitivo-conductuales tienen la ventaja de su menor coste para el Erario Público, y su rentabilidad, lo que importa dada la tradicional reticencia de los Gobiernos a financiar tratamientos a delincuentes sexuales.

30.- Las investigaciones empíricas más recientes en EEUU y en Alemania, constatan una reincidencia media del 13% para los jóvenes tratados, y un 37% para el grupo de control (internos sometidos a terapia rehabilitadora).

31.- La terapia rehabilitadora se sigue, con especial interés, con jóvenes delincuentes, porque es de quienes se esperan mejores resultados.

Del meta-análisis realizado en España por Sánchez Meca y Redondo Illescas (analizaron 17 programas realizados entre 1980 y 2001) se constató un 18% menos de reincidencia en los grupos experimentales, que en los de control. Comprobándose, con carácter general, que el grado de efectividad se reduce progresivamente con el incremento de la edad del joven. Ponderando diversas variables evaluadas, apreciaron un resultado del 10% superior de la tasa de reincidencia en los grupos experimentales que en los de control. La tasa media de reincidencia en los primeros se situaría en 46,5% frente al 53,5% en los que no se sometieron a tratamiento rehabilitador.

32.- En los jóvenes delincuentes sexuales, se observa en recientes meta-análisis una tasa promedio de reincidencia en torno al 39% en delincuentes tratados, y un 60,5% en los no tratados. Valores que contrastan significativamente con los usuales en este tipo de delitos, en los que la reincidencia media se sitúa en el 20% y la efectividad rehabilitadora de la terapia entorno al 10%.

Una terapia pronta y precoz durante la adolescencia puede evitar, a todas luces, la cronificación de modelos y pautas estables de agresión sexual en la madurez.

33.- Los esfuerzos terapéuticos se consideran poco exitosos en el caso de delincuentes psicópatas.

Recientes meta-análisis parecen abrir algunas expectativas a los tratamientos cognitivo-conductuales combinados con componentes farmacológicos e incluso psicoanalíticos.

Mientras la terapia electroconvulsiva y la de comunidad terapéutica se muestran ineficaces.

34.- Asistimos en la actualidad a una verdadera Contrailustración. El derecho penal simbólico y el llamado *modelo de la seguridad ciudadana* son manifestaciones claras del giro represivo e involucionista de modernas políticas criminales.

Otro fenómeno preocupante es el del auge arrollador y sin suficientes controles de la seguridad privada.

35.- El denominado modelo de la *seguridad ciudadana* se caracteriza por varias notas: interés creciente por la delincuencia convencional y correlativo privilegio de la criminalidad de los poderes; obsesión, psicosis generalizada por la inseguridad y miedo al delito; exacerbación de los intereses de la víctima; populismo y politización de propuestas político-criminales; endurecimiento desproporcionado del rigor penal, confianza ciega en la efectividad preventivo general de las prohibiciones legales, en detrimento de las garantías que debe aportar el sistema al ciudadano; implicación directa de la sociedad en la lucha contra el delito; superación del paradigma etiológico y opción a favor del paradigma de control.

36.- Funciones simbólicas atribuyen al *discurso penal* el viejo estructural funcionalismo de Durkheim, la teoría sistémica de Jakobs –entre otros- y la moderna Teoría de la Comunicación (Gahringer).

Pero hoy, la que preocupa es la función *simbólica*, opuesta a la función *instrumental* (defensora de bienes jurídicos y el orden social), que la opinión mayoritaria atribuía a la pena. La función simbólica según, una autorizada opinión doctrinal, pervierte la finalidad del castigo. En la acepción que utilizó se ocultan los fines efectivos que se buscan con el castigo. Solo mira a la opinión pública, a la galería.

37.- Una orientación simbólica del castigo y de la política criminal, suele utilizarse con relación a la delincuencia *expresiva* (narcotráfico y terrorismo). Se traduce en un régimen penológico y procesal excepcional.

El derecho penal simbólico vulnera los principios, axiomas y categorías básicas de la dogmática clásica (principios de culpabilidad, proporcionalidad). Amplia, el alcance de los actos *ejecutivos*, punibles, en perjuicio de los *preparatorios*, por lo general impunes. Del dolo, en detrimento de la culpa y del dolo eventual. La coautoría a costa de la complicidad y prácticamente, hace inútil la invocación con éxito del desistimiento voluntario de la tentativa, que sí se aplica en delitos más graves.

Una orientación simbólica merma las garantías que debiera hacer valer el proceso penal. En éste, el instructor adquiere unos poderes desmedidos pasando a un segundo plano la fase teóricamente principal del juicio oral, *la apoteosis de la instrucción*.

38.- La función simbólica merece opiniones muy dispares en la doctrina española. Para un sector de ésta, vulnera la función genuina del Derecho Penal y lo hace a conciencia, ocultando la finalidad real de la pena, que no es proteger el orden social, sino tranquilizar a la opinión pública.

Para otro, los efectos psico-sociales que la llamada función simbólica desencadena, forman parte inseparable de la función preventivo-general integradora y, salvo excesos, no cabe discutir su legitimidad.

39.- La justicia criminal ha seguido históricamente diversos modelos: el retributivo (satisfacer la pretensión punitiva del Estado), el disuasorio -o preventivo- y el resocializador.

En la actualidad, predomina un modelo *reparador*, que trata de responder a exigencias de la víctima, propone una redefinición del ideal de justicia (se interesa más de la reparación del daño causado a la víctima, que de la obsesiva búsqueda del castigo justo y merecido) y también se ocupa de las relaciones entre delincuente-víctima.

Se habla de la *justicia restaurativa, comunitaria*, o incluso, de la *Therapeutic jurisprudence approach*.

40.- Este nuevo modelo, integrador, aún en ciernes, parte de una crítica radical de la justicia penal clásica: *una diosa de mármol, con una venda en los ojos, sorda, muda... que ciñe espada*. La justicia convencional absuelve o condena, pero no resuelve nada. Impone su *imperium*, sin confiar en la capacidad negociadora de los implicados, sin transigir o buscar soluciones al conflicto criminal desde dentro.

El modelo integrador busca un reencuentro positivo entre autor y víctima (siempre que la naturaleza del delito lo permita). El autor se percatará de forma personal e inmediata del mal que causó a su *víctima*, pedirá perdón, tratará de repararlo, y se arrepentirá sinceramente. Dicha experiencia, también es favorable para la víctima, producirá en ambos protagonistas un cambio motivacional y actitudinal. La víctima humanizará y entenderá su experiencia delictiva -la asumirá- viendo en el infractor no al *otro* anónimo, sino a una persona corriente como cualquier otra de su propio entorno.

La experiencia empírica demuestra que esta *conciliación* es una fórmula humana eficaz. La propia víctima se muestra satisfecha reconociendo que volvería a acudir a la misma si volviera a pasar por otra experiencia criminal.

41.- La conciliación delincuente-víctima es esencial para un proceso resocializador eficaz.

Es poco verosímil que el infractor se reconcilie con la ley, con el sistema, con la justicia (conceptos y categorías) sin que previamente lo haga con *su víctima*, que es una persona concreta de carne y hueso, que está a su lado.

