

49

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

LES PRÉVIE ET PRO

# Revista

Enero 2022

49

Revista Penal

# Penal

Enero 2022



tirant  
lo blanch

tirant  
lo blanch





# Revista Penal

Número 49

## Sumario

---

### Doctrina:

- Editorial: Enzo Musco, in memoriam, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 5
- La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (triage ex post), por *Ivó Coca Vila* ..... 7
- El delito de abandono del lugar del accidente, por *Javier García Amez*..... 26
- La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, por *José León Alapont*..... 38
- La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial, por *Lavinia Messori y Matteo Caldironi* ..... 61
- La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas, por *Elena Núñez Castaño* ..... 77
- Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea, por *Miguel Ángel Núñez Paz*..... 101
- El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por *Enrique Orts Berenguer y Margarita Roig Torres* ..... 116
- Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal, por *Laura Pascual Matellán*..... 126
- La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial, por *Martin Paul Waßmer* ..... 137
- La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?, por *Marta Rodríguez Ramos* ..... 146
- La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal, por *Carlos María Romeo Casabona* ..... 160
- Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, por *M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín* ..... 183
- Sistemas penales comparados:** Financiación ilegal de los partidos políticos (*Illegal financing of political parties*)..... 217

### Bibliografía:

- **Recensión:** Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo. Reseña de “El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por *Eduardo Demetrio Crespo*..... 277

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://tabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanc

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrereolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

|   |  |
|---|--|
| Kai Ambos. Univ. Göttingen                          | José Luis González Cussac. Univ. Valencia                |
| Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha      | Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III                   |
| Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  | Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña             |
| Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg                 | Alessandro Melchionda. Univ. Trento                      |
| José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  | Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide               |
| Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco      | Francesco Palazzo. Univ. Firenze                         |
| Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg           | Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa                      |
| Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra                | Claus Roxin. Univ. München                               |
| George P. Fletcher. Univ. Columbia                  | José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha |
| Luigi Foffani. Univ. Módena                         | Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg            |
| Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha      | Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz                  |
| Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup> | John Vervaele. Univ. Utrecht                             |
| Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla                  | Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires               |
| Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío      |  |

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

|   |   |
|---|---|
| Eva Rulands (Alemania)                          | Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)              |
| Luis Fernando Niño (Argentina)                  | Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)                 |
| Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil) | Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)           |
| Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)         | Blanka Julita Stefańska (Polonia)                 |
| Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)                | Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)       |
| Elena Núñez Castaño (España)                    | Volodymyr Hulkevych (Ucrania)                     |
| Lavinia Messori (Italia)                        | Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay) |
| Manuel Vidaurri Aréchiga (México)               | Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)           |

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal

Laura Pascual Matellán

Revista Penal, n.º 49 - Enero 2022

### Ficha Técnica

**Autora:** Laura Pascual Matellán

**Adscripción institucional:** Profesora de Derecho Penal, Universidad de Salamanca

**Title:** From repressive to preventive criminal law. A challenge to the intergenerational transmission of criminal violence

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. MUCHAS SOMBRAS Y UNA PEQUEÑA LUZ EN LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO PENAL. III. EL CORRECCIONALISMO, UNA MIRADA AL DERECHO PENAL DESDE OTRO LUGAR. IV. LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA. EL CENTRO DEL RELATO PENAL DEL PORVENIR. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

**Summary:** I. INTRODUCTION. II. MANY SHADOWS AND A LITTLE LIGHT IN THE HISTORY OF CRIMINAL THOUGHT. III. CORRECTIONALISM, A LOOK AT CRIMINAL LAW FROM ANOTHER PLACE. IV. THE SPECIAL POSITIVE PREVENTION. THE CENTER OF THE CRIMINAL STORY OF THE FUTURE. V. CONCLUSIONS. BIBLIOGRAPHY.

**Resumen:** A lo largo de la historia, se ha producido una transmisión intergeneracional de la violencia penal que ha llevado a la construcción de teorías de la pena retribucionistas y de codificaciones penales basadas en el castigo. A pesar de los esfuerzos de los pensadores clásicos por disminuir las penas e introducir las garantías, el viejo sistema retributivo se seguía manteniendo. En la actualidad, se está produciendo un retroceso en materia penal que alcanzó su máxima expresión con la introducción de la prisión permanente revisable. La finalidad resocializadora de la pena ha sido sustituida por la incapacitación y el castigo, lo que plantea un importante desafío al que sólo podremos hacerle frente con un nuevo relato penal que ponga en el centro la prevención especial positiva por su compatibilidad con los Estados de Derecho.

**Palabras clave:** Resocialización, correccionalismo, Estado de Derecho, retribución, incapacitación.

**Abstract:** There has been an intergenerational transmission of criminal violence throughout history that has led to the development of retributionist theories and criminal codifications based on punishment. Despite the efforts of classical school thinkers to reduce penalties and introduce guarantees, the old remuneration system was still applied. Nowadays, there is a decline in criminal matters that reached its maximum expression with the introduction of the reviewable life sentence. The resocializing purpose of the penalty has been replaced by incapacitation and punishment, which poses an important challenge that we can only face with a new criminal narrative that puts at the center positive special prevention as it is compatible with the rule of law.

**Keywords:** re-socialization, correccionalism, rule of law, retribution, incapacitation.

**Rec.:** 01-04-2021 **Fav.:** 17-05-2021

## I. INTRODUCCIÓN

*En general, puede afirmarse que hay una tendencia por parte de los jueces a esperar un comportamiento conforme a la ley de los individuos pertenecientes a los estratos medios y superiores; lo inverso acontece respecto de los individuos provenientes de los estratos inferiores.*

ALESSANDRO BARATTA

Teniendo en cuenta los hechos acontecidos en los últimos años, se puede concluir que existe consenso a la hora de afirmar que estamos atravesando una profunda crisis. Sin embargo, mientras algunos consideran que ya sólo quedan rescoldos, otros siguen mirando al fuego, un fuego que parece llevarse consigo los pilares sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho. En cualquier caso, desde hace tiempo ha comenzado a gestarse el sentimiento de que esta crisis es algo más que una crisis del capital, una idea que ha trascendido a la academia y al activismo (movimientos sociales, plataformas ciudadanas, mareas...), llegando incluso a conquistar los espacios cotidianos, no caracterizados por dejar margen para la reflexión. Todo apunta a que, en cierto sentido, se ha desarrollado y generalizado el pensamiento de que nos enfrentamos a un desafío de grandes dimensiones que nos ha llevado a una crisis civilizatoria<sup>1</sup>. La progresiva proletarización de la clase media, el desmantelamiento del Estado del bienestar, el aumento del desempleo y la correspondiente condena a la subalternidad de quienes lo padecen, el auge de las desigualdades, el cambio climático, el apogeo de partidos y grupos de extrema derecha, el ataque a los derechos de las minorías, y el retorno del Derecho penal retributivo e inocuidador invitan a la ciudadanía a buscar alternativas y modelos de vida buena con los que hacer frente a la actual situación. Es destacable que esta crisis civilizatoria a la que asistimos trae consigo la decadencia y el deterioro de la naturaleza, del ser humano y de nuestra sociedad, una sociedad que, con esfuerzos ingentes tras el abandono de una dictadura tardía, intentaba mantener, no sin dificultad, los derechos fundamentales de la ciudadanía. Llegados a este punto, considero que debemos iniciar una transición hacia nuevos modelos en los que pueda darse forma

