

# El fin resocializador de la pena

## Brasil, Argentina y Derechos Humanos

Diego Renoldi Quaresma de Oliveira<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- Teorías de la Pena; III.- El escenario contemporáneo; IV.- Fin resocializador de la pena dentro de la concepción preventiva; V.- Conclusión; VI.- Referencias

**RESUMEN:** Este ensayo se propone describir y analizar el instituto de la resocialización y la reinserción social de la persona condenada en la sociedad. Por lo tanto, se hará un examen de los fines de la pena y su ejecución de acuerdo con la moderna concepción de pena y su edificación adoptada en los textos constitucionales de Brasil y Argentina, en las normas de derechos humanos y la incorporación de las convenciones internacionales en estos países. Ya que no pueden plantearse aquí grandes problemas, este trabajo pasa rápidamente revista de esas cuestiones porque cada uno de los temas exigen dedicación monográfica, y mi objetivo es dejar una constancia clara de las consecuencias del criterio de resocialización y sus implicaciones de carácter práctico.

**PALABRAS CLAVE:** Teorías de la pena; Brasil; Argentina; Sistema de Justicia Criminal; Resocialización.

---

<sup>1</sup> Abogado penalista en la provincia de São Paulo, Brasil. Especialista en Sociología. Maestrando en Derecho Penal (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina). Correo electrónico: [diegorenoldi@adv.oabsp.org.br](mailto:diegorenoldi@adv.oabsp.org.br)

## I.- Introducción

La primera pregunta que debe responder quien se dedica al estudio del derecho criminal es cuál es la fundamentación de la pena privativa de libertad y de la internación psiquiátrica. No debe olvidarse, sin embargo, que la pena privativa de libertad y la internación psiquiátrica son creaciones relativamente modernas, y sin duda constituyen un grande avance ante las antiguas sanciones crueles y sumamente degradantes de la persona humana.

Así, se trata saber ante la producción del delito, y la aplicación de la pena, la medida de seguridad o de internamiento (en aquellos casos en los que el autor del delito es inculpable, pero peligroso), cuál es la razón, motivo o fundamento para aplicarlas y qué fin se persigue al hacerlas para fundamentar el ejercicio del *jus puniendi*.

Ellos son los problemas que durante muchos años ha ocupado el derecho criminal, con el sentido y fin de la pena, que es el principal instrumento que dispone el Estado como reacción frente al delito. A parte de estas explicaciones, lo que importa es asumir la función del derecho criminal como instrumento de restricción de derechos que las agencias ejecutivas del poder punitivo imponen a la persona humana criminalmente culpable por un hecho legalmente punible.

## II.- Teorías de la pena

A este respecto, dentro de esta distinción sobre los fines de la pena, tradicionalmente se conceptúan *teorías de la pena* y la conocida *lucha de escuelas*.<sup>2</sup>

Las *teorías absolutas* de la pena, también llamadas de *escuela clásica de la pena*, son las que establecen el concepto que los fines de la pena sirven de retribución (teoría de la retribución), de castigo a la persona por el daño que causó y ven el hombre como fin y no como medio de algo (p. ej. resocialización)<sup>3</sup>. Significa lo siguiente: el sujeto individual es responsable por el mal causado y la pena estatal es la respuesta

---

<sup>2</sup> Cuyos protagonistas principales se separaban en defensores de la teoría de la retribución y los defensores de la prevención especial de la pena por otra parte.

<sup>3</sup> HEGEL, Friedrich W. G. *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*. Traducción y prólogo de Juan Luis Vermal. Edhasa, Madrid, 1999, p. 185-186; HEGEL, Friedrich W. G. *Princípios da filosofia do direito*; tradução Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. São Paulo. Ícone, 1997, §100.

a esta maldad<sup>4</sup>, así, en esto se agota y termina la función de la pena<sup>5</sup>. Como señala EDGARDO DONNA<sup>6</sup>: “se llama de teoría absoluta porque se fundamenta independiente de cualquier fin; su razón de ser es solamente el hecho sucedido y su demanda de compensación”. Es lo que decía desde punto de vista FRIEDRICH HEGEL en su obra *Principios de la filosofía del derecho*, al definir que la pena es la afirmación, el restablecimiento del derecho, como lógica de su restauración<sup>7</sup> o la ley penal como un *imperativo categórico*, que se impone al ciudadano solo porque ha delinquido, no sirviéndole como fomentación del bien o protección de la sociedad, como expresaba KANT<sup>8</sup>.

