

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL PRESENTE SIGLO

EDUARDO NOVOA MONREAL *

SUMARIO: I. PALABRAS PRELIMINARES. II. SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL AL COMENZAR ESTE SIGLO. III. EFECTOS DE LA EXTENSIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS SOBRE EL DELITO EN EL DERECHO PENAL. IV. EL CONCEPTO JURÍDICO DE DELITO. V. REAFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RESPETO DE LA LIBERTAD. VI. RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD MORAL. VII. CRISIS DE LA DOGMÁTICA PENAL. VIII. LA REACCIÓN SOCIAL. IX. CONTRADICCIÓN ENTRE JUICIO PENAL Y EJECUCIÓN DE LA PENA. X. LA DEFENSA SOCIAL COMO REBROTE DOCTRINARIO. XI. DERECHO PENAL, CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS DE LA CONDUCTA. XII. DERECHO PENAL Y POLÍTICA.

I. PALABRAS PRELIMINARES

Pocas ramas jurídicas están sujetas a mayor influencia de ciencias y disciplinas ajenas al derecho, principalmente naturales, que el derecho penal. Por ser el derecho penal la última *ratio* en el obedecimiento de las normas de conducta social y llevar consigo la más severa reacción que es posible concebir dentro de la función coactiva del Estado, se conecta directamente con dos extremos dentro de sus características propias: por una parte solamente entra en acción cuando la perturbación del orden social alcanza un grado considerable; por otra las medidas que emplea afectan gravemente la libertad del perturbador y hasta su vida, comprometiendo así valores suyos que se tienen por derechos fundamentales de la persona humana.¹ A esto se agrega que las ideas dominantes exigen que las consecuencias penales que se imponen a dicho sujeto reciban aplicación, en especial, cuando éste ha obrado en condiciones de madurez y normalidad psíquicas, con conocimiento y voluntad de los hechos y dentro de un medio que no altere su poder de dominio sobre sus actos. Pero esto no es todo; esa aplicación de medidas procura, de ordinario, lograr una corrección de la personalidad del sujeto, para lo cual han de considerarse todos los factores capaces de influir sobre ella, sean de índole

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y exprofesor de derecho penal y de teoría general del derecho en la Universidad de Chile.

¹ En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en París el 10 de diciembre de 1948 por las Naciones Unidas, queda señalado que la aplicación de penas puede constituir en algunos casos cercenamiento de ciertos derechos del hombre. Ver sus artículos 9, 11, 14 y 29.

hereditaria, biológica, psicológica o social y los de cualquier orden que han de servir para mejorarla.

En suma, cuando se trata de las conductas humanas más nocivas en contra de la sociedad organizada, de las medidas apropiadas para eliminarlas o disminuirlas, de la forma en que el ser humano que aparece como su autor va a reaccionar ante tales medidas, de la parte que a la misma sociedad cabe en la generación de esas conductas y de la posibilidad y medios de rescatar para una vida normal a dicho sujeto, no puede extrañar que el examen total del problema demande enfoques multidisciplinarios que van desde el estudio de la organización misma de la sociedad y su finalidad como tal, de los poderes estatales y sus límites, de la naturaleza humana y sus reacciones, de la regulación social de los comportamientos y las medidas aptas para encauzarlos, de los derechos del hombre y de su alcance, hasta multitud de aspectos filosóficos, políticos, económicos, jurídicos, biológicos, psicológicos, sociológicos, educativos y culturales.²

Sobre tal supuesto, tratar de la evolución del derecho penal en el presente siglo nos parece que impone examinar flujos de ideas y corrientes de pensamiento de índole extrajurídica que diseñan el rango propio de esta rama, moldean su ámbito y delinear sus procedimientos y soluciones más adecuados y que determinan la finalidad que le es propia. Porque será, en definitiva, como lo prueba la historia, el contenido mismo del derecho penal el que será influido por aquéllas.

Esto, por cierto, sin prescindir de analizar esa evolución también desde el punto de vista normativo, aspecto que refleja, precisamente, su contenido específico.

Con esta visión tan amplia no entendemos, en manera alguna, sobrepasar el marco de la evolución *jurídica* del derecho penal, desde que esta evolución queda fijada y condicionada por los demás factores expuestos.

Por ello es que creemos que nuestra exposición, concebida con tanta latitud, viene a constituirse en un complemento útil para la interesantísima ponencia que el profesor Juan Córdoba Roda presenta a este Coloquio.³ En ésta se exponen razonadamente y con profunda versación los cambios y progresos

² Cfr., Baumann, J., en "Culpabilidad y expiación, ¿son el mayor problema del derecho penal actual?", *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, año 1, núm. 1, enero-abril, 1972 (en adelante: *NPP*). p. 23, recalca la importancia que para un derecho penal tiene una "imagen del hombre". Esta idea de la imagen del hombre como exigencia necesaria para un pensamiento penal, está muy difundida en Alemania, donde se efectuó un congreso sobre el tema. También hace referencia a ella Armin Kaufmann en "Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el derecho penal", *NPP*, año 1, núm. 2, mayo-agosto, 1972, p. 216.

³ La referida ponencia del profesor Córdoba Roda trata principalmente de la evolución interna operada dentro del derecho penal desde un enfoque dogmático. Esto no le impide tocar también puntos de índole social y judicial. Procuraremos no insistir en las materias que él desarrolla.

que ha experimentado, a lo largo de este siglo y de puertas adentro, el estudio científico del derecho penal que realiza la dogmática.

Pensamos, así, haber contribuido también a hacer realidad el propósito del organizador de este Coloquio Internacional, el eminente jurista don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, en cuanto llamaba a exponer la evolución jurídica de cada rama en sus líneas más importantes, con esos grandes y gruesos trazos que él llamó "de muralista".

II. SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL AL COMENZAR ESTE SIGLO

La vasta revolución de ideas penales que trajo la Escuela Positiva en el último cuarto del siglo XIX, había conmovido profundamente el ambiente jurídico.

De ser el derecho penal la única disciplina encargada de la protección de la sociedad en contra de los actos criminales,⁴ se pasaba a una etapa nueva en la que las concepciones y las soluciones jurídicas precedentes eran presentadas como erróneas o desfasadas por un conjunto de brillantes expositores, bien armados con conocimientos biológicos, psicológicos y sociales. El delito adquiriría una consideración antropológica nueva que ensanchaba enormemente las posibilidades de contenerlo mediante la puesta en acción de nuevos conocimientos causal-explicativos.

Cierto es que la Escuela Positiva tuvo su resonancia principal en los países latinos;⁵ pero el eco de las novedosas ideas alcanzó también a Alemania, moderno crisol del estudio científico del derecho penal. Fue allí donde la figura señera de Franz von Liszt produjo, sin abandonar la posición jurídica, una luminosa síntesis con los nuevos aportes de las disciplinas no jurídicas que marca vías hasta hoy válidas para la exploración de las perspectivas actuales y futuras del derecho penal.

Ya en 1888 funda von Liszt, con A. Prins y G. van Hamel, la Unión Internacional de Derecho Penal, entidad que busca afanosamente esa síntesis; de sus esfuerzos surge la que más tarde ha de denominarse Escuela de la Política Criminal, aun cuando no fuera ésa la denominación admitida por von Liszt, quien prefería hablar de escuela sociológica.

Esa escuela tiene al derecho penal por una ciencia independiente, dedicada a la exposición dogmática del derecho positivo, al que estudia mediante mé-

⁴ No parece necesario ni posible entrar en detalles relativos a la anticipación del estudio de los fenómenos criminales que se dio en varios países antes de la segunda mitad del siglo XIX. El padre Jerónimo Montes proporciona abundante material, en lo relativo a España, sobre este punto.

⁵ En los países de América Latina esa resonancia alcanzó un alto grado y se prolongó por mucho tiempo. Las doctrinas positivistas campearon en la cátedra durante todo el primer tercio de este siglo hasta la aparición de las obras de S. Soler y P. Ortiz.

todos lógico-abstractos. Pero entiende que hay otras disciplinas estrechamente ligadas a esa rama jurídica y necesarias para la comprensión total del fenómeno delictivo en sus aspectos individuales y sociales; ellas son la criminología (que abarca a la antropología y la sociología criminales), la penología y la política criminal.⁶ El delito adquiere con ello, en forma simultánea, el carácter de concepto jurídico y de fenómeno natural, susceptible, bajo esta última forma, de estudio en su etiología y en sus formas de presentación. Se tiene por imputables, sin mayor disquisición filosófica, a quienes tienen capacidad de conducirse conforme a las reglas sociales, pero al mismo tiempo se abre paso al concepto de peligrosidad. La lucha contra el delito supone el empleo tanto de penas como de medidas asegurativas.

Es posible situar el momento cumbre de influencia de las ideas lisztianas —a las que puede estimarse que adhirieron también C. Stoos y J. Thyren— exactamente en los comienzos de este siglo, época en la que, además, como se verá más adelante, empiezan a aflorar muy importantes concepciones de índole dogmática capaces de modelar efectivamente el posterior desarrollo de la ciencia jurídico-penal.

Asoma este siglo, por consiguiente, con un reconocimiento de que junto al derecho penal existen también otras disciplinas⁷ que contribuyen al conocimiento y explicación del delito y a la protección de la sociedad en su contra. El derecho penal ha perdido, pues, su calidad de único conocimiento apto para ocuparse de la criminalidad.

La criminología comprende a la antropología (o biología) criminal, encargada de describir el crimen como un acontecimiento en la vida del *individuo*, la cual muestra, con ayuda de las especializaciones de la somatología y psicología criminales, la inclinación al crimen de los hombres, y a la sociología criminal, encargada de describir el crimen como acontecimiento de la vida *social*, mostrándolo en su génesis, conformación y condiciones dentro de la vida de la sociedad. La penología se ocupa del estudio de las penas, de las medidas asegurativas y de los establecimientos en los que ellas se cumplen para su debida eficacia. La política criminal es el contenido sistemático de principios —garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena— según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen por medio de la pena y de sus institutos similares.⁸

Con todo esto se forma el conjunto de las disciplinas fundamentales que tratan del delito, a las cuales han de agregarse las llamadas ciencias auxilia-

⁶ En su *Tratado de derecho penal* (traducción española, Madrid, Reus, 1926-1929), Franz von Liszt coloca las cuestiones teóricas ajenas a la ley penal positiva, pero cuyo estudio científico interesa al derecho penal, como introductivas, bajo el título de política criminal.

⁷ No es el momento de entrar a discutir acerca de si ellas son o no verdaderas ciencias.

⁸ Franz von Liszt, *op. cit.*

res, constituidas por la medicina y la psiquiatría forenses y la estadística criminal, destinadas a colaborar en un mejor conocimiento del delito, del delincuente y de las medidas de reacción social correspondientes.⁹

También a comienzos de siglo se desarrolla en Italia la *Terza Scuola*, la que procura situarse críticamente en una posición intermedia entre las escuelas clásica y positiva, alejándose tanto de las abstracciones ideales de aquella como de las bases materialistas de ésta. Sus principales representantes, Carnevale y Alimena, abren la entrada a la indagación antropológica del delito, sin admitir ni la fatalidad de éste, ni el delincuente nato, ni la imputabilidad física; en cambio elaboran un concepto de imputabilidad que se identifica con la dirigibilidad del sujeto, o sea, su aptitud para sentir la coacción psíquica del derecho penal. La pena se justifica, según ellos, por su necesidad política y social, y su fundamento está en su eficacia preventiva.

Es, pues, bajo el signo de conciliación y de colaboración entre dos concepciones opuestas sobre la lucha contra el delito, la clásica y la positiva, que hace su entrada el siglo xx.

No sería posible dar término a este recuento sin hacer referencia a la figura tan ilustre como original del penalista español Pedro Dorado Montero, quien en la misma época que tratamos lanza su idea, muy fecunda en desarrollos para los días en que vivimos, del "derecho protector de los criminales". Es una posición transida de humanismo en la que se advierte la influencia de la filosofía de Krause, del correccionalismo de Roeder y del positivismo. En ella Dorado Montero exalta la persona y la libertad humanas, adopta la fórmula positivista de la peligrosidad y repudia el rigor penal excesivo. Todo su empeño lo pone en lograr los mayores miramientos para el reo, ser débil, necesitado de ayuda y protección, para cuya persona "siempre respetable, lo mismo que la de cualquier otro ciudadano", reclama la más adecuada terapia educativa y correccional.¹⁰

III. EFECTOS DE LA EXTENSIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS SOBRE EL DELITO EN EL DERECHO PENAL

La irrupción de nuevos conocimientos en lo relativo al delito, al delincuente y a la lucha contra la criminalidad, provoca curiosos efectos en relación con el derecho penal.