a realidades donde no se manifiesten los errores que colectivamente hemos identificado y cometido en el pasado, y que no queremos mantener en el presente, ni repetir en el futuro. En esta necesaria transición inaplazable hacia mundos mejores, veo con preocupación la evolución de mi objeto de estudio: el Derecho penal. Por esta razón, reivindico una construcción teórica que nos permita no sólo reducir la delincuencia (eliminarla ya estaría a las puertas de lo utópico), sino buscar nuevas formas capaces de respetar los derechos fundamentales de los que en *ultima ratio* sean condenados. Desde luego, estamos en el momento idóneo para reivindicar una construcción penal capaz de combatir ciertos anhelos penales que gozan de mucha fuerza en la actualidad (de los que excluyo las posiciones garantistas de Ferrajoli, y el garantismo radical y la apuesta por la descarceración de Rivera Beiras)<sup>2</sup> y que nos devuelven a los antiguos horrores del pasado. La prevención especial negativa y la retribución empiezan a ser esa especie de nuevas propuestas *vintage* que pretenden ser vendidas como algo innovador, con cierto encaje dentro de las posiciones liberales; pero que no son más que una sofisticación del viejo castigo y de la venganza medieval, ahora sometidas a «ciertos límites» y transmitidas de tal forma que encuentran su lugar en el impreciso discurso democrático contemporáneo. En este momento de confusión en el que todas las finalidades de la pena son presentadas como válidas y constitucionales, en el que cada propuesta penal realizada parece tener cierta aceptación en unos imaginarios colectivos cada vez más difusos y distorsionados, es cuando hay que proponer un discurso penal alternativo. Así las cosas, y ante el deterioro que considero que está sufriendo esta rama del ordenamiento jurídico, se debe emprender un viaje por la historia del pensamiento penal que permita encontrar unas bases teóricas con las que sostener un nuevo relato penológico más amable, eficaz y humano<sup>3</sup>.

## II. MUCHAS SOMBRAS Y UNA PEQUEÑA LUZ EN LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO PENAL

Si a la historia del Derecho penal la priváramos de las aristas que la dotan de cierta complejidad, podríamos resumirla como una apología de la retribución. La importancia que desde la prehistoria se le ha dado

1 Sobre las crisis civilizatorias resulta interesante la lectura de J. Estermann, "Crisis civilizatoria y Vivir Bien. Una crítica filosófica del modelo capitalista desde el allin kawsay/suma qamaña andino", *Polis: Revista Latinoamericana*, n. 33, 2012, pp. 1-18.

2 Estos discursos penales se han desarrollado en L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2006 e I. Rivera Beiras, *Descarceración. Principios para una política pública de reducción de la cárcel*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

3 No erraba Gimbernat cuando señalaba "que los idílicos tiempos en que lo único que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre. Entramos en una nueva época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del Derecho penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido tras él". Y yo continuaría añadiendo: y una vez descubierto se hará necesario comenzar a construir un nuevo Derecho penal que ponga en el centro la resocialización y la dignidad del recluso. E. Gimbernat Ordeig, "Relación general", I Coloquio Regional Español sobre Política Criminal y Derecho penal, *Revue Internationale de droit penal*, 1978, p. XL.

al castigo se fue transmitiendo a todos los pueblos y sociedades<sup>4</sup>. Es decir, se puede hablar de transmisión intergeneracional de la «violencia penal», dejando constancia de este hecho las reflexiones y estudios realizados fundamentalmente por filósofos y teóricos de la pena, y los distintos códigos penales que se fueron sucediendo. La idea de retribución impregna los tratados y las codificaciones desde sus orígenes porque hunde sus raíces en los conceptos de merecimiento abstracto y de merecimiento vindicativo<sup>5</sup>, y construye escenarios de deshumanización absoluta que alcanzaron su máxima expresión durante el Antiguo Régimen<sup>6</sup>.

El horizonte penal, a pesar de todo, no siempre fue tan sombrío, pues la Ilustración trajo consigo un nuevo modelo de pensamiento que se desarrolló en oposición a los tratos inhumanos y degradantes que en la época medieval se imponían a los condenados en nombre del poder punitivo<sup>7</sup>. Sin embargo, el discurso ilustrado se había construido sobre cimientos retributivos que imposibilitaban la existencia de un cambio de paradigma, de una modificación sustantiva en materia penal. Se habían disminuido las penas, se empezaron a buscar nuevas formas de castigar menos dañinas y crueles, pero la finalidad retributiva que los teóricos clásicos (como muchos otros) habían heredado se seguía defendiendo. Todo ello a pesar de la devaluación que sufrieron las penas infamantes en el discurso penal. Por lo que, de nuevo, el castigo seguía siendo el núcleo central del sistema y no parecía que, a pesar de los esperanzadores avances en esta materia, se hubiera construido un discurso penal contrahegemónico. Destaca, sin embargo, el optimismo con el que los penalistas contemporáneos han valorado las aportaciones penales que tuvieron lugar durante la Ilustración, un optimismo que considero exagerado, porque el desafío penal, al que como so-

iedad nos enfrentamos, no es tanto mantener lo que tenemos reduciendo el daño que produce, sino la sustitución del mismo por nuevas y más eficaces formas de afrontar la delincuencia.

