

## “LA CRISIS DEL “IDEAL RESOCIALIZADOR” Y EL ¿AHORA QUÉ?”

### Aproximación hacia una teoría del castigo como *equilibrio social*”

*“Sabía que era un ladrón. Pero la categoría en que se colocaba no le interesaba. Quizá la palabra ladrón no estuviera en consonancia con su estado interior. Existía otro y ése era el silencio circular entrando como un cilindro en la masa de su cráneo, de tal modo que lo dejaba sordo para todo aquello que no se relacionara con su desdicha.*

*Este círculo de silencio y de tinieblas interrumpía la continuidad de sus ideas, de forma que Erdoñaín no podía asociar, en el declive de su razonamiento, su hogar llamado casa con una institución designada con el nombre de cárcel.”*

*“Los Siete Locos” Roberto Arlt. La Biblioteca Argentina Serie Clásicos, Editorial Losada 2001.*

#### **I.- A modo de introducción**

Durante gran parte de nuestro siglo el término “rehabilitación” fue un elemento clave de la ideología oficial y de la retórica institucional que, ante los diversos grupos sociales, dio un sentido de propósito y justificación al procedimiento penal y un significado al castigo<sup>1</sup>. Nuestro sistema legal se apoya textualmente en esta teoría en consonancia con las normas fundamentales de derechos humanos y la teoría emergente de los precedentes del Máximo Tribunal del país que parecen querer recordarnos que el fin de la pena es la *resocialización*<sup>2</sup>.

Desde la mirada de la sociología del castigo, diría Durkheim que al observar nuestro sistema legal sería palmaria dicha conclusión<sup>3</sup> y que no caben dudas que la misma ciñe el pensamiento sociológico imperante en la coyuntura nacional, idea orientada a mantener el orden social.

Sin embargo no puede dejar de reconocerse que la realidad supera la previsión legal y que la actual coyuntura de la imposición de penas –en especial las penas de prisión-, su desarrollo y sus efectos *intra* y *extra muros*, nos conducen necesariamente a considerar otras variables a los fines de poder establecer o iniciar un análisis más ajustado a la realidad sobre las ideas imperantes en materia de castigo y establecer cuál es el fin que

---

<sup>1</sup> David Garland “*La Sociología del Castigo y el Castigo en nuestros días*” Siglo Veintiuno editores, página 21.

<sup>2</sup> En este sentido el artículo 1 de Ley Nacional de Ejecución Penal establece que “*la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*”, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que “*el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados*” y el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos impone que “*las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”, a lo que se suma la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tanto en el caso in re “*Dessy Gustavo s/ habeas corpus*” del 19/10/95 señaló que *no había dudas para el tribunal de que los propósitos de “readaptación” eran de la mayor importancia para los Estados, y que constituyen una de las principales finalidades que el legislador ha depositado en las instituciones carcelarias.*

<sup>3</sup> Recordaremos que el castigo para Durkheim era más que una cuestión relacionada con la pena, el castigo legal, restringiendo sus estudios del castigo al castigo como previsión normativa y ciñéndose a la lectura sociológica de las penas como contribución al orden social.

el mismo posee. Alejandro Slokar<sup>4</sup> en este sentido expresaba *“en este terreno no voy a ser portavoz de lo obvio: la pena de encierro no se edifica exclusivamente en el dato normativo que informa la relativa restricción a la libertad de circulación, ya que comprende una amplísima –y en mayor de las veces ilegítima- limitación de derechos..”*

Así pues este trabajo intentará abarcar las principales ideas que rodearon a las teorías emergentes de la *“crisis de la resocialización”*, previo repaso sobre las principales nociones que se han ido esbozando en materia de sociología del castigo, y acercar una conclusión que permita iniciar un abordaje hacia la actual posición sociológica sobre *“el qué”* y el *“para qué”* del castigo penal.

Como punto inicial diríamos que si bien se ha asociado la resocialización a la idea de *“positivismo criminológico”*<sup>5</sup>, al *“correccionalismo penal”* y al *“penitenciarismo estadounidense”*<sup>6</sup> también se lo ha reconocido como una *“herramienta poderosa para combatir las políticas penales y decisiones judiciales más represivas. Esto se observa particularmente desde el litigio, donde el andamiaje resocializador constituye una referencia obligada para la defensa de los derechos de los imputados”*.

Repasando las referencias de Zysman Quirós<sup>7</sup> relacionadas con la génesis de la *“crisis de la resocialización”*, se puede observar que hacia fines de la década del sesenta importantes informes oficiales como el de la *Task Force on Correction* (1967) en el marco de la *President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, habían concluido que *la resocialización de los delincuentes era uno de los objetivos más prometedores para prevenir la comisión de nuevos delitos, por lo que las falencias y violencias del sistema debían solucionarse con una firme adhesión a la resocialización como objetivo primordial e incluso las críticas más radicales reconocían la legitimidad de esta finalidad al denunciar al sistema, únicamente por el distanciamiento entre sus objetivos y sus prácticas*.

Señala el autor que, sin embargo, en el curso de menos de una década las expectativas sobre la efectividad de la resocialización resultaron rápidamente desacreditadas, arrastrando consigo la legitimidad del

---

<sup>4</sup> *“La Ley de los Sin Ley”*

<sup>5</sup> Elbert Carlos *“Manual Básico de Criminología”*, Ed. Eudeba, 5ta. Ed., pág. 46: *El positivismo está estrechamente ligado a la búsqueda metódica sustentada en lo experimental, rechazando nociones religiosas, morales, apriorísticas o conceptos abstractos, universales o absolutos. Lo que no fuese demostrable materialmente, por vía de experimentación reproducible, no podría ser científico.*

<sup>6</sup> Véase al respecto *“Justificación del Castigo e Inflación Penal”* correspondiente al paper presentado por el Dr. Diego Zysman Quirós en la Universidad de Palermo y su comentarios en *“La exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales como derivado del derecho a la resocialización de las personas privadas de libertad”* de Florencia Mariana Barrera Monografías, campo virtual Asociación Pensamiento Penal, citando a Zysman Quirós, Diego en *“Justificación del Castigo e inflación penal”*

<sup>7</sup> *“Sociología del Castigo, genealogía de la determinación de la pena”* Diego Zysman Quirós ediciones Didot pagina 232 y siguientes

sistema de penas indeterminadas<sup>8</sup> que conllevaron a plantear significativos cambios en las leyes de determinación de la pena, en orden a los programas de tratamiento durante la extensión completa de la condena impuesta<sup>9</sup>.