⁹ Al indicar las ciencias penales y sus auxiliares no olvidamos, por cierto, ni al derecho procesal penal ni a los conocimientos que integran el arte de la pesquisa: la criminalística, la policía científica y la identificación, todos ellos colaboradores también en la lucha contra el delito. Ver: Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo I, pp. 50-51.

¹⁰ Dorado Montero, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973.

Las nuevas ciencias penales de origen extrajurídico, sintiéndose en aptitud de proporcionar soluciones inéditas para el combate contra el delito, llevan a un notable ensanchamiento de los medios aplicables, los cuales son extraídos no solamente de tratamientos médicos, psicológicos y educativos capaces de mejorar individualmente al delincuente, sino también de medidas de orden social, apropiadas para promover condiciones ambientales menos criminógenas. Con ello la pena pierde su significado tradicional de ser la única medida válida y eficaz para erradicar o reducir el delito y sobreviene a su respecto una desconfianza más o menos generalizada, que llega a concretarse, cuando menos, en la creencia de que ella necesita estar acompañada por un conjunto de medidas complementarias que eliminen o quiten fuerza a los factores endógenos o exógenos del delito. Con la decadencia de la pena ha de sobrevenir también una subestimación de la importancia del derecho penal.

Ferri había enunciado ya, a fines del siglo XIX su proposición de los “sustitutivos penales”, conjunto de medios preventivos del delito, consistentes en medidas de tipo social destinadas a extirpar o atenuar las condiciones que favorecen la generación del crimen en los planos físico, individual y social.¹¹ Se daba con ello un anuncio de que el combate contra la criminalidad empezaba a trasladarse desde el terreno estrictamente jurídico, en que lo habían situado las ideas tradicionales, a un plano político de mejoramiento general de las condiciones de vida social.

Thomsen había propuesto también, más o menos por la misma época, la unificación de todos los medios de lucha contra el delito —tanto de los repressivos, constituidos por la pena, como de todos los sistemas y momentos preventivos de cualquier índole— en una sola disciplina a la que atribuyó la denominación de “derecho de lucha contra el delito”, la cual quedaría integrada a la política criminal.¹²

Tuvo razón Liszt cuando expresó:

La observación nos enseña que cada delito particular resulta de la cooperación de dos grupos de condiciones: por una parte, de la propia naturaleza individual del delincuente; de otra parte, de las condiciones exteriores, físicas y sociales, sobre todo económicas, que le rodean, y que... más intensa y más seguramente que la pena y toda medida análoga, obra la política social como medio para la lucha contra el crimen, el que como... todos los restantes fenómenos sociales patológicos, tiene su raíz profunda en las condiciones sociales determinadas que influyen sobre las generaciones sucesivas.¹³

¹¹ Ferri, Enrico, *Sociología criminal* (4ª edición), Turín, 1900, pp. 394-452.

¹² Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1950, tomo I, pp. 83 y 141.

¹³ V. Liszt, *op. cit.*, tomo II, pp. 10, 11 y 14.

Estas ideas no solamente abren paso a una seria duda sobre la real eficacia de las medidas específicamente penales, fueran éstas, penas o medidas de seguridad (Liszt declara a la pena “un arma de doble filo”), sino que muestran un elenco mucho más amplio que puede ser utilizado y que se origina fuera de los lindes del derecho penal. La idea de que la mera aplicación de penas y en ciertos casos de medidas de seguridad es suficiente para contener la criminalidad, cede lugar a una afanosa búsqueda de una vasta serie de medidas, muchas de ellas de carácter preventivo o de otro género, y conduce finalmente a admitir, como hoy se acepta de manera más o menos general, que la eliminación o disminución de la criminalidad desborda absolutamente las posibilidades de una pura rama jurídica y se convierte en problema de nivel nacional, que supone una reestructuración de la sociedad sobre bases más apropiadas. La lucha contra el delito ha pasado a transformarse, así, en una tarea política general.

Todo esto no puede menos de tener efecto en el propio emplazamiento del derecho penal dentro de este ámbito científico, ahora tan amplificado.

Ferri había pensado que el derecho penal debía quedar reducido alguna vez a la calidad de “capítulo jurídico de la sociología criminal”, pues presentaba a ésta como la ciencia omnicomprensiva de los problemas penales.¹⁴

Varias décadas después, Luis Jiménez de Asúa, paladeando con placer la protesta que ello causaba entre los juristas, anunciaría que un día la criminología “se tragaría” al derecho penal.¹⁵

Aun en nuestro tiempo la Escuela de la Nueva Defensa Social, actualmente tan difundida en el ambiente científico, no obstante sostener la necesidad de que el derecho penal subsista como tal, reniega del abuso del juridicismo en el examen de los problemas penales y subordina manifiestamente el derecho penal a la política criminal, ya que considera a ésta como la disciplina encargada de organizar y dirigir lo más eficazmente posible la reacción social en contra de la criminalidad. Con ello el derecho penal queda situado en la condición de un elemento o instrumento de esa política.¹⁶

IV. EL CONCEPTO JURÍDICO DE DELITO

Francisco Carrara, el máximo representante de la escuela clásica, había afirmado, en la segunda mitad del siglo pasado, que no puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no

¹⁴ Ferri, E., *op. cit.*, pp. 12 y 919.

¹⁵ Jiménez de Asúa, L., *op. cit.*, tomo I, p. 87. Es cierto que en sus últimos años el gran penalista español no ocultó que veía cada día más lejana la esperanza de una criminología que reemplazara al derecho penal.

¹⁶ Ancel, Marc, *La défense sociale nouvelle*, París, Cujas, 1971, pp. 128 y 232.

pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre. Con ello precisó que la característica central del delito consistía en ser éste un choque entre un hecho humano y el derecho. En esta forma añadió a los dos aspectos del delito reconocidos por las concepciones más antiguas: el físico, constituido por la acción, y el moral, constituido por la culpabilidad, un tercer aspecto, la *relación contradictoria* entre el acto y la ley.¹⁷

Por su parte, en Alemania, R. von Ihering lograba, más o menos en la misma época, desglosar de la culpabilidad, concebida antes como un todo, el aspecto objetivo de la antijuridicidad.

Estos elementos permiten a Liszt iniciar la sistemática del derecho penal moderno. Busca primero un concepto general amplio sobre el cual asentar la noción de delito y procura, luego, que en virtud de reducciones sucesivas, que han de provenir de otras características gradualmente diferenciadoras, se obtenga, finalmente, un concepto específico bien delimitado y preciso.¹⁸ El concepto general básico es el de acción y sus características específicas reductoras son la culpabilidad, la contradicción con el derecho y el hallarse sancionada con pena.¹⁹

E. Beling reprocha a esta concepción sistemática de delito contener un elemento tautológico en su característica de “hallarse sancionado con pena” y propone perfeccionarla mediante la sustitución de esa referencia por otra que exprese el conjunto de particularidades que un hecho debe reunir para acarrear la pena. Para este fin presenta la fórmula de la “tipicidad”, esto es, la congruencia del hecho con la descripción contenida en el respectivo precepto penal. El “tipo” es concebido por Beling, inicialmente,²⁰ conforme a su tesis más difundida, como el conjunto de características objetivas mediante las cuales el legislador describe aquellos hechos a los cuales corresponde la aplicación de una pena.

Aprovechando estos aportes, M. E. Mayer define el delito como “acontecimiento típico, antijurídico e imputable”, asignando a las varias características un orden más apropiado.

Pero es E. Mezger quien lleva la definición sistemática a su más elevada perfección, pues mantiene la acción como concepto básico, convierte a la tipicidad en *ratio essendi* de la antijuridicidad y concede gran desarrollo a la

¹⁷ Carrara, F., *Programa del curso de derecho criminal* (traducción de S. Soler), Buenos Aires, Depalma, 1944.

¹⁸ Ver Schmidhäuser, E., “Sobre la sistemática de la teoría del delito”, *NPP*, año IV, núm. 5, enero-marzo, 1975, p. 34.

¹⁹ V. Liszt, *op. cit.*

²⁰ E. Beling lanza la tipicidad en 1906, en su obra *Die Lehre vom Verbrechen*, pero la revisa, ampliándola con nuevas categorías que la complican enormemente, en 1930, en *Die Lehre vom Tatbestand*, traducidas con el nombre *Esquema de derecho penal y doctrina del delito-tipo* por S. Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944.

culpabilidad. Según él, es delito la acción (o conducta) típicamente antijurídica y culpable.²¹

Es a la elaboración jurídica obtenida por esta clase de estudios a la que G. Radbruch califica de “sistemática cautivadora por su claridad”. Nosotros podríamos agregar que ella es valiosa por su diáfana sencillez y por su utilidad didáctica no igualada. En efecto, sobre la base de una descomposición puramente intelectual de la idea de delito en sus notas esenciales,²² se llega a captar fácilmente en su real alcance y profundidad un concepto unitario complejo como es el de delito. Todo ello mediante la utilización de un esquema lógico cuyo verdadero significado no ha sido captado por sus críticos, si hemos de atenernos a los argumentos, nutridos pero pobres, con los que ha sido combatido.

La elaboración tiene como eje central a una acción (o conducta o comportamiento)²³ humana que determina un cambio en el mundo exterior. Ello puede ocurrir mediante un movimiento corporal del sujeto o mediante la omisión de un movimiento. La acción se concibe, en consecuencia, en su aspecto material y externo, en cuanto provoca un hecho.

La tipicidad cumple su inicial función reductora al especificar para la noción de delito únicamente a aquellas acciones que el legislador penal tiene contempladas en su catálogo descriptivo de las conductas capaces de originar una responsabilidad penal. Ella opera por simple comparación formal, mediante la verificación de si hay o no congruencia entre la acción determinada y alguna de las descripciones típicas.

Generalmente las conductas típicas son también antijurídicas, a menos que estén amparadas por una causa de justificación. La antijuridicidad es una nota objetiva, pues mira al hecho en sí mismo y lo valora de acuerdo con los principios de la totalidad del ordenamiento jurídico positivo.

Si en la acción típica y antijurídica concurre también la nota de la culpabilidad, que consiste en una valoración referida a la disposición anímica con que el sujeto realiza aquella, estarán enteradas las condiciones necesarias para que esa acción sea tenida por un delito y haya de aplicarse al sujeto la

²¹ Mezger, E., “Tratado de derecho penal” (traducción de J. A. Rodríguez M.), Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1946.

²² No se trata de desmontar una entidad compuesta separando sus varias partes o fragmentos, como alguna vez lo sostuvimos equivocadamente y como lo supuso Antolisei cuando objetó este método, sino de descomponer de modo puramente intelectual un concepto unitario y orgánico en el cual solamente en forma lógica es posible plantear el género próximo, conducta humana, a la cual van reduciendo las sucesivas diferencias específicas que conducen al intelecto a la aprehensión cabal y profunda de ese todo no fraccionable que es el delito. Basta lo dicho para advertir que es perturbador emplear el término “elemento” para referirse a cada uno de los diferentes aspectos, momentos o notas que permiten delimitar la idea de delito.

²³ Otros autores prefieren denominar a ese sustrato material como “hecho” o “acontecimiento”.

pena que para ella prevé la ley.²⁴ La culpabilidad, en consecuencia, toca a lo subjetivo de la acción²⁵ y supone un sujeto que reúna en su persona las condiciones mínimas para ser responsabilizado penalmente (imputabilidad), que obra con dolo o con culpa y que pudo haberse determinado en la especie conforme a las exigencias jurídicas. Solamente con todo ello es posible formular un juicio de reproche.

Hay que advertir que esta compleja elaboración de la culpabilidad se fue desarrollando desde los primeros años de este siglo, principalmente por obra de Frank, y prosiguió a lo largo de casi tres décadas. Ella se denomina “concepción normativa de la culpabilidad” y ha desplazado del ámbito científico casi por completo a la anterior concepción psicológica, conforme a la cual basta que la acción típica y antijurídica esté enlazada con la psiquis del sujeto, mediante el dolo o la culpa, para que surja la responsabilidad penal.²⁶

De esta sistemática se desprende que las causas de exención de responsabilidad penal han de multiplicarse y especificarse desde que corresponden a la ausencia de alguna de las características del delito. Así tenemos exclusión de responsabilidad por falta de acción, por falta de tipo, por justificación, por inimputabilidad, por falta de culpabilidad propiamente dicha y por no exigibilidad de otra conducta.

