

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA
Directores

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Coordinador

EDITORIAL

El procedimiento abreviado en el vigente
Código de Procedimiento Penal.
Alberto Ángel Ángel

39

DERECHO PENAL

El principio de legalidad, la relación de causalidad
y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal.
José Hurtado Pozo

Derechos humanos y derecho penal.
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Los derechos humanos como barrera de contención
y criterio autorregulador del poder punitivo.
Juan Fernández Carrasquilla

CRIMINOLOGÍA

Las paradojas del movimiento descarceratorio
en los Estados Unidos.
Elena Larrauri

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Tentativa de hurto
calificado.
Fernando Gómez Gómez

JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE
EL ESPINAL. El juez penal debe velar por el resarcimiento
del daño.
Antonio María Toro Ruiz

CO/XIV
F/Z

2345

ENERO ●

FEBRERO ●

MARZO

Directores
NÓDIER AGUDELO BETANCUR
JUAN E. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Coordinador
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ	HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.	JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO	IVÁN GÓMEZ OSORIO
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA	HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.
MARIO SALAZAR MARÍN	CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Auxiliares

SANDRA CRISTINA MORA S. (U. de Medellín)
MARIO ALBERTO ARENAS (U. de Medellín)
SERGIO UPEGUI KAUSEL (U. Pontificia Bolivariana)
FRANCISCO VALBUENA C. (U. de Antioquia)

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1988

La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.



Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.A.

Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

PÁG.

El procedimiento abreviado en el vigente Código de Procedimiento Penal. Alberto Ángel Ángel	7
---	---

DERECHO PENAL

El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal. José Hurtado Pozo	11
Derechos humanos y derecho penal. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	42
Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo. Juan Fernández Carrasquilla	58

CRIMINOLOGÍA

Las paradojas del movimiento descarceratorio en los Estados Unidos. Elena Larrauri	91
--	----

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Tentativa de hurto calificado. Fernando Gómez Gómez	115
Comentario de Francisco Valbuena Cardona	118
JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE EL ESPINAL. El juez penal debe velar por el resarcimiento del daño. Antonio María Toro Ruiz	132
Comentario de Mario Salazar Marín	136

BIBLIOGRAFÍA

JAIME BERNAL CUÉLLAR Y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT: El proceso penal. Juan Guillermo Jaramillo Díaz	143
STANLEY COHEN: Visiones de control social. Juan Gonzalo Escobar Marulanda.	147
ÁLVARO VARGAS: Estructura básica del proceso penal colombiano. Gloria Lucía Bernal	148

1948

1949



1950

The following information is taken from the records of the
Department of the Interior, Bureau of Land Management,
Washington, D. C. It is published for the information of
the public and is not to be construed as an offer of
land or as a guarantee of the accuracy of the information
therein.

1951

The following information is taken from the records of the
Department of the Interior, Bureau of Land Management,
Washington, D. C. It is published for the information of
the public and is not to be construed as an offer of
land or as a guarantee of the accuracy of the information
therein.

1952

The following information is taken from the records of the
Department of the Interior, Bureau of Land Management,
Washington, D. C. It is published for the information of
the public and is not to be construed as an offer of
land or as a guarantee of the accuracy of the information
therein.

1953

The following information is taken from the records of the
Department of the Interior, Bureau of Land Management,
Washington, D. C. It is published for the information of
the public and is not to be construed as an offer of
land or as a guarantee of the accuracy of the information
therein.

EDITORIAL

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL VIGENTE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Se experimenta una rara sensación de impotencia cuando se está frente a la fría norma jurídica con pretensiones elementales de analizarla dentro de un mínimo de contexto crítico, cuadro apenas dibujado con los débiles colores de la más modesta y callada de las experiencias: la del juez. Los conceptos aquí expuestos aspiran únicamente a sembrar inquietudes en torno al régimen consagrado dentro de las normas que orientan *El procedimiento abreviado*; no llevan impronta de dogmatismo alguno y sí máximo respeto por las ideas distintas plasmadas en muy diversos estudios ya realizados. Aquí la crítica tan solo tocará con cierta fuerza ese cuestionado procedimiento; de manera muy especial, las investigaciones adelantadas por delitos asignados a la competencia de los jueces superiores, promiscuos y penales del circuito, en las cuales las intenciones del legislador chocan contra la misma estructura jurisdiccional del país.

Cuando la ley 52 de 1984 (diciembre 28) le concede facultades *pro tempore* al ejecutivo para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, lo autoriza también para la creación de *procedimientos abreviados* de acuerdo con la naturaleza del hecho, de la prueba, de las condiciones personales del agente, de los requerimientos sociales y judiciales; así como para determinar los mecanismos necesarios para la agilización de la justicia penal. Consecuencia de tal autorización es el Título VII, Capítulo Único, del Libro Segundo del actual Código de Procedimiento Penal (decreto 50 de 1987).

Sin embargo, este procedimiento abreviado olvida la práctica judicial. Para nada atiende a la naturaleza del hecho, a la complejidad del delito, a la pluralidad de autores o de ilícitos. No corre igual la investigación del llamado *raponazo* callejero que la de una falsedad documental, por ejemplo. En la primera, cuando al procesado lo sorprenden en flagrante delito, la relación causal, la estructura material de la ilicitud, la conducta misma, el desarrollo del *iter criminis*, concurren para demostrar la *tipicidad* del hecho. No obstante, en esta llamada *delincuencia menor* el sujeto activo también puede obrar movido por la necesidad —amparado por una de las causales de justificación o de inculpabilidad—, por circunstancias especiales que afectan la responsabilidad, por lo cual el juez está en la obligación de acreditarlas o destruir-

las. Si lo anterior puede presentarse en esas delincuencias, ¿qué sucederá en las investigaciones por delitos verdaderamente complejos, donde el *iter criminis* recorre senderos laberínticos, donde el acusado —aun sorprendido en flagrancia— puede cubrirse con poderosos escudos en la búsqueda de personales pretensiones?

Nunca procedimientos sumarios y especiales fueron buenos, puede afirmarse parafraseando a Cervantes. La celeridad en las investigaciones penales no siempre es garantía de justicia. Ni la captura en flagrancia ni la confesión simple tienen la fuerza suficiente para sustentar fallos de condena. Ambas circunstancias deben valorarse como *indicios*, y como tales su apreciación exige sumo cuidado. De pronto, el mismo legislador no confía mucho en la bondad del mencionado procedimiento y lo limita con extensa cadena de sustanciales excepciones, unas contenidas dentro del mismo entorno normativo: los delitos juzgados mediante jurado de conciencia y los cometidos por personas inimputables; otras, porque ya tenían un juzgamiento especial, por ley o por consideraciones de orden público, las cuales obtienen cumplimiento y adición mediante los decretos del llamado "Estatuto para la Defensa de la Democracia" (decretos 180 y 181 de 1988). Tan variadas y numerosas son las excepciones, que resulta menos fatigosa la cita de las disposiciones pertinentes: ley 2ª de 1984, capítulo 2º; C. de P. P., art. 679; ley 30 de 1986, arts. 32, 33, 34 y 35; decretos 3664 de 1986, art. 2º; 1203 de 1987, art. 3º; 1204 de 1987, art. 3º; C. P., art. 202. Algunos de los procedimientos señalados en las normas anteriores resultan de mucha mayor inquietud que el procedimiento abreviado contenido en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Son las consecuencias derivadas y propias de las naciones en perenne estado de sitio, donde la legislación extraordinaria va absorbiendo a la ordinaria, donde van institucionalizándose procedimientos especiales para contener el avance de la criminalidad desbordada, ante la impotencia de los gobiernos en la prestación de los más elementales servicios.

Retomando el tema, el procedimiento abreviado olvida la organización judicial del país, pues no todas las investigaciones por delitos de competencia de los juzgados superiores o de circuito penal, por supuesto, son avocadas por el juez de instrucción para instruir las y calificarlas (C. de P. P., art. 73). Al respecto, no debe olvidarse que la medida de aseguramiento es ley del proceso, pues al definir la situación jurídica con prueba exigua —tal vez con solo la flagrancia o la confesión simple—, queda deducido el cargo; puede ocurrir que en la audiencia varíe esa calificación, y en tal caso el juez debe darle aplicación al art. 501 del Código de Procedimiento Penal. Además, tampoco son escasas —y ya se han visto— las nulidades, no solo por la falta de adecuada defensa, sino también por sustanciales fallas en el debido proceso (C. de P. P., art. 305). Cuando jueces promiscuos o penales municipales, con sede en apartadas regiones, y aun en poblaciones de alguna importancia, profieren medida de aseguramiento con fuerza de pliego de cargos —pues es la providencia que el secretario del juzgado de conocimiento lee durante la audiencia pública—, quizás por razones de inexperiencia, pueden incurrir en desaciertos que les valga la nulidad. Supónganse acertadas la seudoinvestigación y la medida de aseguramiento; en esta deben ordenarse las pruebas y solicitarse la citación para audiencia; la práctica de aquellas pruebas ofrece dificultad: piénsese tan solo en el traslado

de los testigos. Al juez de conocimiento le está vedado delegar sus funciones mediante comisión fuera de su sede. El sistema, en definitiva, no es el mejor. Nunca antes los jueces promiscuos y penales municipales se vieron abocados a proferir providencias con fuerza de ley procesal (así habien de características de provisionalidad) en investigaciones de delitos de competencia de los juzgados superiores y penales del circuito.