En este sentido se apreciaba así que la dudosa confianza y el descrédito sobre la resocialización implicaba que ésta, como enfoque del castigo, pasara a tener una posición marginal en los estudios teóricos y en el sistema de justicia penal, en razón del lugar que ocupaba como *principio hegemónico organizativo de las instituciones jurídico penales y penitenciarias*, lo que en citas del autor comentado llegó a considerarse incluso una verdadera *crisis de la modernidad penal misma*<sup>10</sup>.

## **II.- Un somero repaso por la historia de la sociología del castigo y las razones de la “crisis de la resocialización”.**

Bajo la premisa de que todas las teorías intentan responder cuál es la naturaleza y causa del castigo y que de dicha respuesta devendrá el enfoque sobre el que iniciar cualquier estudio, del abordaje de las cuestiones relacionadas con el castigo y la “*crisis de la resocialización*” recuerda Garland<sup>11</sup> que el análisis más conocido acerca del fracaso del castigo se encuentra en el trabajo de Michel Foucault, quien afirmaba que *la incapacidad del aparato penal ha sido, desde sus inicios, una característica permanente –y en última instancia funcional- del sistema penitenciario moderno*<sup>12</sup>, lo que no admite controversia; observando Garland así que “*el castigo parece no tener futuro, o por lo menos la perspectiva de un futuro diferente –y preferible- a lo que actualmente existe*”.<sup>13</sup>

Históricamente las principales perspectivas frente al castigo que se han planteado dentro de la sociología del castigo se ven representadas por la *tradición durkheimiana*, que hacía hincapié en las raíces

---

<sup>8</sup> Recuerda el autor la cita de Allen Francis, “*The Decline of the Rehabilitative Ideal*” en Von Hirsch, Andrewy Adrew Ashworth, Principled Sentencing, Readings On Theory & Policy, Hart, Oxford 1998 en tanto describió la crisis como una “crisis del ideal resocializador”.

<sup>9</sup> Citando el autor comentado a Garland “*The Culture..*” donde señala que los programas de resocialización continuaron operando en las cárceles, pero especialmente dirigidos a “individuos de alto riesgo” como los delincuentes sexuales, los adictos a las drogas drogas y los delincuentes considerados violentos.

<sup>10</sup> Citando a Garland en el opus citado.

<sup>11</sup> Obra citada.

<sup>12</sup> Quien recuerda el enfoque de Lawrence Stone quien calificara a las prisiones del siglo XX como “*instituciones rudimentarias*” que son “*incluso menos útiles para la conservación del sistema que le apéndice para un individuo*”

<sup>13</sup> Señala el autor comentado que por todo ello es que desde hace casi dos décadas, los encargados de las prisiones, de los casos de libertad condicional y de la administración penitenciaria se habían enfrascado en una búsqueda infructuosa de una “nueva filosofía” o una nueva “razón de ser” del castigo, donde se han visto obligados a reevaluar lo que hacen y a cuestionar los fundamentos que sustentan la justificación y el propósito de las sanciones penales, sin encontrar hasta ahora un conjunto apropiado de términos sobre los cuales reconstruir una identidad institucional.

morales y socio-psicológicas del castigo así como en los supuestos efectos de solidaridad; los *estudios marxistas* de Rusche y Kirchheimer, que destacaban el papel del castigo como un proceso de regulación económica y social basado en la división de clases; la perspectiva de *Michel Foucault*, que argumentaba que el castigo disciplinario actuaba como mecanismo de poder dentro de estrategias más amplias de dominación y sometimiento; y el *trabajo de Norbert Elías*, inspirador de otros como Spierenburg, que ubicaban al castigo dentro de un análisis propio del cambio cultural en la sensibilidad y la mentalidad social. Como explica Garland, las cuatro corrientes habían sobresalido en su búsqueda tenaz de un argumento explicativo, esforzándose por llevar tan lejos como fuera posible una forma de pensamiento<sup>14</sup>.

Sin embargo del devenir coyuntural de los años 70 en razón de variadas razones políticas y económicas produjeron el abandono de las prácticas penales que se habían implementado tras la Segunda Guerra Mundial<sup>15</sup>, en una realidad donde el delito no sólo no se había erradicado sino que incluso aumentaba, y donde el éxito de la penalidad del Estado de Bienestar no se traducía en la evitación de la reincidencia, o en la resocialización de los penados, o en una reducción del número de delitos, sino en la aceptación social de una forma distinta a la política de tratar determinados conflictos en forma oculta a la discusión pública.<sup>16</sup>

### III.- El fracasado modelo resocializador.

En líneas generales se ha considerado la existencia básica de dos modelos de resocialización: el *modelo de readaptación social*, basado en el respeto de la legalidad; y el *modelo resocializador*, que busca imponer una moral hegemónica en la persona del penado. Citando a José Daniel Cesano se dirá que “*básicamente son dos las posibilidades hermenéuticas en este sentido: la readaptación social que se define en función del respeto a la legalidad (programas de readaptación social mínimos) o bien se parte de reconocer que dicha finalidad no se satisface con el logro de una mera actitud exterior de respeto a la ley, sino que exige que el autor del delito se adapte a una determinada concepción de la vida social que el Estado debe imponer a través de la ejecución de la pena (programas de readaptación social máximos)*”<sup>17</sup>

Por su parte, Edgardo Rotman considera que la historia de la resocialización puede ser representada por cuatro modelos sucesivos: el *modelo penitenciario*, que tendría como elementos básicos al trabajo, la disciplina

---

<sup>14</sup> Del texto citado.