El concepto de delito expuesto anteriormente, pese a su simetría y claridad, estuvo expuesto desde el primer momento a fuertes críticas. Radbruch objetó, ya en 1903, que no existía un concepto común capaz de abarcar algo tan disímil como la acción y la omisión; ambas debían subsistir como independientes, dividiendo así todo el sistema de arriba a abajo en dos partes aisladas.²⁷

Posteriormente se fueron dividiendo nuevas fisuras dentro de aquella construcción jurídica de tanta solidez aparente. Para que la conducta correspondiera verdaderamente a una expresión humana y para separarla de aquellos movimientos puramente físicos que pueden afectar al cuerpo del hombre, se le incorporó el requisito de ser una manifestación de voluntad, lo que no debía ser confundido con el contenido de la voluntad.²⁸ También se advir-

²⁴ Para algunos autores la sanción penal es una de las notas características del delito. A nuestro juicio la aplicación de la pena prevista en la ley es la consecuencia de que se haya dado algo que jurídicamente debe tenerse como delito y, por lo tanto, no integra la noción de delito.

²⁵ Hellmuth Mayer sostuvo tajantemente que todo lo objetivo pertenece al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

²⁶ V. Arteaga S., Alberto, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975.

²⁷Radbruch, G., en su *Handlungsbegriff*, publicado en 1903. Para resolver la dificultad Radbruch postuló abandonar el concepto de acción como piedra angular del sistema y sustituirlo por el concepto de realización del tipo.

²⁸ La presencia de un elemento psíquico en la acción ha originado muchas dudas y confusiones en la sistemática tradicional. Muchos prefirieron hablar de “coeficiente psi-

tieron tipos que sobrepasaban una descripción puramente objetiva, pues contenían elementos extraños y, entre ellos, algunos de índole subjetiva. La propia teoría normativa de la culpabilidad pareció demostrar que lo que se había supuesto como la nota más genuinamente subjetiva del delito, necesitaba también de una consideración desde fuera del sujeto. A ello se añadieron dificultades propias de la omisión, de la culpa sin representación, de la tentativa y de la participación, entre otras, que se pensó destruían la limpidez y pureza de las características delictuales así propuestas. Todo esto fue preparando el terreno para una revisión muy amplia de esa elaboración que condujo, finalmente, a la aparición de una construcción sistemática de reemplazo, obra principal de H. Welzel, denominada "finalista". Por contraposición la construcción anterior fue llamada "causalista".²⁹

Según Welzel la acción humana es el ejercicio de una actividad dirigida hacia un fin. El hombre tiene la facultad de prever, en alguna medida, las consecuencias posibles de su actividad y de orientar ésta conforme a un plan que él se forma. El fin propuesto es el que dirige esa actividad, la cual es "vidente" y no "ciega". De allí que no sea admisible separar dentro de una acción dolosa, en la que el sujeto se propone la obtención de un resultado, los aspectos material y subjetivo, puesto que los mandatos jurídicos no pueden estar destinados a procesos puramente causales, desprovistos de la consideración de un fin y por ende ciegos, sino a acciones que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Por eso no acepta fraccionar la acción en un proceso causal externo (objetivo), por un lado, y el contenido de la voluntad (simplemente subjetivo), por el otro. Eso solamente pueden concebirlo mentalidades mecanicistas influidas por la concepción decimonónica de las ciencias naturales, que buscan la separación entre antijuridicidad y culpabilidad para referir a la primera el proceso causal externo y a la segunda el contenido de la voluntad (fin de ésta); pero esto es a costa de volver al revés la relación entre voluntad y acción. A su juicio la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad no puede radicarse en la contraposición de externo e interno.³⁰

De esta posición se siguen varias consecuencias de importancia que separan a la solución finalista de la precedente. Por una parte el dolo, elemento subjetivo, es arrancado de la culpabilidad y se incorpora a la acción; pues es ese dolo el que anticipa mentalmente la acción y el que sobredetermina fi-

quico mínimo". Por nuestra parte hemos intentado delimitar este aspecto básico del delito en forma en que no se hace necesario incluir en él ninguna referencia psíquica, en nuestro *Curso de derecho penal chileno*, ya mencionado, pp. 268-274.

²⁹ Consideramos impropio el nombre de "causalismo" por razones que el espacio no nos permite exponer aquí. Gallas y Busch la denominan en Alemania la teoría "clásica".

³⁰ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, parte general (11ª edición), traducción de J. Bustos y S. Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970. Es de advertir que Welzel ha introducido muchos cambios a su explicación finalista, al punto que se dice que no solamente la cambia en cada edición sino aun entre ellas.

nalmente el curso de ésta. Por otra la acción es antijurídica solamente como obra de un sujeto determinado que por su contenido de voluntad le imprime su propio sello; de este modo el injusto es convertido en injusto de la acción referida a un autor y se transforma en injusto personal. Por último las acciones dolosas difieren de las acciones culposas en cuanto al injusto. Rectificando Welzel su tesis anterior, conforme a la cual en las acciones culposas se presenta un curso causal ciego y se sancionan porque no se observa en ellas un mínimo jurídicamente indicado de dirección finalista, Welzel niega ahora que el resultado sea un aspecto esencial en el hecho culposo. Lo verdaderamente esencial de éste reside en la clase y el modo de ejecución de la acción, desde el punto de vista de la contravención del cuidado. Tanto los delitos dolosos como los culposos comprenden la acción final, pero mientras aquéllos la comprenden en la medida en que la voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados intolerables socialmente, éstos se ocupan de la clase o modo de ejecución de la acción final en relación a consecuencias socialmente intolerables. En los hechos culposos el sujeto confía en que los resultados no se producirán o ni siquiera piensa en su producción. En ellos el injusto se basa en la falta del deber de cuidado en el ámbito de las relaciones.³¹

Welzel, al mismo tiempo filósofo del derecho, apoya su tesis en nociones aristotélico-tomistas y en las ideas sobre finalidad de N. Hartmann. Para él la finalidad es un concepto ontológico, “una ley objetiva de la estructura del ser y del actuar humanos”. Su intención de mantener unidos en el concepto de acción aspectos subjetivos que les son indisociables, lo ha llevado a provocar una doble escisión dentro del derecho penal. Dentro de su sistema la acción dolosa y la acción culposa tienen un tratamiento diverso por lo que toca al injusto típico, y la omisión es estudiada enteramente separada de la acción. No obstante ello se ufana de haber elaborado un concepto de acción que cree “piedra angular de toda construcción libre de contradicciones del sistema de derecho penal”.

El finalismo ha encontrado numerosos adeptos aun cuando son pocos quienes lo aceptan en su totalidad. Maurach, Niese, y Armin Kaufmann, entre otros, lo profesan, pero cada uno tiene rectificaciones que hacer en determinados aspectos.

Muchos de los que sustentan la elaboración llamada “causalista” censuran acremente lo que consideran una confusión grave provocada por el sistema finalista. Bockelmenn acusa a éste de haber provocado un verdadero sismo

³¹ Cerezo Mir, José, “La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal española”, *NPP*, tomo 1, núm. 2, expone las sucesivas explicaciones diversas dadas por Welzel acerca de los delitos culposos: pp. 224-225. Cerezo atribuye a Welzel la tesis de que el resultado pertenece al tipo del injusto en los delitos culposos, pero que sólo cumple una labor de selección (p. 240).

sistemático. Jiménez de Asúa le atribuye el transformar radicalmente el sistema de nuestra disciplina:

Al situar en el injusto típico todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, dividiendo el tipo en objetivo y subjetivo y llevando a éste la "intención"; relegando la culpabilidad, de la que se han extraído los elementos meramente psicológicos, a un capítulo postrero, y llevando a otro posterior, como "delitos especiales", no sólo los hechos "culposos", sino los delitos de omisión... con el resultado de dividir de manera completa los delitos de acción y de omisión.

Sauer, con más intemperancia, atribuye al finalismo "haber puesto en desorden la sistemática y haber provocado polémicas estériles ... lo homogéneo lo desgrana (acción y omisión, dolo y culpa); la doctrina del error es tratada en dos e incluso en tres lugares distintos ..."

Lo cierto es que el sistema unitario, bien sistematizado, fuertemente lógico y fácilmente comprensible que utiliza la corriente causalista, no existe en el finalismo. Y las reiteradas y sucesivas modificaciones que los sustentadores de éste introducen a su sistema, no ayudan en absoluto a dar la impresión de algo definitivo en su elaboración.

V. REAFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RESPETO DE LA LIBERTAD

Hay un punto en el que las doctrinas penales modernas se han uniformado y al que han prestado decidido apoyo; es en lo relativo a un principio que, aunque originado en épocas remotas, se halla en la base misma de todo derecho penal respetuoso de los derechos humanos. Se trata del principio de la legalidad del derecho penal.

Nullum crimen nulla poena sine lege expresa el viejo apotegma que despuntó ya en la Carta Magna inglesa y que se repitió en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, para pasar de allí a la mayoría de las constituciones políticas del mundo, haciendo constar que no puede considerarse delito ningún hecho que una ley previa no tenga como tal y que no puede imponerse pena alguna que no esté conminada también en una ley precedente.

Es Liszt quien explica el alcance de estas prescripciones. Según él la política criminal propone los métodos adecuados para la lucha social contra el delito, pero en esta tarea encuentra, como "barrera infranqueable", limitaciones que tienden a asegurar la libertad de los ciudadanos y la igual aplicación de la ley en relación con el Estado, este *Leviathan* que amenaza atacarlas. Estas limitaciones han de ser determinadas por el derecho penal, encargado de proteger no a la comunidad sino al individuo que se rebela en su contra; por

esto es que califica al derecho penal como “la magna carta del delincuente”, ya que es a éste al cual garantiza el derecho de no ser castigado sino bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales.

El mecanismo específico que la ciencia jurídico-penal moderna proporciona para perfeccionar la protección del principio de legalidad es la categoría de la tipicidad, ideada por Beling según sabemos. La tipicidad cumple en el derecho penal varias funciones, pero sin duda son las más importantes aquellas que la convierten en expresión concreta del principio de legalidad. Desde este punto de vista, que es el que ahora interesa, los tipos penales señalan y delimitan las únicas conductas humanas que pueden ser base de una sanción penal; asignan al derecho penal un carácter fragmentario, en el sentido de que su marco no cubre todo el ámbito de los hechos contrarios al derecho y ni siquiera todo un determinado género de lo ilícito, sino que constituye un sistema discontinuo de ilicitudes, con el efecto de que todo lo que no cae dentro del sistema discontinuo, en virtud de una disposición expresa, debe ser tenido como no punible y, mediante su descripción minuciosa de las conductas incriminadas, otorgan una verdadera certeza acerca de aquello que es área de libertad (en el sentido de no punible) desde el punto de vista del derecho penal. Aparte de eso los tipos penales satisfacen dos misiones estrechamente vinculadas a esa función jurídica de garantía; por una parte la de ser portadores de un contenido especial que representa a todos los ciudadanos la calidad de *digna de castigo* que se atribuye a las acciones descritas,⁸² por otra, la de ser un *factor de motivación* para procurar apartar al mayor número de individuos de la comisión de delitos, poniendo claramente ante su vista el elenco delictivo.⁸³

En el derecho penal positivo que conocemos existen algunos preceptos que formalmente contravienen el principio de la legalidad, pero que por tradición o por no considerárseles una violación grave de él, son aceptados o tolerados. El más mencionado de ellos es el tipo penal abierto o en blanco que es aquel en que la descripción de la conducta que se tipifica no está acabada y se deja a otras instancias, sean ellas reglamentos del Poder Ejecutivo o la pura apreciación judicial, completarla a su discreción.

Muy otro es el caso de la relativa indeterminación de las penas fijadas para los delitos con el fin de que el juez las regule previo conocimiento acabado del caso concreto al que deben ser aplicadas y con buena información acerca de la personalidad del delincuente, porque aquí se considera que la fijación de

⁸² Gallas, W., *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959, pp. 26 y 27. No queremos, sin embargo, que esa expresión “dignas de castigo” que reproducimos de Gallas, prejuzgue sobre nuestro concepto acerca de la reacción social que es muy diversa de la de castigo.

⁸³ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972, p. 11.

un amplio marco de movilidad para el sentenciador, marco que en todo caso tiene un límite máximo bien preciso, no solamente no viola el principio de la legalidad sino que permite la individualización de la pena según las conveniencias del hecho y del delincuente concretos, con notorias ventajas para un perfeccionamiento de la imposición de penas.