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA.- El idealismo alemán de la “pena justa y necesaria” -Kant-, y el realismo crítico -que representa el Juez de Chesterton-, simbolizan las dos concepciones antagónicas del fin del castigo.

Kant y el idealismo alemán, fundamentaron el castigo en valores supremos de Justicia absoluta. El habitante de la isla solitaria cuya sociedad civil se disuelve, condenado a muerte, tiene que sufrir el castigo justo y merecido por su delito *para que todos experimenten el valor de sus actos*. Aunque ya no existiera sociedad y la pena no sirviera para nada una vez desaparecida aquélla y la ejecución del castigo ya ni siquiera trascienda. ¡Lo mereció. Es lo justo!

En el polo opuesto, el Juez de Chesterton se dirige al joven acusado y le dice: *Te castigo... porque tengo que obedecer la ley. Pero bien sabe Dios que lo que tu necesitarías son tres semanas en la playa*. El problema del castigo, según reconoce el magistrado, no es moral, ni ético, sino estrictamente legal. La pena que impone el juez no es necesariamente justa, ni merecida, sino la prescrita por la ley, de acuerdo con el principio de legalidad y sometimiento del juez a éste ¡De justicia sabemos poco los seres humanos!

SEGUNDA.- La pena *justa y merecida* del idealismo alemán constituye el fundamento del retribucionismo, de las mal llamadas *teorías absolutas*.

Se trata hoy, de una fundamentación del castigo doctrinalmente minoritaria, superada por las teorías utilitarias y prevencionistas, tildada de regresiva, dogmática y moralizadora.

Lo cierto es que, situada en su contexto histórico, supuso un gran progreso en el camino hacia la racionalización y la humanización del castigo.

La exigencia de una pena justa y merecida, acorde con la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, entroniza los principios de proporcionalidad y de responsabilidad subjetiva, lo que constituyó una eficaz carga de profundidad contra los pilares del Derecho Penal del Viejo Régimen y las Monarquías Absolutas, cerrando el paso a instituciones consolidadas como la responsabilidad objetiva, el *versari in re illicita*, cualificación por el resultado y, desde luego, las penas corporales y difamantes, mutilaciones, tortura, pena capital y de argolla por infracciones patrimoniales nimias.

La importante obra de Beccaria “*De los delitos y las penas*”, de Manuel de Lardizábal o del Derecho Penal de las Monarquías Absolutas de Tomás y Valiente,

ofrecen un retrato desgarrador del Derecho Penal del *Viejo Régimen*, y exigen proporcionalidad entre pena a aplicar y hecho cometido.

TERCERA.- La función *resocializadora* del castigo es uno de los temas de la discusión moderna sobre los fines de la pena.

Hasta la década de los 60 del pasado siglo se consideraba una meta incuestionable de los sistemas penales, una conquista de la razón y la humanidad, frente a la barbarie del pasado. Fue, en los EEUU, la llamada etapa de la *euforia del ideal resocializador*, cuyo esplendor no duraría dos décadas en aquel país.

CUARTA.- El propio concepto de *resocialización* es deliberadamente ambiguo y suscita numerosas interpretaciones. Se utiliza desde concepciones filosóficas muy heterogéneas (correccionalismo, teorías de la prevención especial, positivismo criminológico, marxismo, Teoría de la Nueva Defensa Social) con acepciones bien distintas.

Terminológicamente, los conceptos de *resocialización*, *reinserción*, *rehabilitación*, *reeducación*, *corrección*, se utilizan como sinónimos, pero no lo son.

Los términos utilizados por la Constitución Española (art. 25,2º) en relación a que las penas deben estar *orientadas* a la *reeducación* son, a mi entender, poco afortunados. En cuanto al término *orientadas* es de gran laxitud, para referirse a la privativa de libertad y medidas de seguridad, lo que lleva a la doctrina a calificar de mito, utopía o eufemismo. El término *reeducación* es equívoco y se interpreta de manera amplia, aludiendo a conceptos similares.

QUINTA.- No existe consenso doctrinal alguno para precisar el objetivo *final* del proceso resocializador su recorrido, las fases y límites del mismo.

Una acepción maximalista de este concepto requiere que el penado se *convierta* y *asuma* los valores del grupo social en el que cometió el delito, que milagrosamente pase a ser un *hombre nuevo* gracias a la experiencia del castigo. Esta interpretación implica vinculaciones éticas y moralizadoras, incompatibles con la sociedad plural de nuestro tiempo. Supone, injerencias inadmisibles en las estructuras más íntimas de la personalidad del penado.

En la sociedad plural de nuestro tiempo es difícil, además, encontrar un referente moral y axiológico claro a cuyo marco de valores se supone debe apuntar el proceso resocializador. La Constitución Española no reconoce como derecho fundamental la *reinserción*.

El concepto *mínimo* en sus pretensiones del ideal resocialización, en sentido de mero pronóstico razonable de no reincidencia, significa muy poco o nada.

SEXTA.- La *supuesta* función resocializadora de la pena hay que entenderla referida no a la pena misma, en cuanto institución, sino al proceso de cumplimiento y ejecución del castigo impuesto. La pena se impone no para resocializar ni rehabilitar a nadie, sino para defender el orden social y sus valores, en definitiva para impedir que el reo vuelva a cometer nuevos daños a semejantes.

Una vez impuesta la pena, podemos plantearnos, respecto al interno que la cumple y su régimen penitenciario de ejecución, la posible finalidad resocializadora del castigo. Subsiste, no obstante, una contradicción de difícil explicación: Si la pena es un mal -su componente aflictivo es irrenunciable- ¿cómo puede, en el momento doloroso de su ejecución, convertirse en un bien para el recluso?, ¿cómo se produce tal milagro? Puede pensarse que cuando una institución como la pena se concibe como un bien -no es el caso-, en el momento de su fundamentación, se producen efectos bienhechores en el penado, posteriormente a su ejecución.

SÉPTIMA.- La *supuesta* función resocializadora de la pena no debe referirse a la pena misma, que no resocializa a nadie, sino al tratamiento o intervención penitenciaria que recibe, de manera voluntaria el recluso. Este, sin duda alguna, sí puede producir un efecto bienhechor en el penado, impacto cuya entidad dependerá de una serie de variables (edad del penado, rasgos de personalidad, clase y naturaleza del delito cometido y tratamiento aplicado, entre otros).

El mero encierro o encarcelamiento, no resocializa, crea un trauma en el delincuente. No limpia, mancha. Es marca imborrable que puede activar la carrera criminal y la desviación *secundaria*. Consolida y refuerza el estatus del penado, que asumirá e interiorizará, justificando en el futuro las *profecías* que se autorealizan (*self-fulfilling-prophecy*) y el retorno a prisión, limitando seriamente expectativas personales, familiares, profesionales y sociales del penado, así: *el delito llama al delito*.