<sup>15</sup> Anitúa, “Historias de los pensamientos criminológicos”

<sup>16</sup> Del texto citado.

<sup>17</sup> Véase en extenso al respecto José Daniel Casano, Derecho Penitenciario: aproximación a sus fundamentos. Principios generales, axiología constitucional y fuentes. Ed Alveroni, Córdoba 2007, página 103

y la educación moral; el *terapéutico o médico*, sobre el que gira la mayor parte del debate actual sobre la resocialización; el modelo de *aprendizaje social*; y una concepción de la *resocialización orientado por los derechos de los presos*. Por esta razón afirma que por términos como “reforma”, “regeneración” y “corrección”, tanto como expresiones más modernas como “reentrada”, “reintegración social”, “reeducación” y “resocialización” –*rehabilitation*-; fueron usados para referirse a la misma idea.<sup>18</sup>

Los principales rebotes relacionados con la *crisis de la resocialización* se basaron pues en los cuestionamientos que surgieron a partir de la década del 70 a tales ideas, que tendían a la readaptación criticando a partir del fracaso del encierro como modelo básico de imposición de pena, cada una de las aristas que se habían construido en ese sentido.

El profesor Zysman Quirós aborda los principales puntos que centraron la crítica al modelo resocializador, extendiéndose en cada punto en la descripción de tales posiciones. Su abordaje<sup>19</sup> se refirió así a: los flancos y argumentos de crítica a la resocialización de mano de Rotman; las críticas políticas contra el “paradigma resocializador”; la crítica liberal y los experimentos de psicología social; los movimientos por los derechos civiles y las críticas al sistema penal; el control social y la afectación de los derechos fundamentales; la crisis de la criminología ortodoxa; la crítica conservadora; el lapidario *Nothing Works* -nada funciona- de Martinson; el *Justice Model* –modelo de justicia- y los cuestionamientos a las penas indeterminadas.

Así, recuerda el autor que a Rotman<sup>20</sup> se le atribuye uno de los trabajos especializados en la historia y conceptualización de la pena resocializadora en los Estados Unidos, sintetizando en cuatro amplias categorías las críticas basadas en:

- 1) los abusos perpetrados en el nombre de la resocialización, sustentados en terapias intrusivas o encarcelamientos excesivamente prolongados bajo la determinación de la pena discrecional basada en consideraciones resocializadoras;
- 2) la demanda de castigos más severos;
- 3) las teorías sociológicas e investigación; y
- 4) la alegada falta de efectividad de los programas resocializadores.

---

<sup>18</sup> Véase “Justificación del Castigo e Inflación Penal” Diego Zysman Quirós Universidad de Palermo, 7 de julio de 2010, donde se cita a su vez Rotman Edgardo “Beyond Punishment a New View Greenwood Press, 1990 entre otros.

<sup>19</sup> Que sirve de base a este análisis.

<sup>20</sup> Citado por Zysman Quirós en el opus indicado

De otra parte, en relación a los *cuestionamientos al dominio de los saberes criminológicos*, Foucault había llamado la atención sobre el poder de los expertos en la psiquiatría y en la justicia penal moderna donde existía una Justicia integrada por un “*ejercito entero de técnicos*” destinados a ejercer el poder disciplinario<sup>21</sup> y que de la mano de la *new penology* se había desarrollado una política penal sustentada en la noción de *patología y reforma individual*<sup>22</sup>

Explica, por otro lado, que los primeros albores de solución a la “*crisis de la resocialización*” vinieron de la mano del *control social*, en tanto entendida la realidad social como una fuerza casual que definía la distribución y explicación de la salud, la mortalidad, la educación, el empleo y que el delito que brindaba alternativas para su abordaje científico; y que desde la crítica en *términos políticos* se había atacado al ideal resocializador sobre la base del aumento de la tasa del delito en la última década y el fracaso preventivo de la reforma individual, la benevolencia injustificada con el delincuente y la discreción judicial y administrativa para conseguirlo<sup>23</sup>.

Desde otro punto de vista, el *pensamiento liberal y radical* centraba su crítica en los efectos de las prisiones y en la población carcelaria, cuestionándose que tras la *noción de tratamiento* se escondía la violencia y la discriminación, además del ilegítimo y peligroso avance del Estado en el control de las personas. En similar sentido la *crítica liberal y los experimentos de psicología social*, en total desconfianza sobre el poder penal del Estado, se basaba en que la resocialización había permitido abusos, la tergiversación de los fines declamados, una importante afectación a la población más vulnerable y un extendido control social.<sup>24</sup>

Por otro lado los *movimientos por los derechos civiles y las críticas al sistema penal*<sup>25</sup> se basaban dentro de movimientos más amplios por los derechos civiles en procesos internos en los que explotaba el debate

---

<sup>21</sup> Alude con ellos a los vigilantes, los médicos, los capellanes, los psiquiatras, los psicólogos y los educadores, que suplantaban la exclusividad del verdugo en la ejecución del castigo propia del Antiguo Régimen.

<sup>22</sup> Señalad que tal posición se había afianzado sólidamente en el sistema penal en el siglo XX, consolidándose el modelo médico o terapéutico como continuación del *reformismo moral* que incluso contribuyera a desarrollar todo un vocabulario penal ligado a la imagen de la medicina y la corrección de los individuos que en gran medida se mantiene hasta hoy –como el caso de los reformatorios, instituto y asociaciones correccionales, terapias, terapeutas y guardianes de prisión.

<sup>23</sup> Zysman Quirós obra citada página 238.