Ahora, supóngase al mismo juez en investigación iniciada ante el delito de su competencia; indaga y profiere ese extraño auto mediante el cual fija el procedimiento, que tiene carácter de interlocutorio, susceptible de los recursos ordinarios; luego, por regla general, fija la medida de aseguramiento, también por auto interlocutorio. Así la técnica para tramitar y desatar los recursos se toma complicada; además, con las anteriores providencias puede concurrir la posibilidad de negar práctica de pruebas; a consecuencia de lo anterior los Jueces emplean muchas horas en el trámite, concesión y estudio de los recursos: un día niegan la reposición interpuesta contra uno de los autos, conceden la apelación en subsidio y tramitan solicitud similar en otro interlocutorio. Este galimatías procesal no resulta exagerado, ni la situación caso de excepcional ocurrencia; en cambio, incrementa el número de procesos en los despachos judiciales de segunda instancia. Tampoco pueden olvidarse los imponderables de los correos, el traslado de los expedientes y otras circunstancias no del todo marginales al procedimiento mismo, como las dificultades con que en muchos municipios — y aun en algunas ciudades— topan los funcionarios para allegar pruebas de carácter técnico o científico. La calidad de las pruebas, su oportunidad y posibilidad para recepcionarlas, son derroteros de esencial importancia para fijar las características de cualquier procedimiento investigativo. El concepto de *flagrancia* (C. de P. P. art. 393) es demasiado amplio, admite interpretaciones de diversa índole no ajenas a la arbitrariedad misma. Sería inquietante la existencia de algún funcionario capaz de encontrar en el procedimiento abreviado senderos fáciles para la evacuación de sus difíciles funciones judiciales; impropias serían las amañadas interpretaciones de una captura en flagrancia o de una confesión simple.

Impera la inconsecuencia en las normas que orientan el procedimiento abreviado: el legislador quiere trámites fáciles y rápidos, pero la judicatura enfrenta compleja situación. La proliferación de leyes es el reflejo fiel de la actual situación política del país, en nada favorece a los sujetos procesales, crea incertidumbre y en nada alivia la profunda crisis en la que está inmersa no solo la administración de justicia, sino la sociedad entera. No resultan benéficos estos procedimientos especiales, breves y sumarios, con estructuras filosófico-jurídicas inconsistentes, con posiciones de dudosa aplicación práctica, con dificultades probatorias manifiestas. El juicio de la conducta humana no puede sustentarse con verdades aparentes, con sofismas; exige la fuerza basáltica del silogismo. Es preciso decantar todas las características del comportamiento, las causas próximas y remotas de la acción. El delito es el resultado de una larga y compleja serie de factores: personales, familiares, económicos, religiosos, socioculturales, etc. Por eso, hasta el más elemental de los *raponzos* exige juzgarse con absoluta objetividad, con trascendencia al hecho mismo y a la propia captura en flagrancia. Por encima de cualquier supuesto está la persona,

como sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; por tanto, en caso de infringir las normas que rigen el comportamiento en sociedad, antes de lanzar juicio de reproche alguno, de imperativa necesidad resulta la imputación seria del hecho ilícito, al revelarse la acción ejercida o ejecutada sin causa justa y con pleno conocimiento de la finalidad propuesta. Este intrincado camino es imposible recorrerlo con procedimientos abreviados. Además, no solo el agente activo es sujeto procesal con derechos dentro del juicio penal; la sociedad representada por el Ministerio Público y la víctima por su procurador legal (parte civil) —también, por supuesto, el defensor— intervienen en el desarrollo del proceso, de la acción penal, bajo la tutela del propio Estado; sin embargo, esa su participación resulta afectada ante la premura del procedimiento abreviado.

Pero no paran aquí las vicisitudes de ese controvertido ordenamiento sumario. Cuando de delitos de competencia de los juzgados superiores y penales del Circuito se trata, algunos han dicho que el instructor, una vez surtida la ejecutoria formal del auto que impone la medida de aseguramiento, remitirá el expediente al juzgado que corresponda, a fin de que este ordene o niegue las pruebas solicitadas dentro del término de ejecutoria formal y señale fecha para audiencia*. Sin embargo, otras razones llevan a pensar que tales decisiones no obran sin la previa ejecutoria material, no solo de la medida de aseguramiento, sino también del auto que niega la práctica de las pruebas solicitadas, aun cuando el recurso de apelación interpuesto contra este deba concederse en el efecto diferido. Así las cosas, los jueces de conocimiento quedan a la espera de aquellas decisiones; por tanto, el instructor permanece con el expediente y practica las pruebas pertinentes por fuera de la audiencia pública, durante los cinco días siguientes a la ejecutoria formal del auto. Lo anterior nace de la disposición comprendida en el inciso primero del art. 477 del estatuto procesal. En consecuencia, el juez de instrucción no pierde la competencia conferida por el art. 73 *ejusdem* hasta tanto no estén en firme, con ejecutoria material, las providencias por él proferidas. Cuando el instructor dicta medida de aseguramiento y contra ella se interpone recurso de apelación, él debe concederlo o negarlo; además, si las partes solicitan pruebas en término oportuno, debe aceptarlas o negarlas; es más, puede ordenar la práctica de algunas (C. de P. P. art. 492-3); lo contrario no solo permite que corran los términos de ejecutoria formal, sino también que surjan complicaciones en la tramitación de los recursos, pues no puede olvidarse que el auto proferido para negar la práctica de pruebas también puede recurrirse en apelación, y mientras el superior jerárquico no lo decida, el juez de primera instancia no puede señalar fecha para audiencia.

Este procedimiento abreviado no solo es un híbrido raro, tal que hubiese sido concebido por especies de mitológica raigambre, sino estéril como todos los híbridos. Sus resultados no son benéficos para la administración de justicia, pues su estructura no responde a una clara normatividad procesal, pues —como queda dicho— ni la captura en flagrancia del procesado o su confesión simple pueden servir de

* Cf. JAIME CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE L., *El proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, pág. 422; Grupo de Estudio, *Revista Difusión Jurídica*, Nro. 12).

parámetros para aplicarlos en la investigación de muy variados y complejos delitos. Quizás las controversias surgidas en cuanto a su aplicación puedan decantarse con el tiempo y abrir nuevos caminos. Entre tanto, la seguridad jurídica en muchos procesos apenas podrá producirse. Ninguna explicación sería puede dársele a esa solicitud formulada por el instructor al juez de conocimiento en torno a la citación a audiencia pública. Esa orden no resulta clara, aun cuando aparezca imperativa. No siempre el juez superior o de circuito deben señalar fecha y hora para la celebración de la vista pública, pues si llegaren a considerar que la medida de aseguramiento era improcedente por haber obrado el autor dentro de una causal de justificación o inculpabilidad, pueden ordenar la cesación del procedimiento al tenor de lo dispuesto en el art. 34 del Código de Procedimiento Penal; si observan causales de nulidad (art. 305 del C. de P. P.), las decretan; si consideran desvirtuados o inexistentes los supuestos que originaron el procedimiento abreviado, ordenan la correcta adecuación del proceso.

De todas formas, la jurisprudencia y la doctrina darán respuesta acertada a las inquietudes aquí formuladas sin ánimo polémico alguno, pues el tema resulta complejo y hasta exige difíciles acomodamientos de las conciencias críticas en el ámbito jurídico de jueces y abogados. Los tiempos que corren deben afrontarse con fuerza vertical, aun cuando vayan imponiéndole a la judicatura procedimientos especiales, breves y sumarios; aun cuando vayan exigiéndole aprendizajes antievolutivos, marginales a todo un proceso de formación humanística. ¡Por fortuna, aún quedan jueces en Berlín! Jueces imparciales y probos, que han hecho de su difícil misión todo un apostolado, que aún exigen la verdad verdadera no solo del hecho ilícito, sino también de la culpabilidad del procesado; que aún administran justicia dentro de las precarias posibilidades existentes. Corren tiempos difíciles, es cierto. Pero aquí lo que está en juego es la libertad del hombre. Y a este hombre hay que educarlo antes que sancionarlo. Y a este hombre hay que darle oportunidades de trabajo antes que estigmatizarlo. ¡Nunca procedimientos abreviados fueron buenos!

ALBERTO ÁNGEL ÁNGEL
Juez Penal del Circuito de Medellín
Medellín, marzo de 1988.

**SECCIÓN
DE
DERECHO PENAL**

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA CULPABILIDAD¹: REFLEXIONES SOBRE LA DOGMÁTICA PENAL

Dr. JOSÉ HURTADO POZO *

1. Definir qué es el derecho y decidir si la ciencia jurídica es una ciencia son dos problemas que suscitan aún una viva discusión².

Los juristas están generalmente convencidos de que su actividad —estudiar el derecho para hacer más fácil su aplicación— es una actividad de carácter científico. En sus escritos se refieren con frecuencia a la ciencia jurídica o dogmática jurídica y a la doctrina o jurisprudencia.

En Alemania Federal y en los países fuertemente influidos por el pensamiento jurídico germánico, se emplea con asiduidad la expresión “dogmática jurídica” en un sentido positivo. Esta expresión es sinónimo de ciencia. En Francia, por tradición, se utiliza raramente el término “dogmática”³ para designar los trabajos consagrados a exponer e interpretar el derecho. Suponiendo el carácter científico de dichos trabajos, se prefiere hablar de doctrina o ciencia.

¹ El presente trabajo es traducción del texto que preparamos para dictar nuestra lección inaugural, al ocupar la cátedra de derecho penal y de procedimientos penales en la Universidad de Fribourg (Suiza). La versión original ha sido publicada en la *Revue Pénale Suisse* (1987, págs. 23-56). Si bien en un principio pensamos en reelaborar este trabajo, hemos creído conveniente poner al alcance de los lectores de habla española el texto primigenio, ligeramente modificado. Esperamos, en un futuro cercano, dar a la luz una versión en la que se hayan corregido errores y complementado vacíos. Estos nos han sido señalados, particularmente, cuando hemos expuesto nuestras ideas en España (Universidad de Zaragoza) y en Colombia (Universidad de Santo Tomás-Bogotá).

* Profesor de la Universidad de Fribourg (Suiza).

² Al respecto HART dice que son pocos los interrogantes relativos a la sociedad humana planteados de manera tan constante y que hayan sido objeto, de parte de los estudiosos, de respuestas tan dispares, extrañas y aun paradójicas, como la pregunta ¿Qué es el derecho? *The concept of Law*, Oxford, 1961. Traducido por Genaro Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1965.

