

Alternativas y trances del Derecho penal de hoy

EDUARDO NOVOA MONREAL

1. *Introducción.*

El último cuarto del siglo xx nos muestra un derecho penal sometido a fuertes tensiones contrapuestas, desconcertado e incapaz de preservar de muy grandes dudas esenciales a quienes se dedican a su más serio estudio. No se trata ahora, como sucedió a comienzos de esta centuria, de un debate entre escuelas, que tanta satisfacción dio a los afanes polémicos de uno y otro lado y que en definitiva tanta luz arrojó en la búsqueda de nuevas síntesis. Lo de hoy es más bien negativo y decepcionante. Es algo así como la sensación de haber elegido mal la vía y de haber recorrido un largo y dificultoso camino para comprobar que en su extremo él está cerrado y no permite llegar al destino que se esperaba. Esto significaría que el derecho penal se encuentra hoy en situación aporética.

Al hablar del derecho penal nos referimos exclusivamente a aquella parte del derecho que procura proteger por vías jurídicas (valga el pleonismo) a la sociedad y a los individuos que forman parte de ésta, de esas máximas violaciones normativas que denomina delitos. Sabemos bien que aquellos que cultivan el derecho penal, vale decir los iuspenalistas, tras haberse sentido otrora los únicos preparados para afrontar el problema de la criminalidad y para proporcionar los medios para erradicarla, se han visto forzados a admitir que esta lucha no puede ser llevada con buen éxito sin dar cabida a esa otra clase muy amplia de conocimientos aportado por las ciencias naturales del hombre. Pero aun así, la mayor parte de los iuspenalistas continúa pensando que su papel es central para una debida y apropiada reacción social contra el delito. Y para demostrarlo acude principalmente al argumento de que el delito es en último término una infracción particularmente grave del ordenamiento jurídico, la que no puede ser entendida en todo su alcance ni determinada con acierto sino por quienes poseen un saber jurídico especializado (1).

(1) En el capítulo 7 nos ocupamos de la dificultad que encierra para la criminología la exclusividad que tiene el Derecho penal para fijar el concepto de delito.

Las tensiones que amenazan dislocar al derecho penal son múltiples y solamente en parte se han originado en las que podríamos llamar ciencias rivales (2), para nombrar a aquellas que intentan dar su propia solución acerca del fenómeno delictivo. Pues muchas provienen de puertas adentro del derecho penal y tienen muy antiguas raíces. Dentro de los marcos estrechos del presente estudio no es posible referirse a todas ellas, por interesantes que puedan parecer; esto explica que nos limitemos a ocuparnos de aquellas que a nuestro juicio revisten mayor importancia desde el ángulo en que nos situamos o que son más representativas del actual momento del pensamiento penal (3).

No trataremos, por ejemplo, del debate entre deterministas y libre arbitristas, tema que si bien no ha sido superado hasta ahora, ha sido desplazado en las últimas décadas por estimarse que ha cedido su importancia desde que una y otra parte han debido admitir relativismos que acortan distancias (4).

Tampoco nos ocuparemos de la aceptación uniforme de penas relativamente indeterminadas y del generalizado otorgamiento al tribunal penal de facultades ampliamente discrecionales, dirigidas ambas a una mejor individualización de la pena. Están ya demasiado lejanos aquellos tiempos en los que la absoluta fijeza de las penas y la supresión de todo margen de elección del juez eran consideradas como esenciales para la protección eficaz de los derechos del individuo y para el aseguramiento riguroso de la seguridad jurídica (5). Esa atención a los derechos del nombre no ha impedido, en otro aspecto, la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales, cuya clase y duración no miran al hecho delictuoso en sí, sino a la personalidad del delincuente; sin embargo, en opinión de muchos ella es suficiente para objetar la aplicación de medidas predelictuales.

Revisiones como la que sugerimos, que en último término

(2) Hablamos en este momento de «ciencias» sin que con ello entendamos tomar posición en el debate acerca de si la criminología y otros conocimientos naturales relativos al fenómeno delictivo deben ser tenidos o no como ciencias autónomas.

(3) Parte importante de las observaciones que se contienen en el presente trabajo corresponden a nuestra ponencia general sobre Derecho penal presentada en el Coloquio Internacional setenta y cinco años de evolución jurídica en el mundo, celebrado en México D. F. a fin de septiembre de 1976.

(4) E. GIMBERNAT, en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, publicado en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía de Derecho* (Homenaje a Luis Jiménez de Asúa), Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970, cree, sin embargo, que hoy estamos asistiendo otra vez, si bien a veces en forma inoperante o encubierta, a la antigua polémica entre los partidarios del libre albedrío y los del determinismo.

Un ejemplo de las concesiones que hace un librearbitrismo moderno lo tenemos en la Lección Inaugural de 1961 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn, a cargo de HILDE KAUFMANN (ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XVI, mayo-agosto 1963, Madrid).

(5) Fue el caso del Código Penal francés de 1971.

podrían llevar a poner en cuestión la suerte misma de la ciencia que profesamos (6), no son ajenas a la historia del derecho penal. Cuando Franz von Liszt había formulado las bases de su concepción penal sociológica que lo llevaron a encabezar la que se ha llamado Escuela de la Política Criminal con el ánimo preciso de dar una solución de síntesis al antagonismo producido entre las tendencias penales clásicas y las positivistas, Birkmeyer se interrogó ya acerca de lo quedaba en pie del derecho penal ante estas nuevas bases, por estimar que su sentido utilitario no podía menos de conducir, en sus últimas consecuencias, a la anulación del derecho penal mismo.

Nuestro propósito es mostrar algunas de las tensiones acumuladas e inducir en el lector reflexiones en torno a ellas. Está absolutamente fuera de nuestra finalidad decidir qué extremo tiene razón, si es que alguno la tiene, o proponer una salida original, lo cual no ha de impedirnos en algún caso insinuar conclusiones provisionales. Un intento para dar soluciones cabales, aparte de quedar fuera de este breve trabajo, sería prematuro en un momento como el actual, en el que esas contradicciones no son percibidas aún claramente por todos.

2. Una contradicción ilustrativa.

En la mayor parte de los países puede observarse en el momento actual una situación que envuelve la más grande de las contradicciones en materia penal, la que por su interés y consecuencias nos parece apropiada para colocar de partida como la piedra de tropiezo (7) que fuerza a meditar. Se trata de ese enfoque tan disímil que se acostumbra a dar a dos etapas consecutivas de la aplicación de la ley penal: el juzgamiento criminal y la ejecución de la condena. Y esto aún en países donde una legislación positiva anticuada aligera esta diferenciación.

La etapa del juicio criminal procura esclarecer y reconstruir el hecho delictuoso concreto que ha puesto en movimiento el proceso penal, examinarlo en sí mismo y en todas sus circunstancias externas, determinar a su autor y verificar la actitud psíquica de éste en relación con aquel hecho. Como se observa, todo va enfocado a

(6) Nuestra formación es exclusivamente jurídica y anteriormente nuestros estudios sobre Derecho penal se conformaron a un enfoque jurídico-dogmático, fuertemente influido por las enseñanzas de E. MEZGER y de L. JIMÉNEZ DE ASÚA. Así puede comprobarse en nuestro *Curso de Derecho Penal Chileno*, 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960-1966.

No puede ignorarse hoy una tendencia bien abierta que postula la supresión del Derecho penal, por estimar que una sociedad punitiva es hoy un anacronismo. Es la posición de HOCHHEIMER, en *Zur Psychologie der strafenden Gessellschaft*. Según E. GIMBERNAT ella es seguida también por REINWALD y FOREL (op. cit.).