“Pocos movimientos ideológicos han penetrado con tanta pujanza como lo hizo el Iluminismo en su momento. Las concepciones penales sustentadas en estos postulados irrumpen con fuerza contra los fuertes muros de la tradición jurídica para revelarse incompatibles con la rigidez y la dureza de las leyes vigentes en esa época y tratan, al mismo tiempo, de inculcar con la timidez propia de los principiantes, pero también con la gallardía de los convencidos, la realidad de una verdadera ciencia del Derecho penal, y al menos consiguen, lo que ya le da un importante significado histórico, el cambio de una concepción del Derecho anquilosada en pautas de comportamiento medieval a otra radicalmente diferente.”<sup>8</sup>

Si el pensamiento penal de la Ilustración ha sido el más estudiado y mejor considerado por la mayor parte de los penalistas contemporáneos, lo mismo puede decirse que ocurre con el más ilustre representante de lo que Ferri denominó Escuela Clásica del Derecho penal<sup>9</sup>. Me estoy refiriendo a Cesare Beccaria, autor de la famosa obra *Dei delitti e delle pene* (1764). Esta aportación lo convirtió en uno de los hombres más destacados y mejor tratados por la historia del Derecho penal, consideración merecida por el ejercicio de valentía que realizó al oponerse a la pena capital<sup>10</sup>, una pena cuya dureza relató el novelista del siglo XIX Victor Hugo:

“Ciudadanos, en la hora que vivimos, hora fatal que será recordada durante siglos, el principio absolutista, el viejo principio del pasado, triunfa en toda Europa; triunfa como le interesa triunfar, a hachazos, a mandobles, con la sogá; a

4 Sobre esta cuestión puede consultarse P. Dorado Montero, *Contribución al estudio de la historia primitiva en España. El derecho penal en Iberia*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1901.

5 Debe entenderse por merecimiento abstracto la merecida imposición de un castigo porque se ha obrado de forma contraria a la ley, pudiendo haber adaptado la conducta a la misma. En cambio, el merecimiento vindicativo es el que aparece reflejado en la Ley del talión, que recoge el castigo que un sujeto se merece de acuerdo a la lesión o daño causado, lo que implica que esa lesión marca el límite de la pena.

6 A. López-Amo Marín, “El Derecho penal español de la Baja Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho español*, n. 26, 1956, p. 354; F. Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 23 y ss.; y M.P. Alonso Romero, “La tortura en Castilla (siglos XIII-XIX)”, *La torture judiciaire: approches historiques et juridiques*, vol. 2, Lille, Centre d’histoire judiciaire, 2002, pp. 477-506.

7 El pensamiento penal de la Ilustración aparece condensado en L. Prieto Sanchís, “La filosofía penal de la Ilustración”, en R. De Asís Roig (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Vol. 2. Tomo 2, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 127-244.

8 L. Morillas Cueva, *Metodología y ciencia penal*, Granada, Universidad de Granada, 1990, p. 53. El mismo optimismo se observa en J. Alvarado Planas, “La Ilustración y la humanización del Derecho penal”, en M. Martorell Linares y J. Alvarado Planas (coords.), *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 24 y ss.

9 Ferri consideró que todos los autores que escribieron sus aportaciones penales antes de la constitución de la Escuela Positiva (grupo doctrinal al que él pertenecía) eran «antiguos», de ahí que adoptara la definición de Escuela Clásica para referirse a ellos. Esta definición se popularizó y se sigue utilizando en la actualidad.

10 Para profundizar sobre esta cuestión véase M. Polaino-Orts, “Beccaria y la pena de muerte”, en H. Hormazábal Malarée (coord.), *Estudios de derecho penal en memoria del profesor Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, 2011, pp. 743-760.



base de matanzas, fusilamientos, torturas y suplicios. (...) La horca en Hungría, en Lombardía, en Sicilia; en Francia la guillotina, la deportación y el exilio. Nada menos que en los Estados del papa, y cito al papa porque lo llaman el rey de la templanza, nada menos que en los Estados pontificios, digo, en los tres últimos años, seiscientos cuarenta y cuatro patriotas —el dato es exacto— han muerto fusilados o ahorcados, sin contar con los innumerables enterrados vivos en las celdas y en las mazmorras. En el momento en que os hablo, el continente, como en los tiempos más odiosos de la historia, está atestado de patíbulos y de cadáveres; y el día en que la Revolución quiera hacerse una bandera con las sábanas de la mortaja de todas las víctimas, la sombra de esa bandera negra cubrirá Europa. Esta sangre, toda esa sangre que mana por todas partes, a borbotones, a torrentes, es vuestra sangre, demócratas. Pues bien, ciudadanos, ante esta saturnal de masacres y de asesinatos, ante esos infames tribunales presididos por asesinos togados, ante todos esos cadáveres queridos y sagrados, ante esta lúgubre y feroz victoria de los reaccionarios, declaro solemnemente (...) que nosotros los exiliados, las víctimas, abjuramos, en el día inevitable y próximo el gran alzamiento revolucionario, abjuramos de toda voluntad, de todo sentimiento, de toda idea de represalias sangrientas. Los culpables serán castigados, por supuesto, todos los culpables, y castigados con severidad, porque es necesario, pero no rodará una sola cabeza, ni una gota de sangre, ni una salpicadura del patíbulo manchará la toga inmaculada (...) No, nosotros no responderemos a la guillotina con la guillotina.”<sup>11</sup>

El profundo alegato de Beccaria y su interés por construir un Derecho penal que no partiera a la humanidad en dos (los honrados y los que por no serlo mueren) ha valido para que se le atribuya el mérito de humanizar el Derecho penal, un mérito que la doctrina le ha obligado a compartir con toda la Escuela Clásica<sup>12</sup>.

En este sentido, la pregunta que yo me he planteado es si realmente puede afirmarse que Beccaria humanizó el Derecho penal y si este legado impregnó el enfoque y la mirada penológica de los tratadistas clásicos. A pesar de lo meritorio que resulta levantar la voz ante lo que uno considera una injusticia, injusticia penal en lo que a este autor respecta, hablar de humanización en

el Derecho penal del que Beccaria fue abanderado me parece, en cierto sentido, un poco exagerado. Si bien es cierto que el penalista clásico fue el artífice del progreso del Derecho penal ilustrado, relacionando este progreso con la superación de lo que él percibía como un límite para la construcción de mundos mejores (superación de la crueldad de las penas), no pueden considerarse ni a él ni a su escuela los grandes humanizadores del Derecho penal. Se trataría más bien de los grandes dulcificadores del Derecho penal. Es importante señalar, y no queriendo desmerecer a Beccaria, que éste no propuso un cambio estructural del Derecho penal, sino una suavización del mismo. Esto equivale a decir que abogó por que las penas aberrantes y las torturas fueran reemplazadas por penas menos dañinas para los reos. Ahora bien, la raíz del Derecho penal medieval no había sido arrancada, simplemente se mantenía con la esperanza de que las nuevas flores fueran distintas. La heredada retribución, que tan interiorizada llevaban las personas, se seguía manteniendo en los principios penológicos del pensador ilustrado. Siguiendo una lógica gradualista, la pena retributiva podría alcanzar niveles extremos de crueldad (pena de muerte, torturas, entre otras) o bajar niveles de retribución moderados e incluso leves. Sin embargo, y esto es lo realmente importante, la idea de imposición de una pena entendida como castigo se mantiene en el relato penal de Beccaria y en el del resto de penalistas clásicos. Por tanto, ante la continuidad de los sistemas de pena-castigo, lo máximo que se puede aspirar, asumiendo este punto de partida, es a dulcificar las penas; pues, mientras existan penas retributivas, el Derecho penal podrá ser más amable, pero nunca humano.