³ Es el caso, en particular, de los “*précis*”, “*manuels*” o “*tratados*” consagrados al derecho positivo. En las obras de introducción al derecho, se habla frecuentemente de dogmática jurídica. Esta es definida, por ej., por LEÓN RAUCENT (*Pour une théorie critique du droit*. Gembloux 1975, 16), de la manera siguiente: “La dogmática se propone buscar el sentido de la regla de derecho vigente en un país determinado: es decir, de un lado, fijar la lista de hechos sociales a los que se aplica dicha regla y, de otro lado, precisar lo que esta prescribe en relación con esos hechos. Un estudio de esta índole permite ciertas incursiones históricas o sociológicas, pero estas se encuentran orientadas hacia una mejor aplicación del derecho vigente”.

Al término dogmática se le da igualmente una significación peyorativa⁴. Con este objeto y con base en los progresos realizados por las ciencias sociales, se niega el carácter científico al estudio del derecho. Se reprocha a los juristas su "dogmatismo", su incapacidad para elaborar un sistema susceptible de tener en cuenta los factores sociales e, igualmente, su ineptitud para evitar el formalismo tautológico⁵. Se señala como característica fundamental de su actividad la práctica de análisis extremadamente teóricos tendientes a formular verdades absolutas⁶. Calificar, en consecuencia, a un jurista o al resultado de su trabajo de dogmático, constituye un juicio de valor negativo.

Resulta interesante destacar que, desde este punto de vista, no sorprende que el razonamiento y los métodos de los juristas sean, frecuentemente, comparados con los de los teólogos que estudian y enseñan "dogmática". Se reconocen sus diferencias esenciales; pero se les atribuye una característica común: respetar, por principio, lo que emana de una autoridad: la de la revelación y la de la legislación. El jurista, al concebir el derecho como un conjunto de mandatos legislativos, no se despojaría sin padecimiento del llamado "complejo de Sinaí", complejo que consiste en presentar al legislador como el creador todopoderoso del derecho⁷. LESZEK NOWAK⁸ dice: "parece que la interpretación realizada por un teólogo es una interpretación del mismo tipo. Este admite también sin reserva el principio de la racionalidad del texto analizado que proceda sea de Dios o de la persona reconocida, en la interpretación, como santo, profeta, etc. El teólogo, igual que el jurista, interpreta los textos sagrados a la luz de los conocimientos modernos más dignos de confianza". Concluye NOWAK diciendo: "así como el jurista, el teólogo está listo a atribuir al autor del texto sagrado la jerarquía de valores de más confianza, que es prácticamente la profesada por el intérprete".

⁴ Según WINFRIED HASSEMER (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, 84), "A los juristas se les reprocha haber perdido contacto con la sociedad y con la realidad, así que el término "dogmática" deviene un insulto".

⁵ Cf. UMBERTO CERRONI, *Introduzione alla scienza sociale*, Roma, 1976, 159.

⁶ MARC ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3e éd., Paris, 1981, 211, 215/16. Traducción española: *La nueva defensa social (un movimiento humanista de política criminal humanista)*. Buenos Aires, Edit. La Ley, 1961.

⁷ CESARINI SFORZA, "Dogmática. Teoria generale e filosofia del diritto, Stato di giustizia". *Atti del IV Congresso nazionale di filosofia del diritto. I Relazioni generali*, Milano, 1963, 41.

⁸ "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique", en *Logique et analyse*; Nouvelle série, N° 45, mars 1969, 85. En relación con las ciencias sociales en general, CLAUDE LEVI-STRAUSS dice en su obra *Anthropologie structurale II* (Paris, 1973, reimpresión, 1985, 361): "Prohibiendo toda complacencia, sea de tipo epistemológico, con relación a su objeto, las ciencias humanas adoptan el punto de vista de la inmanencia; mientras que las ciencias sociales, otorgando un destino en particular a la sociedad del observador, atribuyen a esta un valor trascendental. Esto es muy claro en el caso de los economistas que no dudan en proclamar, para justificar la estrechez de su perspectiva, que la racionalidad económica constituye un estado privilegiado de la naturaleza humana, aparecido en un cierto momento de la historia y en un cierto lugar del mundo. Y esto no es menos claro en el caso de los juristas que parten, para describirlo, del postulado que dicho estado no podría cubrir contradicciones. Por esto, también los han comparado a los teólogos".

2. EL empleo del término "dogmática", a veces, para aludir al carácter científico de la actividad de los juristas, y otras veces para negarle dicho carácter, no es siempre el resultado de una reflexión previa⁹. Mediante esta palabra se puede aludir a una manera especial de razonar o al objeto materia del análisis: el dogma¹⁰. Además, este es comprendido ya sea como la expresión de una idea verdadera o ya como la declaración formulada por una autoridad.

El cuestionar la ciencia del derecho (dogmática jurídica) no es sin embargo de naturaleza puramente lingüística. Por esta vía se llega a discutir los fundamentos mismos de la actividad de los juristas y la importancia de su función social. Esto permite comprender más fácilmente el aferramiento de los juristas al defender el carácter científico de sus trabajos¹¹. Lo que no debe hacernos olvidar la lucidez con la que LEVY-STRAUSS¹² confiesa, al final de una vida consagrada enteramente a las ciencias sociales y humanas, "no sentir embarazo alguno en reconocer que entre dichas ciencias y las ciencias exactas o naturales, no se puede simular una verdadera paridad; que estas son ciencias y las otras no lo son; y que si se les designa no obstante de la misma manera, es en virtud de una ficción esquemática y de una esperanza filosófica que no es aún confirmada; en consecuencia de esto, el paralelismo implicado ...revela una representación quimérica de la realidad".

3. En este trabajo intentaremos presentar algunos aspectos de la problemática evocada anteriormente. Nuestro objetivo es comprender mejor, en particular en el dominio del derecho penal, en qué consiste la actividad de los juristas. Presentar, aun esquemáticamente, todos los aspectos de dicha problemática, es imposible.

En primer término trataremos de precisar la temática, de un lado, presentando el contexto histórico de la dogmática y, de otro lado, indagando sobre su significación tradicional; sin dejar de interrogarnos sobre las funciones que le son atribuidas. Para mejor comprender el problema, expondremos brevemente la teoría de la infracción.

⁹ KONRAD ZWEIFERT ("Rechtsvergleichung. System und Dogmatik", en *Festschrift für Bötticher*, 1969, 444) afirma correctamente que "Dogmática es una palabra tanto de un uso muy frecuente como objeto de poca reflexión".

¹⁰ Las nociones de "dogma" y de "dogmática" han sido especialmente analizadas en teología. El adjetivo, comenzó a ser sobre todo utilizado en el siglo XVII en relación con la teología en su parte esencial. Esta última se limita a reunir y a interpretar los documentos de la tradición sin proponer una explicación sistemática. La teología dogmática, según K. RAHNER ("Dogmatik I, Begriff", en *Sacramentum Mundi* I, 917), es la ciencia de los dogmas de la Iglesia, se caracteriza por su método que consiste en presentar y analizar el contenido de la Escritura de modo orgánico, es decir sistemático. Consultar: WOHLMUTH/KOCH, *Leitfaden Theologie*, 1975, 112 y ss.; L. BOUYER, *Dictionnaire théologique*, 2e. éd., 1963, 207/208; PANNENBERG, *Wissenschaftstheorie und Theologie*, Frankfurt 1973, 412 y ss.; KARL BARTH, *Die Kirchliche Dogmatik*, Bd. I, 1. HALBBANE, 7. Aufl. 1955, 280-283; DIETER DE LAZZER, "Rechtsdogmatik" en *Dogmatik und Methode*, 1975, 87. El término *dogma* designa la verdad que el magisterio extraordinario de la Iglesia define como perteneciente a la fe. La concepción reformada desconoce, de una parte, el papel de intermediario de la Iglesia y, de otra, no admite como dogmas el enunciado (eclesial) de la Iglesia como comunidad según la Biblia.

¹¹ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, 1974, citado: *Consideraciones*, 15.

¹² *Op. cit.*, 341.

En segundo lugar compararemos la idea que se tiene de la dogmática con la manera concreta de proceder de los juristas. Lo haremos mediante el estudio de tres temas muy atrayentes para la dogmática penal: el principio de la legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad.

Esperamos que este análisis comparativo nos permitirá entender mejor la naturaleza de la actividad de los juristas e, igualmente, precisar sus objetivos.

1. BREVE VISIÓN HISTÓRICA

La forma particular de la ciencia jurídica y su método constituyen el resultado de una larga evolución. Sobre el particular, recordemos algunos hechos: antes de la Revolución Francesa, las principales fuentes del derecho penal eran las costumbres y ciertas disposiciones fragmentarias contenidas en las ordenanzas y en los edictos reales¹³. Los criminalistas de aquella época, sobre todo los prácticos, se inspiraron ampliamente en el derecho romano con respecto tanto a la parte general como a la especial del derecho penal. Pero muy pocos autores se interesaron, durante el *Ancien Régime*, por el derecho penal. Solo a comienzos del siglo XVIII, algunos comenzaron a sistematizar las numerosas normas jurídico-penales con el fin de eliminar las incoherencias de la doctrina¹⁴.

El derecho penal del *Ancien Régime* no solo se caracterizó por ser inorgánico sino también por la severidad de las penas, la arbitrariedad de los jueces y la desigualdad en el procesamiento.

Los pensadores del siglo XVIII, y en particular los publicistas, cuestionaron los fundamentos del sistema socio-económico de la época. La Revolución fue precedida por un intenso movimiento de nuevas ideas que promovió, en el ámbito jurídico, la renovación de las leyes y la creación de sistemas jurídicos basados en algunos axiomas fundamentales.

Para elaborar estos sistemas, los juristas no tuvieron en cuenta la imperfecta e incompleta legislación vigente entonces. Su pretensión era que fueran racionales, universales e ideales.