<sup>24</sup> Recuerda el autor que en 1868 Karl Menninger en “*The Crime of Punishment*” fue uno de los primeros en expresar esta desconfianza al afirmar “todos los delitos cometidos por los delincuentes encarcelados no igualan en daño total a todos los delitos cometidos contra ellos.” De allí trabajos como los de la psicología Social entre 1955 y 1970 sobre los efectos del poder de la ciencia y otras formas de autoridad, realizados por Stanley Milgram en “Obediencia a la Autoridad”, los trabajos de Ron Jones en “la Tercera Oleada”, de Phillip Zimbardo en la Universidad de Stanford que dio ocasión a la película “el Experimento”, como así también los trabajos de la criminología ortodoxa de Jessica Mitford y Martin John Barloe quienes no dudaron en comparar a las cárceles estadounidenses con la esclavitud y propusieron su abolición.

<sup>25</sup> Siguiendo el recuento de las principales posiciones frente a la resocialización, seguida por Zysman Quirós en la obra citada.

del racismo ancestral y los reclamos por la igualdad de los afroamericanos en razón de las profundas disparidades del sistema de justicia<sup>26</sup>.

En cuanto a las falencias de la resocialización, basadas en el *control social y la afectación de los derechos fundamentales*, las principales posiciones se basaron en las críticas que aún entre los simpatizantes de la resocialización existían sobre los parámetros evaluadores del progreso de los programas institucionales y donde se cuestionaba la adecuación o no de los internos a las técnicas de tratamiento en la cárcel como elementos apreciables para su libertad condicional<sup>27</sup>.

En este ámbito se ubican las enseñanzas de Foucault en "*Vigilar y Castigar*"<sup>28</sup> basadas en que los intentos de corregir a los condenados mostraría una poderosa extensión del poder estatal en el ámbito interior de los individuos a los que no solo se los castigaba en el cuerpo sino en el *control del alma*<sup>29</sup>, lo que luego derivara en considerar que bajo una justificación terapéutica, en algunos Estados se habían incorporado técnicas de "*modificación de comportamiento*"<sup>30</sup>.

Así también la *crisis de la criminología ortodoxa* de la década del 70 no estuvo ajena a este proceso, al consolidarse la redefinición de los valores del liberalismo progresista y profundizarse la crisis del Estado de Bienestar -welfare state- que llevó a reevaluar drásticamente la inversión de recursos materiales en el campo penal, surgiendo nuevas expresiones académicas de la sociología criminal y de la sociología de la desviación que nutrieron una mirada que terminó considerando al delito un producto de la privación biológica o social y de la patología.<sup>31-32</sup> Por otro lado, desde la *crítica conservadora* se propuso un abordaje realista del problema

---

<sup>26</sup> Señala el profesor Zysman Quirós que desde una visión aproximada Greemberg y Humphries describirían el contexto en el que se desarrollaron las críticas más intensas sobre el sistema de justicia penal y la pena indeterminada a partir del informe *Struggle for Justice* donde se resaltaba que uno de los objetivos del movimiento por los derechos civiles fue el tratamiento desigual y a veces brutal de los negros en manos de oficiales de la ley en el entendimiento de que el sistema de justicia penal era a veces usado para la represión política

<sup>27</sup> La cuestión fue catalogada como de los "falsos positivos" y los "falsos negativos" es decir estimaciones erradas sobre la posible reincidencia y el error de las decisiones que versaban sobre la liberación. Recuerda Zysman Quirós el caso de lo ocurrido después de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo *Baxtrom vs. Herold* donde después de la liberación o traslado a hospitales mentales de 967 pacientes psiquiátricos retenidos tras las revisiones producidas entre 1966 y 1979 por las cuales del total mencionado solo 21 volvieron a hospitales mentales, lo que demostró la sobreestimación de la peligrosidad de los mismos.

<sup>28</sup> Nadie olvidará los primeros párrafos de la obra, basados en la pena de muerte impuesta a *Damiens* quien fue condenado el 2 de marzo de 1757 a "*pública retracción ante la puerta principal de la Iglesia de Paris*" adonde debía ser "*llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camina, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano*"; después "*en dicha carreta, a la plaza Greve y sobre un caldoso que allí habrá sido levantado (deberán serle) ateneceadas las tejillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su manoderecha, asido en ésta el cuchillo con que cometiódicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes ateneceadas se le verter plomo con fuego de azufre, y sobre las partes ateneceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez, resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento*"

<sup>29</sup> Recuérdense las expresiones de G. de Mably, *De la Législation, Oeuvres completes*, 1789, T IX, p 326, citado por Foucault en la obra citada página 18.

<sup>30</sup> La *behavior modifiers* incluía drogas, terapia de electrochoques, esterilización, incluso psicocirugía y hasta la anectina intravenosa (succinylcolina), agente de bloqueo neuro-muscular usado en programas que intentaban relacionar conductas violentas con los efectos de la droga.

<sup>31</sup> Se sindicó aquí a Jock Young como uno de los más destacados exponentes de este período que ha otorgado a la crisis que proviene de esta crítica una proyección considerable que se extiende a toda la modernidad afirmando que "*la crisis de la criminología es la crisis de la*

criminal, identificándose con el conservadurismo y con los exponentes de los movimientos que reclamaban mayor rigor penal, bajo el lema de *“ley y orden”*<sup>33</sup>.

Cayeron también contra la resocialización las críticas del conocido informe *“Nothing Works”*<sup>34</sup>, cuyo desarrollo se había concentrado, específicamente en la reincidencia o reiteración delictiva, pues este podía considerarse como *“el fenómeno que refleja más directamente qué tan bien están llevando a cabo el objetivo resocializador los programas de tratamiento del presente”*<sup>35</sup>.