La doctrina contemporánea se encuentra mayoritariamente arraigada en el diálogo penal que mantuvieron los clásicos; pues en el actual pensamiento penal español se sigue abogando por la defensa de los principios penales, de la disminución de las penas (para gran parte de los delitos) y por el respeto de las garantías. A su vez, la apuesta por el castigo siempre ha estado presente en la mentalidad del legislador español, aunque no tanto en la de la doctrina o, al menos, no formalmente<sup>13</sup>. El actual discurso de los fines de la pena en Europa queda

11 V. Hugo, *Escritos sobre la pena de muerte*, Barcelona, Ronsel, 2002, pp. 128-130.

12 Existen numerosa literatura que hace alusión a la idea de que Beccaria contribuyó a humanizar las penas. A este respecto puede consultarse M. Pisani, “Beccaria y el principio de humanidad”, *Cahiers de défense sociale. Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, n. 37, 2011-2012, pp. 118-122.

13 El rechazo de la retribución por parte de la doctrina española se debe a que esta finalidad de la pena es considerada prerracionalista (el castigo entendido como un fin divino), bárbara y, por si no fuera suficiente, se encuentra anclada en el pasado. Esto sería así porque la retribución era la finalidad de la pena del Antiguo Régimen, con la que se justificaban la pena de muerte, las torturas, los palos, la picota, la argolla y los trabajos forzados en obras públicas. En definitiva, la retribución es la perspectiva penal que permitió la Ley del talión y que justifica y fundamenta la venganza. En palabras de Muñoz Conde: “Las teorías absolutas atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función penal de la pena.” F. Muñoz Conde, y M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 47.

representado en la teoría dialéctica de la unión<sup>14</sup> que se caracteriza por rechazar el retribucionismo (al considerarlo metafísico y anticuado) y por apostar por una triple función preventiva de la pena (prevención general positiva, prevención general negativa y prevención especial positiva). No obstante, las tres finalidades de la pena están sujetas a límites para evitar excesos y, cuando de limitar la prevención especial positiva se trata, el límite se encuentra en la fijación previa de las penas. Esto implicaría que la sanción penal no es una rehabilitación o reinserción en sí misma, sino que lo que se pretende es aprovechar la imposición de una pena privativa de libertad para resocializar al delincuente. La reinserción social del recluso es la finalidad de la pena reconocida formalmente en el artículo 25. 2 del texto constitucional, aunque no es la única. Esto significa que el Derecho penal español no sólo persigue la prevención general (en sus dos versiones) y la prevención especial positiva, sino que la pena de prisión (pena por excelencia del ordenamiento jurídico español) es una forma de incapacitación (prevención especial negativa) y de castigo (retribución) que se utiliza para reinsertar al delincuente. Con todo lo dispuesto, lo que persigo es destacar que la resocialización, al estar limitada, pierde su pureza y ter-

mina por cohabitar con otras dos finalidades de la pena. Si la reinserción fuera el objetivo real que el legislador persigue y no algo accesorio, la ejecución penal sería revisada y no parece que esto se encuentre entre las principales preocupaciones del legislador. Por todo ello, asistimos a una perversión de la reinserción de los penados, pues los intereses del legislador español están dirigidos a la incapacitación y a una camuflada y discreta retribución<sup>15</sup>. Resumiendo, la mayor parte de la doctrina penal española rechaza la retribución como finalidad de la pena<sup>16</sup> (por considerarla incompatible con el Estado social y democrático de Derecho) y asume la teoría dialéctica de la unión de Roxin. En cualquier caso, a pesar de que los anhelos de los penalistas no se reflejan en el Código Penal, el castigo que tanto les avergüenza por un lado y les da votos por otro a nuestros gobernantes obliga al legislador a castigar e incapacitar al delincuente para, paradójicamente, corregirlo.

Es evidente que la violencia penal, tan difícilmente compatible con los derechos fundamentales, ha sobrevivido a todas las etapas históricas y forma parte de los imaginarios dominantes al presentarse como un mal necesario ante la ausencia de alternativas. Sin embargo, resulta esperanzador encontrar en las reflexiones

14 Para profundizar en la teoría dialéctica de la unión de Roxin, se puede consultar C. Roxin, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1976, pp. 11 y ss.

15 "Respecto a la finalidad de la sanción penal vivimos un proceso de crisis del pensamiento resocializador vinculado a su discusión en el marco de Estados y posicionamientos ideológicos superadores del Estado social de Derecho, que originó esta finalidad. La resocialización ha imperado en el Derecho penal contemporáneo desde la época del programa de Marburgo, con razón se subraya que tras la misma hay un entusiasmo no demasiado justificado por la bondad de nuestros sistemas sociales y una no aceptable imposición de un cuadro de valores a quien a lo mejor ni los comparte ni desea compartirlos. Se debe considerar esta finalidad como la existencia del un derecho a la resocialización, recogido en el art. 25.2 de la Constitución y que como tal no puede imponerse y cuyo contenido, por otra parte, aparece siempre limitado por el respeto a la dignidad del interno. Esto es, el único sentido que la ejecución de la pena puede tener es buscar la no realización de delitos e intentar ofrecer al ciudadano todas aquellas oportunidades que le fueron socialmente negadas." I. Berdugo Gómez de la Torre y A.I. Pérez Cepeda, A, "Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones", *Revista Penal México*, n. 1, enero-junio de 2011, p. 49.