Los trabajos de codificación alcanzaron su apogeo durante el período de formación de los Estados europeos que comportó el ascenso de las burguesías nacionales. El logro más importante de este esfuerzo legislativo fueron los códigos napoleónicos que llegaron a ser considerados como el reflejo, casi siempre, fiel de los sistemas perfectos elaborados mediante la razón. Así, mediante la ley se lograba, al fin, salir del caos legislativo y garantizar el respeto de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos.

¹³ La "Grande Ordonnance" de 1670 era un código de procedimientos penales y no un código penal; cf. PIERRE BOUZAT/JEAN PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, *Droit pénal général*, 2e éd., 1970, 88.

¹⁴ GASTON STEFANI/GEORGES LEVASSEUR/BERNARD BULOE, *Droit pénal général*, 11e éd., 1980, 68.

La ley debía prever por tanto una respuesta a toda cuestión jurídica. Fácil resultó luego admitir que las normas jurídicas eran "dogmas" indiscutibles. Fueron sobre todo miembros de la denominada "escuela exegetica" los que defendieron esta concepción del derecho. Inspirados ampliamente por el racionalismo, trataron de hacer del derecho un sistema deductivo copiado directamente de los modelos axiomáticos elaborados por la filosofía¹⁵.

Si Francia tenía su escuela exegetica, en Alemania la "escuela histórica"¹⁶, representada por HUGO y SAVIGNY, y el movimiento pandectista, del que WINDSCHEID fue uno de sus promotores, se esforzaron en elaborar una ciencia jurídica racional. PUCHTA y JELLINEK participaron en este empeño mediante la creación de la jurisprudencia de los conceptos¹⁷. Esta ejerció una influencia preponderante en la evolución de la dogmática.

2. DOGMÁTICA TRADICIONAL

Si se consideran las críticas más frecuentes formuladas contra la dogmática, se aprecia que están dirigidas contra ciertos aspectos de la llamada dogmática tradicional. Esperando no caricaturizarla, señalemos resumidamente las notas que se le atribuyen¹⁸.

Primero, concebir el derecho como un sistema perfecto que proporciona soluciones o respuestas a todos los casos jurídicos imaginables.

Segundo, admitir que la ley adquiere —una vez dictada— vida autónoma y que su significado evoluciona de acuerdo con los cambios sociales.

Tercero, considerar como función de los juristas —científicos del derecho— la de describir y fijar esta evolución.

Cuarto, reconocer que la misión del juez o del comentarista se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto.

Según esta concepción los juristas realizan, mediante los métodos propios de su actividad científica, una abstracción de primer orden es decir, a partir del material de base constituido por las normas legales, formulan conceptos jurídicos claros y ciertos. Luego, utilizan estos conceptos para elaborar abstracciones de un nivel superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, formado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Además y

¹⁵ CHAIME PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 1976, 23 s. Traducción de José Luis Díez Picazo; *Logica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, 1979. ALESSANDRO BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, 8-11.

¹⁶ KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5e éd., 1983, 11s. Traducción de la 2ª edición de M. Rodríguez Molinero, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1980.

¹⁷ KARL LARENZ, *op. cit.*, págs. 19s.

¹⁸ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones...*, ed. cit., 30s; ALESSANDRO BARATTA, *op. cit.*, págs. 6 y ss.; ALF ROSS, *Towards a realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946, 46-48, 62-63; A. CASAMIGLIA, "Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico" en *Metodología y derecho privado, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, N° 22, Granada, 1982, 237.

debido a la complejidad de la aplicación de la regla al caso concreto, deben proceder a la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos jurídicos que forman parte de todo el orden jurídico. Dicho de otra manera, el juez o el intérprete debe ser capaz de sintetizar los elementos ofrecidos por el orden jurídico.

El método dogmático constituye así un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los "dogmas", punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción mediante el razonamiento "lógico-deductivo", de los conceptos y principios implícitos en los "dogmas" y, por último, formulación de un sistema completo y coherente.

Una elaboración dogmático-penal, muy apreciada por los juristas, es la teoría de la infracción [*Verbrechenslehre*]. Su evolución constituye un buen ejemplo de la manera como los penalistas consideran que desarrollan una labor de carácter científico. Por esto creemos necesario presentar sucintamente los principales pasos dados por los penalistas en este dominio. Así mismo, esta presentación constituirá una introducción al estudio detallado de los tres temas que hemos escogido, es decir, el principio de la legalidad, la causalidad y la culpabilidad.

3. LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN

Este aspecto de la labor intelectual de los juristas se percibe mejor al analizar la manera como ellos recurren a la elaboración de "teorías"¹⁹.

Primero es de señalar la ligereza con que este término es utilizado. A veces se tiene la impresión de que los juristas presentan sus opiniones bajo la designación de teorías con la idea de que describen un aspecto de la realidad, el funcionamiento o la naturaleza de una institución o de un concepto jurídicos. En la medida que la descripción concuerde con la realidad, la teoría sería científica.

La llamada *Teoría del delito* aparece, por ejemplo, como la descripción de la infracción penal. La dogmática trata así de ofrecer una definición general válida y necesariamente aplicable a todo derecho positivo. Este enunciado doctrinal, esta teoría sería —luego de haber sido elaborada sobre la base de una ley— aplicable a todas las demás. Esto no podría ser de otra manera puesto que toda ley, para ser eficaz y justa, debe tener en cuenta la descripción objetiva establecida por la teoría. Esta aparente paradoja es propia a la dogmática penal.

Al interior de la teoría de la infracción²⁰ se han elaborado otras teorías o subteorías. Por ejemplo, la teoría de la culpabilidad. De esta manera se habría

¹⁹ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones...*, 55, 77s; GENARO CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1976, 74.

²⁰ La ley es así considerada como la base sobre la cual la teoría de la infracción debe ser elaborada por ejemplo; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 3e éd., Berlin, 1978, 157 ("La teoría general del delito debe deducirse de la ley"). Traducción y adiciones de derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde; *Tratado de derecho penal. Parte General*, 2 vols. Cf. OSKAR A. GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, pág. 21. En Francia el análisis de la noción de infracción ha sido hecho según el mismo procedimiento. Así, VIDAL/MAGNOL (*Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, 9e éd., 1947, 76) definen la infracción como la violación de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, producto de un acto externo del hombre, positivo o negativo, socialmente imputable, no justificándose por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho y sancionado con una pena por la ley".

logrado perfeccionar este instrumento conceptual, así como reforzar la idea de que no hay pena sin culpabilidad.

Pero, si es cierto que toda ley penal moderna consagra, más o menos claramente, el principio de la culpabilidad, es también evidente que no todas las leyes han sido formuladas de acuerdo con la misma teoría. El Código Penal suizo fue redactado, por ejemplo, en una época en que la concepción psicológica predominaba. Esto no impide, sin embargo, que se interpreten sus disposiciones a la luz de la concepción normativa o de la teoría finalista.

En la perspectiva de los juristas, estas dos últimas teorías constituirían una explicación más completa del elemento culpabilidad, y, al mismo tiempo, permitirían inferir los criterios que se hayan implícitos en la ley.

a) *En Alemania Federal*. Al centro del derecho penal esta la infracción y, en consecuencia, al centro de la dogmática penal la teoría de la infracción o *Verbrechenslehre*. Según la definición dogmática de la infracción, esta es una acción humana (comisiva u omisiva), conforme a la descripción hecha por el legislador en la ley penal (tipicidad o legalidad), contraria al orden jurídico (ilícita) y culpable.

Esta definición es calificada de dogmática porque es deducida de la ley penal considerada como dogma. El art. 1º del Código Penal suizo estatuye que la infracción es un acto o una omisión. De acuerdo con esta disposición y aquellas contenidas en la parte especial del Código, el acto incriminado debe estar expresamente descrito en la ley. Los arts. 32 y 34 prevén, a *contrario*, la naturaleza ilícita del comportamiento. Por último, los arts. 11, 12 y 18 norman el problema de la culpabilidad.

¿Cómo se ha llegado a formular esta noción de infracción? A finales del siglo XIX, bajo la influencia de las ideas científicas predominantes entonces, los juristas se esforzaron en descubrir los "elementos naturales"²¹ de la infracción. Las nociones utilizadas procedían de la física o de la biología²². Si es de fijar la fecha —cierto, de modo más o menos arbitrario— en que aparece la teoría de la infracción, sería de considerar, sin duda, la de la publicación del *Lehrbuch* de FRANZ VON LISZT²³. La misma que tuvo lugar diez años después de la entrada en vigor del

²¹ En la historia de la ciencia, es de recordar, p. ej., que la química no tuvo el rango de ciencia sino con el descubrimiento del oxígeno por LAVOISIER y con la elaboración de la noción de "elemento" químico. Respecto a la doctrina francesa, véase a JACQUES-HENRI ROBERT, "L'histoire des éléments de l'infraction", en *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1977, págs. 269-284.

²² Las ciencias naturales lograron entonces convertirse en autónomas en relación con la filosofía natural [*Naturalphilosophie*]. La filosofía botánica o zoológica es remplazada por la botánica o la zoología; la alquimia por la química; etc. Esta evolución supuso la eliminación técnica de las "prenociones" mediante el recurso a la investigación experimental e histórica. La reconstrucción metodológica propuesta a la mitad del siglo XIX busca dar a las ciencias humanas las bases independientes de las ciencias naturales, pero inspirándose en su metodología. Véase a UMBERTO CERRONI, *op. cit.*, 29-30.

²³ *Lehrbuch des Strafrechts*, 1e éd., 1881. La traducción francesa (1911) de la 17e éd. alemana de 1908, de R. LOBSTEIN, es todavía muy consultada en Francia. En el mundo de habla hispánica, la influencia de VON LISZT se debe a la traducción de QUINTILIANO SALDAÑA (t. 1) y JIMÉNEZ DE ASÚA (ts. 2 y 3), *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1914-1929.