A partir de la pregunta *“Nada funciona?”*, Martinson<sup>36</sup> se contestaba: *“podría ser, por otro lado, que haya un efecto más radical en nuestras actuales estrategias que lo mejor de la educación, o lo mejor de la psicoterapia no puedan superar, o incluso reducir apreciablemente las poderosas tendencias de los infractores de continuar en el comportamiento delictivo”*, lo que fue considerado como una crítica a la propia teoría criminal basada en la patología individual y lo que llevó la propuesta de abolición de las cárceles y el desplazamientos del Estado hacia formas de menor intervención social y mayor penalidad.<sup>37</sup>

Finalmente las críticas basadas en el llamado *“modelo de justicia”* de autores de formación cultural diversa, opuestas al modelo médico o terapéutico, fue un programa de reforma muy influyente consolidado desde lo académico y en parte en el discurso de políticas penales oficiales de diversos territorios de los Estados Unidos, interpretado como un retorno a las viejas ideas, valores y filosofías de la Ilustración de los siglos

---

*modernidad”* donde *“los dos pilares del proyecto moderno, la razón y el progreso, el uso de la ley en el control y la adjudicación de los asuntos humanos y la intervención del gobierno para diseñar un orden social justo se tambalearon bajo el peso de sus propias inconsistencias y falta de efectividad.”*

<sup>32</sup> Véase Zysman Quirós página 248 y siguientes, obra citada.

<sup>33</sup> Lo que sería un pensamiento tradición frente al castigo donde imperaba el orden social, las instituciones establecidas, la protección al a víctima y la sociedad y la hostilidad hacia los delincuentes necesariamente ligados en su concepción a las clases bajas y a ciertos representantes de la raza negra.

Al respecto con cita en William Roth Jr. se caracteriza a esta época como *“durante demasiado tiempo, la ley ha centrado su atención en los derechos del delincuente defendido, no en la víctima o potencial víctima de delito. Es tiempo de que la ley se preocupe más de los derechos de la gente para cuya protección ella existe”*, recordando el profesor Zysman Quirós las palabras del entonces presidente Nixon en cuanto a que *“en la última década a los americanos les contaron, a menudo, que los delincuentes no eran responsables por sus delitos contra la sociedad, sino que la responsable era la sociedad. Yo desacuerdo totalmente con esa filosofía permisiva... La sociedad es culpable del delito sólo cuando fallamos en llevar al delincuente a la justicia...”*

<sup>34</sup> Publicado en Zysman Quirós Diego *“Nada funciona (“Nothing Works”) en el sistema penal? Recuerdos y reflexiones sobre el histórico artículo de Robert Martinson”* en el libro de AAVV Rivera Beiras, Silveira Bodelón y Recasens (Coords) Contornos y Pliegues del Derecho penal (homenaje a Roberto Bergalli) OSPDF de la UB Anthropos Barcelona 2006.

<sup>35</sup> El informe había permanecido por años oculto por perturbar los ánimos de los impulsores de los programas de resocialización, y que presentaba y analizaba los resultados de reiteración delictiva de 231 evaluaciones de programas de tratamiento resocializador dados a conocer en idioma inglés y escogidos por ser científicamente aceptables.

<sup>36</sup> Ver nota pagina 23 donde se menciona la obra de R. Martinson *“What works? Questions an adswers about prisión reform”* The public Interest nro. 35 1974

<sup>37</sup> Pese a las consecuencias que dicho informe generó entre otras –como efecto no esperado- sustentar la necesidad de pena de muerte en una sociedad en la cual la resocialización era un mito desacreditado científicamente –véase en este sentido a Zysman Quirós, en cita a distintos autores, entre ellos David Rose *“Evolution Of Britain’s jail revolution”* The Guardian, 5/5/2002; consecuencias que llevarán al propio Martinson a relativizar los efectos de su trabajo anterior en *“New Findings, New Views” a Note of Caution Regarding Sentencing Reform”* donde sostenía que algunos tratamientos tenían un efecto apreciable en la reiteración delictiva.

dieciocho y la primera parte del XIX como una recuperación del “*derecho penal clásico*” aunque basados en experiencias y una elaboración más reciente.

El profesor Zysman Quirós sintetiza las nociones de esta corriente en los estudios sobre 1) la proporcionalidad del castigo y el delito, 2) las penas determinadas, 3) las críticas a la discrecionalidad judicial y penitenciaria, 4) la disparidad en la determinación de las penas, 5) la sustancial reducción de las penas de prisión y la privación únicamente del derecho a la libertad y tratamiento resocializador como porción meramente de carácter voluntario, 6) y el afianzamiento de la noción del debido proceso penal (*due process*)<sup>38</sup>

#### **IV.- El día después del fin del ideal resocializador.**

Los planteos sucintamente detallados, abrirían nuevos discursos sobre el castigo. Se sumaría así también entre los cauces más importantes devenidos de la crisis de la resocialización, una visión radical consolidada en los años 80 que propuso directamente la *abolición del sistema penal*<sup>39</sup> y la búsqueda de una *nueva racionalidad*, capaz de sustituir la legitimación perdida<sup>40</sup>, observándose respecto de esta última las expresiones de las nuevas teorías de justificación de la pena como la *prevención especial positiva* (de Gunter Jakobs) y ,en el ámbito jurídico europeo o continental, la *posición retributiva del justo merecimiento* -Just Desert- (de Von Hirsch).

Así también se destacará la creciente atención prestada a la selección, cuantificación y aplicación de las penas en la conocida “*determinación de las penas*” o *Sentencing* que buscaría la justificación “externa” – filosófica o científica- del castigo -compensada con una mayor atención a un tipo de justificación “interna” es decir a la racionalidad, coherencia o consistencia en la aplicación de las penas<sup>41</sup>. De tal modo, la caída del ideal resocializados dio nacimiento al retribucionismo y los replanteos de la prevención general como parte de una explicación sistemática del derecho y la sociedad, movimientos basados en la maximización de la conducta

---

<sup>38</sup> Señala Zysman Quirós el contundente relato de George Jackson quien relató su experiencia de lucha en las páginas de Soledad Brother (en referencia a los “hermanos” negros, del pabellón donde pasaba sus días) libro de prosa impecable en el que se publicaron sus cartas, donde condenó los efectos de las injusticias de clase que había sufrido en prisión y que entendía se reflejaban en toda la sociedad. Pese a la levedad de su delito este hombre debió enfrentar dos veces al año, durante once meses, la expectativa de salir en libertad pero nunca fue liberado con el argumento de que no mostraba signos de resocialización. Jackson, finalmente predijo en sus cartas que el Estado nunca lo dejaría salir vivo de allí y murió en 1971 en un intento de escape abortado que fue tomado como inspiración del motín de Attica.