(7) «Piedra de tropiezo» es sinónimo, en su etimología griega, de «escándalo», expresión que refleja también nuestra idea.

un hecho concreto, bien sea instantáneo o de corta duración en el tiempo, y por ende fugaz, que es considerado en sí mismo. Una vez comprobados hecho punible y participación, se efectúa la valoración de ambos desde el doble aspecto objetivo y subjetivo; por consiguiente esta valoración vuelve a tener también como su centro a ese hecho transitorio. Tras esto se pronuncia el veredicto de responsabilidad (8) conforme a un criterio que demostraremos más adelante está inspirado por añoranzas éticas. En esta forma, lo que más adelante está inspirado por añoranzas éticas. En esta forma, lo que más interesa es la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto, las cuales se mensuran conforme a cartabones normativo-psíquicos. La decisión afirmativa, de responsabilidad penal, significa la imposición de una pena por el hecho cometido (9). Veremos también más adelante que una parte considerable de los iuspenalistas asigna a esa pena un carácter retributivo, directamente conectado a la naturaleza del quebrantamiento del orden jurídico que se declara existente en el delito.

Esta primera etapa está gobernada, en consecuencia, por el rigorismo jurídico y se ciñe a conceptos principalmente abstractos. Incluso, se asigna a la sentencia condenatoria una fuerza irreversible de cosa juzgada, vale decir, de verdad última, salvo el caso excepcional del recurso de revisión.

En cambio, la fase de ejecución se cumple bajo inspiración absolutamente diversa. Aun en países en que la legislación penal sustantiva se apoya en principios retribucionistas, la influencia de los conocimientos criminológicos y penitenciarios —afortunadamente bien difundidos— hace que en la ejecución se tengan presentes criterios que miran a la pena como un medio de resocializar al delincuente. Por ello, para apreciar el curso de la ejecución y los resultados del cumplimiento de la pena se pone más atención a la personalidad del condenado y a la evolución de ella que al recuerdo del hecho delictuoso que originó la condena. Para ello se tiene en cuenta los datos nuevos que se registran en el dossier de cumplimiento de la condena en relación con los que arroja la ficha de personalidad previa.

Hasta la tremenda inmutabilidad de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria —extremo de la ficción jurídica— pierde su rigidez. Durante la ejecución se dan muchas veces a los

(8) La exigencia del «dossier» de personalidad, cuando él se exige en el proceso penal, no tiene un significado capaz de contradecir lo que se expone, porque ese «dossier» se utiliza solamente para los fines de la elección de la pena (lo que se hace después de emitido, lógicamente el juicio de responsabilidad penal), si es que la ley permite al tribunal escoger entre penal alternativas, o para la regulación de ella.

(9) En los países en los que la ley o la práctica han introducido la llamada «cessure» en el procedimiento, cuanto decimos concierne principalmente a la declaración de responsabilidad penal tras la comprobación de la existencia del hecho punible y de la participación del autor y de efectuarse las valoraciones objetivas y subjetivas.

internos facilidades que pueden desnaturalizar la pena impuesta según los términos literales de la sentencia. Si bien algunas veces esto se hace en virtud de normas legales expresas, como son aquellas que permiten la libertad condicional u otras medidas semejantes, la experiencia nos muestra que las administraciones penitenciarias eficientes, que procuran guiarse conforme a criterios científicos, se sienten facultadas para determinar formas especiales de tratamiento que no conciben rigurosamente con el mandato literal de la sentencia condenatoria.

Es cierto que en varios países se han dictado códigos o leyes de ejecución penal y que en algunos hasta se han creado tribunales especiales de ejecución, pero esto no altera esencialmente el sentido y alcance que queremos dar a las observaciones anteriores.

Esto nos da una pista útil para esclarecer algunas de las dificultades que deseamos proponer.

Es indudable que todo esto se vincula a un doble enfoque que existe para la tarea de eliminar o reducir la criminalidad, que separa a dos grupos guiados por dos órdenes diferentes de principios, en buena medida contrapuestos. Esta oposición de principios se advierte en las actitudes más que en las declaraciones.

Por un lado está el grupo de raigambre tradicional, que ve en el derecho y en los valores normativos la solución del problema social del delito. Lo constituyen iuspenalistas de formación fuertemente dogmática, dominados casi siempre por conceptos *a priori*, como los de delito ente jurídico, responsabilidad, necesidad de restablecer el orden social quebrantado y pena retributiva. Por el otro está el de nueva estirpe científica que a lo largo del presente siglo ha iniciado el estudio del delito como fenómeno social y que ha encarado su examen desde un punto de vista multidisciplinario, indagando sobre los factores endógenos y exógenos que lo determinan o favorecen y analizándolo en sus formas sociales de presentación, en los sujetos que lo perpetran y en las medidas apropiadas para combatirlo.

Hasta el siglo pasado los primeros sentaron su propio monopolio en la materia. Debido a ello acentuaron la profundización de los aspectos jurídicos, lo cual tenía amplia cabida en la fase de la lucha contra la criminalidad que tiene un carácter predominantemente jurídico, esto es, la constituida por el juicio criminal tendiente a la comprobación del hecho punible, a la determinación de su autor y a la declaración de su responsabilidad penal. Fueron ellos los que en ritmo ascendente fueron ahondando en la elaboración de complicados sistemas abstractos en todo lo relativo a la teorización acerca del delito, de sus componentes, de sus formas jurídicas de presentación y del contenido y consecuencias de la responsabilidad que de él proviene. En esta forma se desarrolló esa dogmática penal que llegó a los más extremos grados de complejidad. Esta misma complejidad les otorgaba una seguridad de no ser desplazados de su rol. ¿Quién otro que un iuspenalista podía

penetrar en tan finas y sutiles sistematizaciones, descomposiciones y distingos? Tal vez por ello han podido conservar hasta ahora incólume y como sector de su pertenencia exclusiva todo ese ámbito que tiene por fin la dilucidación de los extremos propios de la existencia de una responsabilidad penal.

En cambio, el segundo grupo —el de los científicos naturales— resignándose a no desempeñar papel relevante dentro del juicio criminal, ha dedicado su esfuerzo a hacer admitir su presencia dentro de la etapa posterior a aquél, la que tiene por objetivo la ejecución de la condena. Esta etapa de ejecución, desde antiguo encomendada a la administración pública, no despertó nunca gran interés para los iuspenalistas (10), los cuales prefirieron concentrar su labor en la fase jurídico-judicial. Dictada la declaración de responsabilidad del delincuente, la función propiamente jurídica había terminado y solamente cabía esperar que funcionarios del orden administrativo se atuvieran al veredicto, dándole cabal ejecución.

Como esta parte administrativa de la ejecución no incitaba a los iuspenalistas a absorberla y quedaba, por ello, desguarnecida, los científicos naturales pudieron iniciar allí su penetración.

¿Acaso el hecho de que los interesados en el estudio de los aspectos naturales del delito, del delincuente y de la pena se enrollaran en la administración penitenciaria, primero como simples médicos, luego como técnicos encargados de planificar las diversas etapas del cumplimiento de la pena y de cuidar de su más conveniente y provechosa aplicación al condenado, hasta llegar a instalarse en los organismos directivos a cargo de toda la fase de ejecución penal, para propiciar desde allí la adopción de medidas de orden científico y técnico destinadas a darle a las medidas de reacción social un sentido de tratamiento resocializador, no confirma lo que estamos sosteniendo?

Pero esto no pudo sino originar una disociación muy acentuada entre esas dos fases de la lucha contra la criminalidad y el empleo de principios, métodos y criterios claramente divergentes, cuando no frontalmente antitéticos.

Este fenómeno nos abre una ventana que estimamos, nos permite asomarnos a la contemplación de otras contradicciones que dominan en la ciencia jurídico penal.