Puede decirse que el punto de partida de estos autores es que toda concepción preventiva para fundamentar el ejercicio del poder punitivo es incompatible con la dignidad humana. Por eso, la pena no puede ser instrumento de motivación para nadie. En realidad, la idea de restablecer el derecho con la pena es vulnerable, pues la pena no borra el mal causado por el delito, pero es fácil entrever que realmente añade un segundo mal.

Sin embargo, como sostiene ESTEBAN RIGHI<sup>9</sup>, nunca fue indiscutible que KANT y HEGEL desarrollaran una auténtica teoría absoluta, pues como ubicaran al respecto a la dignidad humana<sup>10</sup> como punto central de la fundamentación de sus teorías de la pena, pautaran a través de la dignidad de los destinatarios de la pena, na finalidad.

En este caso, la teoría de la retribución predica que lo que legitima el ejercicio del *jus puniendi* es la realización del ideal de justicia, criterio que consiste en considerar que la culpabilidad del autor es lo que permite fundamentar el derecho subjetivo del Estado a imponer una pena<sup>11</sup>. De una manera simple: la teoría de la retribución considera que la pena es justa cuando mantiene, además de la interdependencia entre delito y pena, pautas de proporcionalidad con el delito –

---

<sup>4</sup> DONNA. Edgardo Alberto. *Persona y derecho*. 1ª ed. revisada. – Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2019, p. 42.

<sup>5</sup> CONDE. Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 4ª reimpression. Colección Maestros del Derecho Penal, n° 3. Buenos Aires. Editorial IB de F, 2017, p. 30-31.

<sup>6</sup> DONNA. Edgardo Alberto. *Persona y derecho*, ob. cit., p. 45.

<sup>7</sup> HEGEL, Friedrich W. G. *Princípios da filosofia do direito*, ob. cit., §99.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*; tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo. Edipro, 3.ed. 2017, §E.

<sup>9</sup> RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. 3. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2018, p. 61.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*, ob. cit., §38.

<sup>11</sup> RIGHI, Esteban. *Derecho penal*, ob. cit., p. 34-35.

valoración de la cantidad de culpabilidad del autor del hecho – esto es, permitió así reconocer a la culpabilidad como un presupuesto de la pena. Como ejemplo del criterio retributivo: como tuvo menos posibilidades de motivación quien mató en un estado de emoción violenta, debe ser menos punible que el autor de un homicidio simple.

Para los adeptos de las *teorías relativas* el fin de la pena trae una carga utilitaria, descartando una visión idealista adoptada por la teoría de la retribución, es decir, la pena, para la versión clásica de la *teoría de la prevención general* planteada por PAUL JOHANN. ANSELM. V. FEUERBACH, sería para prevenir la sociedad, al conocer la coerción penal, cometan delitos en el futuro (*prevención general negativa*), llamada "teoría psicológica de la coacción".

Concretando, *grosso modo*, los problemas centrales de esta teoría son no saber el límite de intimidación que el Estado puede adoptar. A modo de ejemplo: penas no proporcionales para hechos no graves. Saber el real efecto preventivo general, ante la constatación de que todo delito es una negación, fracaso de este criterio de amenaza psicológica de la pena y la instrumentalización de la persona, castigada por su comportamiento y no por lo que hizo. A parte de estas explicaciones, CLAUD ROXIN sostiene que esta doctrina busca prevenir el delito mediante la institución de normas penales, constituyendo fundamentalmente una teoría de la amenaza penal: “[p]ero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza.”<sup>12</sup>

Además de FEUERBACH, dichas tendencias se han manifestado particularmente mediante BECCARIA y su obra de 1764 titulada *Dei delitti e delle pene* y la originalidad del marqués de BECCARIA consistió en concebir el fin de la pena práctico y verificable como coacción psicológica en el ciudadano y la sociedad (*prevención general negativa, disuasoria*)<sup>13</sup>.