El principio de la legalidad mira, no obstante, al aspecto positivo formal del respeto de los derechos humanos. Con él sabemos lo que el legislador sanciona y cómo lo sanciona, pero carecemos de orientación suficiente sobre aquello que correspondería declarar como sustancialmente delictuoso *de lege ferenda*. Sin perjuicio de lo que agregaremos *infra* acerca de este punto (capítulo XII), podemos adelantar desde ahora que un régimen jurídico respetuoso de las personas humanas selecciona muy cuidadosamente las descripciones de conductas dignas de castigo, para incluir dentro de ellas solamente a aquellas que constituyen un ataque grave a las relaciones de convivencia, conforme a los criterios valorativos prevaecientes.³⁴ Pues toca al Estado crear y conservar un ambiente social que promueva el mayor desarrollo humano individual y social y que asegure a todos su incorporación a él. Ha de rechazarse, por ello, todo intento de una intromisión del Estado en la conciencia de los ciudadanos o para imponer a éste determinados valores. Esto justifica que haya de rechazarse también todo propósito de que las medidas penales recaigan sobre individuos que no han exteriorizado de hecho una conducta concreta capaz de perturbar el orden social (*cogitationis poenam nemo patitur*) o cualquier afán por obtener mediante su amenaza la observancia de ciertas prácticas religiosas.

En tal sentido debe apreciarse, como un muy importante principio que resguarda los derechos de la persona humana, la no aplicación de medidas que conlleven restricción de la libertad personal o de otros derechos, a quienes no hayan incurrido en un aconducta concreta externa que dañe una pacífica convivencia. La responsabilidad penal ha de originarse en un hecho concreto atribuible a un sujeto determinado; ha de ser, por consiguiente, una responsabilidad por el hecho, pues únicamente la realización de un hecho injusto autoriza un juicio penal.³⁵ La aplicación de medidas penales no por lo que el sujeto hace sino por lo que él es, fue postulada por la escuela positiva. De sus principios ha derivado la idea de aplicar sanciones penales a sujetos que se tienen por peligrosos, aun cuando no hayan cometido delito (responsabilidad predelictual).³⁶ Otros, con más moderación, han sostenido que un he-

³⁴ El concepto de "bien jurídico" al que entonces nos referiremos es utilizado por muchos juristas como limitación a las potestades penales del legislador.

³⁵ Según G. Maggiore (*Derecho penal*, traducción de J. J. Ortega, Bogotá, Temis, 1954), el derecho penal considera siempre al sujeto en su forma dinámica y no estática; lo considera *sub specie actionis* y no en su *status*.

³⁶ Beling aceptó la peligrosidad sin delito en un contraproyecto que elaboró en 1922

cho cometido permite entrar en el conocimiento del estado interno del agente (concepción sintomática) y aplicar medidas a raíz de una manifestación concreta que descubra una determinada contextura psíquica antisocial de su autor. El estado actual del desarrollo del derecho penal no admite la aplicación de medidas penales que envuelvan una seria restricción de la libertad o derechos del agente sino con motivo de la comisión culpable de un hecho injusto tipificado; con ello queda excluida la posibilidad de un derecho penal puramente preventivo.³⁷ En el caso de peligrosidades descubiertas con motivo de la comisión de hechos delictuosos, la tendencia es poner en relación la duración de las medidas que se adopten con la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad en él demostrada; de esta forma no se admitirán medidas asegurativas graves o prolongadas en razón de un hecho de escasa importancia, cualquiera que sea la peligrosidad que éste evidencie.

Todo esto demuestra que en el derecho penal de hoy la responsabilidad penal se determina en relación con un hecho injusto cometido por el sujeto y ella se valora con referencia al momento mismo de su comisión.

Sin embargo muchos dogmáticos modernos exteriorizan, aunque en forma restringida, una tendencia a considerar dentro de la responsabilidad penal condiciones de la personalidad o del carácter del imputado. Así, E. Schmidt estima necesaria una valoración del *carácter* del autor desde el punto de vista jurídico cuando se determina la culpabilidad y E. Mezger piensa que la culpabilidad no solamente ha de relacionarse con lo que se hizo, sino también con la *conducción de la vida* del sujeto. Entre los criminólogos hay una corriente importante que se inclina a rechazar que se juzgue al delincuente por su acto concreto y solamente en relación con el instante de su realización, siendo que la verdadera causa del delito está en la existencia y potencialidad de un conjunto de fuerzas criminógenas que llevan hacia el delito, tanto de carácter individual como social.

En el capítulo que sigue hemos de mencionar otras consecuencias que brotan de esta necesidad de una responsabilidad penal derivada de un hecho determinado.

Los principios que hemos establecido, desarrollados y perfeccionados a lo largo de nuestro siglo, fueron gravemente contrariados por regímenes totalitarios establecidos en Europa antes de la Segunda Guerra Mundial. La modificación introducida en 1935 en el Código penal alemán por el régimen nazi autorizaba a penar acciones no tipificadas legalmente en tanto merecieran

para controvertir el proyecto de Código penal alemán de esa época. Dicho contraproyecto consta de un libro primero: Código penal, y un libro segundo: Código de seguridad.

³⁷ Sin embargo en muchos países se han dictado leyes sobre "estados antisociales" que permiten adoptar medidas de seguridad, algunas de éstas tan semejantes a la prisión que sólo difieren de ella en que se cumplen "en otra ala del edificio". En consecuencia la idea que se indica solamente puede tenerse como idea predominante en la doctrina.

ran castigo “según el sano sentimiento popular”. Varios penalistas adscritos a ese régimen, principalmente los que formaron la escuela de Kiel, elaboraron tesis destinadas a permitir aplicación de sanciones penales en contravención de principios que hemos explicado, como fueron, por ejemplo, la del “voluntarismo penal” (destinada a abandonar el hecho en sí como base de responsabilidad penal) y la del “derecho penal de autor”, que conducía a valorar no los hechos objetivos sino las características del delincuente como base de la incriminación.

Sin embargo la derrota militar de ese régimen y los excesos inhumanos en que incurrió, fortaleció por doquier la convicción de que dichos principios deben ser celosamente observados. En esta forma se ha visto renovada la fuerza de ellos en los ámbitos penales modernos. Sin embargo su violación vuelve a aflorar, en algunos casos con particular desenfado, en el caso de varias dictaduras militares latinoamericanas.³⁸

En cierta relación con esta materia puede hacerse referencia también a la notoria tendencia actual a reducir las tipificaciones penales; es lo que algunos denominan despenalización³⁹ y que se cumple por la vía de eliminar figuras delictivas de menor jerarquía, por estimar que las medidas penales han de quedar reservadas tan sólo para las más graves y dañosas transgresiones al orden social. Dentro de esta posición algunos han estimado que los delitos culposos originados en la actividad del tránsito de vehículos deben desaparecer del derecho penal y ser dejados a la sanción de leyes de orden administrativo.

No debe tenerse por opuesta esta tendencia despenalizadora con la modificación del derecho penal que exigen algunas transformaciones muy ostensibles de la vida social moderna. Hemos sostenido que el abandono del modelo individualista en el sistema de organización social y la gradual asimilación por éste de nuevos valores, tales como la solidaridad y la intervención reguladora del Estado en muchas actividades sociales, especialmente de índole económica, imponen a los ciudadanos una actitud jurídica nueva en la que, aparte de los derechos subjetivos como objetos de protección, aparecen 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*.⁴⁰ Pues bien, la

³⁸ Estas dictaduras tienen la particularidad de que declaran regirse por los principios democráticos y del Estado de derecho y que no elaboran teoría alguna para justificar sus desbordes; simplemente niegan que ellos existan. Esto aparece con claridad en el caso de la Junta Militar chilena.

³⁹ J. Córdoba Roda trata de esta despenalización en su ponencia para este coloquio.

⁴⁰ V. Novoa Monreal, Eduardo, *La renovación del derecho*, Concepción, Universidad de Concepción (Chile), 1968; “Hacia una nueva conceptualización Jurídica”, en *Cuadernos de la Realidad Nacional*, núm. 15 especial, diciembre de 1972, Santiago de Chile, pp. 213-214; y *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI Editores, 1975, pp. 171-175.

sola aparición de los deberes sociales del individuo 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 sobreviniendo estos deberes sociales en algunos casos de mucha trascendencia o ligados directamente al bienestar de la sociedad toda,⁴¹ puede ocurrir y de hecho ocurre, que la legislación penal tome a su cargo la tutela jurídica del cumplimiento de deberes de esa clase, lo que significa que establezca sanciones penales para quienes no los cumplan. Todo esto ha de traer consigo un aumento de los *delitos de omisión* poco abundantes en regímenes individualistas, a los que sólo interesa proteger los derechos de los individuos.⁴² En efecto, la norma violada por el delincuente será imperativa y no prohibitiva, que es lo que muy frecuentemente acontece, ya que determinará una obligación de actuar por parte del sujeto. De esta misma circunstancia derivará también un aumento de los *delitos culposos* y de los *delitos de peligro*, en razón de que la más alta valorización de la solidaridad social sujetará a los ciudadanos a muy específicos deberes de cuidado.⁴³

VI. 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.⁴⁴

Esa 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 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.

La pasada centuria presencia un serio antagonismo sobre este punto. Mientras 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 aquélla”,⁴⁵ Ferri predica que solamente ha de tenerse

⁴¹ Ejemplos de estos deberes pueden ser el de alquilar viviendas a familias numerosas, el de vender artículos de primera necesidad, el de producir dentro de toda la capacidad de la industria, etc.

⁴² Cfr., Gallas, W., *op. cit.*, p. 20.

⁴³ Ver obras del autor que se mencionan en la nota 40.

⁴⁴ V. Novoa Monreal, Eduardo, *¿Qué queda del derecho natural?*, Buenos Aires, Depalma, 1967, pp. 187-201.

⁴⁵ F. Carrara, *op. cit.* Es de notar que E. Pessina acentuó el principio de la retribución moral.

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.⁴⁶

Al alumbrar este siglo, las escuelas eclécticas prescinden de la discusión sobre el libre albedrío y procuran fundar la responsabilidad en la posibilidad del sujeto de dirigir sus propias acciones y de conducirse socialmente y en su aptitud de sentir la coacción psíquica.⁴⁷

El gran desarrollo operado en torno de las ideas de pecado, juicio y castigo durante la Edad Media, recogido dentro del derecho canónico bajo la forma de responsabilidad moral y aun el renacer del derecho romano,⁴⁸ habían llevado a los juristas, en especial a los penalistas, a recibir esta noción ética de responsabilidad. No advirtieron, sin embargo, que esta clase de responsabilidad no es apropiada para resolver los problemas de convivencia y organización social que competen al derecho. 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.⁴⁹

Traspasar al derecho penal la noción de responsabilidad moral significó un grueso error. En la responsabilidad moral se juega una decisión de absoluta moral, enteramente inconciliable con la relatividad del derecho positivo.⁵⁰ La ley positiva no está en aptitud de valorar un acto humano en su pleno sentido ético y, mucho menos, para fijar una proporción entre su inmoralidad y el castigo que merece. Su misión no consiste en instaurar un sistema de justicia absoluta en el que se impongan sanciones perfectamente ajustadas al mal abstracto que causa un cierto acto, o a la intención torcida de quien lo comete. El fundamento del juicio penal no puede ser juzgar el problema metafísico del bien y del mal y encontrar la exacta medida de la sanción que corresponde al hombre que actuó, sino adoptar medidas apropiadas para que se mantenga un orden de convivencia que permita el mejor desenvolvimiento humano individual y social.⁵¹ En tanto se persiga a través del derecho penal

⁴⁶ Ferri, E., *op. cit.*

⁴⁷ Sobre desarrollo histórico del concepto de responsabilidad penal, V. Pérez-Llantada, Fernando, *Visión histórica de la responsabilidad penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1972.

⁴⁸ *Cfr.*, Díaz Palos, Fernando, *Teoría general de la imputabilidad*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 87.

⁴⁹ De manera más profana, Anatole France decía: "Los jueces no sondean las entrañas ni leen en los corazones y así, su más justa justicia es ruda y superficial" (en *Opiniones* de Jerónimo Coignard).

⁵⁰ Gramática, Filippo, en "Le problème de la responsabilité et le système de défense social", *Revue Internationale de Défense Sociale*, 1956, núms. 3-4, p. 122.

⁵¹ *Cfr.*, Baumann, J., en *op. cit.*, p. 29. 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 o una hostilidad al sentimiento religioso.

el dictado de una justicia absoluta del género enunciado se estará extralimitando su ámbito e invadiendo el campo de la moral.

