

OBSERVACIONES AL DOCUMENTO DE DISCUSIÓN

por EDUARDO NOVOA MONREAL

1. El tema que corresponde investigar y discutir, según las comunicaciones recibidas por los expertos invitados a esta reunión, es el de *Sistemas penales latinoamericanos y derechos humanos*. Corresponde examinar, por ello, si el documento de discusión presentado por el prof. Eugenio R. Zaffaroni satisface ese tema.

2. Por adelantado, es preciso dejar muy en claro que el documento del prof. Zaffaroni constituye un aporte extraordinario por la riqueza bibliográfica en la que se apoya, por la abundancia de ideas que aporta y por la originalidad de muchos de sus enfoques. El primer deber de los expertos ha de ser, por consiguiente, reconocer la alta valía de su contenido y agradecer la tarea enorme que echó sobre sus hombros al preparar su documento.

3. No obstante, las exigencias científicas conducen a que ese documento deba ser discutido en todos sus aspectos y a que quienes participamos en la reunión manifestemos nuestro criterio sobre él con total franqueza. Tal es el cometido que nos ha asignado el I.I.D.H.

4. El tema reclama una consideración correlativa entre los sistemas penales de América Latina, por una parte, y los Derechos Humanos fundamentales por la otra. Es importante subrayar la amplitud con la que aparece invocado el segundo de esos extremos. Pese a ello, el documento de discusión se contrae, en esta parte, casi exclusivamente a contrastar los sistemas penales latinoamericanos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada en San José, en 1969 (sección 9 del documento). Me parece que esa restricción no es conveniente, pues dicha Convención carece de la amplitud de otros documentos internacionales de aplicación universal, y

es expresión —más bien— de una influencia coyuntural de los Estados Unidos sobre la mayoría de los países de la zona. Así lo evidencian, entre otros aspectos, el corte absolutamente tradicional con el que fue redactado el precepto sobre derecho de propiedad (art. 21) y la importancia tan secundaria que se concedió a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26). A mi juicio, el examen de los Derechos Humanos fundamentales debe superar la limitación ideológica de aquella Convención y debe ser efectuado conforme a una visión progresista y avanzada de tales derechos. De otro modo, se entra en contradicción con lo que se expresa en las páginas 29 y 30 del propio documento.

5. Acepto el concepto de “sistema penal” que propone el prof. Zaffaroni (control social punitivo institucionalizado) y reconozco en él a uno de los mayores méritos de su documento, en cuanto proporciona una noción abierta y comprensiva en este punto (especialmente se advierte esto en las secciones 5, 6, 7, 10 y 14 del documento). En particular, apruebo con entusiasmo las declaraciones del prof. Zaffaroni acerca de que es preciso sobrepasar ampliamente los marcos jurídicos acostumbrados, que es necesario dismantelar ficciones irreales y que es menester poner al descubierto las ideologías que se enmascaran tras teorías supuestamente científicas. Con todo, un análisis acabado de un sistema penal así concebido demanda una adecuada ordenación de los diversos aspectos que lo integran. Observo que la falta de una ordenación de esa clase lleva a que el documento deje al final una impresión de amontonamiento de las múltiples materias de que trata y de dispersión de ideas, en muchos casos, por ausencia de algunos criterios rectores. Incluso, algunas proposiciones valiosas y acertadas se desdibujan y esfuman en medio de comentarios profusos.

6. A mi juicio, el examen de los sistemas penales latinoamericanos debiera ser conducido a través de varias etapas sucesivas, como las siguientes:

a) normas jurídicas que en América Latina sirven a un control social punitivo institucionalizado;

b) normas jurídicas de procedimiento que en América Latina permiten hacer realidad ese control;

c) normas jurídicas que en América Latina determinan la ejecución práctica de ese control;

d) examen crítico de la realidad humana y social latinoamericana.

mericana en relación con dicho control y con las mejores exigencias de una vida social satisfactoria, y

e) planes y proyectos que intentan resolver la tensión existente entre los aspectos normativos y de realización de ese control.

Para traducir esto a un lenguaje tradicional que aun nos es más familiar, podríamos explicar que, con todas las salvedades tocantes a los modernos criterios que anidan en la nueva formulación de dichas etapas, en la letra *a* se incluye principalmente el contenido de aquello que acostumbrábamos a denominar derecho penal sustantivo y, en las letras sucesivas, aquello que habitualmente llamábamos derecho penal adjetivo (o procesal), derecho penal de ejecución, consideraciones de índole criminológica y consideraciones de política criminal, respectivamente.

Ahora bien, el documento Zaffaroni contiene nutridas e interesantes observaciones relativas a la criminología y a la política criminal. Las primeras están agrupadas principalmente en las páginas 60 a 61 (no es posible indicar el número de las secciones, como prefiero, porque ellas no coinciden con este contenido) y las segundas, si bien bastante dispersas, están concentradas principalmente en las secciones 17 y 18. Existen, además, observaciones que podrían corresponder a la ejecución penal en las secciones 19 y 24, entre otras.

En cambio, el material correspondiente a las letras *a* y *b* (que es aquel para el cual yo tendría conocimientos especializados) aparece insuficientemente tratado en las secciones 9, 12, 26, 27, 28 y 29.

Esto me llama mucho la atención, por tres razones: la primera consiste en que en un tema sobre sistemas penales y Derechos Humanos pareciera, por la propia naturaleza de él, que lo jurídico debiera tener una gravitación considerable; la segunda, es que la mayor parte de los expertos convocados a esta reunión son de extracción jurídica, y la última, que el prof. Zaffaroni ha demostrado grandes dotes de jurista en muy buenas obras especializadas que ha publicado. Temo, pues, haber sido traído a debatir un contenido para el cual carezco, en buena parte, de los conocimientos necesarios.