3. *Relegación de la pena a segundo plano y retención del control sobre ella.*

Ocupados los iuspenalistas de teorías conceptuales en torno del delito, de sus elementos y de sus características abstractas, relegaron la pena a un segundo plano muy opaco. La verdad es que la

(10) Esto no importa negar el hecho de que esclarecidos juristas hayan contribuido, en casos aislados, a la introducción de criterios científicos para la ejecución de las penas.

pena y sus interrogantes esenciales constituían un área dentro de la cual podían decir muchos los filósofos, por una parte, y los científicos naturales por la otra. A los iuspenalistas, por consiguiente, no les quedaba otra cosa que optar entre las soluciones que aquellos proponían, cada cual dentro de su respectivo campo, sin que pudieran agregar —como tales— ningún aporte valioso.

El debate sobre la naturaleza, fundamentos y fines de la pena permitía a los filósofos explicaciones conforme a teorías absolutas y relativas. Los efectos que la imposición de penas trae para el ser humano concreto, el provecho que de ellas podía obtenerse para mejorar al delincuente e incluso la conveniencia de sustituir la pena por otra clase de medidas, podían ser explicados ampliamente por científicos provistos de conocimientos antropológicos, psicológicos, educativos, etc. No podía ser grato a los iuspenalistas un campo en el que muy poco o casi nada podían agregar de propia ciencia.

La ciencia del derecho penal, pese a que su nombre mismo se encarga de remarcar que es la pena la categoría más específica y definitoria del ramo, tendió a estructurarse sobre la base de la teoría del delito, a veces la única materia que un iuspenalista estima digna de su examen.

Posiblemente debido a su propia insuficiencia en el tema, muchos iuspenalistas optaron por una de las teorías absolutas que la filosofía ha elaborado acerca de la pena, la que por su sentido les resultaba más fácilmente accesible: fue la teoría de la retribución. Por ello se conformaban con explicar que la pena es una retribución jurídica indispensable para la incolumidad del orden de una sociedad y que, en su esencia niega la negación del derecho en que el delito consiste. De esto se deduce que la clase y gravedad de la pena debe correr a parejas con la clase y gravedad del hecho punible cometido. También se deduce que la pena es necesaria y se justifica por sí misma en razón del delito cometido, como un merecimiento propio del que lo cometió (*quia peccatum est*), aun cuando no tenga ningún efecto favorable para el condenado.

Si bien la tesis retributiva no se opone a que la pena, de paso, cumpla también algunos efectos beneficiosos para el condenado, la tendencia del iuspenalista había de inclinarse por asignar a estos efectos unos alcances, esencialmente morales, tales como inhibir los instintos y sentimientos contrarios al derecho, obligar al delincuente a una toma de conciencia y reforzar en él inclinaciones útiles a la comunidad (11).

Con este equipamiento de ideas el iuspenalista quedaba en posición muy desmejorada para captar las críticas de fondo que las ciencias naturales interesadas empezaron a formular a varias clases y formas de aplicación de penas y aun a la pena misma.

La crítica radical dirigida a la pena como institución no está

(11) H. WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11 ed. (traducción de J. Bustos y S. Yáñez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, páginas 326-328.

carente de argumentos científicos de peso. Así, se dice que si se piensa en la pena como un instrumento de resocialización del delincuente, lo que interesa es construir nuevos modos de comportamiento en el condenado, pero que esto no puede lograrse en virtud de experiencias desagradables para él como son en general las penas, sino por medio de ejercicios que fortalezcan las formas positivas de conducta, lo que debe hacerse por medio de experiencias satisfactorias. Se agrega que toda pena, en cuanto significa la inflicción de un mal, constituye una agresión desde el punto de vista de la psicología del condenado; esto hará probable que la frustración provocada por esa agresión se convierta en una contraagresión, la cual no necesita estar dirigida hacia el servicio penitenciario, sino que puede ser derivada y transformada para dirigirse contra los compañeros de prisión o volverse difusa y ser sustituida por un odio contra la sociedad en general. También se considera que si el condenado alienta inconscientemente un sentimiento de culpabilidad —justificado o injustificado— lo que él desea es ser castigado para descargar la presión de su propio complejo de culpa; de este modo la aplicación de la pena va a ser considerada por él como un alivio, sin perjuicio de que pueda operar en él un mecanismo de repetición que lo lleve a cometer nuevos delitos para liberarse mejor de su complejo a través de soportar nuevas condenas. Y se han descubierto en muchos delincentes habituales sentimientos de inferioridad profundamente arraigados que pasan desapercibidos a primera vista, pero que imposibilitan al sujeto para una vida social normal; la imposición de nuevas penas no tendrá otro efecto que desarrollar más fuertemente este complejo inhibitorio. Además, gran cantidad de defectos de comportamiento de los delincentes proceden de la infancia y no se advierte en tal caso cómo y por qué la aplicación de medidas punitivas podría hacer algo para mejorarlos (12).

Por lo que se refiere en especial a las penas privativas de libertad, se sostiene que lo único intelectualmente honesto es decir que no existen conclusiones científicas definitivas que permitan conocer la forma en que los diferentes estilos de ejecución influyen sobre las diferentes clases de internos (13); y se explica que la mera privación de la libertad no sólo es inadecuada en la lucha contra la delincuencia, sino que inclusive estimula la criminalidad, pues a nadie puede enseñársele a vivir en sociedad manteniéndolo apartado y en condiciones de vida completamente distintas de las que deberá llevar a la salida de la prisión para probar su adaptación (14).

(12) Observaciones extraídas del trabajo de HILDE KAUFMANN, *La función del concepto de pena en la ejecución del futuro*, publicado en *Nuevo pensamiento Penal* (en adelante N. P. P.), año IV, núm. 5, enero-marzo 1975, páginas 27, 29 y 32.

(13) *Ibid.* p. 24.

(14) C. ROXIN, en su trabajo *Las nuevas corrientes de la política criminal en la República Federal Alemana*, publicado en N. P. P., año I, núm. 3, septiembre-diciembre 1972, p. 390.

Frente a esta verdadera avalancha de críticas, el iuspenalista carece de un acervo adecuado de conocimientos que le permita pronunciarse, sea para aceptarlas o para rechazarlas; su reacción habitual es, entonces, esperar que las respectivas ciencias naturales lleguen a una definición. Y como ésta no llega en forma rápida y precisa, se mantiene a la expectativa, sin conceder que uno de los temas más propios y característicos del derecho penal se le ha escapado de las manos.

Ahora bien, si se trata de atacar al delito en forma socialmente eficaz, es tiempo ya que en esta materia se ceda la palabra a quienes tienen el conocimiento científico de ella. Serán pues los psicólogos, los conductistas, los educadores y otros quienes habrán de informar a los iuspenalistas acerca de las medidas aplicables, de la forma de cumplirlas, de los efectos que pueden esperarse de ellas y, en general, sobre todo cuanto conduzca a una efectiva resocialización de quien delinquirió.

Los iuspenalistas tienen una invencible desconfianza por el reemplazo de penas reguladas legal y judicialmente, a las que consideran dentro de su campo propio, por otro tipo de medidas o tratamientos en los cuales privará la decisión de médicos, antropólogos, psicólogos, pedagogos, etc. Una reacción social a cargo de «delantales blancos» no los satisface en absoluto. Sin embargo, es hacia esta dirección que se encamina ostensiblemente una parte importante de la solución del problema de la criminalidad.

A los juristas les quedará en el futuro solamente una tarea parcial, aunque importante: velar porque se respeten en los tratamientos o medidas a aplicar los límites que impongan los derechos humanos del afectado, especialmente en lo que toca a la menor restricción posible de la libertad física del paciente, formas de aplicación que no atenten contra la dignidad de su persona, etc.

4. *Responsabilidad penal y responsabilidad moral.*

Desde hace siglos el pensamiento humano se esfuerza por separar y delimitar dos disciplinas: moral y derecho. En testimonio de ello pueden recordarse los nombres de Suárez, Pufendorf, Thomasius, Kant y Fichte (15).