Dentro de las teorías de la prevención, se debe insertar la *teoría de la prevención especial*, que incluye diversas corrientes originarias como la escuela de Alemania y la

---

<sup>12</sup> ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Reus, Madrid, 1999, p. 90.

<sup>13</sup> Cfr. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo. Hunter Books, 2012, p. 37.

escuela positivista italiana y la escuela de defensa social<sup>14</sup> – aquí para enumerar las principales. De acuerdo con este punto de vista, con formulación originaria de prevención especial negativa, la pena pública encuentra fundamento en la necesidad de prevenir la reincidencia del mismo autor.<sup>15</sup>

Cuando FRANZ VON LISZT lanza a finales del siglo XIX su *Programa de Marburgo*, la idea dominante era que la pena había de ser exclusivamente retributiva y que la justicia de la pena radicaba en su naturaleza ética. En efecto VON LISZT, principal exponente de la teoría de la prevención especial, afirma que la ética no justifica ni fundamenta la pena. No cabe duda que, para VON LISZT, la pena justa es la que mejor proteja los bienes jurídicos y tiene carácter de coacción, corrección, intimidación y neutralización por ser dirigida contra la voluntad de la persona que práctico el delito. Cada una de ellas deben corresponder a una categoría de delincuente, usando las palabras del autor.<sup>16</sup>

Así explica el clásico penalista:

“La pena se pone al servicio de la protección de los bienes jurídicos. No conozco ejemplo más concreto ni momento a la vez más importante e influyente de esta adecuación, que la lucha que debo sostener el ordenamiento jurídico medieval alemán contra los picaros, estafadores y rufianes, que se transformaban proteicamente al mismo tiempo que mantenían inalterable su núcleo antisocial. Precisamente, por ello la historia del Derecho penal es la historia de los intereses que la humanidad eleva a bienes jurídicos, y el Derecho penal de un determinado período, el balance de su <<debe’ y <<, haber>> sociales”.<sup>17</sup>

Así, la concepción de VON LISZT de la pena constituye como instituto necesario para la protección a los bienes jurídicos y la pena es justa, solamente cuando es necesaria para la protección de bienes jurídicos tutelados por el derecho

---

<sup>14</sup> Según SOLER, Sebastián in: *Exposición crítica de la teoría del estado peligroso*. Santiago. Ediciones Olenjnik, 2018, p. 28-29, señala que “para los adeptos de la defensa social como principio supremo del Código Penal, al aplicar la sanción al delincuente no lo castiga en pago de lo que ha hecho sino que toma en cuenta lo que es y mira sobre todo lo que hará, y esa obligación de vigilancia y de defensa existe tanto después como antes del crimen; éste solo reclama mayor urgencia en la intervención del estado.”

<sup>15</sup> Cfr. RIGHI, Esteban. *Derecho penal*, ob. cit., p. 43.

<sup>16</sup> Cfr. LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*, ob. cit., p. 68 y ss.

<sup>17</sup> LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Traducción de Enrique Aimone Gobson. Ediciones Olejnik. Santiago, 2020, p. 54.

(p. ej. la vida, el honor etc.), “*Así como la pena jurídica nació como autolimitación del poder estatal por la objetivación, llega a su máxima perfección por la perfección de la objetivación. La completa vinculación del poder estatal a la idea de fin es el ideal de la justicia punitiva.*”<sup>18</sup>

Para este autor, las teorías absolutas de la pena solo tienen lugar en un terreno metafísico, prohibido por la ciencia<sup>19</sup>. La peligrosa concepción de peligrosidad o de estado peligroso del autor se contextualiza a través de la influencia por los partidarios de la prevención especial. Es decir, la tipicidad no puede ser un manto que envuelva una masa amorfa de personas que no practicaran un delito, pero que al plantearse el estado peligroso en el campo de la defensa social, una generalización absoluta<sup>20</sup> al construir categorías de autor para servir de base al sistema.