<sup>39</sup> Abolicionismo es el nombre que se dio, principalmente en Europa Occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical al sistema de justicia penal, y plantea su reemplazo. Cf. Stanley Choén, en *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 13.

<sup>40</sup> Véase “*La problemática de la determinación de la pena. Una mirada a la crisis del castigo penal en el fin del milenio*” Diego Zysman Quirós.

<sup>41</sup> En extenso, *Castigo y Determinación de las Penas en los Estados Unidos, Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines* Diego Zysman Quirós Marcial Pons 2013, donde se explica el proceso que en 1991 las U.S. Sentencing Guidelines (USSD) que entraron en vigor en 1997 explicando su interés relacionado con el vínculo existente entre el castigo legal y la determinación de la pena, o *sentencing*.

racional y la disuasión, estudios sobre incapacitación general y selectiva, o intentos más recientes de establecer una justicia restaurativa.<sup>42</sup>

Si bien según Garland en los últimos veinte años han surgido numerosas propuestas para un nuevo marco de política penal, las más importantes basadas en el “*modelo de justicia*” y en la concepción del encarcelamiento como un “*confinamiento humanitario*” donde la libertad condicional y supervisión se complementarían a modo de “ayuda” o “apoyo” más que como tratamiento; lo cierto es que la actual coyuntura bucea en mares de aguas inciertas e indeterminadas donde el clamor popular reclama el encierro y la realidad carcelaria revela su fracaso, surgiendo cuestionamientos sobre sus aspectos morales y de organización de las instituciones carcelarias<sup>43</sup>.

Anitúa<sup>44</sup> señala dentro de su estudio sobre los pensamientos criminológicos de finales del siglo XX las “justificaciones de la represión penal y la criminología actuarial” haciendo énfasis en el ocaso del ideal resocializador, a partir de la caída del estado de bienestar; las teorías de privatización del control<sup>45</sup>; las políticas de “ley y orden” y del “realismo penal duro”<sup>46</sup>, el “análisis económico del derecho”<sup>47</sup> y la prevención<sup>48</sup>; el derecho penal simbólico<sup>49</sup>; el modelo de justicia y la retribución<sup>50</sup> y el “actuarialismo” como gestión y evitación de riesgos en la sociedad excluyente “global”<sup>51</sup>.

---

<sup>42</sup> Véase “*Justificación del Castigo e Inflación Penal*” antes citado, donde también se señala que la crisis de la resocialización o como señalada el Dr. Zysman Quirós más apropiadamente desplazamiento, del ideal resocializador tuvieron en distintos países distintas reacciones: en Alemania el proyecto 1962 y el Proyecto alternativo de 1966 volvieron a priorizar la retribución y elevaron el principio de determinación de la pena, sin abdicar de la suspensión y la libertad condicional. En España la resocialización se integraba como finalidad principal en la Constitución de 1978 frente al castigo retributivo de la dictadura franquista. En EEUU entre otros países anglosajones el alejamiento hizo indiscutido a mediados de los años 70 a partir de la ley del Estado de California de 1976 y los procesos de reforma de las sentencias guidelines de Minnesota de 1978 muchos otros estados y el sistema federal de 1984.

<sup>43</sup> En “*Justificación del Castigo e Inflación Penal*” citado, Zysman Quirós explica que desde hace algunos años la voz del “populismo punitivo” se ha utilizado exitosamente para dar cuenta de los discursos de rigor penal que no se someten a las reglas “científicas” en base a las cuales las leyes o academias autorizan la severidad. De hecho muchas de las reformas de 2004 conocidas como reforma *Blumberg* epítome de la anti-codificación y la inflación penal argentina atacaron específicamente aunque de manera desarticulada, y sin conciencia clara, instituciones centenarias como las características anteriormente que estaban indisolublemente unidas al discurso resocializador.

<sup>44</sup> “*Historias de los pensamientos criminológicos*”, con prólogo de Zaffaroni, edición 2005, reimpresión 2010

<sup>45</sup> Recuerda el autor que Hirschi se planteaba el porqué del comportamiento no desviado, el de los no delincuentes, para esbozar su teoría de control que sostenía que la evitación de la delincuencia estaba en crear un entorno afectivo que pudiera proporcionar a los jóvenes un ambiente no delincuente y que llevaría a la “privatización” del manejo de las prisiones y consecuentemente a los negocios que conformaran un verdadero “complejo industrial penitenciario”

<sup>46</sup> Que expresaba que debía acabarse con el dominio de los expertos especialmente blandos con los delincuentes, señalando Anitúa la obra de James Wilson de 1975 “*Pensando sobre el delito*” como contrapunto de la criminología crítica.

<sup>47</sup> Donde la “utilidad esperada” sería el teorema básico de la teoría económica neoliberal por la cual el aumento del coste de una actividad determinada en relación con otras alternativas provoca un cambio hacia alternativas más baratas.

<sup>48</sup> Como prevención general.

<sup>49</sup> Donde la pena como prevención especial positiva se conformaría como un mecanismo simbólico que fortalece la conciencia jurídica y contiene mediante actuaciones psicológicas profundas, la reacción social que supuestamente podría ser más grave merced a la indignación generada por el hecho delictivo. Dichas teorías tuvieron como principales expositores a Jakobs, Roxin, entre otros.

<sup>50</sup> Tratándose de la justificación del castigo mirando al pasado, como un merecimiento moral.