Esta empresa presenta particulares dificultades de origen histórico y epistemológico en relación con el derecho penal. Afirmaciones como la de Jellinek, acerca de que el derecho es el mínimo ético y la de Manzini sobre que el derecho penal se presenta frente a los otros ordenamientos como el mínimo de cantidad ética indispensable para mantener las condiciones necesarias de una determinada organización social, amenazan perturbar y de hecho perturban el criterio de muchos penalistas.

El gran desarrollo operado en torno de las ideas de pecado, juicio y castigo durante la Edad Media, recogido dentro del dere-

(15) Ver: E. NOVOA M., *¿Qué queda del Derecho Natural?*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 187-201.

cho canónico bajo la forma de responsabilidad moral y también el renacer del derecho romano, hicieron llegar a los juristas, en especial a los iuspenalistas, una noción ética de responsabilidad. No se percataron éstos que esta clase de responsabilidad no es apropiada para resolver los problemas de convivencia y de organización social que competen al derecho. Pues ya Santo Tomás de Aquino había planteado que aquilatar la responsabilidad moral de un individuo sobrepasa la apreciación de la justicia humana y solamente corresponde a Dios; el juez humano solamente puede apreciarla de una manera imprecisa y falible (16).

El gran clásico F. Carrara presupone aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre y sobre esta base edifica la ciencia criminal «que mal se construiría sin aquella» (17). E. Ferri, en cambio, afirma que solamente ha de tenerse en cuenta la responsabilidad social, en cuanto el hombre es responsable de sus acciones delictivas sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella (18).

Traspasar al derecho penal la noción de responsabilidad moral significó un grueso error, pues en ésta se juega una decisión de absoluto moral, enteramente inconciliable con la relatividad del derecho positivo (19). Ni la ley positiva ni la justicia humana están en aptitud de valorar un acto humano en su pleno sentido ético y, mucho menos, de fijar una proporción entre su inmoralidad y el castigo que merece. La misión de ambas no consiste en lograr un sistema de justicia absoluta en la que se impongan penas exactamente ajustadas al mal abstracto que causa en plano ético un cierto acto cometido con intención torcida. El fundamento del juicio penal no puede ser juzgar el problema metafísico del bien y del mal y encontrar la medida cabal de la sanción que corresponda al hombre que actuó, sino adoptar medidas apropiadas para que se mantenga un orden de convivencia que permita el mejor desenvolvimiento humano en lo individual y en lo social (20). En tanto se persiga a través del derecho penal el dictado de una justicia absoluta del género enunciado, se estará extralimitando su ámbito e invadiendo el campo de la moral.

La posición más aceptada entrega a la moral la regulación de todos los actos humanos, de cualquier índole y en todos sus aspectos. El derecho, en cambio, solamente tiene como objeto aquellos

(16) De manera más profana, Anatole France decía: «Los jueces no sondan las entrañas ni leen en los corazones y así, su más justa justicia es ruda y superficial» (*Opiniones de Jerónimo Coignard*).

(17) F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal* (traducción de S. Soler), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944. E. Pessina lo acentuó más aún.

(18) E. FERRI, *Sociología Criminal*, 4.ª edic. Turín, 1900.

(19) FILIPPO GRAMATICA, en *Le problème de la responsabilité et le système de défense sociale*, publicado en *Revue Internationale de Défense Sociale*, 1956, núms. 3-4, p. 122.

(20) Cfr. J. BAUMAN, *Derecho Penal* (Conceptos fundamentales y sistema), traducción de la 4.ª edición alemana (1972), por C. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 6 y 7.

actos del hombre que importan una manifestación exterior suya, en el sentido de que pueden ser percibidos por los sentidos de los demás hombres (exterioridad) y que afectan o que lo relacionan con éstos (alteridad). La primera busca la perfección del hombre en sí mismo y por ello está atenta a su reacción humana total y especialmente a su motivación anímica; en tanto que el derecho busca tan sólo un orden de convivencia social que permita de hecho a la sociedad y a cada uno de sus miembros una vida organizada sin obstáculos que provengan de conductas externas de algunos hacia los demás. Lo interno o anímico del ser humano, en cuanto no se manifiesta al exterior; no es materia que caiga dentro del campo del derecho (21).

La identificación entre moral y derecho tiene peligrosos riesgos para el respeto de las libertades ciudadanas, como más de una vez lo ha mostrado la historia, puesto que facilita que la autoridad social indague dentro de la intimidad psíquica del inculgado. En cambio, su separación correcta conduce a una nueva concepción de la responsabilidad penal. Como explica J. Baumann se hace necesario encontrar hoy un concepto de culpabilidad jurídico-social que la capte como *responsabilidad social*, apta para ser construida según los requisitos de la vida social en común y de ser llenada con contenidos variables, pues solamente así podrá desligarse al derecho penal y a la responsabilidad que éste determina de representaciones morales y religiosas y de su pretensión de absoluto (22). Esta es una tarea apenas insinuada en el momento actual, cuyo desarrollo queda entregado en el futuro a los iuspensalistas más clarividentes.

Se ajusta correctamente a este pensamiento crítico la posición de la Escuela de la Nueva Defensa Social, en cuanto postula que la reacción penal está encaminada no a fines de justicia sino de protección. Por una parte, protección a la sociedad contra los delincuentes y, por otra, protección al individuo contra el peligro de caer o de mantenerse en la delincuencia. Lo importante es que no se produzcan delitos y no el cumplir con una ilusoria justicia condenando o castigando a quienes incurrieron en ellos (23).

Es cierto que la Nueva Defensa Social mantiene el concepto de responsabilidad, pero lo hace para legitimar la acción de resocialización y asignándole un contenido nuevo, ajeno a la intrusión de

(21) E. NOVOA M., loc. cit.

(22) J. BAUMANN, en *¿Culpabilidad y expiación, son el mayor problema del Derecho penal actual?*, publicado en *N. P. P.*, Buenos Aires, año I, número 1, enero-abril 1972, p. 28. La posición de BAUMANN, jurista de espíritu profundamente religioso, nos demuestra, además, que estas tareas de esclarecimiento y delimitación entre moral y derecho no envuelven, de manera alguna, un desconocimiento de la importancia y vigencia de la moral ni una hostilidad hacia el sentimiento religioso.

(23) MARC ANCEL, en *Le point de vue des doctrines de la Défense Sociale*, en *Revue Inst. de Soc.*, Université Libre de Bruxelles, 1963, núm. 1, p. 34.

conceptos metafísicos o de ficciones legales; esencialmente destaca el sentimiento íntimo y colectivo de responsabilidad que se comprueba en la vida individual y social y lo utiliza para su acción resuelta de protección anticriminal (24).

Dentro del campo de la dogmática penal moderna, la corriente finalista que dirige H. Welzel, al conceder un predominio tan interpenetrante a los aspectos psíquicos dentro de la teoría del delito, en desmedro de los resultados externos, se va deslizando gradualmente hacia una «etización» del derecho penal.

No sostenemos que la postura dogmática adversa, denominada clásica o causalista, cuyo máximo exponente fue E. Mezger, sea completamente refractaria a una desviación como esa; pero al menos la acentuación que hace de la importancia de la acción como fenómeno objetivo, su presentación del tipo como una descripción legal de sucesos del mundo exterior (cuando se trata de un tipo normal) y de la antijuridicidad como la contradicción objetiva de la acción material con las normas previstas en el ordenamiento jurídico, permiten contrarrestarla. Si bien existe en ella el examen de lo subjetivo, éste aparece asentado y apoyado sobre bases objetivas.