Otra importante escuela tradicional es la *teoría de la unión*. Sus adeptos consideran que la pena tiene más de un fin. Posé un criterio pluridimensional que es reprimir y prevenir (*teorías mixtas, teoría de la unión o teoría*)<sup>21</sup>. Es, por así decirlo, una combinación de los criterios que expuso hasta ahora. Generalmente, el fin de la pena para la teoría de la unión, no posé un carácter de retribución, pero, también, tiene fines preventivos, generales y especiales. Por tanto, consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general simultáneamente.

Naturalmente, debe tenerse en cuenta que la cuestión de las *teorías de la pena* está en un planteamiento dialéctico ideal (*deber ser*), es decir, ninguna de las teorías trata de la realidad social (*ser*), de las desviaciones abarcadas por el derecho penal ejercido al margen de la ley como tortura, victimizaciones por el derecho penal subterráneo, ejecuciones sin proceso, o sea, penas ilícitas ejercidas por el poder punitivo.

HANS WELZEL identificaba que, en la práctica, no basta interpretar el sentido de la pena como el mal merecido por la infracción culpable, cuando la ejecución de este mal aumentará la maldad del condenado y su antisociabilidad.<sup>22</sup> En efecto, la

<sup>18</sup> LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Traducción de Enrique Aimone Gibson. Ediciones Olejnik. Santiago, 2020, p. 65.

<sup>19</sup> Cfr. LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*, ob. cit., p. 57 y ss.

<sup>20</sup> SOLER, Sebastián. *Exposición crítica de la teoría del estado peligroso*, ob. cit., p. 98-99.

<sup>21</sup> FONT, Montserrat Andrea. *Guía de estudio de penal parte general, enfoque finalista*. 19. ed. Cuidad Autónoma de Buenos Aires. Estudio, 2019, p. 50.

<sup>22</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. 4. ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1993, p. 287. Y en otro pasaje, arremata el autor: “[a]mbas, penas y medida de

pena se justifica como retribución según la medida de la culpabilidad (conocimiento y voluntad libre).

### **III.- El escenario contemporáneo**

Pensamos superada la concepción de la teoría de absoluta de la retribución pura y simple como castigo y a pesar de las críticas, no se puede negar que la teoría retributiva formuló una perspectiva muy importante: el autor de un delito no debe dejar de ser considerado persona.

Generalizando casi nadie mantiene la posición de que la pena tiene fines puramente retributivos<sup>23</sup>. Claro que, a nuestro juicio, la retribución es esencia de la pena, pero, además, la sanción penal sirve no solo para proteger la sociedad (intervención necesaria del Estado) como sirve (o debería servir, al menos) dentro de una concepción más moderna, contemporánea, de instrumento para la resocialización y la reinserción social de la persona sometida a la sanción penal (prevención especial positiva), desde una perspectiva de respecto a la idea del Estado de Derecho. Así se expresa GOSSEL:

"A todas las sanciones jurídico-penales corresponde el carácter de retributivas en la medida en que representan el hecho, una respuesta al delito y con ello se resuelve al mismo tiempo que una retribución así entendida que no puede ser ya más considerada como fin de las sanciones jurídico-penales, ya que con estas sanciones no puede ser alcanzado en el futuro algo distinto a lo que ellas ya son en esencia".<sup>24</sup>

Creemos claro que las teorías absolutas no enfrentan el problema más básico, por cuestiones de política-criminal o de interés público, ni siempre se requerirá la aplicación de una pena o medida de internación, hay que vincular la pena a la realización de fines y reconocer la importancia de los objetivos político-criminales. Lo mismo pasa con las pautas exageradas de prevención especial que confunden el rigor de la pena de su eficacia disuasoria. Recordando a ESTEBAN RIGHI, "*cuando se estimula la práctica del terror penal, la experiencia demuestra que se generan procesos de*

---

*seguridad, implican (preponderantemente) una privación de libertad; en todo caso, en ambas esta privación debe procurar la resocialización del preso.*"

<sup>23</sup> ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Reus, Madrid, 1999, p. 44.