Código Penal alemán de 1871. Refiriéndose a las ideas de IHERING²⁴, VON LISZT distinguió en su libro las nociones de culpabilidad y de antijuricidad. En 1906, ERNST VON BELING²⁵ propuso un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces la infracción es concebida como una acción humana (controlada) por la voluntad típica, ilícita y culpable. Mediante la expresión “típica”, se hace referencia a la conformidad de la acción con el tipo legal (descripción de dicha acción en la norma penal) *Tatbestand*²⁶. Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario. La culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento (suceso físico exterior), es la relación psicológica existente entre el autor y su acción. La ilicitud o antijuricidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, para cuyos representantes el derecho no era sino el conjunto de normas promulgadas por el legislador. El comportamiento es así considerado ilícito cuando viola el derecho positivo.

La descripción naturalista de la infracción fue —conforme al sistema conceptual del positivismo jurídico²⁷— la base de las investigaciones de los juristas. Su esquema (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora con ciertas modificaciones en cuanto al contenido de las nociones empleadas. Se puede decir que esta concepción clásica del delito proviene de la idea del positivismo jurídico que se caracteriza, respecto al análisis de los problemas jurídicos, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas [“*Begriffsjurisprudenz*”]. El descrédito de la concepción LISZT-BELING se produce a fines del siglo pasado e inicios del presente. Su abandono progresivo se debió, en primer lugar, a las críticas formuladas a su fundamentos filosóficos²⁸. Estas provenían de la llamada “teoría neokantiana del conocimiento”, cuya idea básica era la separación radical de la realidad [*Sein*] y del mundo normativo [*Sollen*]. La primera conclusión extraída a partir de este

²⁴ *Das Schuldmoment im römischen Strafrecht, Eine Festschrift*, Giessen, 1867.

²⁵ *Lehrbuch vom Verbrechen*, 1906.

²⁶ La tipicidad [*Tatbestandsmäßigkeit*] es así comprendida como la conformidad del acto concreto con la “descripción circunstanciada” del aspecto exterior u objetivo del acto incriminado [*Tatbestand*]. Esta noción es diferente de la que comprende el conjunto de condiciones requeridas por la ley penal y que se asemeja a la noción francesa de “elemento legal de la infracción”.

²⁷ La noción del positivismo es ambigua. La concepción dogmática supone la aceptación del llamado positivismo ideológico o seudo positivismo. Este consiste en reconocer fuerza obligatoria a toda norma legal por el solo hecho de existir. Este aspecto del pensamiento dogmático no impide que los dogmáticos del derecho defiendan ideales provenientes del derecho natural. Cf. NORBERTO BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, 1967, 43; ALF ROSS, *op. cit.*, LXI/LVI, 258, 242; CARLOS SANTIAGO NIÑO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980, citado: *Introducción*, 322 s., en particular 325/326.

²⁸ Cf. KARL LARENZ, *op. cit.*, 82s. Entre los juristas que aceptaron esta concepción filosófica, se puede citar a GUSTAV RADBRUCH, cuya obra tuvo una gran influencia en el derecho penal: *Rechtsphilosophie*, 3e éd., 1932. Traducción de W. Rocés, *Filosofía del derecho*, México, 1974. Este autor sigue las ideas de EMIL LASK, “Rechtsphilosophie”, en *Gesammelte Schriften*, vol. 1, pág. 310; a HEINRICH RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 1902, y a RUDOLF STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2e éd., 1932. Traducción de W. Rocés, *Tratado de filosofía del derecho*, México, 1980.

criterio fue la constatación de que no se podía, de un análisis empírico de la realidad, establecer una medida normativa idónea para apreciar axiológicamente dicha realidad. La noción de infracción fue, de esta manera, analizada en consideración a los fines axiológicos del derecho penal. Fines que no están plenamente previstos en la ley, contrariamente a lo que pensaban los partidarios del positivismo jurídico.

La nueva definición del delito, denominada neoclásica o teleológica²⁹, se funda en tres “descubrimientos” esenciales. Primero, en el dominio de la “tipicidad”, la determinación de los elementos normativos del tipo legal [*Tatbestand*]. Segundo, la constatación de que la antijuricidad es tanto material (violación de bienes jurídicos) como formal (violación de normas). Tercero, el reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad. Esta constituye un reproche contra quien libremente actúa contra el orden jurídico.

Los defectos de esta concepción fueron criticados por la “teoría finalista”³⁰. A la distinción radical entre el mundo normativo y la realidad concreta defendida por el neokantismo, HANS WELZEL opondrá dos ideas básicas; primero, la de las “estructuras lógico-objetivas” previas a toda regulación jurídica y, segundo, la de la “naturaleza de las cosas”. Según WELZEL³¹, el comportamiento humano debe ser tomado en cuenta por el legislador al elaborar las normas legales. La idea clave de esta concepción es la referente a la acción humana. Esta es caracterizada esencialmente por su estructura finalista. Esto significa que su autor tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en relación con ellos. La capacidad del autor está en relación con sus posibilidades de prever las consecuencias de su acto y con el conocimiento que tiene de la causalidad.

Los criterios de WELZEL implican variaciones esenciales en la sistemática de los elementos de la infracción. La tipicidad no puede ser más concebida como la descripción objetiva del acto incriminado. Debe también comprender su finalidad para llegar a integrar sus aspectos esenciales. Por esto, resulta indispensable prever junto al tipo legal objetivo un tipo legal subjetivo.

En los delitos intencionales, la finalidad de la acción —que no es otra cosa que la intención o dolo— constituye el elemento central del tipo legal subjetivo.

²⁹ Véase a EDMUND MEZGER, *Strafrecht, I, Allgemeiner Teil*, 3 Aufl., 1949. Traducción de J. A. Rodríguez Muñoz. *Tratado de derecho penal*, vol. 2, Madrid, 1935. La tercera edición fue traducida por J. A. Rodríguez Muñoz (vol. 1) y Quintano Ripollés (vol. 2). Madrid, 1955-1957. El vocablo “neoclásico” ha sido utilizado por HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 163.

³⁰ HANS WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4 Aufl., 1961, cit.: *Das neue Bild: Aktuelle strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953. Traducción de José Cerezo Mir, *El nuevo sistema de derecho penal*, Barcelona, 1964. “Die deutsche strafrechtsdogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre”, en *JuS*, 1966, pág. 421; NIESE, *Vorsatz, Finalität und Fahrlässigkeit*, 1951; PIOTET, “La doctrine dite finaliste de l’infraction”, *RPS* 71 (1956) 385; GÜNTER STRATENWERTH, “Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht”, *RPS* 80 (1965) 179.

³¹ *Das deutsche Strafrecht*, 10e aufl., 1967, 30. Traducción (11ª ed.) de Juan Bustos y Sergio Yañez, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile. Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965.

Junto a la intención, los elementos de naturaleza subjetiva (por ejemplo, el móvil) llegan a ser, de esta manera, partes integrantes de la tipicidad.

Las modificaciones en el dominio de los delitos culposos han sido igualmente importantes. La nueva estructura de la tipicidad hace necesario que se distinga claramente entre las infracciones dolosas y las culposas. La naturaleza ilícita de estas últimas no puede ser reducida al hecho de causar un resultado perjudicial para un tercero. Para completar este vacío, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber general de no dañar los intereses jurídicos de los demás.

La concepción finalista logra así eliminar de la noción de culpabilidad los elementos psicológicos que habían sido conservados por la concepción neokantiana y cuyo origen se encuentra en las tesis positivistas. La culpabilidad es, en consecuencia, concebida como un puro juicio de reproche formulado contra el autor del acto típico.

Además el finalismo obligó a explicar, separadamente, las infracciones de omisión pues su naturaleza especial exigía un análisis específico. Así, se afirma la diferencia substancial que existe entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas constituyen siempre la no realización de un comportamiento exigido por el orden jurídico. La naturaleza normativa del comportamiento omisivo impone la revisión de cada uno de los elementos de la infracción. Los "descubrimientos" del finalismo permitieron, de alguna manera, la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias al neoclacismo.

En los trabajos de estos últimos años se advierte una renovación de la teoría de la infracción. La nota esencial es el abandono del razonamiento axiomático-deductivo del finalismo. Autores, como ROXIN³², tratan de renovar la noción de infracción recurriendo a criterios que presuntamente se encuentran en la base de todo sistema penal racional y liberal. Esta nueva orientación se inspira en los progresos incontestables efectuados en el dominio de la política criminal y de la criminología.

b) *En Francia.* En este país los juristas también han elaborado una noción de infracción. Sus elementos tienen diversos orígenes y han sido concebidos en periodos distintos. En una primera etapa se afirmó que todo delito estaba formado por dos elementos: de un hecho que constituía el aspecto material del delito y de la intención, previa al hecho y determinante de la moral. Esta idea, inspirada por la filosofía cartesiana, comportó la distinción, en el sentido clásico, de la *imputatio facti* y de la *imputatio iuris*. Los juristas franceses lograron por esta vía sistematizar una concepción global de la infracción. Según JACQUES HENRI ROBERT³³, fue VÍCTOR MOLINIER quien, en 1851, inventa esta sistemática. Retomando las

³² *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., 1973. Traducción de F. Muñoz Conde, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, 1972. GÜNTER JAKOBS, *Strafrecht*, A. T., 1983, citado: *Strafrecht*; cf. W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und kriminalpolitik*, 1974, 133-142; GÜNTER STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, 30. Traducción de E. Bácilupo, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1982. BERND SCHÜNEMANN, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, 45.

³³ *Op. cit.*, pág. 273.

palabras del presidente Barris, según ROBERT, MOLINIER afirmó: "Todo hecho inculpativo y penado mediante la ley presenta dos elementos: un elemento material constituido por los actos externos; un elemento puramente moral, referente al autor y que constituye la culpabilidad".

A estos dos elementos se agregó posteriormente el llamado "elemento legal": la violación de la ley. Este elemento es condición indispensable para la realización de la infracción. Así, la infracción es definida con base en el "célebre trío de elementos": legal, material y moral.

En la doctrina francesa este análisis clásico ha sido ampliamente aceptado. Sin embargo, no se lo ha dejado de criticar.