En cambio, el finalismo, aparte de exhibir ya por su origen filosófico una fuerte tendencia a asimilar la responsabilidad de orden moral a la responsabilidad penal, facilita ampliamente las vías para que la confusión llegue a arraigarse y consolidarse, pues dentro de su concepción no existe momento alguno del análisis del delito que no quede impregnado y, generalmente dominado, por la actitud psíquica del sujeto. Esto conduce, en la práctica, a la determinación de una responsabilidad penal que se asemeja a una responsabilidad moral como una gota de agua a otra, supuesto que los tipos penales acuñan conductas socialmente dañosas de tanta gravedad que casi sin excepción pueden tenerse, al mismo tiempo, como violatorias de la ley moral.

Esta notable acentuación de los aspectos psíquicos que hace el finalismo, corroborada con la especial delectación con que sus seguidores se sumergen en las más sutiles discusiones acerca de tales materias, no puede ser justificada por un propósito puramente dogmático, puesto que muchas legislaciones vigentes son anteriores a la propagación de la doctrina finalista y subrayan convenientemente los aspectos objetivos del delito, con muy buen resultado para el debido resguardo de los derechos del hombre.

No olvidemos que Welzel formula también tesis fundamentales de contenido filosófico-penal que manifiestamente sobrepasan la mera reconstrucción del sistema legal positivo y en ellas se en-

(24) MARC ANCEL, en *Responsabilité et Défense Sociale*, incorporado a *La responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1961, y en *La Défense Sociale Nouvelle*, 2^a ed., Paris, Cujas, 1966. No es posible resumir en pocas líneas una posición tan rica y tan matizada como la de esta Escuela, por lo que nos remitimos a las obras mencionadas.

cuentran abundantes referencias a sus inclinaciones etizantes (25). Si consideramos, por consiguiente, este rasgo de su doctrina podríamos afirmar también, parafraseando sus palabras, que ella ha puesto de cabeza los fundamentos de un derecho penal respetuoso de la libertad, al sobreponer los aspectos subjetivos del actuar delictuoso a sus manifestaciones externas.

5. *Juridicismo exacerbado versus realidad social.*

La intensa polémica entre finalistas y los llamados causalistas, desarrollada principalmente en Alemania y que ha tenido enorme repercusión en el iuspenalismo latinoamericano, ha desgastado a la dogmática penal y ha permitido que muchos descubran su insuficiencia, su desconexión con la realidad social y su estéril exclusivismo. De ser una disciplina que circunscribía su tarea a un examen paciente y ordenado —muy fructífero en su tiempo— del derecho penal positivo, quiso transformarse en una ciencia profunda, capaz de alcanzar las verdades últimas, cosa que excedía en mucha limitación de su objeto y de su método. La claridad de sus explicaciones y la solidez de sus enunciados, que constituían sus más obvias virtudes, fueron reemplazadas por la oscuridad y el esoterismo de sus planteamientos. Un afán extremado por agotar la capacidad de análisis jurídico y por llevar a su última posibilidad las más agudas distinciones conceptuales, la condujo a un bizantinismo que se internaba en inacabables e imponderables filigranas de pensamiento, con lo que perdía de vista los aspectos realmente importantes de los conocimientos jurídico-penales (26).

La dogmática tenía por finalidad procurar una correcta interpretación de los textos positivos, buscar las relaciones existentes entre ellos, descubrir las ideas, principios e instituciones ínsitos en la ley y, luego, construir y sistematizar sobre esa base una teoría completa y bien asentada de las bases orgánicas del derecho positivo. Era ésta una manera de posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley y de ayudar a garantizar la seguridad jurídica. Al elevar la aplicación de la ley positiva por encima de la

(25) H. WELZEL, op. cit., afirma que «La misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo... al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica» (p. 13) y luego agrega que «el alcance del Derecho penal reside en que en tanto cuanto limita sus normas a los elementales deberes ético-sociales, establece el fundamento para la constitución de todo el mundo de valor ético de una época... y se inserta en su marco cultural» (p. 17).

(26) C. ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 18 y 19, caracteriza «el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática» por «operar con las más sutiles finezas conceptuales» y por «una desproporción entre la fuerza desarrollada y su rendimiento práctico».

arbitrariedad o de la consideración puramente sentimental, procuraba una administración de justicia igualitaria y justa (27). Pero en lugar de mantenerse en ese objetivo, limitado aunque indispensable, muchos de sus seguidores —engañados— creyeron poder alcanzar los ápices del conocimiento penal a través de su método y —envanecidos— la condujeron, por medio de un lenguaje sofisticado, a un plano de lucubraciones sutiles y de distingos conceptuales interminables. El resultado ha sido originar una disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor sustancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de la suma élite científica del iuspenalismo.

Todo esto ha producido una clase de dogmáticos a ultranza, podríamos llamarlos «integristas», verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en una especie de vacío, los cuales se caracterizan por sumergirse en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad. Pierden así de vista el verdadero y único fin del derecho penal que es el de evitar la criminalidad.

Afortunadamente esto, como todo exceso nocivo, ha despertado una reacción saludable dentro del iuspenalismo. Jescheck llama la atención hacia el peligro de una dogmática jurídico-penal basada en fórmulas abstractas, que podría llevar al juez a abandonarse al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto» y proclama que «lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano». Esto importa, como es obvio, atender primeramente a la solución de los problemas reales y abordarlos con criterios de valoración político-criminal antes que buscar soluciones jurídico-conceptuales.

C. Roxin es, en Alemania, uno de los que más decididamente arremete contra las «deprimientes dificultades» suscitadas por una dogmática con equivocado planteamiento, para declarar que en el pensamiento sistemático en general y en la teoría jurídico-penal del delito, en particular —considerados por algunos como agotados en sus posibilidades— existe una crisis que hace necesario examinarlos de nuevo cuidadosamente, desde sus principios. Hoy no se cree ya —a su juicio— en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y se piensa poco en la utilidad práctica de tales categorías (28).

Este encerrarse en la dogmática dentro de sí misma, el dedicarse

(27) H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1969, p. 136. Es también la opinión de E. GIMBERNAT, op. cit., pp. 518-521.

(28) C. ROXIN, op. cit., pp. 23-25 y 81. R. SCHMIDT, en el prólogo de *Kritik der Strafrechtsreform*, ed. Nedelmann, Frankfurt a. M., 1968, estima que es «funesta» la forma cómo lo penal se entiende en Alemania casi exclusivamente como tarea jurídica, a consecuencias de la cual el Derecho penal se cultiva *l'art pour l'art*, con sutilezas jurídicas.

tan sólo a elaboraciones abstractas, el no abrir ventanas a una consideración de la realidad social y su abandono de las particularidades de caso concreto, traen como consecuencia que pueda surgir un doble criterio de enjuiciamiento, pues puede «ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político-criminal es equivocado, y a la inversa» (29). La historia de la teoría del delito construida por esa dogmática en los últimos decenios puede ser descrita solamente «como una peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema» (30).

Esto explica que parte importante de los estudios iuspenales especializados producidos en los últimos treinta años versen sobre materias tales como la naturaleza del dolo eventual, su diferenciación con la culpa con representación, la solución adecuada de los problemas del error y sus particularidades en el caso de las justificantes putativas, el contenido psicológico en el desistimiento de la tentativa, etc., todas las cuales tienen una repercusión bastante reducida en la aplicación práctica de la ley penal. En todo caso, ellas presentan aspectos empíricos muy difíciles de verificar o comprobar, por lo que, generalmente, quedan situadas al nivel de puras lucubraciones ideales.

Er todos estos casos se incurre en un manifiesto abuso del iuridicismo y se cae una y otra vez en las ficciones legales, en las afirmaciones apriorísticas y en los razonamientos puramente abstractos, con olvido de la realidad humana y social que está dentro de todo problema de índole criminal. Debe notarse que la Escuela de la Nueva Defensa Social condena vigorosamente estos excesos de iuridicismo.