16 Aunque constituyen un grupo muy pequeño, existen penalistas de reconocido prestigio que apuestan por la retribución o, al menos, no se oponen a ella. Silva Sánchez se manifiesta a este respecto de forma cauta y moderada al considerar necesario rehabilitar la retribución como finalidad de la pena. A su vez reconoce que rechaza una fundamentación metafísica (prerracionalista) de la misma y apuesta por fundamentarla desde la racionalidad moderna. "La pena como compensación (eliminación) de la ilícita ventaja obtenida por quien consigue la aportación (renuncia a la injerencia) de los demás miembros de la sociedad, sin realizar por su parte la contraprestación equivalente". J.M. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Montevideo, Editorial B de f, 2010, pp. 322-323. Otros autores españoles que se muestran favorables a la finalidad retributiva de la pena son Feijoo Sánchez y Robles Planas. El primero de ellos argumenta que no entiende la retribución como un ojo por ojo; ya que, siguiendo a Hegel, sostiene que la pena retributiva no persigue responder a un mal con otro mal, sino restablecer el Derecho (en la idea de que al cometerse un delito se atenta contra un bien jurídico protegido, pero también se lesiona el Derecho). Ahora bien, este autor no defiende que el daño causado por la pena tenga que ser equivalente al causado por el delincuente (como sucedía en la Ley del talión). Esto equivale a decir que la pena no tiene el sentido de causar dolor y sufrimientos al condenado, sino el mantenimiento del ordenamiento jurídico que el delincuente ha vulnerado. El segundo autor parte de la argumentación teórica y especialmente de la concepción de delito de Binding. Por esta razón, entiende que sólo puede ser actos constitutivos de delito los que limiten la autonomía individual (si el acto cometido no tiene una víctima individualizable, no será delito). A su vez entiende la pena como un mal; pero no exclusivamente como un mal para el que la sufre, sino también para el Estado por los fuertes costes que implica imponerla. Su idea de pena radica en la responsabilidad del sujeto por la comisión de un hecho delictivo y por ello la pena se tendrá que imponer para compensar el daño causado. En otras palabras, la pena no se impone porque con ella se persiga una utilidad (incapacitar, resocializar...), sino porque el delincuente se la merece (castigo). B.J. Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de f, 2014, pp. 31-70 y R. Robles Planas, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 21-50.



doctrinales de filosofía del castigo que pueden leerse y escucharse en nuestros días críticas a la retribución y al endurecimiento de las penas. Por el contrario, que las alternativas plantadas no impliquen algo más profundo que el abordaje del problema desde una «óptica beccariana» (disminución de las penas, reivindicación de las garantías, despenalización de ciertas conductas) resulta repetitivo, reformista e ineficaz. De nuevo estaríamos cerrando el círculo del Derecho penal al modo clásico (manteniéndonos dentro del sistema, sin una propuesta de cambio estructural, con miedo a deshacernos de la violencia penal que se ha instalado en nuestros imaginarios colectivos, etc.), pero respirando tranquilos ante la posibilidad de limitar el padecimiento del recluso y de mantener en pie la parte penal del Estado de Derecho.

### III. EL CORRECCIONALISMO, UNA MIRADA AL DERECHO PENAL DESDE OTRO LUGAR

El correccionalismo fue una propuesta de corte filosófico penal que surgió en un periodo de entretiempos. La Escuela Clásica se resistía a su desaparición con un combativo Carrara que desde su cátedra y sus textos luchaba por la defensa de las «viejas» ideas. La Escuela Positiva se estaba empezando a constituir y se acercaban los tiempos de la criminología científica. Fue entre el declive de la primera de estas escuelas y el auge de la segunda cuando surgió el movimiento correccionalista, que también construyó una escuela propia: la Escuela Correccional. El fundador de esta escuela fue, en mi opinión, una de las figuras más interesantes de la penología y a las que peor ha tratado la historia: el penalista alemán K. D. A. Röder.

Como he señalado anteriormente, es el pensamiento penal clásico el más tenido en cuenta o, más concretamente, el que la doctrina penal ha interiorizado en mayor grado. Esto se refleja en la importancia que se le concede al garantismo y en el rechazo a las penas inhumanas y degradantes. Al contrario, la mirada penal de los teóricos españoles decimonónicos no podría entenderse sin la influencia del correccionalismo; pues, a pesar de que el fundador de esta escuela fue un alemán, no sería exagerado señalar que esta corriente de pensamiento fue una corriente española, ya que el correccionalismo alcanzó su máximo desarrollo en España. El motivo que explica esta situación es el éxito que tuvo la filosofía krausista en este país, dado que el correccionalismo es la vertiente penal de esta filosofía idealista.

Si la Escuela Clásica significó un avance en la forma de entender el Derecho penal (aunque mantuviera el sistema retributivo de pena-castigo), la Escuela Correccionalista supuso el giro radical del sistema penal porque, sin ser una escuela abolicionista, sí se caracterizó por el abolicionismo punitivo, que consistió en sustituir el castigo por un tratamiento correccional (sustitucionismo). La finalidad de la pena contemplada por los correccionalistas fue la prevención especial positiva o resocialización y era una finalidad exclusiva, esto significa que no defendieron múltiples finalidades (como ocurre en las teorías mixtas), sino una sola: corregir.

“Ha llegado ahora el momento en el que una sana filosofía del derecho puede esperar más que nunca influir benéficamente en la vida. Vemos por todas partes innumerables problemas a los que solo ella puede ofrecer una respuesta satisfactoria; por todas partes se busca y se lucha por conseguir un verdadero orden jurídico. Mis fuerzas solo han alcanzado a indicar el camino de la solución correcta de muchos de esos problemas. Solo con respecto a unos pocos he logrado emprender yo mismo el desarrollo de una respuesta en cierta medida detallada, p. ej. en el derecho penal y en lo referente al régimen penitenciario, así como en la institucionalización de la defensa nacional.”<sup>17</sup>

La defensa de la corrección como única justificación de la existencia del Derecho penal llevó a los correccionalistas a iniciar una crítica al sistema penitenciario, puesto que las cárceles son lugares donde los presos conviven y allí donde hay convivencia de reclusos prolifera el crimen, el conflicto y la corrupción. Los presos más perversos corrompen a los que menos lo están y, por tanto, se inicia un proceso de «maldad por contagio» que haría imposible la prevención especial positiva. Es decir, desde el correccionalismo se invitaba a repensar la estructura de poder y de dominación que es la prisión, pero que a su vez permite relaciones estrechas entre reclusos que imposibilitan una futura resocialización. La prisión es una macroestructura que le arrebató a los presos la esperanza en el cambio, y fomenta la perversión y la reincidencia. En definitiva, se les priva del derecho que todo recluso tiene a una segunda oportunidad, que no es otra cosa que el derecho a convivir pacíficamente con el resto de la ciudadanía<sup>18</sup>.

Todas las anteriores consideraciones de la pena (incluyendo la de Beccaria) entendían que ésta era un mal que se ejercía sobre el recluso por haber realizado otro.

17 Fragmento de una carta que Röder le envió a Giner de los Ríos, reproducida en J.M. Pérez-Prendes, “El influjo del krausismo en el pensamiento jurídico español”, en E. Menéndez Ureña y P. Álvarez Lázaro (eds.), *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*, Madrid, Parteluz, 1999, pp. 190-191.