Ciertos autores rechazan el elemento legal. Según ellos, en primer lugar, el hecho de admitirlo significaría que la ley es parte de la infracción. En segundo lugar, decir que es un elemento de la infracción, "no es más que una manera de hablar, y no la mejor para recordar el principio de la legalidad de las infracciones"³⁴.

Otros juristas, al mismo tiempo que excluían el elemento moral, agregaron a la noción de infracción el elemento injusto. Fue GARRAUD quien tomó la iniciativa al explicar, influido por las ideas germánicas, que la infracción envuelve también la violación del bien jurídico protegido por la norma. En realidad, según GARRAUD, el elemento injusto no es sino una condición negativa: el acto inculpativo no es justificado por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho³⁵.

La negación del elemento moral de la infracción fue sin duda condicionada por el hecho de que los juristas consagraban al análisis de la personalidad del delincuente un capítulo separado del dedicado al estudio de la infracción. La índole psicológica de dicho análisis hizo superfluo el análisis del elemento moral como factor constitutivo de la infracción.

El retorno al "trío de elementos" solo fue posible gracias a una reestructuración del elemento moral. Con parte del material perteneciente a este elemento (estudio de la irresponsabilidad y de los menores) se elaboró la teoría del delincuente, concebida independientemente de la de la infracción. Los demás aspectos (dolo, error, coacción, etc.) fueron considerados como la materia del elemento moral. El desinterés de la doctrina por el elemento moral, en opinión de ROBERT, no fue sino "pasajero"³⁶.

La doctrina penal francesa es frecuentemente juzgada negativamente por los dogmáticos germanos y por quienes están bajo su influencia. Es de reconocer, sin embargo, que existe un desconocimiento recíproco. Este resulta de la historia y de la tradición cultural de cada una de las dos naciones.

Las dos concepciones jurídicas de la infracción divergen claramente. Existen entre ellas, sin embargo, semejanzas en cuanto al método y las técnicas utilizadas

³⁴ ROBERT VOUIN, *Manuel de droit criminel*, Paris, 1949, 231.

³⁵ RENÉ GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. II, 3e éd., Paris, 1914, núm. 433; *Précis de droit criminel*, 15e éd., 324s.

³⁶ JACQUES-HENRI ROBERT, *op. cit.*, 180.

para sistematizar las nociones obtenidas mediante la abstracción. Nada sorprende entonces que ambas formas de análisis sean criticadas por un abuso de formalismo jurídico y, en consecuencia, por su rechazo a tener en cuenta la realidad social. Un estudio comparativo de las doctrinas francesa y alemana sobrepasa los límites del presente estudio. Nos limitaremos, en particular, a reflexionar sobre la dogmática penal germana, de mayor influencia en nuestro derecho que la doctrina francesa.

¿Es posible, a partir de esta descripción de la teoría de la infracción, enjuiciar seriamente la dogmática penal? No, con toda certeza. Resulta, por tanto, necesario observar de más cerca en que consiste el análisis practicado por los penalistas.

4. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

a) *Consecuencias*. El principio de la legalidad, “no hay crimen, no hay pena sin ley” es de origen político³⁷. Después de su consagración en la legislación revolucionaria francesa, fue acogido en casi todos los códigos penales y constituciones.

De acuerdo con su significado primigenio, la consecuencia principal para el legislador fue la obligación de describir con precisión los actos inculcados. Es decir, de indicar con exactitud, en la ley, cuáles son los actos penalmente prohibidos. De esta manera se reconocía a cada uno el derecho de saber cuáles son los actos permitidos y cuáles los prohibidos. El incumplimiento de dicha obligación constituye una injusticia y es contraria a la concepción liberal del derecho penal.

Para el juez, significó el ser fiel a la ley. Según MONTESQUIEU, el juez no es sino la “boca que pronuncia las palabras de la ley”. El efecto inmediato fue la prohibición de interpretar la ley o la obligación de hacerlo restrictivamente.

b) *Evolución*. Influidos por la evolución social y por los nuevos conocimientos jurídicos, los penalistas han debido flexibilizar las consignas deducidas del principio de la legalidad.

Un factor debe ser necesariamente mencionado: el reconocimiento de la naturaleza específica del lenguaje³⁸, como medio de transmisión de las prescripciones legales. El lenguaje no es el instrumento preciso que se creyó utilizar cuando se estimó que las leyes debían ser redactadas en un lenguaje popular y claro. Por el contrario, se trata de un instrumento imperfecto para describir o reproducir con la exactitud deseada la realidad de la que se habla. Además, las normas legales no son sino fórmulas generales elaboradas mediante un proceso bastante complejo de abstracción y de concretización.

Hoy en día, los juristas afirman aun la necesidad de conservar y de reforzar el principio de legalidad como garantía de los derechos de la persona frente al

³⁷ MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et punir*, 1975, 98. Traducción: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid, 1982.

³⁸ El análisis del lenguaje ha influido mucho los estudios jurídicos. Es el caso sobre todo de la llamada “filosofía analítica”. Sus orígenes están en los trabajos de WITTGENSTEIN: primero su *Tractatus logico-philosophicus*, luego sus *Philosophische Untersuchungen*. Cf. ALF ROSS, *op. cit.*, XXIV, 108; GENARO CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1968.

poder punitivo del Estado. Lo utilizan, igualmente, como criterio para determinar si una legislación, en la medida que lo admite o desnaturaliza, es justa y liberal. Sin embargo, admiten al mismo tiempo, de una parte, que el legislador describa bastante esquemáticamente los actos prohibidos y, de otra parte, que es indispensable reconocer al juez un amplio poder de apreciación en relación con la aplicación de la ley.

c) *Ejemplo Suizo*. Suiza³⁹ constituye un caso muy interesante de la evolución del principio de legalidad. Esta evolución ha sido, en principio, facilitada por el hecho de que las leyes son redactadas en los tres idiomas oficiales y que los diferentes textos no coinciden siempre de manera perfecta. Según un criterio formalista y de acuerdo con el sentido originario del principio de la legalidad, se debería admitir que el texto aplicable debería ser el redactado en la lengua materna del procesado; pues mediante la ley se trata de decir a las personas lo que es permitido y lo que es prohibido. La doctrina y la jurisprudencia rechazan este criterio. El Tribunal Federal ha afirmado, por ejemplo, que el juez no está obligado a aplicar la versión redactada en la lengua materna del acusado, sino aquella que contiene el texto “justo” de la “ley”⁴⁰.

De esta manera se plantea el problema del papel que desempeña el texto de la ley. Este es el medio de comunicación —más o menos fiel— del pensamiento de quien lo estatuye. Los textos legales contienen, por tanto, mandatos del órgano constitucionalmente competente para dictarlos. En sus fundamentos, el principio de legalidad supone la claridad y la precisión de la ley. Una gran parte de la doctrina, en particular la doctrina alemana⁴¹, admite que el límite de la interpretación está constituido por el “posible sentido” del texto legal. En Suiza, DESCHENAUX⁴² sostiene que “el sentido literal posible, es decir la pluralidad de sentidos comprendidos por el texto representa el límite de la interpretación. Sobrepasarlo implica colmar las lagunas de la ley”.

Considerar la letra de la ley como límite de la interpretación es, empero, un criterio rechazado por la doctrina dominante en Suiza⁴³, donde se admite generalmente el método objetivo que considera, en primer lugar, la ley independiente de la voluntad del legislador y estima, luego, que el sentido de la ley evoluciona

³⁹ Ver OSKAR GERMANN, *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch*, 1953, I, 8 zu Art. 1; HANS SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, 4e éd., Berne 1982, I, citado: *Einführung*, 52; GÜNTER STRATENWERTH, “Zum Streit der Auslegungstheorien”, en *Festschrift für O. A. Germann*, 1969, 257; PETER NOLL, “Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht”, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 93 (1974) II 249.

⁴⁰ RO 69 IV 180 / JdT 1943 IV 117; 72 IV 182 / JdT 1947 IV 146; 76 IV, 241 / JdT 1950 IV 121s.

⁴¹ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 126.

⁴² “Le titre préliminaire du Code civil”, en *Traité de droit civil suisse*, II, 1, Fribourg, 1969, citado: “Titre préliminaire”, 76.

⁴³ OSKAR GERMANN, *Methodische Grundfragen*, Bale, 1946, citado: *Grundfragen*, 16s; *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, Berne, 1965, 66s; ADOLF KELLER, *Die Kritik Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, Zürich, 1960, pág. 180s. Cf. CLAUD TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, 174s.

conforme al desarrollo de las circunstancias sociales. En esta perspectiva, "la ley será —anota críticamente DESCHENAUX⁴⁴— como una envoltura cuyo contenido se transformaría bajo la influencia de las nuevas ideas y necesidades".

d) *Interpretación*. Esta manera de interpretar permite alcanzar una notable independencia en relación con el texto de la disposición legal. Se le considera como la expresión o el portador del sentido de la norma legal. Fijar su sentido verdadero es, justamente, la misión del intérprete cuyas conclusiones pueden perfectamente ir más allá del sentido (estrictamente) literal de la ley. El sentido posible del texto legal no representa más el límite de la interpretación. Un examen detenido de la jurisprudencia muestra que, según el Tribunal Federal⁴⁵, la ley puede tener un significado diferente del que expresa su texto literal. De donde se desprende que el catálogo de infracciones, consultado para establecer el carácter delictuoso de un comportamiento, comprende, además de una incriminación expresa [*Gesetztabestand*], otra incriminación que se obtiene mediante una "justa interpretación de la ley" [*Auslegungstatbestand*]. En consecuencia, el "acto conforme al [*Auslegungstatbestand*]" es punible como si hubiera sido expresamente reprimido por la ley en el sentido del art. 1^o⁴⁶.