Las elaboraciones dogmáticas jamás debieran ser consideradas como conclusiones absolutas, sino, a lo sumo, como modelos aprovechables por el penalista para una mejor ordenación de su estudio metódico del hecho criminal y de su autor en sus aspectos normativos, modelos que habrán de ser esquemáticos, dúctiles para su buena adaptación a la realidad concreta y, en todo caso, eminentemente relativos, a fin de que nunca puedan sobreponerse a las exigencias o circunstancias de ella.

Además de lo expresado es necesario recordar que toda sistematización dogmática se construye en buena parte sobre un conjunto de supuestos bastante débiles o controvertibles. En efecto, las leyes son la obra de legisladores de carne y hueso, capaces de incurrir en vacíos, contradicciones, olvidos, utilización equivocada de términos y muchos otros defectos de elaboración. Sin embargo, el dogmático edifica su sistema sobre la artificial suposición de que quienes proyectaron y dictaron la ley fueron seres de extrema racionalidad, de completos conocimientos, tanto de la legislación restante como de las circunstancias y necesidades sociales existentes al momento de dictarla, enteramente conscientes de todas las

(29) ROXIN, *ibid.* p. 30.

(30) *Ibid.* p. 80.

dudas y de todas las nuevas situaciones que van a aparecer en el futuro, capaces de la mayor precisión y exactitud en los vocablos. y en la redacción empleados, con una visión muy amplia y coherente de las finalidades perseguidas y de los medios más apropiados para alcanzarlas, etc. (31).

Todo esto permite apreciar la forma en que una elaboración dogmática arriesga alejar al jurista de la realidad y lo que ella puede contribuir a que pierda un equilibrado sentido crítico.

6. *Depenalización y aparición de nuevos atentados contra el interés social.*

Está cobrando vigor una tendencia que propone la reducción de las tipificaciones penales, como manera de excluir del ámbito punitivo a todos aquellos hechos antisociales para los que la pena no sea estrictamente necesaria. Es lo que se ha denominado la despenalización o la desincriminación del derecho penal.

Esta tendencia se ajusta por entero a la idea de que el derecho penal es la última *ratio* para un debido ordenamiento social, por lo que no debe entrar en acción sino en los casos en que se la aprecie como estrictamente indispensable por inutilidad o insuficiencia de otros medios menos coercitivos. Esto sólo nos demuestra que en ella se basa en la suposición de que la pena tiene mayor eficacia para modificar la conducta de los hombres en sociedad que las medidas no punitivas, aspecto que está actualmente sujeto a muy intenso debate.

Sin embargo, las nuevas condiciones de la vida social han modificado los esquemas que inspiraron al derecho tradicional y día a día aparecen en la realidad de la vida hechos nuevos que atentan en contra de formas más evolucionadas de organización social. Estos hechos, cualquiera que sea su potencialidad o sus efectos antisociales quedan sin sanción penal mientras no sean incorporados legalmente al catálogo penal.

Un grupo importante de estos nuevos hechos, que en muchos casos requerirán la incorporación de nuevas formas de incriminación a la legislación penal como forma de proteger a la sociedad del perjuicio que le causan, se originan en manifestaciones modernas del avance científico y tecnológico. No hemos de referirnos a ellos, por cuanto han sido tratados en otra parte (32).

Otro grupo, no menos importante y numeroso, es el que se origina debido a recientes alteraciones de las estructuras jurídicas de la sociedad, las que envuelven la generación de nuevos valores o bienes jurídicos. Estos valores nuevos no fueron totalmente des-

(31) Sobre esta materia puede consultarse la obra de CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Ediciones UNAM, México, 1974, especialmente pp. 85-92.

(32) Ver: E. NOVOA M., *Progrés humain et droit pénal*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1970, núm. 2, Paris.

conocidos en épocas anteriores, pero dentro de las nuevas concepciones políticas pasan a adquirir rango propiamente jurídico, en tanto que antes estaban situados exclusivamente en plano moral. El caso más relevante es el que proviene de la incorporación al sistema jurídico de los «deberes sociales» (33).

Hemos sostenido que el abandono por el sistema de organización social del modelo individualista que lo dominó desde la Revolución Francesa y la paulatina asimilación por aquél de nuevos valores, tales como la solidaridad social y la colaboración mutua entre los hombres, así como también la intervención reguladora del Estado en muchas actividades sociales, especialmente de índole económica, ha impuesto a los ciudadanos una actitud nueva en el plano jurídico, pues aparte de los derechos subjetivos, tenidos antes como los bienes jurídicos principales y casi únicos y como los más esenciales objetos de protección penal, han aparecido también las obligaciones de los individuos hacia la comunidad humana de que forman parte; esto es, surgen los que hoy día se llaman los deberes sociales.

La sola aparición de los deberes sociales de los individuos en el campo del derecho supone la posibilidad, y en muchas legislaciones el hecho real, de que se reconozcan o impongan estos deberes por la vía legislativa. Y en algunos casos de mucha trascendencia o ligados directamente al bienestar de la sociedad toda, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que la legislación penal tome a su cargo la tutela jurídica del cumplimiento de deberes sociales de esa clase, lo que significará que se van a establecer sanciones penales para quienes no los cumplan. Todo esto debe traer consigo un aumento considerable de los *delitos de omisión*, poco abundantes en los regímenes jurídicos individualistas, porque a éstos interesa solamente la protección de los derechos individuales.

En efecto, la norma violada por el delincuente será una norma imperativa y no prohibitiva, como frecuentemente acontece ahora. Esa norma determinará una obligación de actuar por parte del sujeto.

De la consagración legal de deberes de cuidado en relación con los demás miembros de la sociedad, explicable por la extensión y fortalecimiento de la solidaridad social y de la colaboración mutua entre los hombres, ha de derivar también un aumento de los *delitos culposos* y de los *delitos de peligro* (34).

(33) Ver: E. NOVOA M., *La renovación del Derecho*, Universidad de Concepción (Chile), 1968; *Hacia una nueva conceptualización jurídica*, en *Cuadernos de la Realidad Nacional*, núm. 15 especial, diciembre 1972, Santiago de Chile, pp. 213 y 214, y *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, Siglo XXI Editores, México, 1975, pp. 171-175.

(34) Ver. E. NOVOA M., *Les délits de mise en danger*, publicado en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, núms. 1-2, p. 323, donde se expresa que como consecuencia del desarrollo social sobreviene un aumento de los delitos de peligro. Por su parte. F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal* (Parte General), traducción de J. del Rosal y A. Torio, UTEHA, Buenos Aires, 1960, sostiene que el Derecho no puede ser entendido solamente como un

Es posible advertir, entonces, que difícilmente podrá alcanzarse una efectiva de penalización en el derecho penal, pues el curso histórico de las ideas sociales parecería más bien ser propicio a un incremento de la tipificación penal. Y esto lo decimos sin tomar en consideración hasta ahora la perturbación que en la conducta de los individuos puede ocasionar el tipo de vida del mundo desarrollado, tan sujeta a tensiones y a conflictos de todo género. Lo que sin duda habrá de esperarse es que se realice una rigurosa selección dentro del catálogo penal vigente, para no dejar dentro de él sino a los atentados sociales de mayor relieve.

7. *Derecho penal, criminología y ciencias de la conducta.*

Una de las funciones más importantes que asume la sociedad moderna es la de impedir la realización en su seno de hechos punibles. Ante los cuestionamientos cada vez más decisivos que se oponen al derecho penal, tanto desde el punto de vista de principios y métodos, como desde el de la eficacia práctica de sus tradicionales medidas de reacción social, ¿podemos volverle la espalda y resolver con la sola ayuda de conocimientos criminológicos aquella función?