Los estudios empíricos realizados, con el grupo de control (penados de semejantes características no sometidos a tratamiento) evidencian que el tratamiento penitenciario correctamente prescrito y ejecutado con arreglo a las características de cada grupo de casos, puede reducir sensiblemente las tasas de reincidencia del grupo *experimental* (sometido al tratamiento) si comparamos con las elevadas tasas de reincidencia del grupo de control (no sometido a tratamiento).

Suele hablarse de un *gradiente general de efectividad rehabilitadora* de hasta el 30% a favor del grupo experimental y según diversas variables.

La Constitución Española contribuye a esta finalidad, permitiendo el trabajo remunerado, beneficios de la Seguridad Social, acceso a la cultura y desarrollo integral de la personalidad del penado (art. 25.2). Se ha de respetar, en todo caso, el principio de

humanidad de las penas que impide el castigo y su ejecución que lesiones la dignidad de la persona humana.

OCTAVA.- La hoy pujante filosofía *cognitivo-conductual* relaciona el comportamiento delictivo con una serie de déficits y carencias de los procesos cognitivos observados empíricamente en la población reclusa, por lo que sugiere paliar o corregir dichos déficits o carencias.

Existe evidencia empírica de que concurren rasgos cognitivos en buena parte de la población reclusa, que permitirían hablar de un *perfil* caracterizado por el actuar impulsivo, pobre razonamiento abstracto, rigidez cognitiva, acusado *locus de control externo*, baja autoestima, significativo egocentrismo y limitada empatía, falsa percepción social, distorsiones valorativas y carencia de específicas habilidades sociales.

La teoría cognitiva de praxis terapéutica y no *etiología* de la criminalidad, sugiere para paliar estas limitaciones: aprender técnicas de solución de problemas, control emocional, control de razonamiento crítico, entrenar al interno en habilidades sociales, habilidades de negociación, fomentar el desarrollo de valores que cuentan con amplio consenso social y el razonamiento creativo.

La propuesta tiene que salvar varios obstáculos ya que muchos delincuentes no padecen estos déficits y carencias. En sentido contrario, existen ciudadanos que cumplen las leyes y las padecen sin que por ello hayan delinquido. No existe constancia empírica que los problemas cognitivos-conductuales hayan sido, en el caso de reclusos, la causa determinante del comportamiento criminal.

NOVENA.- La actual opinión de los penitenciaristas, en su mayoría, rechaza el concepto clásico (clínico) de tratamiento, y opta, en su lugar, por el concepto de intervención, partiendo de los postulados de la ecología ambiental, psicología humana y social.

Es un nuevo concepto amplio, realista, de naturaleza psicoeducativa y contenido asistencial; subraya la importancia del medio físico y del diseño arquitectónico carcelario, del clima de convivencia o ambiente de las prisiones, del nivel de participación y motivación de los internos en distintos programas de actividades, que reclama el análisis empírico de la propia institución, de sus elementos y de las relaciones de quienes conviven en ella.

Este nuevo modelo, partiendo de investigaciones empíricas realizadas en el marco de la ecología ambiental y la psicología social, revela que factores como: hacinamiento, clima social carcelario, violencia en prisión, condicionan decisivamente el comportamiento de los reclusos. Algunos cambios organizativos en materia de

clasificación de internos, aprovechamiento de espacios físicos, permeabilidad de movimientos en el interior del centro pueden minimizar ciertos tics penitenciarios negativos. También sucede con la arquitectura penitenciaria y su influencia en la conducta de los presos: un nuevo diseño de celdas, galerías, patios, evitar controles físicos innecesarios (recuentos, cacheos), podrían producir efectos saludables. Incluso actividades de mera animación cultural aminoran el clima de violencia y crispación, quiebran el aislamiento comunitario de la prisión, crean fecundos espacios de encuentro y dispensan un positivo entrenamiento en habilidades sociales y ocupacionales.

El concepto clínico de tratamiento penitenciario parece definitivamente superado.

DÉCIMA.- Las modernas teorías prevencionistas de la pena, el pensamiento utilitario, en definitiva, es proclive a excesos porque no cuenta con límites internos.

Es necesario recordar que solo la pena justa y merecida trata al delincuente como ser racional y libre, al hacer pagar por lo que ha hecho, no para que los demás no lo hagan. No le instrumentaliza, ni se comporta con él como *el amo que levanta el bastón contra el perro*”, según advertiera Hegel.

Modernos estudios criminológicos, empíricos, sobre prevención criminal demuestran que no es la pena más rigurosa la que mejores efectos preventivos asegura, sino la pena que se percibe como justa y merecida. La pena desproporcionada atemoriza, no previene la criminalidad, y además puede tener efectos criminógenos.

UNDÉCIMA.- Los modelos resocializadores chocan actualmente con la realidad y con tendencias de sistemas penales avanzados de nuestros días. En Alemania, su sistema penológico apunta a un predominio excesivo de penas pecuniarias: un 90% de las penas impuestas son de esta naturaleza y no de privación de libertad.

Muy importante a tener en cuenta que más de dos tercios de los delincuentes (delincuentes ocasionales) no necesitan tratamiento rehabilitador. El tercio restante, integrado por delincuentes incorregibles (no susceptibles, por tanto, de tratamiento resocializador alguno), parece incrementarse día a día.

En ciertos sectores de la criminalidad (narcotráfico, delincuencia política violenta y terrorista, delincuencia financiera), las penas persiguen una finalidad inequívocamente preventiva general, ajena a metas resocializadoras. Lo que, también, puede afirmarse de las penas privativas de libertad de larga duración (cadena perpetua, pena privativa de libertad revisable) incompatibles con cualquier pretensión rehabilitadora, como el límite máximo de cumplimiento efectivo de la prisión, elevado en España a 40 años.

DUODÉCIMA.- Que el cumplimiento y ejecución de la pena debiera servir de algo positivo para el propio penado es un principio del Estado *social*, derivado de la solidaridad y corresponsabilidad social.

La naturaleza inevitablemente aflictiva de la pena -la pena es y tiene que ser un mal, que se experimente y perciba como tal- no quiere decir que el Estado cumpla, manteniendo seguro al penado en prisión, dejando que pase el tiempo señalado en sentencia condenatoria, cruzado de brazos. Algo positivo puede y debe hacer a favor del penado y en este sentido, a través de una estructura humana y racional del hábitat penitenciario, mediante la oferta al interno de terapias que amplíen y mejoren su mapa cognitivo, sus expectativas personales, familiares, profesionales y sociales, se consigue suavizar el mal que supone la pena.

DÉCIMOTERCERA.- Sin compartir conocidos y provocativos lemas de principios del pasado siglo: *Todo el mundo es culpable excepto el criminal; Cada sociedad tiene los delincuentes que necesita y merece*, decía Lacassagne, no cabe duda que existe una indudable relación de la criminalidad -y sus tasas de crecimiento- con las estructuras y funcionamiento de la sociedad, sus crisis, conflictos, valores y modelos.

La cultura, con sus contradicciones internas, es un poderoso factor criminógeno: la escasa credibilidad de ciertos valores tradicionales obligatorios, la crisis visible de instituciones heredadas, el impacto antipedagógico de determinados ejemplos llamativos y la doble moral social, constituyen verdaderos modelos y pautas de comportamientos criminógenos.