<sup>24</sup> Gossel, *Esencia y fundamentación, en "Estudios jurídicos sobre la reforma penal"*, p. 79, *apud* DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena 1. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. 2. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires, Editorial Astrea

*retroalimentación entre represión y delincuencia, pues la pena alta acostumbra e insensibiliza al conjunto de la sociedad.*<sup>25</sup>

En este sentido correctamente sostiene: “*Las normas penales pueden cumplir una función coadyuvante en el cumplimiento de objetivos político criminales, razonablemente limitados a mantener los índices de criminalidad dentro de márgenes tolerables.*”<sup>26</sup>

Además, las teorías especiales tienen como grave defecto la consecuencia de retener al condenado el tiempo necesario para su resocialización, introduciendo una condena con pena de duración indeterminada hasta lograr la resocialización, no importando la gravedad del delito, hasta el cambio de personalidad del ciudadano.<sup>27</sup>

Desde esta perspectiva, con esfuerzo ha demostrado CLAUS ROXIN, la tesis de la pena como simple retribución (*teoría absoluta*) es insustentable cuando plantea la cuestión acerca de la incompatibilidad con las bases teóricas de una democracia. ROXIN identifica que:

“En tanto se haga derivar el poder estatal de la autoridad divina, no habrá más remedio, si se quiere ser consecuente, que contemplar al juez como ejecutor terrenal de un Tribunal divino y considerar su sentencia como compensación de la culpabilidad y restablecimiento de la justicia. Pero, como en una democracia todo poder estatal (inclusive el poder judicial) únicamente procede del pueblo, la sentencia judicial carece de legitimación metafísica-teológica y su fundamento, exclusivamente racional, descansa en la voluntad de los ciudadanos. Esta voluntad está dirigida a finalidades de prevención general y especial y no a una compensación de la culpabilidad cuya realización está sustraída al poder humano.”<sup>28</sup>

Pensamos que la *teoría unificadora preventiva* desarrollada por ROXIN<sup>29</sup> trae una nueva manera de pensar los fines de la pena (perseguir fines generales y especiales) en una unidad sistemática del derecho penal y la política criminal. Esta necesidad es

---

<sup>25</sup> RIGHI, Esteban. *Derecho penal*, ob. cit., p. 41.

<sup>26</sup> RIGHI, Esteban. *Derecho penal*, ob. cit., p. 64.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*, ob. cit., p. 88.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Reus, Madrid, 1999, p. 44.

<sup>29</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 33.

fundamentada tomando en consideración que el Derecho Penal solamente se justifica para la protección de la libertad individual e la protección de bienes jurídicos indispensables para la pacificación social (principio de la subsidiariedad) permitiendo defender que la pena no está condicionada en todos los casos a la imposición de una pena.<sup>30</sup>

Dentro de esta concepción se excluye completamente cualquier referencia al retribucionismo. Es decir, la pena no sirve de retribución dentro de una concepción metafísica de la culpabilidad<sup>31</sup>. Así, se puede advertirse que hay situaciones en que el legislador renuncia a la pena, dejando de aplicarla justamente cuando no va a lograr ningún objetivo preventivo (especial o general).

De esta forma puede argumentarse que el modelo constitucional histórico establece un fin resocializador de la pena, es lo que se analizará a continuación con la realidad jurídico-social de Brasil y Argentina.

#### **IV.- Fin resocializador de la pena dentro de la concepción preventiva**

Precisamente, lo que se debe garantizar hoy día con la pena – dentro de una moderna concepción de sus fines – es la corrección de los fallos sociales por medio de una ejecución resocializadora de carácter preventivo especial. Esta es la verdadera misión del derecho penal, ser plurinacional, y el discurso jurídico-penal debe formal y realmente, tener función reparadora de acuerdo con las necesidades político-criminales. De modo más específico: el importante objeto de la política criminal es saber cómo proceder contra las personas que violan las reglas básicas de convivencia social al dañar o poner en peligro otras personas o la sociedad, por ejemplo, cuando el Estado debe efectivamente enfrentar una conducta ilícita de una persona.

Por lo tanto, no es el camino interpretativo correcto, defender la pena como simple castigo, expiación o la cosificación del individuo sometido a la ofensa y humillación. Por consiguiente, el Estado pierde legitimidad, contradiciendo su razón de ser, perdiendo su nivel ético superior.