La no separación entre moral y derecho tiene peligrosos riesgos para el respeto de las libertades ciudadanas, como más de una vez lo ha mostrado la historia. En cambio aceptarla conduce a una nueva concepción de la responsabilidad penal. Como explica J. Baumann, se hace necesario encontrar 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 ser llenada con contenidos variables, pues solamente con ello podrá desligarse al derecho penal y a la responsabilidad que éste determina, de representaciones morales y religiosas y de su pretensión de absoluto.⁵² Ya veremos las consecuencias que esta posición puede tener, además, respecto de la concepción de la pena como retribución por el delito.

Por ello es que la Escuela de la Defensa Social 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 en contra del peligro de caer o de mantenerse en la delincuencia. Lo importante es que no se produzcan delitos, y no cumplir una ilusoria justicia condenando y castigando a quienes incurrieron en ellos.

Si trasladamos estas ideas al área de la sistemática penal de este tiempo, especialmente en lo tocante a la teoría del delito, será fácil apreciar que la corriente finalista, al conceder un predominio tan interpenetrante a los aspectos psíquicos en desmedro de los resultados externos, se va deslizando paulatinamente hacia una "etización" del derecho penal.

No sostenemos que la postura denominada causalista sea completamente refractaria a una desviación como ésta; pero al menos su acentuación de la importancia de la acción, entendida como factor que provoca alteraciones en el mundo exterior, su presentación del tipo como una pura descripción legal objetiva y de la antijuridicidad como la contradicción objetiva de la acción material con las normas previstas en el ordenamiento jurídico, permiten contrarrestarla. Existe en ella el examen indispensable de lo subjetivo, pero él 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. Para el finalismo no existe momento alguno del análisis del delito que no quede impregnado y, generalmente, dominado por la actitud psíquica del sujeto correspondiente. La finalidad propuesta por el autor dirige, organiza y atrae la actividad de éste; en la tipicidad se impone la consideración de la intención del sujeto en lo que se llama el "tipo

⁵² Baumann, J., *op. cit.*, p. 28.

subjetivo", aspecto dentro del cual se analizan minuciosamente su conocimiento y su voluntad de realización de la acción típica, finalmente, el injusto personal desplaza la importancia de la conducta externa del sujeto, apreciada objetivamente frente a las normas, para fincar también el desvalor de ella en su parte subjetiva, esto es, en la actitud y en el sentido final que aquél haya dado a la ejecución de su acción.⁵³ Todo esto conduce, en la práctica, a la determinación de una responsabilidad penal que se asemeja como una gota de agua a otra a una responsabilidad moral —no obstante que se lo niegue en el plano teórico— 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. Pero, como se verá, con el grave inconveniente de que los jueces carecen de la posibilidad de verificar los extremos subjetivos que debe colmar, según el finalismo, aquella responsabilidad.

Esta notable acentuación de los aspectos psíquicos por el finalismo, corroborada asimismo por 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 las legislaciones vigentes, por su origen finisecular, admitirían ser entendidas como que conceden amplia importancia a lo objetivo, excelente resguardo de los derechos individuales.

No olvidemos que dentro de las tesis fundamentales de Welzel que sobrepasan la mera reconstrucción del sistema legal positivo, se encuentran abundantes referencias a sus inclinaciones etizantes, como lo son sus afirmaciones de 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 de fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica,⁵⁴ y 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 del valor ético de una época ... y se inserta en su marco cultural.⁵⁵

Si consideramos, por consiguiente, este rasgo de su doctrina, podríamos declarar también, parafraseando sus palabras y argumentando dentro de su propio ámbito juricista, que su sistemática ha puesto de cabeza los funda-

⁵³ Kaufmann, Armin, en "Estado de la doctrina del injusto personal", *NPP*, tomo IV, núm. 6, abril-junio, 1975, pp. 159-181.

⁵⁴ Welzel, H., *op. cit.*, p. 13.

⁵⁵ *Ibidem.*, p. 17.

mentos de un derecho penal liberal al sobreponer los aspectos subjetivos del actuar delictuoso a sus manifestaciones externas. Todo esto sin considerar lo que vamos a expresar sobre la reacción de la sociedad ante el delito desde el punto de vista de una concepción de responsabilidad social.

No deja de ser importante que sea uno de los más conspicuos causalistas de la época actual, Jürgen Baumann, quien proclame, como ya vimos, la necesidad de elaborar un concepto de responsabilidad social alejado de ideas morales o religiosas.

VII. CRISIS DE LA DOGMÁTICA PENAL

La intensa polémica entre finalistas y los llamados causalistas 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 campo a un análisis paciente y ordenado —muy fructífero en su tiempo— del derecho penal positivo, quiso transformarse en una ciencia profunda capaz de alcanzar las verdades jurídicas últimas, cosa que excedía en mucho la limitación de su objeto y de su método. La claridad de sus explicaciones y la solidez de sus enunciados, que constitufan 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 en las que se perdían de vista los aspectos realmente importantes de los conocimientos penales o en las que se lograban, cuando más, resultados muy medidos.⁵⁶

La dogmática tenía por finalidad procurar una correcta interpretación de los textos positivos, buscar las relaciones existentes entre éstos, 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 que ayudara esencialmente a garantizar la seguridad jurídica; al elevar la aplicación de la ley positiva por encima de la arbitrariedad o de la consideración puramente sentimental, procuraba una administración de justicia igualitaria y justa.⁵⁷ Pero en lugar de mantenerse en ese objetivo, limitado aunque indispensable, muchos de sus cultores —en-

⁵⁶ Roxin, C., *op. cit.*, 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”.

⁵⁷ Cfr., Welzel, H., *op. cit.*, p. 11 y Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts*, 1969, p. 136.

añados— creyeron poder alcanzar los ápices del sumo conocimiento jurídico-penal a través de su método y —envanecidos— la condujeron, por medio de un lenguaje sofisticado, a un plano de lucubraciones sutiles y de distinguos conceptuales interminables.⁵⁸ 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 una supuesta élite científica. Sin embargo, como lo hemos visto, ella carece de certidumbre y de fijeza en sus principios.

Todo esto ha producido una clase de dogmáticos a ultranza que podríamos llamar integristas (se los encuentra especialmente en el finalismo), verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en el 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, con deplorables consecuencias por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin de un derecho penal.⁵⁹

Como efecto, hasta aparecen dogmáticos para los cuales las ideas o conceptos que tienen carácter prejurídico (esto es, que son previos a la elaboración jurídica) carecen de toda fecundidad para la dogmática penal.⁶⁰

Afortunadamente esto, como todo exceso nocivo, ha despertado una reacción saludable dentro de los penalistas. Jescheck llama ya 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”. Por ello 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”.⁶¹ Esto importa, como es obvio, atender primeramente a la solución de los problemas reales y ceñirse en ella a criterios de valoración político-criminal antes que a soluciones dogmático-conceptuales.

Baumann propone que se busque un concepto nuevo de culpabilidad que esté “detrás de las exigencias de la sociedad o de la comunidad jurídica”, destinado a contener el reproche de los ciudadanos que no han cumplido con las exigencias generales, pues “el concepto de culpabilidad es un concepto social y jurídico” que se construye “según los requisitos de la vida social en

⁵⁸ V. Roxin, C., en *loc. cit.*, en nota 56.

⁵⁹ Lamentablemente esas aceleraciones tienden a encontrar ambiente propicio en círculos universitarios latinoamericanos propensos a dejarse seducir por especulaciones de esta clase.

⁶⁰ Por ejemplo, Rudolph, F. J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *NPP*, año IV, núm. 7, julio-septiembre, 1975, pp. 335-337.

⁶¹ Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 136.

común". Las variaciones de la respectiva situación económica, de los fundamentos socioeconómicos y de las mínimas exigencias sociales de cada época —continúa— habrán de determinar también un cambio del contenido y de la medida del juicio de culpabilidad.⁶²

C. Roxin es uno de los que más decididamente arremete contra las “deprimidas 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.⁶³ Para apoyar esta tesis exhibe como principal demostración la forma en que se subestima actualmente el antes tan polémico concepto de acción, mencionando, entre otros, a Schönke-Schröder, que lo tiene por “improductivo para la dogmática”; a Baumann, que sostiene que la discusión sobre la estructura de la acción punible se ha puesto más de lo debido en primer plano, con perjuicio para otros sectores, y a Schmidhäuser, quien habla de la supervaloración producida acerca del concepto de acción.

Este encerrarse de la dogmática dentro de sí misma, el dedicarse tan sólo a elaboraciones abstractas, el no abrir ventanas a una consideración de la realidad social y su abandono de las particularidades del caso concreto traen como consecuencia que surja 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”.⁶⁴ 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”.⁶⁵

Así se explica que una parte importante de los estudios penales especializados producidos en los últimos treinta años versen sobre materias tales como la naturaleza del dolo eventual y su diferenciación con la culpa con representación, la solución adecuada en el caso de las justificantes putativas y otras particularidades concernientes al error, el efecto de las circunstancias anormales que rodean un hecho en su relación con la no exigibilidad de otra conducta, el contenido psicológico que debe concurrir en el desistimiento de la tentativa y otras semejantes; todas las cuales tienen una repercusión bastante

⁶² Baumann, J., *op. cit.*, p. 28.

⁶³ Roxin, C., *op. cit.*, pp. 23-25 y 81. Roxin señala como síntoma de esta crisis que “la disputa por la teoría final de la acción ... que en los años cincuenta condujo a las más fuertes polémicas, encuentra hoy sólo poco interés.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 80.

reducida en la aplicación práctica de la ley penal y, en todo caso, presentan aspectos empíricos muy difíciles de verificar o comprobar, por lo que, generalmente, quedan situadas al nivel de puras lucubraciones ideales.

En todos estos casos se incurre en un manifiesto abuso de juridicismo, esto es, la exacerbación de los aspectos normativos de índole penal, pues 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 carácter criminal.⁶⁶ Es contraponer el texto legal de alcance formal y todas las sutilísimas deducciones que desde él pueden extraerse, por inteligentes que ellas sean, con lo que realmente sucede en el mundo de la naturaleza y lo que verdaderamente está en las posibilidades de captación del ser humano.⁶⁷

Las elaboraciones dogmáticas no deberían ser consideradas jamás 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.

Pero, además de lo expresado, es necesario recordar que toda la sistematización dogmática se construye 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 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, etcétera.⁶⁸

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 éste pierda un equilibrado sentido crítico.

⁶⁶ C. Roxin dice que "las abstracciones, ascendiendo cada vez más, se alejan en creciente medida de la realidad..." *Ibid.*, p. 78.

⁶⁷ J. Córdoba Roda muestra en su ponencia discrepancias entre las cuestiones que suscita la realidad social y aquellas que han merecido atención a la dogmática, pero a nuestro juicio las sitúa en un plano preferentemente procedimental.

⁶⁸ Sobre este tema puede verse la obra de Santiago Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, especialmente pp. 85-92.

VIII. LA REACCIÓN SOCIAL

No sería posible, dentro del estrecho marco físico de una ponencia de esta especie, dar una información completa acerca de uno de los temas penales en que la evolución ha sido más marcada y decisiva a lo largo de este siglo: la reacción social ante el delito. Hemos de limitarnos, por consiguiente, a una apretada síntesis sobre él.

La denominación tradicional de “pena”, estimada tan consustancial al ramo que sirvió para darle su nombre, fue sustituida por los epígonos de la escuela positiva por el vocablo “sanción”, por considerar a aquélla una remembranza de las viejas ideas de castigo y expiación. Mas al producirse una diversificación con la aparición de las medidas de seguridad, parte de los juristas modernos optó por una expresión más genérica y menos comprometedora teóricamente que es la de “reacción social”.⁶⁹

Olvidándonos por un momento, empero, de esta cuestión terminológica y volviendo al nombre tradicional de pena, tan difícil de abandonar para los “penalistas”, hay que señalar que empieza a surgir entre éstos una tendencia a darle a la pena el papel central que le corresponde dentro del ramo. Fue el dogmatismo el que, ocupado de teorías conceptuales en torno del delito, de sus elementos y de sus características abstractas, relegó la pena a un segundo plano muy opaco. Es que la pena era una noción dentro de la cual filósofos y científicos naturales tenían mucho que decir y ante la cual a los juristas no les cabía otra cosa que optar entre las soluciones que aquéllos proponían, sin poder agregar nada propio de importancia. No era, pues, un tema grato para estos últimos.

Todo esto tiende a cambiar. Muchos penalistas reconocen ya que la pena es la categoría más específica y definitoria del ramo y que sería alrededor de ella y no de una teoría del delito, que debería estructurarse todo el derecho penal. Hasta existen algunos que prefieren hoy iniciar la enseñanza del derecho penal por la pena, su teoría, su concepto, sus fines y sus formas, para luego continuar con las demás materias.