Siguiendo un análisis mertoniano, algunos autores como Messner y Rosefeld asocian el crimen a la *ética anómica del sueño americano*, ya que la primacía absoluta y excluyente de instituciones económicas devalúan los roles y funciones de instituciones no económicas (educación, familia, actividad política) que dejan de cumplir sus cometidos propios, entre otros, los del control social.

Hasta tal punto llega la conexión entre estructura social y delito, que es precisamente un postulado, desde Durkheim, del estructural funcionalismo que *una determinada cantidad de delitos forma parte integrante de toda sociedad sana*; el crimen debe contemplarse como *factor del funcionamiento regular de la vida social*; y la pena no cumple los fines metafísicos que se le asignan (retribución, prevención, reinserción) sino que nace, como cualquier otra institución social, de relaciones estructural-funcionales.

DÉCIMOCUARTA.- Frente a los tradicionales modelos de reacción al delito, están surgiendo de manera imparable nuevas tendencias político criminales que apuntan en

otra dirección muy distinta. Pienso que se está produciendo una nueva etapa de regresión, que lamentablemente ignora o pervierte conquistas históricas, que consideraba irreversibles (principios de: legalidad, del hecho, bien jurídico, culpabilidad, mínima intervención, presunción de inocencia y, por supuesto, reinserción social). Probablemente, sea la denominada *sociedad del riesgo* la que está dando lugar a un Derecho Penal del riesgo, del peligro que engendra una política criminal del riesgo y a su vez una dogmática, en coherencia con el moderno o nuevo Derecho Penal, que vincula la responsabilidad penal a la política criminal de las sociedades post industriales, en definitiva a la expansión del Derecho Penal. Todo ello nos adentra en un nuevo modelo, al que ha denominado la doctrina: *modelo de seguridad ciudadana*, de sesgo involucionista y regresivo.

En este modelo se advierte un retorno y protagonismo de la delincuencia convencional y correlativo trato de favor de la criminalidad de los poderosos. La opinión pública parece adoptar una actitud de resignación y conformismo, ante los obstáculos que la realidad interpone para perseguir el crimen de los poderosos. Las reformas legales dirigidas al castigo de éste cosechan escasos éxitos en la práctica. Las propuestas que se sugieren se proyectan hacia una responsabilidad penal atenuada, reservando para los poderosos, sanciones administrativas o penales atenuadas, excluyendo la privación de libertad y potenciando la multa y responsabilidad civil.

DECIMOQUINTA.- Paralelamente se está produciendo una prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana y miedo al delito, que surge en momentos de crisis económicas, sociales y políticas, donde la función simbólica del Derecho Penal interviene en detrimento de los principios generales del Derecho. La preocupación por el problema criminal se generaliza en la opinión pública, (Teoría de la Comunicación) así como el sentimiento de la seguridad ciudadana, lo que genera actitudes sociales de extremado rigor, incompreensión al delincuente e injustificada confianza hacia la efectividad de las prohibiciones penales. Este modelo tiene una fuerte orientación garantista, simbólica y defensorista. Por ello, el ciudadano demanda al Estado seguridad y eficacia contra el crimen, sin preocuparle los excesos y extralimitaciones del Leviathan.

Los intereses particulares de las víctimas acaban mediatizando los intereses públicos a los que se preordena fundamentalmente la intervención penal, incluso llegan a contraponerse a los intereses del delincuente, por un juicio justo y una ejecución penal orientada a su reinserción. Se afirma el derecho de las víctimas a la condena del autor, siendo indiferente los fines de reinserción. El endurecimiento del rigor penal y la revalorización del componente aflictivo prima sobre la resocialización del penado que pierde apoyo social. El ciudadano asume el protagonismo directo en colaboración con la policía para la prevención del delito e identificación del delincuente, conforme se desprende de la Ley de Seguridad Ciudadana y de la Ley de Seguridad Nacional (art. 8).

La regresión del nuevo modelo se proyecta también en las nuevas reformas penales que sustituyen ilícitos de este orden, por ejemplo faltas, convirtiéndoles en ilícitos administrativos y desplazando la presunción de inocencia por la de veracidad de la autoridad o funcionario público, con el consiguiente recorte de garantías constitucionales. Como expresa la doctrina, está muy bien la seguridad ciudadana siempre que no sea a costa de la seguridad de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÓN BRAVO, Jesús. El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España En: *Psicología social y sistema penal*. Madrid. Editorial Alianza. 1986. Coordinadores Miguel Clemente Díaz, Florencio Jiménez Burill. ISBN 84-206-8108-3.

ALBRECHT, Peter Alexis. El Derecho Penal en la intervención de la política populista. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Editorial Comares, 2000. ISBN: 84-8151-967-7.

ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo. *Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*. Editorial Universitat Jaume I, Servicio de Comunicación y Publicaciones, 2006. Coordinadores José Luis González Cussac y M^a Luisa Cuerda Arnau. ISSN: 84-8021-563-1.

ALVIRA MARTÍN, Francisco Ricardo. El efecto disuasor de la pena. En: *Estudios Penales y Criminológicos*. 1982-1983 n° 7. ISSN 1137-7550.

ANCEL, Marc. *La Nueva Defensa Social. Un movimiento de política criminal humanista*. Buenos Aires. Editorial La Ley. 1961. Traducción de Francisco Blasco Fernández de Moreda y Delia García Daireux. Supervisión de la edición española de Enrique R. Afatalión.

ANTÓN ONECA, José:

Derecho Penal. Parte General. Madrid. Editorial Akal. 1949.

La teoría de la pena en los correccionalistas españoles. En: *Estudios jurídico-sociales. Libro homenaje al Profesor Legaz y Lacambra*. Anuario de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela, 1960, t. II.

La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena: discurso leído en la apertura del curso académico 1944-45. Edita Universidad de Salamanca. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10366/115904>

ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. Opinión pública y castigo en España: la manipulación política de la criminalidad y sus costos sociales. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, n° 5. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN: 00347914.

BARATTA, Alessandro:

Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. En: *Revista Doctrina Penal*. 1985, Año 8. n° 29. Buenos Aires.

Criminología crítica y política penal alternativa. *Ponencia presentada al primer coloquio regional español Política criminal y derecho penal. (19-23 de octubre 1977) Madrid-Plasencia.* Revue Internationale de Droit Penal. 1978 nº 1.

Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de Ciencia Penal. En: *Papers: Revista de Sociología.* 1980, nº 13, Traducción española de Roberto Bergalli. (Ejemplar dedicado a Delito y Sociedad). ISSN 02102862, ISSN electrónico 20139004.

BARBERO SANTOS, Marino. Remembranza del profesor salmantino Pedro García-Dorado Montero en el 50 aniversario de la muerte. En: *Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa.* Buenos Aires. Editorial Pannedille. 1970.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas* 3ª Edición. Madrid. Alianza Editorial. 2014. Traducido por Juan Antonio de las Casas. ISBN: 978-84-206-8455-0.