Así el art. 144 del Código Penal prevé que "quien haya adquirido, recibido en donación o en prenda, disimulado o ayudado a negociar una cosa, que sabía o debía presumir haber sido obtenida mediante una infracción penal, será penado...". Según, diversas decisiones del Tribunal Federal, esta disposición debe ser entendida como si hubiera sido redactada de la manera siguiente: "quien haya adquirido, recibido en donación, en prenda o en préstamo⁴⁷, disimulado o impedido de recobrar⁴⁸, ayudado, a negociar, a ofrecer o a consumir una cosa, que sabía...".

Otro ejemplo significativo es el célebre caso Nehmad⁴⁹. Esta persona se negó a devolver 30.000.00 francos que le habían sido registrados equivocadamente en su cuenta corriente. Se trataba entonces de saber si podía aplicársele el art. 141 del C. P., que reprime el "détournement de crédits" (apropiación indebida de cosa adquirida por error o caso fortuito).

El criterio generalmente admitido por el Tribunal Federal era de considerar como "cosa" solo los objetos corporales y los documentos de valor, pero no los derechos ni los créditos⁵⁰. En el asunto Nehmad, el Tribunal varió su opinión. En su decisión es de destacar dos constataciones: primero, que nada se opone a que se dé al término "cosa" un sentido diferente en derecho penal y en derecho

⁴⁴ "Le titre préliminaire", 79.

⁴⁵ RO 95 IV 73 / JdT 1969 IV 82.

⁴⁶ PHILIPPE GRAVEN, texto mimeografiado, Fascículo 1, Genève, 1985, 90. El ejemplo que citamos después es también del mismo autor.

⁴⁷ RO 68 IV 137 / JdT 1943 I 218.

⁴⁸ RO 83 IV 148 / JdT 1957 IV 105.

⁴⁹ RO 87 IV 115 / JdT 1962 IV 11.

⁵⁰ RO 81 IV 158 / JdT 1956 IV 40.

civil; o más a ún, en diversas normas de la misma rama del derecho; segundo, que en derecho penal ningún método de interpretación está excluido, pues basta con recurrir al que permite, en el caso particular, definir mejor el verdadero sentido de la norma. El Tribunal Federal concluye, en el caso Nehmad⁵¹, por la aplicación del art. 141, afirmando que el art. 1^o del C. P. no se opone a que en materia de *détournement* se dé a la palabra "cosa" un sentido que corresponda a la evolución de la vida económica y que sea más amplio que aquel expresado inicialmente por el legislador. Esta disposición permite una interpretación conforme al verdadero sentido de la ley; el mismo que se deduce de su texto, de su lógica interna y de su finalidad.

Si recordamos que la dogmática tradicional es caracterizada, primero, por concebir el derecho como un sistema que da respuesta a todo problema jurídico y, segundo, por considerar que la ley una vez promulgada adquiere vida autónoma, bien podríamos decir que la interpretación de la ley practicada por el Tribunal no hace, en realidad, sino descubrir el verdadero sentido que está oculto en el texto legal. Este material no es sin embargo considerado como base y límite de la labor interpretativa, sino como un punto de partida para renovar su sentido hasta comprender casos que no habían sido previstos originalmente. Esto permite comprender la opinión de GERMANN⁵², quien dice: "La valoración que se encuentra a la base del art. 141, en relación con los casos típicos, debe ser aplicada también al caso similar aquí tratado; pue si bien este no es comprendido por el texto legal entendido en el sentido convencional, resulta siéndolo mediante una interpretación que tiene en cuenta la realidad económica; la misma que es más conforme a las «necesidades» del Código Penal".

Si, por el contrario, se niega que la interpretación consista en deducir el sentido implícito de la ley, sería de preguntarse si esta manera de interpretar no supone una modificación de la ley, ¿nos encontraríamos finalmente frente a una nueva disposición legal? Los autores que no están de acuerdo con el criterio aplicado por el Tribunal Federal en el caso Nehmad, responden afirmativamente. Según SCHWANDER⁵³, mediante los diversos métodos de interpretación se puede hacer variar el alcance de la ley; pero únicamente dentro del marco establecido por el legislador. Puesto que si se comienza, dice este autor, a extender la noción de "cosa" hasta comprender los "créditos pecuniarios", ¿por qué no comprender también todos los derechos patrimoniales? En la opinión de SCHUBARTH⁵⁴, el procedimiento interpretativo empleado por el Tribunal Federal constituye un buen ejemplo de abuso a que puede conducir la aplicación del método objetivo. El hecho de referirse a los valores que inspiran la ley, a la *ratio legis*, comporta el riesgo

⁵¹ RO 87 IV 118 / JdT 1962 IV, 12-13.

⁵² "Zum Straftatbestand der Untersuchung", RPS 77 (1962) 415. Cf. HANS SCHULTZ, "Der Begriff der Sache im Strafgesetzbuch Art. 169", RPS 72 (1957) 51.

⁵³ VITAL SCHWANDER, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2e éd., Zürich 1964. N. 333a, 533b, 545a y 548b.

⁵⁴ "Reformbedürftigkeit der Vorschriften über die Aneignungsdelikte?", RPS 87 (1972) 29 y 295.

de "considerar como la *ratio legis* el resultado deseado y, luego, constatar con satisfacción que, mediante la interpretación, se ha logrado determinar el «resultado deseado».

En derecho penal es frecuente encontrar problemas de interpretación similares a los que venimos de evocar.

Al centro del debate doctrinal y de la argumentación practicada por los jueces, se encuentra sobre todo el respeto al principio de la legalidad. Este fija el límite de la actividad creadora del juez penal. A falta de disposición legal escrita o de una norma consuetudinaria, el juez no puede estatuir "según las reglas que él establecería si hubiese tenido que legislar" (art. 1º, al 2º *in fine* del C. C.); ya que se prohíbe precisamente al juez crear nuevas infracciones. La interpretación no puede ser utilizada para burlar esta prohibición.

Para comprender mejor la práctica interpretativa del Tribunal Federal, resulta conveniente recordar la concepción según la cual el legislador es siempre racional. En países como Suiza, donde la imagen del legislador se ha despersonalizado notablemente, se llega a aceptar con naturalidad que el "orden jurídico" se caracteriza también por ser racional y sistemático.

5. RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR

Propio de los juristas es creer que la ley prevé un gran número de casos y, así mismo aquellos que el legislador no podía imaginar al momento de elaborar y promulgar la ley. Esto ha sido claramente aceptado por los defensores de la concepción conceptualista, al admitir la ficción según la cual el legislador obra siempre racionalmente⁵⁵: el legislador es concebido como un ser excepcional, todopoderoso, onnisapiente, justo, dotado de un gran sentido práctico y destinado a crear obras de una gran coherencia.

En verdad casi no existen juristas que defiendan abiertamente esta imagen ideal del legislador racional. Pero esta ficción sobrevive aún en el razonamiento jurídico actual.

El filósofo del derecho, LESZEK NOWAK⁵⁶, explica este hecho diciendo: el principio de la racionalidad "es admitido, por ejemplo, por los economistas que examinan la actividad de las empresas industriales... En todo caso, el economista verifica el principio de la racionalidad de las personas implicadas (empresarios); si lo acepta, lo hace condicionalmente, pues tiene siempre en cuenta la posibilidad de rechazar ese principio en caso que la verificación resulte negativa. Sucede, en consecuencia, que el economista proclame ciertas tesis basadas sobre la hipótesis que las personas, por él consideradas, se comporten de modo irracional. La función social de los

⁵⁵ No se trata evidentemente del legislador real (persona o conjunto de personas) que, en el marco de un sistema jurídico dado, tiene el deber de dictar normas. El legislador llamado "racional" es una criatura imaginaria; es decir, un ser ideal, "caracterizado por los postulados de la teoría del comportamiento racional, presupuesto por la cultura jurídica dada"; LESZEK NOWAK, "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique", en *Logique et analyse*, mars 1969, núm. 45, pág. 81.

⁵⁶ *Op. cit.*, 82-83.

juristas —continúa NOWAK— excluye esta posibilidad. El jurista no considera el principio de la racionalidad del legislador como una hipótesis que debería ser verificada y, en caso de resultado negativo, rechazarla. La tesis de la racionalidad del legislador real es, para un jurista, un principio casi hipotético que admite dogmáticamente sin esforzarse de verificarlo. Dicho de otra manera, concluye NOWAK, ningún jurista admite como tesis que para justificar una afirmación sea necesario admitir —al menos implícitamente— que un legislador real es irracional".

Por ejemplo, ¿cómo se justifica que las normas referentes a las medidas de seguridad o al procedimiento deben ser aplicadas retroactivamente? El argumento decisivo consiste en afirmar *a priori* que las nuevas normas son mejores que las derogadas, pues se estima que el legislador ha tomado en cuenta el *dernier cri* de las ciencias humanas o que ha buscado acelerar la administración de justicia. La situación no es diferente cuando se afirma que dichas normas son siempre establecidas en favor del procesado. En este caso, se sobreentiende que la decisión del legislador es también forzosamente racional. Con base en estas ideas, las nuevas disposiciones son automáticamente aplicadas, en el dominio de las medidas de seguridad y del procedimiento, sin tener en cuenta las desventajas que podrían representar para el procesado⁵⁷.

El análisis de la actividad de los penalistas, que venimos de realizar, nos permite destacar: de una parte, que restauran, mediante la confirmación del principio de la legalidad, el papel esencial de las normas jurídicas como base de sus elaboraciones dogmáticas; de otra parte, que se atribuyen una gran libertad para interpretar y completar la ley. Hechas estas precisiones cabe preguntarse si es correcto afirmar que el resultado final de la actividad dogmática es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, elaborado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Más aún, es de interrogarse si es justo afirmar que los penalistas consideran la ley como un dogma indiscutible e intocable.