La naturaleza y los fines de la pena han sido objeto de discusión por pensadores de todos los tiempos. A la pregunta sobre ¿qué es la pena? (su naturaleza), se contesta a la apertura del presente siglo por los clásicos, los neo-clásicos y todos aquellos que, como los dogmáticos, se satisfacen con el estudio de la ley positiva, que ella es una retribución jurídica indispensable para la integridad del orden de una sociedad y que en su esencia ella niega la negación del derecho en que el delito consiste; en esta virtud, la clase y gravedad de la pena debe correr a parejas con la clase y gravedad del hecho punible.

⁶⁹ Hoy hay algunos que prefieren hablar directamente de “tratamiento”.

Es ésta una teoría filosófica absoluta, derivada de las ideas de Kant y Hegel. Conforme a ella, 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*).

La pena retributiva no elimina la posibilidad de que la pena, aunque inevitable jurídicamente ante la comisión de un delito, cumpla también algunos efectos beneficiosos para el condenado, pero asigna a estos efectos alcances y propósitos especialmente morales, tales como inhibir los instintos y sentimientos contrarios al derecho, obligar al autor a una toma de conciencia y reforzar en él inclinaciones útiles a la comunidad.⁷⁰

En el otro extremo, la Escuela Positiva muestra un franco escepticismo acerca de la conveniencia y utilidad mismas de la pena, salvo como manera de excluir a cierta clase de delincuentes de la vida social.

La Escuela Sociológica de Liszt propone desplazar a un segundo término la idea de retribución y procurar con la pena la educación del condenado; pero esto solamente tratándose de delincuentes susceptibles de ser mejorados (corregibles). Porque para los no necesitados de mejoramiento estima que basta el efecto intimidativo de la pena, y para los no susceptibles de ser mejorados (incorregibles) debe ser aplicada ésta por vía de innocuización. Aquella educación puede lograrse mediante un sistema de ejecución gradual de la pena, según el cual el condenado la vea morigerada conforme al avance positivo de su propio comportamiento (sistema progresivo).

No puede ponerse en duda que a lo largo del presente siglo las teorías relativas sobre la pena, según las cuales ésta se justifica por su utilidad para impedir la comisión de nuevos delitos (*ne peccetur*),⁷¹ han ido adquiriendo cada vez mayor número de adhesiones, y que la corriente a su favor ha sido tan vigorosa que ha llegado hasta abrir paso a un repudio de la pena como tal y a propugnar su sustitución por francos tratamientos de resocialización. Papel principal han cumplido, en esta evolución, los estudiosos de la criminalidad que provienen de las disciplinas naturales, como criminólogos, penitenciaristas, psicólogos, etcétera.

Sin embargo la gran mayoría de los juristas se ha mantenido plegada, hasta ahora, a la teoría retributiva.⁷² Esto no significa, por cierto, una oposición a que la aplicación de la pena sea aprovechada para corregir y educar al condenado. Es solamente en años muy recientes que empieza a producirse una disensión entre los juristas sobre este punto y se aprecia que muchos tienen ya objeciones serias que oponer a la retribución.

⁷⁰ Welzel, H., *op. cit.*, pp. 326-328.

⁷¹ Séneca, en su *Tratado de Ira*, 1, 19, expresa: "*Nam, ut Plauto ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur.*"

⁷² Un ejemplo se encuentra en Bettiol, G., *Diritto penale (Parte generale)*, ottava edizione, Padova, Cedam, 1973.

De manera general puede expresarse que en este avance de las teorías relativas se ha conservado la idea de la prevención, tanto general como especial,⁷³ reservando a la primera el efecto intimidativo que la pena ejercería sobre todo el grupo social⁷⁴ y dejando a la segunda los efectos disuasivos respecto de futuros delitos que ella habría de ejercer sobre el delincuente mismo. Aparte del efecto preventivo han de ser considerados también los efectos que sirve la pena en cuanto al poder de apartamiento del delincuente de la posibilidad de repetir su acto antisocial, por lo menos durante un tiempo (innocuización) y a procurar su enmienda o corrección. Es precisamente en lo relativo a este último fin donde se ha producido la evolución más notable.

En primer término ha sobrevenido una crítica radical a la pena en sí misma como institución y como medio apto para encauzar una resocialización del delincuente, sobre la base de argumentos científicos provenientes principalmente de la psicología. En esta forma se argumenta: a) que si se trata de resocializar 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 mediante experiencias satisfactorias; en todo caso esta premisa conduce, cuando menos, a la conclusión de que tanto mayor será el efecto didáctico a que puede llevar una pena, cuanto más leve sea;

b) 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 contragresión, la cual no necesita estar dirigida hacia el servicio penitenciario concretamente, sino que puede ser derivada y transformada para dirigirse en contra de los compañeros de prisión o bien volverse difusa y ser sustituida por un odio contra la sociedad en general, o aun conducir a auto-agresiones, como suicidio o automutilaciones;

c) 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

⁷³ Recientemente vuelve a insistirse en que el efecto de prevención de la pena proviene no de su gravedad sino de la certeza y prontitud de su aplicación, como lo había dicho Beccaria. V. Roxin, C., "Las nuevas corrientes de la política criminal en la República Federal Alemana", *NPP*, año 1, núm. 3, septiembre-diciembre, 1972, p. 390, e Kaufmann. Hilde, "La función del concepto de pena en la ejecución del futuro", *NPP*, año IV, núm. 5, enero-marzo, 1975, p. 27. Sobre otras particularidades de los efectos de prevención general puede consultarse la ponencia de J. Córdoba Roda.

⁷⁴ La terza scuola atendió básicamente a la intimidación general como fin de la pena.

nuevos delitos para tratar de liberarse plenamente de su complejo mediante el cumplimiento de nuevas condenas;

d) que se han descubierto en muchos delincuentes habituales sentimientos de inferioridad profundamente arraigados que pasan desapercibidos al lego; este tipo de complejos debilita a cualquier individuo para el cumplimiento positivo de las tareas de la vida, por lo que la imposición de penas no tendrá otro efecto sobre él que desarrollar más fuertemente este complejo inhibitorio e inutilizar más al sujeto para una vida social normal, y

e) que si se ha demostrado que una gran cantidad de defectos de comportamiento de los delincuentes proceden de la infancia, no se advierte cómo y por qué la aplicación de medidas punitivas podría hacer algo para mejorarlos.⁷⁶

También se demuestra la clara inconveniencia de cierta clase de penas que son muy prodigadas en las legislaciones penales tradicionales.

Por lo que se refiere a las penas privativas de libertad lo único intelectualmente honesto es decir que no existen conclusiones científicas definitivas que permitan conocer la forma como los diferentes estilos de ejecución influyen sobre las diferentes clases de internos.⁷⁶ Esto explica que en el proyecto alemán sobre ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, de octubre de 1972, se exprese muy cautamente acerca de la forma de ejecución que:

- 1) La vida en la ejecución debe parecerse tanto como sea posible a las condiciones generales de la que se cumple en libertad. 2) Debe reaccionarse contra las consecuencias perjudiciales de la privación de libertad. 3) La ejecución debe cumplirse, por ello, en forma de ayudar al preso a integrarse otra vez a la vida en libertad.

Y esto explica, también, que en el Proyecto Alternativo del Código penal alemán, preparado en 1966 por una comisión de profesores de derecho penal, se diga en su parágrafo 2 que “las penas y medidas sirven a la protección de los bienes jurídicos y a la reincorporación del autor a la comunidad jurídica”, y en su parágrafo 37 que la ejecución de la pena tiene por finalidad obtener esa reincorporación, con lo cual se esfuma el concepto retributivo de la pena y ésta queda reconocida con fines estrictos de resocialización.⁷⁷

⁷⁵ Hemos presentado un resumen de las observaciones de índole psicológica que plantea Hilde Kaufmann en *op. cit.*, nota 73, pp. 27-29 y 32, con las que llama la atención al peligro que significa la imposición de penas en ciertos sujetos y la necesidad de contar con conocimientos científicos acabados antes de dictar leyes penales cuyos efectos se desconocen.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 24.

⁷⁷ Según C. Roxin, en su trabajo citado en nota 73, p. 391, en el *Proyecto alternativo* la retribución no jugaba papel alguno y se procuraba desarrollar un sistema que tuviera como base la idea de la resocialización.

Eminentes juristas del momento actual confiesan su escepticismo respecto de la pena privativa de libertad tradicional y declaran que la “mera privación de libertad no sólo es inadecuada en la lucha contra la delincuencia sino que inclusive estimula la criminalidad”, pues la mayoría de los delincuentes son “hombres débiles, inestables, que como consecuencia de deficientes condiciones del medio y sus pobrísimas aptitudes, no han aprendido a afirmarse en la sociedad”; que “a nadie se le puede enseñar a vivir en sociedad, manteniéndolo apartado y en condiciones de vida completamente distintas de las que el reo liberado deberá afrontar más tarde para probar su adaptación”,⁷⁸ y que “la mayoría de las veces, la mera inflicción de una pena conduce al endurecimiento del condenado, obstinamiento y enemistad con la sociedad que lo puso en la situación en que se encuentra”.⁷⁹ Por ello es que sólo toleran esta clase de penas tratándose de autores de hechos muy graves o que han reincidido, en cuanto ellos demuestran que no pueden vivir en libertad sin dañar a sus semejantes; pero aun así, esos individuos deben ser encerrados bajo condiciones distintas de las que rigen en la actualidad.⁸⁰

El criterio retributivo es considerado, por esto, como profundamente equivocado, pues conforme a él la pena consiste en un mal para el delincuente, “pero si nada se logra con ella, es a la vez un mal para la comunidad jurídica ... por lo tanto la pena viene a duplicar el mal del hecho (delictivo)”. Siendo así debe ser mirada como “pena sin ‘finalidad’ ... o carente de finalidad, socialmente lesiva y, por consiguiente, una reacción sin sentido”.⁸¹

En estas circunstancias no puede parecer extraño que se difunda ampliamente en el ámbito penal, incluso en aquel que continúa sosteniendo el principio de retribución, un clamor en contra de las penas crueles o excesivamente rigurosas y, en general, en contra de todas las que ocasionan mal que deje huellas. La idea de que el derecho penal más humano es a la vez el más eficaz, gana terreno en todos los medios, aun en los más jurisdicistas.⁸² El pensamiento de Dorado Montero, recogido ahora por la Escuela de la Defensa Social, aun cuando sin el reconocimiento debido a su precursor, es el que empapa la mente de muchos penalistas de esta época.

El debilitamiento de los soportes jurídico-filosóficos de la pena y la intensa presión que sobre ella se hace por los científicos que se ocupan del delito como fenómeno natural, para que sea transformada la pena de una vez por todas en un tratamiento ajustado a los conocimientos científicos, ya bastante desarrollados, con que se cuenta hoy día, alejan cada vez más la consideración

⁷⁸ *Ibid.*, p. 390.

⁷⁹ Baumann, J., *op. cit.*, pp. 32-33.

⁸⁰ Roxin, C., *op. cit.*, en nota 73, p. 392.

⁸¹ Baumann, J., *op. cit.*, pp. 31-32.

⁸² Bettiol, G., *op. cit.*; Baumann, J., *op. cit.*; Kaufmann, Hilde, *op. cit.* y Roxin, C., *op. cit.*, entre otros.

de la pena en un plano ideológico-abstracto para situarla en el lugar que evidentemente le corresponde: el científico-natural. Si hemos de atacar el delito con una verdadera profilaxis, que sea el resultado de la aplicación de métodos psicoterapéuticos, reeducativos y sociales, tiempo es ya de que en esta materia se ceda la palabra a quienes tienen el dominio científico de ellos. Serán los psicólogos, los conductistas, los educadores, y otros, los que habrán de informarnos sobre los tratamientos utilizables, forma de aplicarlos, efectos que pueden esperarse de ellos y, en general, sobre todo cuanto conduzca a la resocialización del que delinquirá.