BENLLOCH PETIT, Guillermo. ¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001. (Caso Santiago Raposo) En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2003, nº 11 2ª época. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN: 1132-9955.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. Estructuración ideológica de la Nueva Defensa Social. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* 1961 t 14 Fas 3/Mes 3. ISSN 0210-3001.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Prevención y seguridad ciudadana. La recepción en España de las teorías criminológicas de la prevención situacional. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología.* 2013, nº 9 Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 1132-9955.

BUENO ARÚS, Francisco. *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica.* Pamplona. Editorial Aranzadi S.A. 2005. ISBN 84-470-2329-X.

BURILLO ALBACETE Fernando José. *La cuestión penitenciaria: Del Sexenio a la Restauración (1868-1913).* Zaragoza. Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza. 2012. ISBN: 978-84-15274-99-5.

CARMONA SALGADO, Concepción. Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero. En; *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 2002. RECPC nº 4. ISSN-e: 1695-0194. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html.

CEREZO MIR José. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General Introducción I.* 6ª edición. Madrid. Editorial Tecnos, 2004. ISBN: 8430923543.

CLEMENTE DIAZ, Miguel. Programas y tratamiento conductuales: su aplicación en instituciones penitenciarias. En: *Psicología social y sistema penal,* 1986. Editorial Alianza. Madrid. Coordinadores Florencio. Jiménez Burillo y Miguel. Clemente Díaz. ISSN: 84-206-108-3.

CLEMENTE DIAZ Miguel/SANCHA MATA, Víctor. Psicología social y penitenciaria, En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. Ministerio de Justicia. Madrid 1989.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1999. ISBN: 8480029498.

CÓRDOBA RODA, Juan. Consideración sobre la jurisprudencia penal. En: *Revista Jurídica de Cataluña*, 1974, vol. 73 nº 1. ISSN: 0210-4296.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal Español, Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3ª edición. Madrid. Editorial Dykinson. 2002. ISBN: 8497720482.

CUERDA RIEZU, A., *La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*. 1ª edición. Edita Iustel. 2014. ISBN: 9788498902648.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis. La actualidad del principio de humanidad en Derecho Penal y en la Política Criminal. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2014, nº 5. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 0034-7914.

CULLEN, Francis T/GENDREAU, Paul Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas. En: *Justicia Penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Granada. Editorial Comares, 2006. Autores Barberet, R., & Barquín, J., Traducido por Christopher Birkbeck, Disponible en: http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213798_spanish/213798_spanish.pdf.

CUTIÑO RAYA, Salvador. Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas. En: *Revista Eelectrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2015, RECPC 17-11. ISSN 1695-0194 <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-11>.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español. *Revista de derecho penal y criminología*. 2013, nº 10. Edita Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 1132-9955.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho Civil de España. Parte General*. 2ª Edición. Madrid. Editorial Instituto de Estudios Políticos. 1969, t. I.

DE LA MATA BARRANCO PÉREZ, Norberto J., Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente En: *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruíz*. Universitat de Valencia. Institut de Criminología. 1997, vol. I.

DEL ROSAL, Juan. Algunas reflexiones sobre el discurso de S.S. Pío XII al Congreso Nacional de la Unión de Juristas católicos italianos en especial, sobre reparación y expiación de la culpa. En: *Estudios Jurídicos-Sociales*. Libro-Homenaje al Profesor L. Legaz y Lacambra, Universidad Santiago de Compostela, 1960. vol. II.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis.

La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría. Madrid. Editorial Trota 2003. ISBN: 9788498794571.

El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. En: *Anuario de Filosofía del Derecho* 2005, nº 22. ISSN 0518-0872

El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* 2002, Año XXXV. nº 103. ISSN electrónico 00418633.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia

¿Qué es la Justicia Restaurativa? En: *La otra Justicia. Criminología y Justicia.* Mayo 2011. Disponible en <http://www.justiciarestaurativa.es>.

¿Por qué la Justicia Restaurativa es buena para las víctimas, incluso de delitos graves? En: *La otra justicia. Criminología y justicia.* Julio 2014. Disponible en <http://www.justiciarestaurativa.es>.

DORADO MONTERO, Pedro.

El Derecho protector de los criminales. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* 1912, vol. 60 nº 121. ISSN: 0210-8518.

Bases para un nuevo Derecho Penal. Editorial Analecta. 2003. ISSN: 9788496012264.

DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico.* 2ª edición. Madrid. Editorial Akal. 1985. ISBN: 9788476002490.

ECHEBURÚA, Enrique/DE CORRAL, Paz/FERNÁNDEZ-MONTALVO, Javier/AMOR, Pedro Javier. ¿Se puede y debe tratar psicológicamente a los hombres violentos contra la pareja? En: *Revista del Colegio Oficial de Psicólogos. Papeles del Psicólogo,* mayo-agosto 2004, vol. 25 nº 88. ISSN: 0214-7823.

ESTEBAN MARTINEZ, Cristina/GARRIDO GENOVÉS, Vicente/SÁNCHEZ-MECA, Julio. Cuando la emoción es un problema: un estudio metanalítico de la eficacia del tratamiento con sujetos diagnosticados como psicópatas. En: *Ansiedad y Estrés.* 1996, vol. II, nº 1. ISSN: 1134-7937.

FATTAH, Ezzat. Victimología: pasado, presente y futuro En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 2014, RECPC nº 16, (r2). Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela. ISSN: 1695-0194. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf>.

FAVAROTTO, Alejandro M. Sentido y fines de la pena. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología.* 2012, nº 6. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 0034-7914.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las teorías clásicas de la pena. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales,* 2002. nº 11. Año VII- VIII.

FERRI, Enrico. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. 2ª edición. Madrid. Edita Centro Editorial de Góngora. 1887. Biblioteca Digital Jurídica Siglo XXI. Traducido por Isidro Pérez Oliva. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10396/3473>.

FROMM, Erich. *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea. Hacia una sociedad sana* Edita Fondo Cultura Económica, 1990. ISBN 10: 88437501504 ISBN 13: 9788437501505.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio.

Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos. 8ª corregida y aumentada. Valencia. Edita Tirant lo Blanch. 2016. ISBN: 9788491432999.

Estudios Penales. Barcelona. Editorial Bosch. 1984. ISBN: 8471629356.

Explicaciones estructural-funcionalistas del delito. En: *Delincuencia: Teoría e investigación. Una revista interdisciplinar de las ciencias sociales*. 1987, Edita Alpe. Coordinadores Víctor Sancha Mata, M. Clemente Díaz, Juan José Miguel. Madrid. ISBN: 9788440405821

Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal. 5ª edición. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. vol I. ISBN: 9788499611112.

Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias del Derecho Penal. 5ª edición. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012. vol II. ISBN: 9788499611129.

La normalidad del delito y el delincuente. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1986, nº extra 11. Madrid. ISSN: 0210-1076.

La soledad de las víctimas de Estrasburgo. En: *Diario La Razón* 28 de octubre de 2013.

La supuesta función resocializadora del derecho penal. Utopía, mito, eufemismo. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1979, t 32. fas/mes 3. Madrid. ISSN 0210-3001.