<sup>51</sup> Señala el autor que con el abandono de los intentos por legitimar la pena y con la resignación en la búsqueda de causas que no brindarían una utilidad inmediata, se verificaría la aparición de una “ideología desideologizada” en gran parte por los funcionarios del sistema penal que no pretender ir más allá de sus objetivos sistemáticos; lo que fue llamado en los años 80 como “criminología administrativa” a dichas prácticas de funcionarios de prisiones, policías y jueces que se limitaban a cumplir con lo que se pretendía de ellos y evitaban los desórdenes muy llamativos.

Las posiciones adecuadas o garantes de un estudio próspero en materia de castigo no aparecen con claridad, revelándose en el contexto vigente como una situación donde el aumento exponencial de personas privadas de la libertad y los índices de reincidencia en el delito demuestran el fracaso del castigo como se ha instaurado.

No puedo dejar de observar que a partir de lo que Foucault en *“Vigilar y Castigar”* consideró como *“el inicio de la era del encierro”*, se han repetido justificaciones al encarcelamiento penal reeditando fórmulas del pasado adaptadas a las nuevas coyunturas. Así lo que en su momento se consideró como propio del *“enseñar al alma”* pasaría luego a sembrar las bases del modelo resocializador, para, luego de su ocaso, volver hoy a lo que se conoce como retribucionismo que no es más que una forma moderna del castigo talionario.

Repasa Anitúa las expresiones de Loic Wacquant quien había propuesto que el escenario actual presenta una asimilación entre la prisión y un gueto, lo que ilustraba a la perfección el carácter excluyente y selectivo del sistema penal dentro del Estado neoliberal. *“Presos, pobres y demás componentes del círculo “vicioso” ayudan a crear una clase de “no personas”<sup>52</sup> “donde no es casual que los campos de refugiados y los centros de internamiento se parezcan tanto a las cárceles y estas, en definitiva, a los campos de concentración”*.

En similar razonamiento Zaffaroni<sup>53</sup> sostiene que *“.. sin duda, la única verdad es la realidad, y la única realidad en la cuestión criminal son los muertos”* para explicar luego el surgimiento del poder punitivo y la violencia estatal, apareciendo en escena cuando se reemplaza al verdadero lesionado, de modo de lo punitivo no resuelve el conflicto sino que lo cuelga, como una prenda que se seca del lavarropas y se tiende en la soga hasta que se seque” y donde la coerción deja de reparar y el poder punitivo toma como fin otras metas ya sea reforma, castigar, etc.

En este sentido, nos recuerda Garland, que los actuales defensores del *“modelo de justicia”* o de la *“prevención general”* reviven el discurso liberal en cuanto al derecho a castigar, los límites al poder del Estado, la responsabilidad y dignidad del delincuente, la naturaleza del delito y la descripción de la naturaleza humana entre otros, resaltando asimismo el papel de la víctima y la responsabilidad de la comunidad en motivar o evitar la delincuencia, destacándose también los argumentos morales que sostienen que las medidas punitivas –en oposición a las correctivas- como una forma adecuada y defendible de reacción ante el delito.

---

<sup>52</sup> De la obra citada.

<sup>53</sup> Se cita aquí parte de *“La Cuestión Criminal”*

Lo cierto es que los discursos sobre el fundamento o finalidad de la pena, con sus diferencias, no son sino expresiones de racionalidades<sup>54</sup> sobre el castigo más que presupuestos propios sobre el delito, el infractor o delincuente, el papel de la sociedad o la respuesta estatal, lo que indudablemente debería incluir el debate proclive hacia los nuevos albores de la criminología del castigo.

Al analizar los avances de la sociología del castigo que han transcurrido de la mano de los avances socioeconómicos registrados por lo menos en occidente, desde que Durkheim viera al mismo como reflejo de la venganza social hasta los actuales “modelos de justicia” y de prevención general, pasando por la férrea posición de Foucault sobre la asimilación del castigo con el poder estatal y las concepciones sociológicas esbozadas sobre el tema, no puede menos que aceptarse el legado de una errática inquietud que no logra responder –al menos a partir del análisis descriptivo e histórico realizado- qué es el castigo y las razones de su imposición, pese a reconocer que las respuestas a tales interrogantes devienen fundamentales a la hora de poder determinar las bases de una construcción plausible y efectiva sobre el castigo y las penas.

Cierto es que las ideas resocializadoras procuraron entreabrir esperanzadoras puertas a una perspectiva que intentaba brindar respuestas y hasta quizás otorgar alguna finalidad que justificara las aflicciones irrogadas en el cuerpo o en “el alma” de las personas sometidas a castigo, dar alivio a las expectativas populares inspiradas en la indignación y la venganza<sup>55</sup> y a reparar de alguna medida los sentimientos de las víctimas o su entorno quebrado por las consecuencias del delito.

Sin embargo los negativos resultados y las críticas sufridas sobre la resocialización que ya lleva más de cuarenta años de prueba-error, pese a la persistencia normativa sobre la materia, reconducen necesariamente a otras perspectivas.

Ahora bien, la mirada retrospectiva y los vaivenes apuntados permite formular una nueva posición generada desde un punto en común a todas las teorías que se han desarrollado y que parte de la base de que para todas ellas, para todas las realidades, en todos los momentos históricos, y en todas las circunstancias el castigo como tal, del hombre sobre el hombre<sup>56</sup> existe y parece ser *insuplantable*.

---

<sup>54</sup> Sin perjuicio de repararse en las nociones de Foucault sobre el peligro de la *racionalización* dado el valor absoluto de la razón o en un progreso general de la racionalidad o en la distinción entre formas racionales o irracionales, desde cuyo punto de vista la racionalidad es tomada de forma relativa e instrumental, como sistema de pensamiento a veces como finalidad o mas precisamente como modos de organización los medios para un determinado fin. Citas de Zysman Quirós en *Castigo y Determinación de la pena en los Estados Unidos*.

<sup>55</sup> Propia de la condición humana

<sup>56</sup> Cualesquiera fuera la posición del primero y la condición del último.