Los juristas tienen una invencible desconfianza por el reemplazo de la pena regulada legal y judicialmente, a la que sentían plenamente dentro de su campo, por tratamientos que habrán de ser decididos por médicos, antropólogos, psicólogos, pedagogos, etcétera. Una "penología"⁸³ a cargo de "delantales blancos" no los satisface en absoluto. Sin embargo, es en esta dirección que se encamina, ostensiblemente, la solución del problema de la criminalidad. Para satisfacer a los juristas, no obstante, reservándoles una tarea a través de la cual puedan ellos conservar un cierto control sobre la materia, digamos que siempre habrán de reconocerse, en cualquier tratamiento, límites impuestos por el respeto de los derechos humanos del afectado, los cuales habrán de ser fiscalizados por letrados; de esta clase serán, por ejemplo, una duración máxima del tratamiento, un velar porque éste restrinja lo menos posible la libertad del paciente, una forma de aplicación que no desconozca su personalidad, etcétera.

Como ya se habrá advertido, el reemplazo de la pena por tratamientos resocializadores derriba las barreras que en la nomenclatura anterior la separaban de las medidas de seguridad posdelictuales, pues ahora hay un solo fin al que ambas convergen.

Ante estas grandes líneas acerca de la respuesta de la sociedad ante el delito, parecería innecesario entrar en otros aspectos más específicos. No dejemos de mencionar, no obstante, el repudio de la pena de muerte, de las penas perpetuas o de muy larga duración, de las penas cortas privativas de libertad y de toda clase de penas infamantes.⁸⁴

IX. CONTRADICCIÓN ENTRE JUICIO PENAL Y EJECUCIÓN DE LA PENA

Hoy día la tarea de eliminar la criminalidad es disputada por dos grupos muy diferentes en extracción y formación, los cuales se guían en su acción por principios enteramente diversos y, en muchos aspectos, contrapuestos.

⁸³ No ha nacido todavía la denominación que habrá de darse a esta terapéutica social.

⁸⁴ Cfr., ponencia de J. Córdoba Roda.

Por un lado está el de raigambre tradicional que ve en el derecho y en los valores normativos la solución del problema. Lo constituyen juristas de formación preferentemente dogmática, dominados casi siempre por conceptos *a priori* como los de delito ente jurídico, responsabilidad legal, 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.

Como los primeros tuvieron hasta el siglo pasado la intervención exclusiva en esta clase de materias y no han mostrado intenciones de desprenderse de ella, ha tocado a los segundos esforzarse por invadir el bastión contrario para ocupar dentro de él las funciones que sus ideas y su preparación podrían permitirles. El grupo de los juristas, a título de reacción defensiva, ha acentuado la profundización de los aspectos jurídicos con claro designio de no tolerar la intrusión de sus antagonistas.⁸⁵ Pero esta profundización puede hacerse en forma cabal solamente en aquella fase de la lucha contra la criminalidad que tiene un carácter predominantemente jurídico que es la constituida por el juicio criminal, tendiente a la verificación del hecho punible, a la determinación de su autor y a la declaración de su responsabilidad legal. Por ello es que los juristas han tendido a la elaboración de muy complicados sistemas abstractos en todo lo relativo a lo que es el delito, a sus formas jurídicas de presentación y al contenido de la responsabilidad consiguiente. Justamente, aquí se ha centrado todo el esfuerzo de la dogmática. En cuanto este aspecto llega a alcanzar un grado de complejidad tan grande que escapa hasta a la comprensión de otros juristas de buena formación, pero que no se han especializado en la dogmática penal, pueden estar seguros los penalistas de que no se verán desplazados de esta sede por estudiosos ajenos a su especialización. Debido a esto han logrado conservar incólume y como un sector prácticamente exclusivo todo el ámbito que tiene por fin la dilucidación de los extremos propios del juicio criminal.⁸⁶

En cambio el segundo grupo —el de los científicos naturales— plenamente consciente de que no tiene mucho papel que desempeñar en el juicio criminal, ha dedicado su esfuerzo a hacer admitir su presencia dentro de la etapa

⁸⁵ Pedimos comprensión para esta hipótesis (que no es otra cosa), muy esquemática y hasta cierto punto metafórica, destinada a conjeturar la razón de los criterios francamente opuestos que inspiran, en los países más avanzados, al juicio criminal que concluye con la condena del delincuente y a la etapa siguiente de ejecución de la pena.

⁸⁶ Repetimos que se trata de una conjetura que tiene por finalidad poner de relieve el fenómeno de la oposición de criterios en cuanto al juzgamiento y a la ejecución penales.

posterior a aquel 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 juristas,⁸⁷ 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 de la ejecución no incitaba a los juristas a participar en ella y quedaba así desguarnecida, los científicos naturales procuraron iniciar allí su penetración. Para ello se enrolan 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 apropiado desarrollo hasta que llegan a instalarse en los organismos directivos a cargo de toda la fase de la ejecución penal. Desde allí propugnan la adopción de medidas de orden científico y técnico destinadas a darle a las medidas de reacción social, sean ellas penas o medidas de seguridad, un sentido de tratamiento resocializador.⁸⁸

De aquí resulta una disociación muy acentuada entre esas dos fases de la lucha contra la criminalidad que se exterioriza en el empleo de principios, métodos y criterios enteramente diversos, cuando no abiertamente antitéticos.

La etapa del juicio criminal, manejada por los juristas, procura esclarecer y reconstruir el acontecimiento delictuoso concreto que pone en movimiento el proceso penal, examinarlo en sí mismo y en todas las circunstancias externas concurrentes, determinar a su autor y tomar conocimiento de su actitud psíquica en relación con aquel acontecimiento. Se observa, entonces, que todo va enfocado a un hecho concreto, instantáneo o de corta duración en el tiempo y por ende fugaz, que es considerado en sí mismo. Una vez establecidos hecho y participación se efectúa la valoración de ambos desde el doble aspecto objetivo y subjetivo, y esta valoración vuelve a tener también como su centro a ese hecho transitorio.⁸⁹ Tras esto se pronuncia el veredicto de responsabilidad, conforme a un criterio fuertemente inspirado por añoranzas éticas: lo que más interesa es la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto, medida conforme a cartabones psíquico-normativos. La decisión afirmativa, de responsabilidad, significa la imposición de una pena por el hecho cometido

⁸⁷ 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.

⁸⁸ Comprendemos que un fenómeno como éste se presenta más fácilmente en países donde existe un desarrollo apreciable de las ciencias penales naturales.

⁸⁹ La exigencia del *dossier*, de personalidad en el proceso penal, no tiene un gran significado, porque él se utiliza solamente en forma muy limitada para los fines de la elección de la pena —si la ley permite al juez escoger entre penas alternativas— o para la regulación de ella. Pero todo esto queda referido, en última instancia, al hecho delictivo concreto en que participó el procesado.

y a esa pena la gran mayoría de los juristas le asigna un carácter retributivo directamente conectado a la naturaleza de quebrantamiento del orden jurídico que ve en el delito.

Esta etapa está gobernada, en consecuencia, por el rigorismo jurídico y por los conceptos abstractos. Incluso a la sentencia condenatoria se le asigna 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.⁹⁰ Aun en países en que la legislación penal sustantiva se apoya en principios retribucionistas, la influencia de los conocimientos criminológicos —afortunadamente bien difundidos en los medios penitenciarios— hace que en la ejecución se tengan presentes criterios que miran a la pena como un medio de resocializar al delincuente y principios humanitarios que imponen una actitud de ayuda material y moral en favor de éste. Para los fines de apreciar los resultados del cumplimiento de la pena ha de ponerse más atención a la personalidad del condenado y a su evolución que al recuerdo del hecho delictivo que originó la condena; por ello se tiene en cuenta básicamente los datos nuevos que se registran en el curso del cumplimiento de la condena, en relación con los que arroja su 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 internos facilidades que pueden desnaturalizar la pena impuesta por la sentencia. Y si bien algunas veces esto se hace en virtud de normas legales expresas, como aquellas que permiten la libertad condicional u otras medidas semejantes, la experiencia nos demuestra que las administraciones penitenciarias, procurando guiarse por criterios científicos, se sienten facultadas para determinar formas especiales de tratamiento que no condicen 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 eso no altera esencialmente el sentido y alcance que queremos dar a las observaciones de este capítulo.

La contradicción que hemos planteado es una demostración de la fuerza con la que operan las tendencias modernas de la penología, pues ha sido posible a éstas desplazar, a lo menos en una de las fases de la lucha contra la criminalidad, a los juristas que se habían arrogado el monopolio de ésta.

⁹⁰ Repetimos aquí lo expresado en la nota 88.

X. LA DEFENSA SOCIAL COMO REBROTE DOCTRINARIO

Silvio Ranieri, siempre fiel al positivismo, sugiere que la Escuela de la Nueva Defensa Social, actualmente en tanto auge científico,⁹¹ no es otra cosa que una repetición, mal disfrazada, de ideas de la escuela positiva.⁹²

Marc Ancel admite que aquella escuela, que él encabeza, le debe originariamente mucho a la escuela positiva, pero que le es “a la vez posterior y exterior”. En efecto —continúa— si el positivismo contiene en germen las primeras teorías de la defensa social, ésta no es una consecuencia directa de aquél, sino que lo es, en cierto modo, de segundo grado; y si los positivistas emplean mucho la expresión “defensa social”, lo hacen sólo en el sentido de protección social.⁹³

Pedro Dorado Montero sostuvo a comienzos de este siglo, como lo hemos visto, muchas de las ideas más características de las que hoy constituyen el programa de la nueva defensa social.

Pero es mejor abandonar este terreno tan estéril acerca de la paternidad inicial de ideas como éstas. En el mundo cultural humano se dan tantas interconexiones, tantas coincidencias fortuitas y el aprovechamiento, consciente o no, de tantas ideas precedentes, que sería absurdo acoger pretensiones de absoluta originalidad. Por eso podemos aceptar lo que nos dice Pérez Llantada: “La doctrina de la defensa social, más que una originalidad de los juristas contemporáneos, es una resultante de ideas que se venían incubando desde la lejana antigüedad, pero sin emerger en una forma lógicamente estructurada.”⁹⁴

Filippo Gramática propone en 1945 una renovación en la lucha contra la criminalidad, la que se basaría en la negación de la pena y de la responsabilidad moral en una colaboración científica muy vasta, especialmente de índole antropológica, para prevenir y corregir la antisocialidad y en una búsqueda de las condiciones sociales necesarias para el mejoramiento y plena expansión de la persona humana; todo esto con amplio respeto de los derechos y dignidad de la persona humana. La nueva doctrina acepta acudir a los

⁹¹ Esta escuela demuestra una gran vitalidad y reúne a su alrededor a muchos estudiosos de alta valía. Recientemente ha celebrado en Caracas, a principios de agosto de 1976, el Noveno Congreso Internacional.

⁹² Ranieri, Silvio, “Orígenes y evolución de la escuela positiva”, *NPP*, año 1, núm. 3, septiembre-diciembre, 1972, p. 408. Aunque Ranieri no se refiere expresamente a la Escuela de la Nueva Defensa Social puede deducirse que es ella la que está en su pensamiento, sobre todo si se examinan otras partes de su trabajo, especialmente su nota 25.

⁹³ Todas las referencias que se hacen a la nueva defensa social se apoyan en la obra citada de Marc Ancel. Las relativas a las primeras formulaciones de la defensa social tienen como base a Filippo Gramática, *Principes de défense sociale*, París, Cujas, 1964. También puede verse a Fernando Pérez-Llantada, *op. cit.*

⁹⁴ Pérez Llantada, F., *op. cit.*, p. 42.

medios de acción más variados, sean ellos pre o postdelictuales, y si reniega de los conceptos metafísicos, reconoce —en cambio— decididamente los valores morales. Su fin es proteger a la sociedad contra los delincuentes, pero al mismo tiempo proteger al individuo del peligro de caer o recaer en la delincuencia. Gramática particularizó su posición negando la idea de delito y, por consiguiente, las de delincuente y de pena; la responsabilidad queda reemplazada por la antisocialidad y la pena por la medida de defensa social. Postula el predominio de lo subjetivo en la apreciación de lo antisocial (en los primeros tiempos había hablado de derecho penal subjetivo) y piensa que la solución definitiva de la criminalidad depende del mejoramiento de la organización social y de la calidad humana de quienes la componen.

Las tesis de Gramática, plenamente consecuentes todas ellas, apuntaban directamente al corazón de los conceptos y valores jurídicos vigentes en materia de lucha contra la delincuencia. Eso lo condenaba a soportar una repulsa generalizada de los penalistas, hasta entonces dominantes en ese campo.

Fue un jurista y alto magistrado, Marc Ancel, quien obvió este inconveniente dulcificando las proposiciones extremadas y dando cabida, de cierta manera, a dichos conceptos y valores jurídicos. Y es preciso reconocer que con ello ha logrado atraer a la escuela, denominada por esto, Nueva Defensa Social, a un grupo muy valioso y representativo de juspenalistas.