Proyecto del Código Penal de 1992: Parte General (Teoría jurídica del delito), En: *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 1993, nº 29. Madrid (Ejemplar dedicado a: La reforma del Código Penal). ISSN: 1889-7045.

Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial y los Plenos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo. Nuevas Posiciones de la dogmática Jurídico-Penal. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006, nº 7. Consejo General del Poder Judicial. ISSN 1134-9670.

Tratado de Criminología. 5ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 5ª 2014. ISBN: 978-84-9053-778-7.

GARCÍA GARCÍA, Julián. La prisión como organización y medio total de vida. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. 1987, nº 238. Madrid.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente Javier.

Técnicas de tratamiento para delincuentes. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces S.A. Madrid 1993.

El tratamiento del psicópata En: *Psicothema*. 2002, vol. 14. Suplemento. ISSN: 0214-9915.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente/PIÑANA, Ana María El modelo cognitivo aplicado a delincuentes institucionalizados: el pensamiento prosocial. En: *Revista Complutense de Educación*. 1996, vol 7, nº 2. ISSN 1130-2496.

GARRIDO GENOVÉS Vicente/REDONDO ILLESCAS, Santiago.

Principios de Criminología, 4ª edición, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2013. ISBN: 9788490531457.

El tratamiento y la intervención en las prisiones. En: *Delincuencia. Una revista interdisciplinaria de las ciencias sociales*. 1991, vol. 3, nº 3. Valencia. ISSN: 0214-6908.

GIL GIL, Alicia. Prevención general positiva y función ético social del Derecho Penal La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. En: *Libro Homenaje al Profesor Dr. José Cerezo Mir*, Madrid. Edita Tecnos. 2002. Coordinado por José Luis Díez Ripollés ISBN 84-309-3921-0.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.

El riesgo de la desprotección ciudadana, En: *Diario El Mundo*. Opinión. 14 de febrero de 2017.

Estudios de Derecho Penal. 3ª edición. Madrid. Edita Tecnos. 1990. ISBN: 9788430919116.

Prólogo al Código Penal. 24ª edición. Madrid. Edita Tecnos, 2017.

GÓMEZ PÉREZ, Jesús. El ámbito del tratamiento penitenciario. En: *Cuadernos de Política Criminal* 1979, nº 8. Instituto de Criminología. Madrid.

GRANADOS PEREZ, Carlos.

Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para la unificación de la jurisprudencia. 2002, Año 1991-2001 (actualizado hasta 2001). Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. Existen ediciones posteriores de 2009 y 2017.

GUISASOLA LERMA, Cristina. Principio de Legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto a propósito de la S.T.C. 42/1999. En: *Revista de Derecho Penal* 2002, nº 7. ISSN 15769763.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber, ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal? En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Edita Comares. 2000. ISBN: 84-8151-967-7.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Introducción a los principios de la pena. En: *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Barcelona. Editorial Ariel. 1990. Coordinador Jerónimo Betegón Carillo, Juan Ramón de Páramo Argüelles ISBN 84-344-1559-3.

HASSEMER, Winfried.

Fines de la pena en el Derecho Penal de orientación científico-social. En: *Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Editorial Bellaterra. 1982. Traducción de Santiago Mir Puig.

Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En: *Pena y Estado (función simbólica de la pena)*. 1991, nº 1. ISSN 1666-7778.

HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1989.

HERRERA MORENO, Myriam. Historia de la victimología. En: *Manual de victimología*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2006. Coordinado por Enrique Echeburúa Odriozola, Enrique Baca Baldomero, Josep María Tamarit Sumalla. ISBN 84-8456-638-2.

HIRSCH, Hans Joackim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto del bien jurídico, *Congreso Internacional sobre Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid 2001*.

IÑIGO CORROZA, Elena/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo. Naturaleza Jurídica y Contenido*. Barcelona. Edita S.A Atelier Libros. 2007. ISBN: 9788496758124.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª edición. Madrid. Editorial Marcial Pons. 1997. Traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis. Serrano González de Murillo.

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición. Granada. Editorial Comares S.L. 2003. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. ISBN: 9788484446415.

JORGE BARREIRO Agustín/FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Nuevo Derecho Penal Juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?* Barcelona. Editorial Atelier 2008. ISBN: 9788496758421.

JULIANO, Mario Alberto/ÁVILA, Fernando Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2013, nº 2. ISSN 0034-7914.

KURY, Helmut. Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas? En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, 2001. Madrid. ISBN 8436244885.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo.

Introducción al Derecho Penal Español. 6ª edición. Madrid. Edita Tecnos. 2004. Revisada y puesta al día en colaboración con Mª Dolores Fernández Rodríguez ISBN: 978-84-3091-457.

Las consecuencias jurídicas del delito. 6ª edición. Madrid. Edita Tecnos. Revisada y puesta al día en colaboración con Mª Dolores Fernández Rodríguez 2005. ISBN: 84-309-4149-5.

LARRAURI, Elena. La herencia de la Criminología crítica. En: *Criminología y Derecho*. 3ª edición. Editorial Siglo XXI de España. 2000. ISBN: 9788432307294.

LLOMPART, S.J José. *Teoría y realidad del Derecho. Un viaje a Chile desde el Japón pasando por Europa*. 1ª edición. Editorial Edeval Valparaíso. 1989.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Joaquín. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Pamplona. Editorial Thomson Reuters Civitas. 2010. ISBN 9788447035649.

LORENZO SALGADO, José Manuel. La vigencia del Principio de Legalidad en el Código Penal español (Especial referencia a la reforma de 25 junio de 1983). En: *Estudios Penales y Criminológicos*. 1986-1987, nº 11 Editorial Universidade de Santiago de Compostela. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/4228>. ISSN 1137-7550.

LÖSEL, Friedrich. ¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delincuentes sexuales? En: *Delincuencia sexual y sociedad*. 2002. Editorial Ariel. Barcelona. Coordinado por Santiago. Redondo Illescas. ISBN 84-344-7473-5.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel.

Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid. Editorial Universitas. 2002. ISBN: 8479910410

Función simbólica del Derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética. En: *Genética y Derecho Penal: Previsiones en el Código Penal Español de 1995*. Madrid 2001. ISBN 84-8444-342-6.

MADRID CONESA, Fulgencio. El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo. *Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal*. Universidad de Valencia. 1982. Colección de Estudios Serie Minor. ISBN: 84-600-2741-4.

MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli Son vinculantes, los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo? En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. RECPC 10-02. ISSN 1695-0194.

MANZANARES SAMANIEGO José Luis. Acumulación de Penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al caso Parot). En: *La Ley, revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2006, nº 29. ISSN 1697-5758.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca.

El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica. En: *Revista de derecho penal y criminología*. 2014, nº 11. Universidad de Educación Nacional a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 11329955.

La individualización de la pena. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* Valencia. Edita Tirant lo Blanch, 2016. Director José Miguel Zugaldía Espinar. ISBN13: 9788491431640.

MARINUCCI Giorgio/DOLCINI, Emilio. El Derecho Penal mínimo y nuevas formas de criminalidad. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2002, nº 9 Universidad nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid ISSN 1132-9955.