Porque si la criminología agrupa en forma multi e interdisciplinaria a todos los conocimientos relativos a la descripción, etiología y tratamiento terapéutico de la delincuencia y de los demás comportamientos desviados, considerados como fenómenos individuales y sociales; si entran dentro de su área el diagnóstico y pronóstico necesarios para elegir una terapéutica adecuada, para el control y aplicación de ésta y para la determinación del momento en que ella no actúa más o ha cumplido su efecto; si ella llega hasta a determinar las medidas sociales más apropiadas para la prevención del delito y tratamiento de la delincuencia y, también, las convenientes modificaciones de las actitudes de los miembros de la comunidad social frente a los valores esenciales que inspiran la organización de ésta; entonces, su objeto no puede ser más amplio y parecería bastar para organizar y llevar adelante por sí sola la lucha contra la criminalidad (35).

mecanismo de límites y frenos a la libertad de los individuos, pues posee «una *misión organizadora y propulsora*, en cuanto crea organismos de diversas clases y promueve el desarrollo de la vida social... despliega una acción eminentemente *activa* que se orienta a transformar las condiciones de vida y aun la conciencia del pueblo para asegurar su progreso y dirigirlo, frecuentemente hacia ciertas finalidades». Por razones que hemos dado en otro lugar, solamente concordamos con Antolisei en que el Derecho sirve de instrumento a esa misión organizadora y activa, pues a nuestro juicio la orientación de esa misión corresponde a la política; el Derecho solamente sirve a ésta.

(35) La amplitud de materias que puede tratar la criminología no la convierten en una «superciencia», sino que es consecuencia del aprovechamiento coordinado y comparado que ella hace de aportes de numerosas disciplinas, muy variadas, que entre otros de sus objetos se ocupan también

No obstante, una vieja cuestión vuelve a plantearse: es el derecho penal el que determina el concepto de delito.

Thorsten Sellin sostiene que las categorías de la ley penal no pueden satisfacer las exigencias de un científico social, por ser «de índole fortuita» y no surgir intrínsecamente de la naturaleza del objeto de su estudio (36). Dicho en otros términos, la criminología parecería carecer de objeto propio, porque la delimitación de éste, en cuanto al fenómeno delictivo que debe estudiar, ha de venirle de prestado del derecho penal. Y como las normas jurídicas, incluyendo entre ellas a las penales, son cambiantes y son modificadas al ritmo en que se alteran los valores de los grupos dominantes, el delito de ayer puede ser mañana un hecho no punible, y viceversa. Esto significaría que la criminología trabaja con un objeto contingente e inestable, que le viene de otra parte, lo que restaría consistencia científica a sus afanes (37).

Esto ha incitado a muchos esfuerzos por encontrar un concepto sustancial o material de delito, que indique cuál es el contenido real de éste, con más solidez y permanencia que el concepto puramente formal que proporciona la dogmática penal (38). Pues la dogmática muestra como característica legal más objetiva del delito su anti-juridicidad, esto es, su oposición a las normas jurídicas miradas como un conjunto, normas que son esencialmente mudables.

Existen varias definiciones materiales de delito que podrían ayudar a la solución del problema. Por ejemplo, F. Grispigni dice que es delito «la conducta que a juicio de las personas que según el ordenamiento jurídico están autorizadas a establecer las normas jurídicas, hace imposible o pone en grave peligro la existencia y conservación de la sociedad».

Muchos criminólogos subestiman la dificultad y piensan que proporcionar el concepto de delito es de la competencia del derecho penal, pues se trata de materia jurídica (39), por lo que toca al criminólogo trabajar sobre la realidad humana y social que recubre la noción legal. Pero G. Vassalli observa que no todo acto que represente la lesión o puesta en peligro de un bien o de un

de aspectos concernientes al delito. Cfr. JEAN PINATEL, en *Criminología* (tomo III del *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, de P. BOUZAT y J. PINATEL, traducido por X. Rodríguez), 2.^a edición, Caracas, 1974, p. 63; HILDE KAUFMANN, *Kriminologie*, Ed. Kohlhammer, Köln, 1971, y CARLOS A. TOZZINI, en *La delimitación del objeto de la criminología*, publicado en *N. P. P.*, año IV, número 7, julio-septiembre 1975, pp. 350-356.

(36) THORSTEN SELLIN, *Culture, conflict and crime*, SSRC, Bulletin 41, New York, 1938, p. 20.

(37) Fue para escapar a esta objeción, formulada ya en el siglo pasado, que R. Garófalo elaboró su conocida definición del «Delito natural».

(38) Cfr. R. BERGALLI, en *De la sociología criminal a la sociología de la conducta desviada*, publicado en *N. P. P.*, año I, núm. 2, mayo-agosto 1972, página 294. W. GALLAS, en *La teoría del delito en el momento actual*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 8., sostiene que la definición de delito se orienta hacia un concepto material.

(39) Es el caso de J. PINATEL (op. cit. p. 76) y de C. TOZZINI (op. cit. páginas 351 y 354).

interés penalmente tutelado puede ser incluido dentro de la investigación criminológica, pues los delitos políticos y otros en que la personalidad del autor determina un desinterés de la criminología, escapan a ésta. Por otra parte, afirma también Vassalli, que corresponde a la criminología formular juicio, desde su punto de vista, respecto de los hechos que la ley considera como delito, y puede llegar hasta a censurar al legislador si considera, por ejemplo, que la ley misma tiene un efecto antisocial. Estas funciones significarían que no está obligada ella a aceptar en forma puramente pasiva las calificaciones de delito que haga la ley penal.

El problema cobra mucho mayor complejidad aún, cuando se tiene en consideración el campo que está cubriendo una tendencia importante de la criminología actual, que es la anglosajona, al entender que corresponde a esta disciplina abocarse al estudio general del comportamiento humano de índole antisocial; de allí que esa corriente no trabaje exclusivamente con el delito: Mucho menos interesada es la filosofía que la criminología europea, la anglosajona ha concentrado sus estudios en problemas más particulares, con lo que ha desarrollado una gran variedad de técnicas para la investigación empírica. Esto la ha dejado en especial aptitud para extender sus investigaciones hacia el área de las conductas antisociales que sin ser conformes a la media normal no aparecen calificadas legalmente como delictuosas. Este nuevo enfoque ha significado un paso muy importante, pues lleva desde la sociología criminal a la sociología de la conducta desviada (40).

La desviación es presentada por esta tendencia como la violación de las normas sociales. El único aspecto que permite identificarla es la reacción de la sociedad y de sus agentes de control social. Por consiguiente, la conducta desviada no emerge de una cualidad inherente al acto que comete la persona, sino que es consecuencia de la aplicación de reglas y de calificaciones que otros hacen. Dicho en otros términos, es desviado aquél al cual un juicio ajeno le pone la etiqueta de tal (41). Esto importa adoptar una posición casi diametralmente opuesta a la de los que procuran encontrar un concepto material de delito.

La necesidad de marcos más precisos para estas ideas la ha satisfecho M. B. Clinard, quien exige para la desviación no solamente un comportamiento que se realice en una dirección desaprobada, sino también un grado suficiente que exceda la tolerancia límite de la comunidad que impone la regla. La desviación no es —para él— necesariamente «mala», «patológica» o «anormal»; su presencia podría hasta significar que existe algún defecto serio en la organización social. Por ello es que la estabilidad de una sociedad depende, en gran medida, del funcionamiento de sus instituciones y de su habilidad para mantener el control social (42).

(40) R. BERGALLI, op. cit., pp. 270, 271, 284 y 285.

(41) *Ibid.* pp. 289 y 290.

(42) M. B. CLINARD, *Sociology of deviant behavior*, 3rd ed., Madison, 1968.

La idea de «control social» adquiere, así, un relieve de primer plano.