Para Ancel el dominio propio de la defensa social no es ni el derecho penal ni la criminología sino la política criminal,⁹⁵ como disciplina que se propone organizar y dirigir lo más eficazmente posible la reacción social contra la criminalidad. Es dentro de esta última que se combinan y aprovechan los conocimientos jurídico-penales y criminológicos.

La nueva escuela tiene un sentido dinámico, pues lucha activamente para combatir y hacer desaparecer el delito; concede preeminencia al respeto de los derechos humanos; se propone la reeducación de los antisociales y su plena reinserción social por medio de una profilaxis adecuada a cada situación, y para sus medidas considera ante todo la personalidad del delincuente y una inspiración moral. No proscribiera al derecho penal de esta lucha sino que le quita todo carácter absoluto (la justicia humana no está para juzgar al hombre sino para buscar para él una pena con sentido correctivo que lo rehabilite socialmente). Propone, sin embargo, la eliminación de sus abstracciones y ficciones, capaces de ocultar la realidad del hecho y del hombre criminales, y su reducción al papel del más importante instrumento de una política criminal. Conserva la noción de responsabilidad, a fin de usarla moralmente como motor del proceso de resocialización. Admite las nociones de delito, pena

⁹⁵ M. Ancel, que preside el Centro de Investigaciones de Política Criminal, ha iniciado en 1975 la publicación periódica de *Archives de Politique Criminelle*, París, Éditions Pedone.

y delincuente, pero como expresiones de los problemas que suscitan personalidades no adaptadas socialmente.

La Escuela de la Defensa Social se presenta hoy como un rebrote de muchas ideas críticas acerca de la lucha social contra el delito y marca una posibilidad de estructuración doctrinaria de tesis más adecuadas a las condiciones científicas y culturales del mundo moderno.

XI. 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 de hechos punibles. Sabemos que el derecho penal está en crisis, tanto desde el punto de vista de principios y métodos, como desde el de la eficacia práctica de sus tradicionales medidas de reacción social. ¿Significará esto que 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 también en su campo el diagnóstico y pronóstico necesarios para elegir una terapéutica adecuada para el control de la aplicación de ésta y para la determinación del momento en que no actúa más o ha cumplido su efecto; si ella llega hasta a determinar las medidas sociales de prevención del delito y de tratamiento de la delincuencia y, asimismo, la modificación positiva 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 a efecto por sí sola la lucha contra la criminalidad.⁹⁶

Sin embargo una vieja cuestión nos trae a la realidad: es el derecho penal el que determina el concepto de delito.

Esto hace que Thorsten Sellin señale 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 estu-

⁹⁶ 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 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), 2ª edición, Caracas, 1974, p. 63; Kaufmann, Hilde, *Criminología*, Köln, Ed. Kohlhammer, 1971; Tozzini, Carlos A., “La delimitación del objeto de la criminología”, *NPP*, año IV, núm. 7, julio-septiembre, 1975, pp. 350 y 356).

dio.⁹⁷ Dicho en otros términos la criminología no logra determinar su propio objeto porque la delimitación de éste ha de venirle de prestado del derecho penal. Y como las normas penales son cambiantes y se modifican al ritmo en que se alteran los valores de los grupos dominantes, el delito de ayer puede ser mañana un hecho no punible; vale decir, la criminología trabaja con un objeto contingente e inestable y que le viene de otra parte, lo que le resta consistencia científica.

La observación es valedera y realmente deja a la criminología sin un objeto propio determinado y constante.⁹⁸ Esto ha conducido a muchos estudiosos a la búsqueda de 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.⁹⁹ Pues esta última sólo muestra como característica legal más objetiva del delito su antijuridicidad, esto es, su oposición a las normas jurídicas miradas como conjunto, normas esencialmente mudables.

Se han dado varias definiciones materiales de delito que podrían valer para ayudar a la solución del problema. Grispigni, el penalista, 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 peligro grave la existencia y conservación de la sociedad". Seelig, criminólogo, tiene por delito a "un comportamiento anímico y corporal del hombre que, a causa de su efecto antisocial, está jurídicamente prohibido y sancionado con una pena". Y Gillin, otro criminólogo, define el delito como "un acto que ha sido demostrado como realmente dañoso para la sociedad o socialmente dañoso para un grupo de personas que tiene el poder de hacer prevalecer sus propias opiniones castigando tal acto con penas positivas".

Pese a que un gran número de criminólogos subestima la cuestión y piensa que dar el concepto de delito es de la competencia del derecho penal, pues se trata de materia jurídica,¹⁰⁰ y que toca al criminólogo trabajar sobre la realidad humana y social que recubre la noción legal, sobrevienen todavía otras dificultades. En efecto, G. Vassalli observa, primero, que no todo acto que represente la lesión o puesta en peligro de un bien o de un interés penalmente tutelado puede ser incluido dentro de la investigación criminológica, pues los delitos políticos y otros en que la personalidad del autor determina

⁹⁷ Sellin, Thorsten, *Culture, Conflict and Crime*, New York, SSRC, Bulletin 41, 1938, p. 20.

⁹⁸ Fue para escapar a esta objeción, que viene desde el siglo pasado, que R. Garófalo elaboró su conocida fórmula del "delito natural".

⁹⁹ Cfr., Roberto Bergalli, "De la sociología criminal a la sociología de la conducta desviada", *NPP*, año 1, núm. 2, mayo-agosto, 1972, p. 294. Gallas, *op. cit.*, p. 8, sostiene que la definición de delito se orienta hacia un concepto material.

¹⁰⁰ Es el caso de J. Pinatel (*op. cit.*, p. 76), de M. Peláez y de C. Tozzini (*op. cit.*, pp. 351 y 354).

un desinterés de la criminología, escapan a ésta.¹⁰¹ Segundo afirma también Bassalli 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 censurar al legislador si considera, por ejemplo, que la ley misma tiene un efecto antisocial;¹⁰² función ésta que significaría que no está obligada a aceptar en forma puramente pasiva las calificaciones de delito que haga la ley penal.

El problema cobra mucha 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 avocarse al estudio general del comportamiento humano de índole antisocial; de allí que esa corriente no trabaje exclusivamente con el delito como fenómeno social. Y, menos interesada en la filosofía que la criminología europea, ha concentrado sus estudios en problemas más particulares, con lo que ha desarrollado una 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 delito. Este nuevo enfoque ha significado un paso muy importante, pues se va desde la sociología criminal a la sociología de la conducta desviada.¹⁰³

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 los 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 aquel al cual un juicio ajeno le pone la etiqueta de tal.¹⁰⁴

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 —para él— no es necesariamente “mala”, “patológica” o “anormal” y su presencia hasta puede ser señal de 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

¹⁰¹ Núñez Barbero, R., “Relaciones del derecho penal con la criminología”, *NPP*, año iv, núm. 6, abril-junio, 1975, pp. 209-210.

¹⁰² *Ibid.*, p. 215.

¹⁰³ Bergalli, R., *op. cit.*, pp. 270, 271, 284 y 285.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 289-290.

mantener el control social.¹⁰⁵ La idea del “control social” adquiere, así, un relieve de primer plano.

Esta corriente, que asigna una amplitud sorprendente a las tareas 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 la inclinación muy perceptible de unificar todos estos conocimientos en una ciencia única que se ocuparía de la conducta o del comportamiento humanos, dentro de la cual una parte se ocuparía de las normas de conducta o etología.

Hemos preferido extendernos sobre estas materias para hacer ver los cambios acelerados que se están produciendo en aspectos de la sociología que están íntimamente vinculados a las materias propias del derecho penal tradicional, con el fin de llamar la atención al retraso o a la indiferencia 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.

Como lo hemos expresado el derecho penal está a punto de ser desplazado. Su base de apoyo más firme se halla en su hasta ahora exclusiva misión de tipificar las conductas más gravemente dañosas socialmente 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 posibles excesos “técnicos” que se produzcan a su respecto con motivo de un tratamiento. Esta última tarea podría ser considerada como algo que jamás deberá serle restado al derecho. Son éstos, como lo recuerda P. Bouzat, los valores que el derecho penal puede oponer a ciertas conclusiones de la criminología, o mejor dicho, de las ciencias de la conducta.¹⁰⁶

XII. DERECHO PENAL Y POLÍTICA

El derecho carece de fines propios; es solamente un instrumento o un medio con el cual 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.¹⁰⁷

Las ideas de que es el derecho el que tiene por finalidad hacer posible una plena autorrealización humana, creando y manteniendo los presupuestos, condiciones y ambiente que permitan al individuo el desenvolvimiento en auto-

¹⁰⁵ Clinard, M. B., *Sociology of Deviant Behavior* (3rd ed.), Madison, 1968.

¹⁰⁶ Bouzat, P., *op. cit.*, tomo I, p. 15.

¹⁰⁷ V. Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI Editores, 1975, pp. 82-89.

determinación de su propia personalidad, y que es objeto de la protección del derecho todo lo que al hombre le es necesario como exigencia exterior de su propio desarrollo personal,¹⁰⁸ 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 prepositivamente son dignos de protección”;¹⁰⁹ luego, son claramente metajurídicos.

La doctrina de los bienes jurídicos tiene un claro sabor jusnaturalista, en cuanto se considere a éstos, valores anteriores y superiores al derecho legislado, pero tiene cabida en una elaboración social teórica si se asigna a esos bienes su verdadero carácter de valores emanados de una concreta e histórica forma de concebir la sociedad. Así entendidos no habría inconveniente para considerar a los bienes jurídicos como una pauta para el legislador en general y como una limitación para el legislador penal en particular, en cuanto no deben ser tipificadas como delitos sino 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 determinada¹¹⁰ (ver capítulo v).

Con esto hemos de entender que el derecho penal no nos proporciona puntos de apoyo firmes en qué fundar sustancialmente un concepto de delito y que hemos de buscar ese fundamento en otro lado.

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 no están en la posibilidad de imponer normas a la sociedad, nos lleva a meditar acerca de un tema que había sido desarrollado desde el siglo pasado por el marxismo: la consideración de los delitos que crea el derecho penal como hechos que son objeto de censura tan sólo porque afectan o perjudican los intereses de aquellos individuos erigidos en clases

¹⁰⁸ Esta posición es sustentada por Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Köln, Karl Heymanns Verlag, 1972. En el mismo sentido, aun cuando con una concepción todavía más individualista de la sociedad y del Estado que la que se aprecia en esas líneas, Rudolphi, H. J., *op. cit.*, p. 339. Según este último autor la misión del Estado de derecho es imponer en la sociedad la justicia material (p. 338); procura fundar el concepto de bien jurídico en las normas constitucionales (pp. 339-341).

¹⁰⁹ Esta frase es de M. Marx, antes citado.

¹¹⁰ La noción de bienes jurídicos nace en 1834 con Birnbaum y es desarrollada por Ihering y A. Merkel. Liszt habla de intereses vitales para la comunidad y coloca a esta noción como base de la antijuridicidad material, diversa de la antijuridicidad formal que está constituida por la mera oposición de la conducta a las normas. Actualmente Schmidhäuser y otros ponen a la noción de bien jurídico como fundamento del injusto. El parágrafo 2 del Proyecto alternativo de Código penal alemán consignaba que las penas y medidas “sirven a la protección de los bienes jurídicos ...”, etc.

dominantes 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 puede ser la advertencia de que existen defectos graves en la organización social que conocemos.

Estamos acostumbrados los juristas a contemplar el derecho como algo, cuando menos, relativamente acabado y satisfactorio. Las materias que hemos expuesto nos proporcionan, 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? ¿Qué cuota de responsabilidad tiene la propia sociedad que reprime en la producción de muchos hechos criminales? ¿No realizan muchos de los que tienen de hecho el poder de imponer normas a los demás, acciones mucho más perjudiciales que las legalmente tipificadas, pero que no han sido incluidas en la ley penal solamente porque a ellos no les conviene?

Cada vez que se examina en forma general un tema como el que nos toca desarrollar 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, como lo sostiene Iván Nenov en su ponencia, no es un problema circunscrito al derecho penal; tampoco lo es en relación con las que hemos denominado ciencias penales. La eliminación de los hechos delictuosos supone mucho más que eso. Supone, en primer término, una sociedad organizada sobre bases justas e igualitarias que tenga la posibilidad real de ayudar 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 su capacidad. 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, que no se resuelve con medidas represivas, que ha de ser encarado desde todos los ángulos de la vida social que puedan determinar su eliminación para el futuro, y que para este fin todos los hombres y todas sus organizaciones de trabajo, de solidaridad y de cooperación social 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.