De acuerdo con este esquema, el Código Penal brasileño confirma la expectativa de la ideología democrática, al decir que la pena es retribución como

---

<sup>30</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal*, ob. cit., p. 103.

<sup>31</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, ob. cit., p. 98 e 155.

respuesta del Estado ante la practica delictiva (función de castigo) y también, es de igual modo, preventiva, sirviéndose para para impedir el cometimiento de más delitos (función de utilidad).

Además, en Brasil, por la Ley Federal n. 7.210/1984, en su artículo 1º establece que son dos los fines de la ejecución penal: *la efectivización de lo determinado en la sentencia penal y la reinserción social del condenado o internado.*

Es decir, se busca con la pena alcanzar la concretización del *jus puniendi* del Estado, al llevar a cabo el titulo ejecutivo judicial penal. Por otra parte, la idea de reinserción, es con medios social necesarios durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, permitir la reintegración<sup>32</sup>.

Sobre el mismo aspecto, por la legislación Argentina, la prevención especial positiva prevista por la Ley n. 24.660 que trata de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en su artículo 1º considera como principio básico de la ejecución de la pena, *“lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.”* Hay una legítima preocupación con el legislador cono lo condenado, pero las respuestas reales a este problema han fallado.

Tales cuestiones están planteadas muy claramente por el derecho internacional, más precisamente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) Y EL Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), a cuyas cláusulas Brasil y Argentina se encuentran sujetos. Así dispone el artículo 5.6 de la Convención Americana: *“[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*

Es decir, por más que los dos países – y tanto otros en especial en Latinoamérica – (no es propósito tratar de los demás, pero el problema planteado es el mismo) consagran en sus respectivas legislaciones domésticas la fórmula que la finalidad de la pena es lograr a su ende la resocialización, reeducación y reinserción de la persona sometida a la coerción formalmente penal – cuanto a eso no cabe duda –, en la realidad, social del Sistema de Justicia Criminal se logra todo el contrario.

---

<sup>32</sup> Cfr. AVENA, Norberto. *Execução penal*. 4. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo, Método, 2017, p. 5.

La operatividad real de los sistemas criminales nada tienen que ver con la forma de los discursos jurídicos-penales, operan de in ámbito normativo desde una realidad que no existe (discurso falso)<sup>33</sup>. El Sistema de Justicia Criminal en Brasil y Argentina, de tradición esclavista, de apartheid criminológico, cuya carencia se vuelve aún más ferozmente contra aquellas personas ya condenadas, “excluidas” de la sociedad y insertadas en el régimen penitenciario sufren permanentemente la violencia estructural como malos tratos, torturas generalizadas, confrontación permanente entre los presos, violaciones sexuales, carencia médica, sobrepoblación. De modo sencillo: violaciones sistemáticas a los derechos humanos por parte del Estado que se dice democrático y social de derecho.

Sin embargo, de acuerdo con el principio de la humanidad, otro principio vulnerado en la realidad latinoamericana, trae como consecuencia que por más que la seguridad pública debe ser resguardada, las Constituciones de Brasil (artículo 5º, XLVII y XLIX) y de Argentina (artículo 18, según parte) establecen este principio como una garantía constitucional del individuo<sup>34</sup>, en sintonía con otro principio, de la dignidad de la persona humana (art. 1º, III, de la Constitución de la República del Brasil), valor supremo de la Magna Carta, que representa la evolución de la política criminal. Así es el camino, el compromiso con los valores fundamentales republicanos que marcan la estructura del Estado Democrático Social de Derecho, cuyo marco jurídico son las Constituciones vigentes en Brasil y Argentina.

En ambos textos constitucionales y convencionales (art. 5.2, CADH y art. 7, PIDCP), se prohíbe las penas crueles, de tormento, trato inhumano y degradante<sup>35</sup>, es la consagración de la garantía de respecto a la integridad corporal, trato digno de la persona condenada, que se relacionan directamente con los derechos humanos.

---

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. 1. ed.6. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2013, p. 26.

<sup>34</sup> Además, en Brasil, otros dispositivos legales consagran los derechos del condenado al respecto a la integridad física y moral, la prohibición de la tortura, tormento y tratamientos crueles, separación entre presos provisorios y definitivos como los arts. 40, 84, §2º y 117 de la LEP, y también el art. 38 del Código Penal brasileño.