Esta corriente, que asigna una amplitud sorprendente a las materias que hasta ahora había trabajado la criminología y que proporciona sólidas bases para el desarrollo de categorías científicas nuevas, es llamada «behaviorismo» o sociología de la conducta desviada o patología social. Y existe una inclinación bien perceptible a unificar todos estos conocimientos en una ciencia única que se ocuparía de la conducta o comportamiento humanos, dentro de la cual una parte se ocuparía de las normas de conducta o etología.

Hemos preferido extendernos sobre estas materias, si bien presentamos solamente aspectos muy parciales de ellas, para hacer ver los cambios acelerados que se están produciendo en aspectos de la criminología que están íntimamente vinculados a las materias propias del derecho penal tradicional, con el fin de llamar la atención hacia la indiferencia o el retraso con que los juristas los observan, siendo que tienen una gravitación decisiva para la organización de la sociedad del futuro y aun para la suerte misma del derecho penal.

El derecho penal está en riesgo de ser desplazado. Su base más firme para sostenerse se halla en su hasta ahora exclusiva misión de tipificar formalmente las conductas socialmente dañosas (entendemos que la selección de estas conductas, desde un punto de vista material, ha de ser atribuida principalmente a la Política Criminal) y en su posibilidad de ocuparse de la protección de la integridad física, la libertad individual y la dignidad moral de los seres humanos ante excesos «técnicos» que se produzcan a su respecto con motivo de un tratamiento. Pues estas tareas podrían ser consideradas como algo que jamás debería serle restado al derecho. Como recuerda P. Bouzat, son éstos los valores que el derecho penal puede oponer a ciertas conclusiones de la criminología o, mejor dicho, de las ciencias de la conducta (43).

8. *Ciencia penal y política.*

El derecho carece de fines propios, es solamente un instrumento o un medio con que el Estado, como organización social dotada de poderes coactivos, impone un orden determinado dentro de la sociedad. Este orden está configurado por la concepción política que fijan los grupos sociales y clases que dominan el Estado (44).

Las ideas de que es el derecho el que tiene por fin hacer posible una plena autorrealización humana, creando o manteniendo los presupuestos, condiciones y ambiente que permitan al individuo

(43) P. BOUZAT, op. cit., tomo I., p. 15.

(44) Ver: E. NOVOA M., *El Derecho como obstáculo al cambio social*, antes citado, pp. 82-89.

el desenvolvimiento en autodeterminación de su propia personalidad, y de que es objeto de la protección del derecho todo lo que al hombre le es necesario como exigencia exterior de su propio desarrollo personal (45), aparte de transferir al derecho, simple instrumento, algo que es propio de la política, llevan a una acuñación de «bienes jurídicos» como algo propio del derecho, siendo que, en el fondo, se trata de valores políticos que se imponen a un sistema jurídico concreto en una circunstancia histórica determinada. Prueba de esto último es que ellos no son valores porque el legislador los proteja, sino que éste los protege «porque pre-positivamente son dignos de protección» (46); luego, son claramente metajurídicos.

La doctrina de los bienes jurídicos, de claro sabor iusnaturalista en cuanto se considere a éstos como valores anteriores y superiores al derecho legislado, puede tener cabida dentro de una elaboración social teórica si se asigna a esos bienes su verdadero carácter de valores emanados de una forma concreta e histórica de concebir políticamente una sociedad. Así entendidos, no habría inconveniente para considerar a los bienes jurídicos con una pauta para el legislador en general y como una limitación para el legislador penal en particular, en cuanto solamente deben ser tipificadas como delitos las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes de esta clase, que son las únicas que verdaderamente dañan el ordenamiento requerido por una sociedad determinada (47).

Con esto debemos entender que el derecho penal no nos proporciona puntos firmes de apoyo en que fundar sustancialmente un concepto de delito y que esos puntos de apoyo deben ser buscados fuera del derecho penal, en la política.

Las afirmaciones de los conductistas acerca de que las conductas desviadas (concepto amplio dentro del cual entran también los delitos) son creación de los individuos que están en la posibilidad de imponer normas a la sociedad, nos lleva a meditar acerca de un tema que el marxismo desarrolló desde el siglo pasado: los delitos son erigidos legalmente como tales y reciben la censura social tan solo porque afectan o perjudican los intereses de aquellos individuos que están en posición de clase dominante dentro de la sociedad. También nos debe hacer pensar la idea que se deduce de Clinard, acerca de que el gran incremento actual de la criminalidad bien pudiera explicarse por existencia de defectos graves en la organización social en que vivimos.

(45) Esta posición es sustentada por MICHAEL MARX, *Zur Defuntion des Begriff «Rechtsgut»*, Karl Heymanns Verlag, Köln, 1972. Es bastante manifiesta la concepción individual que está detrás de esta elaboración.

(46) Esta frase es de M. MARX, recién citado.

(47) La noción de bienes jurídicos, pese a haberse originado a comienzos del siglo pasado, sigue constituyendo la base y fundamento del asunto para muchos autores, entre ellos SCHIDHAÜSER. El parágrafo 2 del Proyecto Alternativo de Código penal alemán consignaba que las penas y medidas «sirven a la protección de los bienes jurídicos».

Los juristas estamos acostumbrados a contemplar el derecho como algo, cuando menos, relativamente acabado y satisfactorio... Lo que hemos expuesto nos proporciona, sin embargo, vasto margen para reflexiones. ¿Cuántas veces la sociedad reprime a quien simplemente le enrostra, explícita o implícitamente, sus propios defectos? ¿No admitimos muchas veces reprobaciones penales que no expresan sino el interés de grupos egoístas? ¿No realizan muchos de los que tienen de hecho el poder de imponer normas a los demás, acciones mucho más perjudiciales al interés general que las legalmente tipificadas, pero que no han sido incluidas en la ley penal solamente porque a ellos no les conviene? ¿Qué cuota de responsabilidad tiene la propia sociedad represora en la producción de muchos hechos criminales?

Cada vez que se examina con detención una materia como la que hemos desarrollado, surgen dudas y dificultades. Lo importante es no permanecer indiferentes ante ellas y aprovecharlas para deducir consecuencias positivas que nos permitan conocer más profundamente y mejorar, en lo posible, lo que constituye nuestro afán científico.

La información con que contamos hoy día, como producto de estudios que han tenido su más pleno desarrollo en este siglo, nos permite advertir que el problema de la criminalidad no es un problema circunscrito al derecho penal; tampoco lo es en relación con las que hemos denominado las ciencias penales. La eliminación de los hechos delictivos supone mucho más que eso.

Supone, en primer término, una sociedad organizada sobre bases justas e igualitarias, que efectivamente ayude a todos los hombres que la componen a alcanzar su más pleno desarrollo humano en lo físico, en lo intelectual y en lo moral, y a convertirlos en solidarios entre sí, siempre dispuestos a dar a la sociedad y a los demás lo mejor de sus capacidades. Supone, también, que las altas decisiones sociales estén inspiradas en el bien de las grandes mayorías y provengan de ellas, y que no sirvan de escudo o de protección a intereses de pequeños grupos dominantes. Supone, finalmente, que los casos criminales o de desviación social que lleguen a producirse pese a cumplirse las dos exigencias precedentes, sean considerados como un problema que compromete a toda la sociedad, sin que basten para resolverlo las medidas represivas; que ellos han de ser encarados desde todos los ángulos de la vida social que puedan influir en su eliminación para el futuro, y que para este fin todos los hombres y todas las organizaciones, sean ellas de trabajo, de solidaridad, de cooperación social o de otra índole, han de prestar su colaboración.

Solamente una sociedad que tenga clara conciencia de la responsabilidad que a ella misma le cabe en la subsistencia de la criminalidad y que esté dispuesta con todos sus medios de ayuda, de corrección y de reeducación a eliminarla, será digna de alcanzar la solución de este grave problema. No importa si lo hace con o sin derecho penal.