18 K.D.A. Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1876, pp. 351-352

Ahora bien, esto no significa necesariamente que el Estado tuviera que imponer un castigo igual de duro y cruel que el hecho cometido por el delincuente, sino que lo que hace es mostrar que, cuando el Derecho penal tiene un carácter retributivo (en mayor o menor grado), produce dolor y, por eso, es un mal, un mal inevitable, pero un mal. Por este motivo he afirmado que los teóricos clásicos dulcificaron el Derecho penal, sin embargo no lo humanizaron porque la pena seguía siendo un mal. En cambio, los correccionalistas partían de una idea diferente de pena: la pena era un bien. Esta forma distinta de mirar la penología se debía a lo que pudieron percibir como una situación de emergencia penal, ya que los anhelos dulcificadores mostraban un Derecho penal que no terminaba de garantizar las condiciones dignas de los condenados, ni ofrecía ninguna utilidad social. En suma, el modelo penal y penitenciario se había estado desarrollando en contradicción al fin jurídico que la pena exigía según los pensadores de esta escuela: la corrección del delincuente.

“Imponer un padecimiento cualquiera, con plena conciencia de ello, para hacerle mal, es y será siempre por más que se quiera adornarlo y embellecerlo, un acto de perversidad, una impiedad, mediante la cual, el Derecho, hollado y escarnecido, mal podrá restaurarse ciertamente, respondiéndose al mal con mal y con la injusticia a la injusticia.”<sup>19</sup>

El correccionalismo como teoría de la pena o filosofía del no castigo abandona la idea de pena como instrumento dirigido a la causación de males físicos y psíquicos, y apuesta por la humanización de los reclusos. Se trataba de sacar del discurso imperante el viejo Derecho penal, el Derecho penal enmohecido que crecía a costa de la destrucción de los recursos necesarios para el sostenimiento de sociedades pacíficas. Este discurso estaba basado en la creencia, tan ingenua como peligrosa, de que responder a un mal con otro mal mantiene el orden y hace realidad uno de los tantos dichos del refranero castellano: “el miedo guarda la viña”. La propuesta correccionalista expulsó de sus planteamientos las prácticas penales que no se dirigieran a garantizar la segunda educación de los delincuentes; pues, como afirmaba la correccionalista española Concepción Arenal, “hay que recordar y poner en práctica aquella máxima de odia el delito y compadece al delincuente, a la cual puede añadirse: si está arrepentido, ámale y protégele”<sup>20</sup>.

Reorientar el Derecho penal hacia una perspectiva humanizada era una necesidad urgente para los correccionalistas. Se trataba de realizar un ejercicio de amargura que implicaba diagnosticar el fracaso del Derecho penal despiadado y de la moderada alternativa clásica, dos posiciones que no eran capaces de encontrar en el Derecho penal un fin útil para la ciudadanía, para el Estado y para los propios delincuentes. Llegó el momento de repensar el Derecho penal y de hacerlo desde el punto de vista del mantenimiento de las condiciones que permiten la continuidad de las relaciones pacíficas entre seres humanos. Para ello, los correccionalistas se planteaban cuestiones tan relevantes como ¿qué sentido tiene el Derecho penal?, ¿cómo repercuten en la disminución de la delincuencia las penas retributivas?, ¿y las correccionales?, y ¿cuáles son las necesidades sociales que podemos satisfacer con la imposición de una medida correccional?

En lo que respecta a la última pregunta planteada, cabe señalar que los correccionalistas fueron los grandes defensores de lo que hoy en día se denomina prevención primaria. Si con el tratamiento correccional lo que se perseguía era evitar la reincidencia, también habría que buscar vías para evitar la delincuencia o primer delito. Por esta razón, la publicación de las grandes obras de los autores positivistas ayudó a darle cientificidad al discurso de Pedro Dorado Montero que, siendo correccionalista, utilizó los avances positivistas para hacer propuestas empiristas que pasaban por aplicar los avances científicos a la resocialización de los reclusos y por analizar las causas del crimen (a través de la Sociología, la Antropología, la Psicología...) y así poner medios para evitar ese primer delito. En este sentido, los correccionalistas se caracterizaron por defender que el medio social sugestionaba al delincuente y lo empujaba al delito, y, por ello, debía estudiarse ese medio social.

Evidentemente el correccionalismo fue una propuesta que puso en diálogo la Filosofía y el Derecho penal, y lo hizo por considerar que sólo si el Derecho penal perdía su sentido retributivo (dulcificado o no) podría ser una herramienta imprescindible para la creación de sociedades menos violentas capaces de reorientar la terrible relación entre pobreza, marginalidad, exclusión social y crimen que se venía dando hasta el momento. Sin embargo, a pesar del luminoso horizonte por el que tanto lucharon los correccionalistas, Dorado Montero nos recordaba que los grandes cambios necesitan tiempo.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 255-256.

<sup>20</sup> C. Arenal, *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 16. El pauperismo. Volumen 2*, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1897, p. 11.

“Ya se sabe cuán trabajosa y lentamente (...) se verifican los llamados progresos sociales; tanto más, cuanto más profunda y extensa deba ser su actuación.”<sup>21</sup>

#### IV. LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA. EL CENTRO DEL RELATO PENAL DEL PORVENIR

No es casual el olvido al que ha sido sometido el ideal correccional en España, a pesar que sus más destacados representantes (Concepción Arenal, Luis Silvela, Pedro Dorado Montero, Francisco Giner de los Ríos...) fueron españoles. Esto es debido a que todos estos teóricos conocieron unos tiempos de avances penales (resultado de los alegatos clásicos y de las propuestas de mejora de los presidios iniciadas en la segunda mitad del s. XVIII) que los llevaron a pensar que sería posible un cambio en el modo de entender las penas. Desgraciadamente, los giros de la historia y la derrota del pensamiento correccional en una Europa a la que desafiaron los totalitarismos hicieron que la máxima aspiración humanizadora fuera el regreso a los postulados de Beccaria.