Aun desde el punto de vista del derecho penal de mínima intervención y del control de la coerción estatal que plantea Zaffaroni en su conocida discusión con Nino<sup>57</sup>; no puedo más que reflexionar que pese a la vaguedad de respuestas perennes a lo largo de la historia que hayan brindado una explicación suficiente en torno al castigo y un adecuado sistema de sanción penal, una conclusión históricamente irrefutable devendría de considerar que *el castigo es necesario en y para la sociedad*.

El punto central que une como círculos concéntricos a todas las posiciones sociológicas señaladas parecen siquiera contemplar una posición contraria como si no pudiera concebirse una sociedad sin castigo, por lo no queda más que admitir que el castigo es una de las formas de mantener el equilibrio dentro de una sociedad, ante el quiebre producido por una conducta delictual.

En esta línea es de recordar las consideraciones sostenidas por George P. Fletcher que consideraba que los *delitos generan desigualdades, es decir un desequilibrio entre el delincuente y la víctima, donde el delito violento es una fuente de dominación que la sanción penal tiende a neutralizar*<sup>58</sup> y donde el castigo tiende a subsanar dicho desequilibrio.

En esa línea la reacción estatal frente al delito deviene necesaria, cualesquiera fuera ésta, porque la impunidad aseguraría el dominio sostenido del trasgresor y generaría en la víctima directa y en quien se identifica con ella un sentimiento de discriminación cuanto no de aversión hacia el estado y la sociedad misma que lo ha colocado en esa condición sin protección<sup>59</sup>.

Puede entonces concluirse que una *teoría sobre el castigo como equilibrio social* parecería ser la mejor respuesta plausible y sostenible que devendría ajustada a la realidad ontológica sobre el mismo, donde la *forma* que adopta, ha adoptado<sup>60</sup> o debería adoptar devendría de la distinta realidades histórico-cultural sobre la reposa pero no desnaturalizaría su esencia que pero que en toda medida reconociera que una forma humana de

---

<sup>57</sup> Véase al respecto “Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni, publicado originalmente en “No Hay Derecho”, II, 4(1991) pp 4-8; II, 5 (1992), pp 5-8 y III,8 (1993), pp. 25-26-. Donde tales autores discutían sobre estas nociones y giraban en derredor por un lado del carácter preventivo general o especial de la pena y las críticas a una posición abolicionista, y por el otro sobre las diferencias entre pena, coacción directa y sanción reparadora, el efecto tranquilizador o sedativo (normalizador) de la misma y los posibles efectos disuasorios de algunas sanciones, en un derecho penal de mínima intervención.

<sup>58</sup> George P. Fletcher, *Basic Concepts of legal Thoughts*, 1996 Oxford.

<sup>59</sup> Fletcher cuya posición pareciera ser de corte retribucionista –basándose en Kant- entendía que la esencia de la concepción de la función igualadora de la sanción pena residiría en el hecho de que esta se comunica con una dosis de solidaridad institucional con la víctima “al reducir al mismo autor a la posición de la víctima” concibiendo al castigo como una institución que igualaba al autor y a la víctima imponiendo sobre aquél –aunque sea simbólicamente- una pena equivalente al sufrimiento que ha causado.

<sup>60</sup> Recordándose cómo el castigo ha fluctuado según la evolución del hombre entre aquellas medioevales aflicciones infligidas a *Damiens* a las actuales consideraciones sobre la mínima intervención estatal, las penas alternativas a la prisión, la mediación penal y la sanción reparadora

mantenerse en sociedad parte de la base de que frente al caos que se genera ante un desvío conductual solo podría recomponerse el *status quo* y mantener una pacífica cohesión social, ante la imposición de un castigo, en cualquiera de sus formas.

Finalmente aceptar al castigo como una forma de lograr un equilibrio social y al Estado como un necesario moderador de dicho equilibrio cuando no observador de su solución, permitirá incorporar a la discusión sobre los adecuados mecanismos y alcances de imposición, a todos los sectores de dicha sociedad, sin soslayar a las víctimas, a los victimarios y a los intereses sociales colectivos, a los académicos y los técnicos y a los juristas y los sociólogos, adecuando la realidad del castigo dentro de una sostenible Política de Estado que erradicara, o intentara erradicar la actual inutilidad de la prisión y sus nefastas consecuencias *intra* y *extra* muros.

María Alejandra Provítola.-

## BIBLIOGRAFIA

ANITUA, Gabriel Ignacio “*Historias de los pensamientos Criminológicos*” prólogo de E. Raúl Zaffaroni, Editores del Puerto edición 2005 reimpresión 2010.

ELBERT, Carlos Alberto “*Manual Básico de Criminología*” Eudeba, quinta edición corregida y ampliada.

FOUCAULT, Michel “*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*” Librería Los Libros Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A. 2002.

FLETCHER, George, “*Basic Concepts of Legal Thoughts*”, 1996 Oxford

GARLAND, David, *“Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social”* Siglo Veintiuno Editores, primera edición 1999.

SLOKAR, Alejandro, *“La ley de los sin ley”*, Síntesis de la disertación pronunciada en el curso de posgrado “Ejecución de la Pena Privativa de Libertad en Argentina” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, ciclo 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *“La Cuestión Criminal”*, editorial Planeta, 2013

ZYSMAN QUIRÓS, Diego *“Sociología del castigo, Genealogía de la determinación de la pena”* Ediciones Didot, primera edición, 2012.

*“Sistemas penal comparados y determinación de la pena de Europa”* Artículo reelaborado en razón de un texto publicado como parte de la obra “Sociología del Castigo”.

*“Castigo y Determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre la United States Sentencing Guidelines”*, Marcial Pons 2013

*“Justificación del Castigo e Inflación Penal”*, paper presentado en la Universidad de Palermo el 7 de julio de 2010.

*“La problemática de la determinación de la pena. Una mirada a la crisis del castigo penal en el fin del milenio”* ponencia.

Comentario del autor a *“The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society”*; The University of Chicago Press/Oxford University Press, 2001, 307 pp.