<sup>35</sup> Para profundizar en las definiciones véase: JULIANO, Mario Alberto. *Contra la prisión perpetua: una versión histórica y comparada de las penas de perpetuidad*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Del puerto, 2012.

El fin resocializador, por teoría, implica, por definición legal, que la persona sometida al sistema penitenciario tenga la posibilidad de recuperar la libertad y reinsertarse, rehabilitarse en la sociedad.<sup>36</sup>

Sobre el tema, muy bien señala MARIO ALBERTO JULIANO que:

“la función resocializadora es un deber irrenunciable que asume el Estado por imperativo constitucional y convencional, en cuya consecución el encarcelado pone todo aquello que puede poner para tributar a la relación de sujeción, esto es, nada más y nada menos que su cuerpo, su tiempo y su libertad. Es decir, los bienes más preciados con que cuenta un individuo y de los que puede disponer, como no sea la vida misma.”<sup>37</sup>

Por ello, con la hipótesis del fracaso en la tarea resocializadora sólo puede ser atribuido al Estado. Lo contrario (que el fracaso resocializador debe ser soportado por el propio privado de la libertad) implicaría admitir que la persona sometida a una pena o medida de seguridad, más allá de sujeta a la custodia del Estado debería buscar los medios de resocializarse.<sup>38</sup>

Cabe constatar que, de acuerdo con la ley, el Estado tiene el deber constitucional y convencional de emprender todas las acciones necesarias para efectivarse la resocialización del condenado y lograr devolverlo a la sociedad. Así, se la finalidad no es alcanzada, el fracaso resocializador no puede ser soportado por el recluso o por la sociedad<sup>39</sup>, más al Estado, a partir del principio (o teoría) de la superioridad ética del Estado. En este sentido, impone responder al delito desde el estricto respecto a los derechos humanos, diferenciándose del ciudadano que violó la ley criminal.

---

<sup>36</sup> La pena perpetua en Argentina, y las penas de 40 años en Brasil que, por la praxis, impiden el regreso del recluso al medio social, es decir, la pena eterna es paradójica, son incompatibles con la rehabilitación social y la concepción moderna de la teoría de la pena.

<sup>37</sup> JULIANO, Mario Alberto. *¿Existe el deber de resocializarse?* Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43665-existe-deber-resocializarse>. Acceso 08 de abril de 2021.

<sup>38</sup> JULIANO, Mario Alberto. *¿Existe el deber de resocializarse?* Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43665-existe-deber-resocializarse>. Acceso 08 de abril de 2021.

<sup>39</sup> JULIANO, Mario Alberto. *Contra la prisión perpetua*, ob. cit., p. 77.

La crítica que ROXIN formula es que diferentemente del establecido por la teoría retributiva, el límite para la reacción penal es la culpabilidad y no la libertad de voluntad. Es por ello que la pena no pueda ser en ningún caso superior a la culpabilidad del autor.<sup>40</sup>

Por lo tanto, al revés del *deber ser* de la legislación y de las convenciones, la realidad carcelaria sigue siendo de inhumana, y degradante. La prisión y la ejecución penal es una función a cargo del Estado (deber), la vida de la persona sometida al sistema carcelario está bajo la administración, poder del Estado y la resocialización no es responsabilidad exclusiva del preso. Ese poder existe justamente para no vaciar las disposiciones constitucionales y convencionales sobre la resocialización y tratar lo fin de la pena como simple castigo, retribución<sup>41</sup>.

Desde mi punto de vista, el sistema penal debe continuar a ejercer el control social, pues, la pena se justifica por su necesidad de medio de represión para mantener la convivencia humana en sociedad (mantenemos nuestra posición antiabolicionista), pero, desde una perspectiva real, desmitificada por la letra fría de la ley o por el discurso de los adeptos de la pena como castigo. La resocialización presupone voluntariedad, y como dice ROXIN, una "socialización forzosa" ni tendría perspectivas de éxito ni sería admisible por la legislación.<sup>42</sup>

## **V.- Conclusión**

Así, la necesidad de modernización del Sistema de Justicia Criminal es, per se, reflejo con el concepto y con la función señalada a la pena. Lo cierto es que, en todo caso, es mala la política criminal en Latinoamérica, pues enfoca el problema social que es el delito como únicamente un problema de seguridad pública que no resuelve adecuadamente el problema de la violencia inherente al sistema penal.