Este es el motivo por el que en 2021 y ante un Derecho penal en claro retroceso (entendiendo por retroceso la mirada al pasado, a la retribución más dura y a la apología de la incapacitación), las voces penales, a falta de un nuevo relato capaz de hacer frente al actual escenario, acuden a Beccaria y a la teoría dialéctica de la unión para intentar frenar el populismo punitivo creador del Derecho penal de nuestros días. En plena consonancia con lo anterior, no debe olvidarse que la ciudadanía no ha sido formada en materia penal, no conoce la función del Derecho penal y no entiende que éste no está pensado para sustituir la venganza particular de las víctimas por la venganza estatal. De ahí que la heredada e interiorizada idea de que el Derecho penal es venganza y castigo lleve a la ciudadanía a exigir penas más duras, un relajamiento de las garantías, y la vulneración de los principios penales y procesales. Las redes sociales y las distintas páginas webs permiten el acceso inmediato a la información, una información que la prensa muchas veces presenta de forma truculenta y morbosa con el objetivo de conseguir el mayor número de lectores posible. A su vez, el detallismo con el que son narrados los hechos, así como la realización de juicios sobre la escasa dureza de las penas favorecen y acentúan el discurso retributivo e inocuidador de la ciudadanía. Éste es el motivo por el que las exigencias ciudadanas de un Derecho penal de mano dura llevan a

los gobernantes a legislar a golpe de petición popular, a pesar de los límites establecidos en la Constitución, en cuyo artículo 10 se recoge el respeto a la dignidad humana; en el 15, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes; y en el 25.2, la resocialización como fin de la pena.

Ante un sistema penal que empieza a mostrar signos de incompatibilidad con un un Estado social y democrático de Derecho, la perspectiva correccionalista proporciona las claves necesarias para repensar las contradicciones actuales, revertir los imaginarios dominantes y proponer nuevas formas de abordar la criminalidad que permitan caminar hacia una cultura de paz.

En este sentido, creo que los penalistas contemporáneos debemos volver a poner en diálogo el Derecho penal y la Filosofía. Pues tal vez la Filosofía pueda funcionar perfectamente sin Derecho penal, pero el Derecho penal no puede funcionar sin Filosofía. Actualmente, las investigaciones penales están dirigidas, casi en su totalidad, al estudio del Derecho positivo y no tanto a la reflexión penal, que es la única que puede dotarnos de las herramientas necesarias para la construcción de un relato penal capaz de proponer una alternativa al discurso retributivo e inocuidador que tanta fuerza ha cogido en nuestros días. Por todo ello, sólo desde la Filosofía podemos fundamentar la imposición de una pena y darle forma a un relato penal que consiga establecer medidas que le permitan al Derecho penal funcionar legítimamente en una sociedad injusta.

Una vez que se establezca un diálogo entre la Filosofía y el Derecho penal, se podrá afrontar el problema de la criminalidad desde una dimensión más amplia y completa. Por tanto, partiendo de una argumentación filosófico-penal, será posible reivindicar y poner el centro de nuestra construcción penológica la resocialización. Poner en el centro la resocialización implica, como hicieron los correccionalistas, mirar al Derecho penal desde otro lugar. La resocialización no puede ser una función de la pena marginal o inexistente, sólo con reconocimiento formal, pero no real. La resocialización tiene que ser el punto central del discurso penal de los Estados de Derecho. Esto es así porque, a pesar de que Muñoz Conde aludió al mito de la resocialización<sup>22</sup>, los distintos estudios criminológicos que miden la eficacia de la prevención especial positiva en Estados Unidos muestran que de las tres finalidades de la pena recogidas en la teoría dialéctica de la unión (prevención general positiva, prevención general negativa y prevención especial positiva) la que mejores resultados consigue es la resocialización. Lógicamente, me estoy refiriendo a

21 P. Dorado Montero, “Sobre la reforma penitenciaria”, en *Ídem. El derecho protector de los criminales*, Tomo II, s.l., s.e., s.a., [1915], p. 485.

22 F. Muñoz Conde, “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n. 7, 1979.



una resocialización bien hecha, con terapias individualizadas para los reclusos, tal y como venían defendiendo los impulsores del modelo correccional. Además es necesario destacar que la importancia de la resocialización radica en su triple beneficio. En primer lugar, beneficia al delincuente porque lo mejora al someterlo a un tratamiento correccional y, por tanto, una vez puesto en libertad, podrá tener una vida digna porque nadie lo temerá, nadie pensará que vive al lado de un asesino, de un ladrón, de un agresor sexual y esto dotará a su existencia de sentido. En segundo lugar, beneficia al Estado porque lo legitima como Estado de Derecho y, a su vez, el presupuesto destinado a la resocialización no supone un dinero «perdido», como ocurre cuando se invierte en castigar «para restablecer el Derecho lesionado» (de acuerdo a los deseos de los actuales retribucionistas españoles) o cuando se incapacita, sino que se destina a mejorar al delincuente y a prevenir así la reincidencia. En tercer lugar, la resocialización también beneficia a la ciudadanía honrada, que tendrá la seguridad de que la persona que se incorpora de nuevo a la sociedad difícilmente cometerá nuevos delitos.

El nuevo relato penal tendrá que desplazar otras finalidades de la pena y centrarse más en la importancia de invertir recursos para la resocialización de los delinquentes. No consiste, como se está haciendo, en dirigir el discurso a la bajada de penas, sino de sustituir esas penas por medidas que ayuden a las personas a salir del atolladero en el que se encontraban cuando cometieron el delito, medidas que a su vez fomenten la resiliencia del condenado. Se trata de dotar al Derecho penal de una finalidad útil y humana, y no de maquillar la deshumanización de las penas, disminuyendo su duración y reforzando las garantías. No se puede humanizar lo que no es humano, ni prescindir de la función utilitaria de las penas o ponerla en oposición a los límites fijados por el Estado de Derecho.

En esta misma línea, el nuevo relato penal debe enfocarse a prevenir la comisión del primer delito. Como he dicho, en plena crisis civilizatoria, una de las pocas garantías para evitar la comisión de delitos es sacar a las personas de la periferia de la vida, de la subalteridad, de los ambientes que criminalizan e intentar asegurar unas condiciones de vida digna. Esto supone una inversión económica importante y una apuesta por las políticas redistributivas de la riqueza. Se trataría de garantizar las condiciones básicas vitales, como son el alimento, la vivienda, los cuidados (dependencia) y la sanidad; de potenciar la educación; de ayudar en la medida de lo posible a los individuos a mantener relaciones significativas (ser nombrados, ser queridos, ser reconocidos por terceras personas); y de fomentar el poder de decisión sobre los propios proyectos vitales. Todo ello dotaría a las personas de unas condiciones mínimas de vida digna y, a su vez, la apuesta por las

relaciones significativas dota a esas personas de recursos psicológicos que las harían menos proclives a la delincuencia al aumentar su resiliencia.