7. Estoy plenamente consciente de la gran dificultad que significa desarrollar en menos de 170 cuartillas dactilografiadas toda una nueva visión crítica del control punitivo que se

aplica institucionalmente en los países latinoamericanos. Por ello, mis reparos anteriores en manera alguna pueden ser considerados como dirigidos a menoscabar los altos méritos intrínsecos del documento de discusión. Se trata, simplemente, de que en mi calidad de juspenalista anoto la ausencia de consideraciones más amplias y, en algunos casos, hasta de referencia, a varios problemas que plantea el derecho penal sustantivo una confrontación con los derechos humanos fundamentales.

Haré, más adelante, una mención de las materias penales que considero omitidas, reiterando que algunas de ellas aparecen mencionadas en el documento Zaffaroni, pero sin atención al punto en el que reside esa confrontación.

8. En la página 77 expresa el prof. Zaffaroni que yo le aconsejé dividir la información jurídica en dos partes; una concerniente a la represividad excesiva que compromete Derechos Humanos y otra que mira a la ineficacia relativa de ciertos Derechos Humanos por falta de tutela penal apropiada.

Sin negar el valor de ese distingo, propongo otro que me parece más hondo y completo (ver mi prólogo a la obra de S. García Ramírez titulada *Los derechos humanos y el derecho penal*, 1976). Es el que advierte dos ideas centrales en la relación derecho penal-Derechos Humanos. Una de esas ideas es que el derecho penal, en cuanto procura seleccionar las actividades que atentan en contra de muy altos valores sociales, trata de incorporar a sus prescripciones la sanción de toda grave violación de Derechos Humanos. La otra es que, en cuanto el derecho penal determina y enmarca reacciones muy duras como sanción a los más variados hechos delictuosos, debe ser particularmente cuidadoso de que esas reacciones tan rigurosas no lleguen al extremo de desconocer la calidad de persona humana, con derechos propios, del inculpatado. Para este último aspecto es esencial que el legislador penal tenga una imagen muy apropiada y exacta del valor de una persona humana.

9. Creo que desde un punto de vista técnico-penal debieran ser incorporadas a la discusión las siguientes ideas, dudas o problemas:

A) El principio de legalidad del derecho penal y sus dificultades con: a) las leyes penales en blanco; b) los delitos de comisión por omisión; c) los delitos culposos, y d) las prácticas primitivas de pueblos aborígenes.

B) La irretroactividad de la ley penal en los casos de deli-

tos de lesa humanidad que se sujetan o pueden sujetarse a nuevas normas penales internacionales (genocidio, violación masiva y sistemática de otros importantes derechos humanos, etc.).

C) ¿Ofrecen mejor protección de los Derechos Humanos las descripciones típicas puramente objetivas, sin referencia alguna a aspectos valorativos?

D) Relación entre bienes jurídicos protegidos penalmente y Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos como fundamento material de la antijuridicidad.

¿Son los Derechos Humanos la última explicación del bien jurídico penalmente protegido?

¿Pueden pensarse hechos de mera desobediencia?

¿Es admisible la idea de "lesión del deber"?

Importancia jurídica del llamado "valor de resultado".

E) Si el principio *nullum crimen sine culpa* es una exigencia de respeto a la calidad de persona humana.

¿No constituye el concepto dominante sobre culpabilidad una pretensión de etización del derecho penal?

¿Hasta dónde la justicia humana actual está en condiciones de decidir sobre fenómenos puramente internos como son la voluntariedad y la intención, el conocimiento real que tiene íntimamente el sujeto, sus impulsos inconscientes, las influencias emocionales, etc.?

¿Es posible tener por culpables a indígenas no asimilados incapaces de internalizar los valores que postula nuestro sistema de vida?

Es de notar que en América Latina circulan interesantes estudios que cuestionan varios de esos puntos (Gimbernát, Córdoba Roda, Mir, Munhoz Netto, Baumann, Hassemmer, Naucke, Rudolphi y Roxin, entre otros). Sin duda el prof. Zaffaroni podría proporcionar abundante bibliografía al respecto.

10. En cuanto a criterios de política criminal (sin considerarme un especialista en ella) sugiero como apropiados para la discusión los siguientes:

A) Posibilidad de consideración penal de hechos sociales nuevos derivados de progresos, descubrimientos o nuevas formas de vida, aparte de los señalados en las secciones 26, 27 y 28 del documento de trabajo, entre ellos: a) ingeniería genética; b) inseminación artificial humana; c) drogas aptas para alterar el funcionamiento del psiquismo; d) trasplante de órga-

nos que regulan o integran el sistema nervioso del ser humano, y e) cambio de sexo.

B) La descriminalización penal en las actuales condiciones de vida social, especialmente en relación con algunos grupos de tipos penales tradicionales, como son: a) atentados contra la mera propiedad; b) atentados contra el honor; c) parte considerable de los atentados sexuales, y d) delitos culposos.

Se incluiría en este tema la subsistencia y consiguiente selección de medidas no penales destinadas a sustituir a las penas actuales.

C) Revisión total de los valores tradicionales objeto de protección penal, para acomodarlos a las actuales condiciones de vida en sociedad.

D) Si hay algo mejor que las penas para combatir las conductas que atenten contra la paz, la necesaria seguridad y una vida social tranquila, dentro de un orden social basado en la justicia.

Caracas, julio de 1983.