El carácter fragmentario del derecho penal no puede ser olvidado, por lo que no es dudoso que le principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual debe evitarse la intervención penal si el efecto se puede obtener con medidas menos drásticas que la pena (institutos de despenalización, p. ej.) no siendo necesario compensar toda la

---

<sup>40</sup> ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*, ob. cit., p. 100.

<sup>41</sup> JULIANO, Mario Alberto. *¿Existe el deber de resocializarse?* Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43665-existe-deber-resocializarse>. Acceso 08 de abril de 2021.

<sup>42</sup> ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*, ob. cit., p. 96.

culpabilidad del ciudadano cuando exigencias preventivas aconsejan sanción menor.

Los esfuerzos para frenar las violaciones de los derechos de las personas por parte de los gobiernos o por nuestros sistemas penales en Latinoamérica constituyen un desafío para los defensores de los derechos humanos y de la moderna criminología, que preocupada con la prevención del delito se vale de mecanismos no simplistas como real necesidad de intervención penal y su nocividad social; complejidad de los efectos psicológicos de la sanción penal; preocupación con la eficaz intervención preventiva de la criminalidad como p. ej. la necesidad de mejores desarrollos sociales, lucha contra la pobreza etc.; preocupación con la víctima del delito etc.<sup>43</sup>

A su vez, encierro con un pasaje que considero muy aclarador y que define el esfuerzo del maestro ROXIN para tratar de un derecho penal justo y humano: “*siempre hay alguien que busca por otros derroteros nuevas formas de resolver los viejos problemas o nuevos problemas imposibles de resolver con las ya viejas doctrinas*”.<sup>44</sup>

## VI.- Referencias

- AVENA, Norberto. *Execução penal*. 4. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo, Método, 2017.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo. Hunter Books, 2012.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 4ª reimpresión. Colección Maestros del Derecho Penal, nº 3. Buenos Aires. Editorial IB de F, 2017.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Persona y derecho*. 1ª ed. revisada. – Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2019.
- FONT, Montserrat Andrea. *Guía de estudio de penal parte general, enfoque finalista*. 19. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio, 2019.
- JULIANO, Mario Alberto. *¿Existe el deber de resocializarse?* Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43665-existe-deber-resocializarse>. Acceso 08 de abril de 2021.

---

<sup>43</sup> GOMES, Luis Flávio. *Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça crimina: Lei 9.099 de 26.9.95*. Prefácio Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 76-77.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*, ob. cit., p. 15.

- GOMES, Luis Flávio. *Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça crimina: Lei 9.099 de 26.9.95*. Prefácio Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- HEGEL, Friedrich W. G. *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*. Traducción y prólogo de Juan Luis Vermal. Edhasa, Madrid, 1999.
- HEGEL, Friedrich W. G. *Princípios da filosofia do direito*; tradução Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. São Paulo. Ícone, 1997.
- JULIANO, Mario Alberto. *¿Existe el deber de resocializarse?* Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43665-existe-deber-resocializarse>. Acceso 08 de abril de 2021.
- JULIANO, Mario Alberto. *Contra la prisión perpetua: una versión histórica y comparada de las penas de perpetuidad*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Del puerto, 2012.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*; tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo. Edipro, 3.ed. 2017.
- LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Traducción de Enrique Aimone Gibson. Ediciones Olejnik. Santiago, 2020.
- RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. 3. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2018.
- ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Reus, Madrid, 1999.
- ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Introducción de Francisco Muñoz Conde. Valencia. Tirant lo Blanch, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*. T.1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz; García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid. Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

- SOLER, Sebastián in: *Exposición crítica de la teoría del estado peligroso*. Santiago. Ediciones Olenjnik, 2018.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11 ed. 4. ed. castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. 1. ed.6. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. 2. ed. 10 reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar, 2017.