MARSHALL William/REDONDO ILLESCAS, Santiago. Control y Tratamiento de la agresión sexual. En: *Delincuencia sexual y sociedad* Barcelona. Edita Ariel 2002. Coordinado por Santiago Redondo Illescas ISBN 84-344-7473-5.

MARTÍNEZ FRANCISCO, Maria Nieves. *Los Plenos no jurisdiccionales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo: problemática sustantiva y constitucional*. Madrid. Edita Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2012. ISBN: 9788484811336.

MARTOS NUÑEZ, José Antonio. Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 1991, nº 1. Universidad nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 11329955.

MILEI, Luis Fernando Javier. Las penas desde la óptica beccariana. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2013, nº 2. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 00347914.

MIR PUIG, Santiago.

Derecho Penal, Parte General. 10ª edición. Barcelona. Editorial Reppertor. 2015. ISBN: 9788460815822.

Introducción a las bases del Derecho Penal. 1ª edición. Barcelona. Editorial Bosch, Casa editorial S.A. 2002. ISBN 8471625857.

MORENO, Jacob Levy. *Psicoterapia de grupo y psicodrama*. Edita Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1975. Traducción de Armando Suárez. Colección Psicología, Psiquiatría y Psicoanálisis. ISBN: 9681602838.

MUÑOZ CLARES, José. *Doctrina Parot. El Estado y sus enemigos*. Editorial Civitas, 2014. ISBN: 978844705034-5.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. En: *Revista de Ciencias Sociales*. 1979 nº 31. ISSN 0210-0223.

MUÑOZ LORENTE, José. De nuevo sobre la inconstitucionalidad del artículo 335 del Código Penal: vulneración del Principio de Legalidad. Su interpretación restrictiva. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2001, vol. LIV.

NIN DE CARDONA, José María. La nueva Defensa Social (un movimiento de política criminal humanista): consideraciones sobre un libro de Marc Ancel. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1996, nº 2.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. Del Código Penal de 1973 hasta la sentencia de la gran sala del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España: el fin de la <doctrina Parot>, En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2013, nº Extraordinario 1 (Ejemplar dedicado a: XIII Jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las Universidades de Madrid). Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 1132-9955.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*, 1ª edición. Madrid. Editorial Iustel. 2007. ISBN: 978-84-96717-41-1.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación y de la pena*. Dirigida por Gonzalo Rodríguez Mourullo. Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 1990. ISBN: 84-7477-268-0.

PEREZ FERNANDEZ, Elena/REDONDO ILLESCAS, Santiago. Efectos psicológicos de la estancia en Prisión. En: *Papeles del Psicólogo*. 1991, nº 48. ISSN 0214-7823.

PRITTWITZ, Cornelius. El Derecho Penal alemán, ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal. En: *La Insostenible situación del Derecho Penal*. Granada. Editorial Comares. 2000. ISBN 84-8151-967-7.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Pamplona. Edita Aranzadi. 2002. Colaboración de Fermín Morales Prats y Miquel Prats Canut.

RACCA, Ignacio La resocialización como fin de la pena privativa de libertad: Análisis del último legado del positivismo criminológico. En: *Revista Pensamiento Penal* 21-07-2014.

RADBRUCH, Gustav. El final de la pena de muerte. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2014, nº 1. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 0034-7914.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal. *Revista de derecho penal y criminología*. 2014, nº 12. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 1132-9955.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada.

La pena como consecuencia jurídica del delito. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2016. Director José Miguel Zugaldía Espinar. ISBN13:9788491431640.

Límites al Poder punitivo del Estado. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2016. Director José Miguel Zugaldía Espinar. ISBN13:9788491431640.

RAMOS VÁZQUEZ, ISABEL. *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*. Edita Dykinson. 2013 ISBN: 978-84-9031-916-1.

REDONDO ILLESCAS, Santiago.

“¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?” *Revista española de investigación criminológica*, 2006, nº 4. ISSN-e 1696-9219.

Tratamiento y sistema penitenciario. En: *El laberinto de la violencia: causas, tipos y efectos*. Edita Ariel. 2004. Editor: SANMARTIN, José. ISBN 84-344-7475-1.

REDONDO ILLESCAS, Santiago/FUNES ARTIAGA, Jaime/ LUQUE REINA, Eulalia. En: *Justicia Penal y Reincidencia*. Barcelona. Editorial Fundació Jaume Callis Centro de Estudios Jurídicos. 1994. ISBN: 978-84-88245-05-2.

REDONDO ILLESCAS Santiago/GARRIDO GENOVÉS, Vicente. Diez años de intervención en las prisiones españolas. En: *Delincuencia. Una revista interdisciplinar de las ciencias sociales* 1991, vol. 3, nº 3. Valencia. ISSN: 0214-6908.

REDONDO ILLESCAS, Santiago/MARTINEZ CATENA, Ana. Tratamiento y cambio terapéutico en agresores sexuales. En: *Revista Española de Investigación Criminológica*. 2011, nº 9 art. 8. ISSN: 1696-9219.

REDONDO ILLESCAS, Santiago/MARTINEZ CATENA, Ana/ANDRES PUEYO, Antonio. *Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores*. Informes, Estudios, e Investigación, 2011. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. 2011. BI: 667-2011.

REDONDO ILLESCAS Santiago/NAVARRO, Juan Carlos/MARTÍNEZ GARCIA, Mariam/LUQUE, Eulalia. Evaluación del tratamiento psicológico de los agresores sexuales en la prisión de Brians. En: *Boletín Criminológico*. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Abril-mayo 2005, nº 79. ISSN: 137-2427.

REDONDO ILLESCAS Santiago/SÁNCHEZ MECA. Julio Guía de tratamientos psicológicos eficaces para la delincuencia juvenil. En: *Guía de tratamientos psicológicos eficaces*. 2003. Vol. 3. Ediciones Pirámide. Madrid. Coordinado por Marino Pérez Alvarez, José Ramón. Fernández Hermida, Isaac Amigo Vázquez, Concepción Fernández Rodríguez. ISBN 84-368-1816-4.

REDONDO ILLESCAS Santiago/PEREZ RAMIREZ, Meritxell/MARTINEZ GARCÍA, Marian/BENEDICTO LUQUE, Carlos/RONCERO VILLAREAL, David/LEON TORRE, María. *Programa de Tratamiento Educativo y Terapéutico para agresores sexuales juveniles*. Agencia de la Comunidad de MADRID, para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor. 2012. Publicación en línea. ISBN: 978-84-451-3550-1.

ROMEO CASABONA, Carlos María/SÁNCHEZ LAZARO, Fernando Guanarteme. *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*. Granada. Editorial Comares. 2010. ISBN: 978-84-9836-756-0.

RODRIGO ALSINA, Miquel. El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999, nº 4 1999. ISSN 1134-9670, (Ejemplar dedicado a Política Criminal. Dirección Elena Larrauri). ISBN 84-89324-57-3.

RODRÍGUEZ DEVESA José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español, Parte General*, 18ª edición. Madrid. Editorial Dykinson. 1995. ISBN: 84-8155-113-9.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo.