## V. CONCLUSIONES

A pesar de que he señalado una serie de propuestas que parten del modelo correccional decimonónico, y que tendría que matizarse y profundizarse mucho en ellas, considero que ya son un pequeño paso para empezar a elaborar una teoría que nos permita iniciar una transición hacia otro modelo penal y penitenciario con el que afrontar el grave problema de la delincuencia. Sin embargo, el obstáculo principal con el que nos encontraríamos si pretendiéramos poner en marcha una revisión total del sistema penal sería la propia ciudadanía. La resocialización se encuentra ahora mismo en las antípodas de los imaginarios colectivos y eso dificulta mucho la apuesta por este tipo de proyectos. El pulso entre corrección y retribución es imposible de ganar exclusivamente desde la academia, pues necesitamos muchas voces y muchos cuerpos dispuestos a luchar por un nuevo Derecho penal. Esto sólo sería posible con una ciudadanía emancipada capaz de decir de forma libre qué tipo de Derecho penal quiere porque el Derecho penal que uno quiere está estrechamente relacionado con la sociedad que construye.

Cuando pensamos en la delincuencia, es muy común que nos veamos como futuras víctimas de un delito, pero rara vez uno se imagina a sí mismo como un delincuente. Este hecho explica la escasa empatía con aquéllos que han cometido conductas delictivas y la falta de reparo al posicionarnos de forma favorable al endurecimiento de las penas. Por esta razón, los penalistas debemos convertirnos en divulgadores de nuestras ideas y sacar al Derecho penal de los muros de las universidades o de los artículos académicos. El Derecho penal tiene que llegar a la calle, a las masas humanas, para exponer de forma objetiva cuál es su función, y qué ocurre cuando se inicia una transición hacia el retribucionismo y la inocuidad en sus versiones más duras.

En otras palabras, la prevención de la reincidencia debe ser presentada como el eje del Derecho penal y debe ser una prevención especial porque considero que es la única compatible con los derechos fundamentales de los delinquentes. También se velará por los derechos de aquéllos que, no habiendo cometido ningún delito, han sido expulsados a la periferia de las ciudades donde, en muchos casos, se inicia un proceso de exclusión que se encuentra relacionado con el aumento del crimen.

La personalización y no la cosificación de la ciudadanía (con independencia de sus circunstancias y clase social), el buen trato humano y una educación en valores serán recursos importantísimos para construir

ciudadanos resilientes con menor riesgo de cometer delitos.

Soy consciente de que nos enfrentamos a una tarea complicada porque es un ideal penológico no compartido por las mayorías sociales; por eso hay que salir a las calles, a los barrios e intentar convencer a los más escépticos. Pues, uno de los grandes fallos de las reivindicaciones penales de la doctrina actual es que no llegan a la gente. El auge de los movimientos sociales es una vía que el penalista debe utilizar para iniciar un diálogo y mostrar su mirada al mundo, que pasa por una reforma de su ámbito de estudio. Los relatos penales sólo comienzan a traspasar el plano teórico cuando llegan a la gente; por tanto, igual que ocurre en otros planos de la vida, tenemos que empezar a convivir con todos los que no conocen o no comparten nuestras posiciones, con el objetivo de iniciar un debate que permita impulsar un proceso de construcción de nuevas realidades penales capaces de satisfacerlos a todos, teniendo como meta siempre el respeto al Estado social y democrático de Derecho.

Para finalizar, simplemente señalar que el camino hacia un nuevo relato penal en plena crisis civilizatoria es sólo un primer paso, no se trata de fijar objetivamente la forma correcta de mirar al Derecho penal; pero desde luego he pretendido ofrecer un camino que debemos explorar, por si en él encontráramos los elementos que necesitamos para transitar hacia nuevas sociedades, con menos delincuencia, menos pobreza y menos infelicidad. Actualmente las cárceles están llenas de gente, los márgenes de la vida también y, ante la ausencia de otra alternativa, creo que tenemos que intentar reflexionar juntos sobre esta cuestión. La pregunta es ¿seremos capaces de hacerlo?

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alonso Romero, M.P. “La tortura en Castilla (siglos XIII-XIX)”, *La torture judiciaire: approches historiques et juridiques*, vol. 2, Lille, Centre d’histoire judiciaire, 2002.
- Alvarado Planas, J. “La Ilustración y la humanización del Derecho penal”, en Martorell Linares, M. y Alvarado Planas, J. (Coords.), *Historia del delito y del castigo en la Edad Contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2017.
- Arenal, C. *Obras completas de Concepción Arenal. Tomo 16. El pauperismo. Volumen 2*, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1897.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y Pérez Cepeda, A.I. “Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”, *Revista Penal México*, n. 1, enero-junio de 2011.
- Dorado Montero, P. *Contribución al estudio de la historia primitiva en España. El derecho penal en Iberia*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1901.
- Dorado Montero, P. “Sobre la reforma penitenciaria”, en *Ídem. El derecho protector de los criminales*, Tomo II, s.l., s.e., s.a., [1915].
- Estermann, J. “Crisis civilizatoria y Vivir Bien. Una crítica filosófica del modelo capitalista desde el allin kawsay/suma qamaña andino”, *Polis: Revista Latinoamericana*, núm. 33, 2012.
- Feijoo Sánchez, B.J. *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de f, 2014.
- Ferrajoli, L. *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2006.
- Gimbernat Ordeig, E. “Relación general”, I Coloquio Regional Español sobre Política Criminal y Derecho penal, *Revue Internationale de droit penal*, 1978, p. XL.
- Hugo, V. *Escritos sobre la pena de muerte*, Barcelona, Ronsel, 2002.
- López-Amo Marín, A. “El Derecho penal español de la Baja Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho español*, n. 26, 1956.
- Morillas Cueva, L. *Metodología y ciencia penal*, Granada, Universidad de Granada, 1990.
- Muñoz Conde, F. “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, n. 7, 1979.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- Pérez-Prendes, J.M. “El influjo del krausismo en el pensamiento jurídico español”, en Menéndez Ureña, E. y Álvarez Lázaro, P. (Eds.). *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*, Madrid, Parteluz, 1999.
- Pisani, M. “Beccaria y el principio de humanidad”, *Cahiers de défense sociale. Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, n. 37, 2011-2012
- Prieto Sanchís, L. “La filosofía penal de la Ilustración”, en De Asís Roig, R. (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Vol. 2. Tomo 2, Madrid, Dykinson.
- Polaino-Orts, M. “Beccaria y la pena de muerte”, en Hormazábal Malarée, H. (Coord.) *Estudios de derecho penal en memoria del profesor Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, 2011
- Rivera Beiras, I. *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.

Röder, K.D.A. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1876.

Robles Planas, R. *Limites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012.

Roxin, C. *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1976.

Silva Sánchez, J.M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Montevideo, Editorial B de f, 2010

Tomás y Valiente, F. *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969.