Derecho Penal. Parte General. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1978. ISBN: 8473980565.

Legalidad (Principio de). *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. 1971, t. XIV. Editorial Seix-Barral. Barcelona.

Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1965. Editorial Reus. Madrid.

RODRÍGUEZ TABOADA, Abel. Teorías que explican los factores etiológicos de la delincuencia juvenil. Liberabit. En: *Revista Peruana de Psicología*. 1997, vol. 3 Año 3. Universidad de San Martín de Porres. ISSN: (impreso) 1729-4827; Disponible en: <http://www.revistaliberabit.com/revista3.php>.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social* Editorial Istmo. 2004. ISBN: 9788470904691

ROXIN, Claus.

Problemas Básicos del Derecho Penal. Madrid. Editorial Reus. 1976. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña.

El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo. En: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima. Editorial Idemsa. 1998. Traducción de Abanto Vasquéz.

Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena. En: *Revista de Derecho Penal y*

Criminología. 2015, nº 6. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 0034-7914.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género: ¿una alternativa eficaz a la pena de prisión?* Madrid. Editorial Dykinson. 2012. ISBN: 978-84-9849-034-3.

RÜTHER, Werner. La criminalidad (o el delincuente) a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento). En: *Revista Nuevo Foro Penal*. 1982, nº 15. Universidad EAFIT. ISSN 2539-4991.

SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando.

Crisis del principio de legalidad en materia penal. En: *Fundamentos de conocimiento jurídico. Principios del Derecho I*. 2014. Editorial Dykinson SL. Madrid. Editores Ángel Sánchez de la Torre Isabel Araceli Hoyo Sierra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. ISBN: 9788490850213. ISBN electrónico: 9788490850480.

Medio ambiente y reparación del daño. En: *Fundamentos de conocimiento jurídico. Textos jurídicos y contextos sociales en F.A. Hayek*. 2011. Editorial Dykinson SL. Madrid. Editores Ángel Sánchez de la Torre Isabel Araceli Hoyo Sierra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. ISBN: 9788499828114

Recensión a La Retroactividad. En: *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*. 2006, nº 3. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho.

SANZ MULAS, Nieves. De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs: El fantasma del enemigo en la legislación penal española. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, RECPC nº 14. ISSN-e 1695-0194.

SCHULMAN, Daniel. Estrategias de prevención del delito más allá de la pena, *Cuadernos de criminología*. En: *Revista de Criminología y Ciencias Forenses*. 2012, nº 17. ISSN 1888-0665.

SCHÜNEMANN, Bernd.

La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. En: *Revista de Derecho Penal* 2005, nº 15. ISSN 07973411.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso.

Consideraciones criminológicas sobre los efectos de la abolición de la pena de muerte en España. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1982, t 35, Fas/mes 3. ISSN 0210-3001.

Introducción a la Ciencia del Derecho Penal. Madrid. Editorial Rugarte. 1981.

Derecho Penal de Menores. En: *Boletín de la Facultad de Derecho*. 2000 nº 16 2ª época. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho.. ISSN: 1133-1259.

Réquiem por la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 1996, nº 6. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid.

SERRANO GOMEZ, Alfonso/FERNÁNDEZ DOPICO, Jose Luis. *El delincuente español. Factores concurrentes (influyentes)* Madrid. Edita Universidad Complutense. 1978. ISBN: 84-600-1157-7.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid. Edita Dykinson. 2016.

SERRANO GOMEZ, Alfonso/SERRANO MAILLO, Isabel.
Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación. Madrid. Edita Dykinson. 2016. ISBN: 9788491480402.

El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social. Madrid. Editorial Dykinson. 2012. ISBN: 978-84-9031-087-8.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso.
Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista: Un test de la teoría de los sentimientos de inseguridad. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2013. RECPC 15. ISSN electrónico 1695-0194.

Ensayo sobre el Derecho Penal como ciencia: acerca de su construcción Madrid. Editorial Dykinson. 2002. ISBN: 9788481554281.

Introducción a la Criminología. 6ª edición. Madrid. Editorial Dykinson. 2009. ISBN: 9788498497649.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. *Criminología. Introducción a sus principios*. Madrid. Editorial Dykinson. 2017. ISBN: 978-84-9148-408-0.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/ GONZALEZ VAZQUEZ, Carlos. *Derecho Penal Juvenil*. Madrid. Edita Dykinson-Colección: Estudios de Criminología. 2006.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAILLO, Alfonso/GONZALEZ VAZQUEZ, Carlos. *Tutela Penal Ambiental*. 3ª edición. Madrid. Editorial Dykinson. 2017. ISBN: 9788491481010.

SESSAR, Klaus. Sobre el concepto de delito. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2003, nº 11. 2ª época. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho Madrid. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia> 2003-11-5060. ISSN 1132-9955.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María
Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. 2º edición. Buenos Aires Editorial B de F. 2010. ISBN: 9789974676398.

La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª edición. Madrid. Edita SL Civitas Ediciones 2001.

SIMAZ, Alexis Leonel. Principio de legalidad e interpretación en el Derecho Penal: algunas consideraciones sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley sustantiva. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología.* 2014, nº 7. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 0034-7914.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal Parte General I.* Navarra. Editorial Aranzadi S.A. 2005. Traducido por Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti. ISBN 8447023966.

SÜB, Frank. El trato actual del mandato de determinación En: *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada. Editorial Comares. 2010. Traducido por David Felip i Saborit. ISBN: 84-8151-967-7.

SWAANINGEN, Rene Van Justicia social en la Criminología crítica del nuevo milenio, En: *Revista de Derecho Penal y Criminología.* 2010, nº 10. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid. ISSN 1132-9955.

TAMARIT SUMALLA, Josep María., El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012 En: *Ars Iuris Salmanticensis AIS Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología.* 2013, vol. I, nº I. ISSN-e 2340-5155.

VALERO FERNÁNDEZ, Carmen Yolanda. *La retroactividad de las leyes penales* Dirigida por Antonio García-Pablos de Molina. Tesis Doctoral Inédita. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. 2015.

VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales.* 1ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2001. ISBN: 9788484423478.

VIVES ANTON, Tomás Santiago/CUERDA ARNAU, María Luisa. La imprevisibilidad del sistema judicial español: El caso Parot como paradigma En: *Estudios Penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes.* Editorial Constitutio Criminalis Carolina. 2013.

VON LISTZ, Frank

Tratado de Derecho Penal. 3ª edición. Madrid. Editorial Reus, t. II. Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa.

La idea de fin en Derecho Penal, Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis S.A. 1998. ISBN: 9788482724423.

WELZEL, Hans

Derecho Penal Aleman. 4ª edición en español. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez.

XIOL RIOS, Juan Antonio. El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional. En: *Revista del Poder Judicial*. 1986. nº 3. ISSN 0211-8815.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2016. Director José Miguel Zugaldía Espinar. ISBN13:9788491431640.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel/MORENO-TORRES, María Rosa/PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. 4ª edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2010. ISBN13:9788498769197.