6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

a) *Teorías*. Si la ley penal prevé que la acción o la omisión produzca un resultado, se admite que la infracción (por ejemplo, homicidio, lesiones) solo se consuma si se produce un perjuicio (por ejemplo, muerte, daño corporal). En este caso, es necesario indagar si existe una relación de causa a efecto entre el comportamiento

⁵⁷ PAUL LOGOZ (LOGOZ/SANDOZ, *Commentaire du code pénal suisse*, P.G., 2e éd., 1976, 36), dice, por ejemplo: "Con ocasión de una revisión o de la introducción de una nueva ley, se admite que las nuevas medidas o las revisadas, que tienen en cuenta las experiencias pasadas, son más adecuadas: son pues estas las que se aplicarán, como lo ha decidido el Tribunal Federal; cf. sobre todo RO 91 I 921 ss". Según GÉRARD PIQUEREZ (*Traité de procédure pénale bernoise et jurassienne*, t. 1, 1983, 46): "Se admite de modo general que la adopción de una nueva ley procesal o una revisión aun parcial tiene por objeto asegurar una mejor administración de justicia y que debe también ser presumida como hecha en favor del interés del individuo y de la sociedad, razón por la que conviene aceptar el principio de la aplicación inmediata...".

del autor y el resultado. Contenga o no la ley una norma que describa esta relación de causalidad, es de precisar las condiciones que permitan admitir su existencia. La legislación suiza no contiene norma de dicha naturaleza. Veamos cómo ha sido resuelto este problema por la doctrina y la jurisprudencia.

Su punto de partida es la constatación de que en la vida todo suceso es precedido de circunstancias que se encadenan las unas con las otras. Es decir, todo acontecimiento tiene su causa⁵⁸. La noción científica de causa no sería otra que la establecida por las ciencias naturales. Según DESCHENAUX⁵⁹, "en principio, el derecho no tiene sino que recepcionar la noción de causa formulada por los científicos". En este sentido, el resultado debe ser considerado como causado por el comportamiento, ya que es suprimido hipotéticamente este último desaparecería igualmente el resultado. Se trataría pues de una relación natural o necesaria entre el resultado y su causa (circunstancia anterior). En doctrina⁶⁰, se denomina a esta concepción "causalidad natural" o de la "equivalencia de las condiciones". El Tribunal Federal⁶¹ habla de "causa natural".

Para evitar los excesos a que conduce necesariamente la teoría de la causalidad natural, los juristas han tratado de fijar criterios limitativos. Así, la doctrina⁶² y la jurisprudencia⁶³ helvéticas la han completado acudiendo a la teoría de la causalidad adecuada. Según esta concepción es de constatar, en primer lugar, que el comportamiento es la causa natural del resultado. En segundo lugar, se debe precisar, en el caso concreto, si dicho comportamiento es idóneo, de modo general, para provocar un daño de tal naturaleza o si, por el contrario, no es sino el efecto de una circunstancia extraordinaria. Se trata, en realidad, de determinar en qué circunstancias el comportamiento del procesado (una de las causas naturales) puede ser considerado como la causa del resultado.

La teoría de la causalidad adecuada no constituye, de acuerdo con la concepción tradicional de las ciencias naturales, una teoría sobre la causalidad.

⁵⁸ PIERRE GIOVANNONI, "La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle", ZBJV 98 (1962) 249 ss.

⁵⁹ "Norme et causalité en responsabilité civile", en *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, Bale, 1975, citado: "Causalité", 408. En la evolución de las ciencias naturales, la substitución de la idea de la "causalidad natural" permite, según H. HUXLEY, el progreso de las ciencias modernas. Los fenómenos naturales son entonces considerados como una sucesión continua de causas y efectos. El objeto de las ciencias es el descubrimiento de este encadenamiento. Citado por UMBERTO CERRONI, *op. cit.*, 31, note 31. Ahora, se habla del abandono de esta noción científica de causalidad. Se prefiere hablar de constatación de relaciones funcionales regulares. Cf. HANS WALDER, "Die kausalität im Strafrecht", RPS 92 (1977) 122 y la bibliografía citada en la nota 14.

⁶⁰ PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht*, A. T. 1, Zürich 1981, citado: *Strafrecht*, 70; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, A. T. 1, Berne, 1982, citado: *Strafrecht*, § 9, núm. 23 s.; VITAL SCHWANDER, *op. cit.*, núm. 34; HANS WALDER, *op. cit.*, 118.

⁶¹ Por ejemplo RO 94 IV 26 / JdT 1968 I 416s; 73 IV 232 / JdT 1948 IV 58; 91 IV 118 / JdT 1965 IV 130s; 95 IV 142 / JdT 1970 I 453.

⁶² GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht*, § 9, núm. 26s; VITAL SCHWANDER, *op. cit.*, núm. 135; HANS WALDER, *op. cit.*, 145; LOGOZ/SANDOZ, *op. cit.*, 63; PETER NOLL, *Strafrecht*, 71.

⁶³ RO 78 IV 7 / JdT 1952 IV 134s; 91 IV 117 / JdT 1965 IV 130; 100 IV 279 / JdT 1975 I 422, 455; 103 IV 291 / JdT 1979 IV 69 s.

Ante las insuficiencias de las dos teorías presentadas, los especialistas siguen tratando de precisar el criterio que permitiría resolver con más claridad los problemas referentes a la causalidad. Es el caso de la llamada "teoría del riesgo"⁶⁴ [*Risikoerhöhungstheorie*].

Conforme la opinión de sus defensores (NOLL, ROXIN, STRATENWERTH, el comportamiento del autor sería causa del resultado si crea el riesgo de que el resultado se produzca o si aumentan las probabilidades de su realización.

b) *Críticas*. El estudio detenido de la jurisprudencia penal permite constatar que los esfuerzos realizados hasta ahora no han podido proporcionar a los jueces los medios suficientes para solucionar los problemas de la causalidad. Sin embargo, es de reconocer que las dificultades solo surgen, prácticamente, en los casos límites. Estos son sobretodo frecuentes en el dominio de las infracciones culposas. Por ejemplo⁶⁵, estacionar un automóvil al borde de una carretera principal, muy transitada y donde se conduce de manera veloz, puede impedir a los demás conductores una visión clara de lo que sucede al borde de la carretera. Considerar dicho obstáculo como causa del accidente del que es víctima un peatón que intenta cruzar la avenida a la altura del vehículo estacionado, no resulta tan evidente. Nadie duda, por el contrario, que el hecho de tirar con un arma de fuego a la cabeza de una persona constituya la causa de su muerte. Sería incorrecto pensar, sin embargo, que los problemas de causalidad solo se dan en relación con los actos culposos.

Cuando se trata de delitos intencionales, la teoría de la equivalencia de las condiciones se halla implícita en la base del análisis jurídico. De acuerdo con el esquema fundado en el modelo de las ciencias naturales, parece así "natural" considerar como causa de la muerte el acto de disparar sobre la víctima.

Por el contrario, si se ignora la causa del resultado, es decir, si el hecho precedente no es reconocido como idóneo para provocar el resultado, la teoría de la equivalencia de las condiciones resulta incapaz de explicar la relación de causalidad⁶⁶. Por ejemplo, ¿es de considerar como causa de los daños ocasionados al feto el medicamento que —por prescripción médica— ingirió la madre durante el embarazo? Dudas surgen igualmente cuando el resultado es efecto de varios sucesos simultáneos. La víctima muere, por ejemplo, apuñalada por tres individuos que actúan al mismo tiempo.

Los correctivos utilizados para eliminar las imprecisiones de la teoría de la equivalencia de las condiciones no han dado los resultados esperados. La concepción de causalidad adecuada supone, como ya lo hemos indicado, el abandono de los

⁶⁴ CLAUD ROXIN, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für R. Hönl*, 1970, 132; PETER NOLL, *Strafrecht*, 72; GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht*, § 9 núm. 31. Traducción de Gladys Romero, *Derecho penal. Parte general. T. 1, El hecho punible*, Madrid, 1982. HANS-JOACHIM RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, A. T., 2e éd., 1977, ver § 1, num. 65.

⁶⁵ RO 90 IV 230 / JdT 1965 I 425; 95 IV 139 / JdT 1970 I 453; 91 IV 117 / JdT 1965 IV 130.

⁶⁶ PETER NOLL, *Strafrecht*, 70; HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 226. Cf. FEDERICO STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazioni causale nel diritto penale*, 1975, 22s.

critérios puramente naturalistas en favor de criterios normativos⁶⁷. Estos criterios, substitutos de los criterios naturalistas propios de la teoría de la causalidad natural o de la equivalencia de las condiciones, no son sin embargo suficientemente claros. Su imprecisión es debida a la carencia de pautas para establecer con cierta facilidad “el carácter excepcional o no de la relación causal”. Dicho de otra manera, para decidir si el acto “era adecuado para, en el curso ordinario de las cosas, causar el resultado”.

Evidentemente, estas nociones no pueden ser precisadas de modo absoluto. El Tribunal Federal decide en esta materia con gran libertad de criterio. En su opinión, para apreciar el desenvolvimiento de los hechos, el juez debe observarlos como lo haría un observador neutro, con la experiencia necesaria en la vida y en las cosas. Pero, ¿cuáles son los conocimientos que este observador neutro debe poseer? Según el Tribunal Federal, es necesario, a veces, que posea los conocimientos de un experto. En este sentido, sería de aceptar que podría admitirse la causalidad adecuada en caso de “consecuencias extraordinarias”, pero, “extraordinarias para el profano”⁶⁸.

Siguiendo a PIERRE GIOVANNONI⁶⁹, “en todo caso, es posible preguntarse, de manera general, si el esfuerzo dialéctico realizado por el Tribunal Federal para alcanzar una objetividad plena, no conduce peligrosamente a ampliar tanto los límites de la causalidad adecuada que no se le podría distinguir más de la causalidad material o natural”.

c) *Nueva perspectiva*. El carácter de la noción de causalidad es percibido en relación con las infracciones de comisión por omisión⁷⁰. El resultado es, en este caso, atribuido a la abstención del autor que está obligado a obrar en un momento determinado. El no evitar el resultado, equivale a producirlo. Por ejemplo, la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido.

Después de constatar que, desde un punto de vista puramente mecanicista, una omisión no puede ser en sí la causa de un resultado, los juristas se han visto obligados a recurrir a una ficción. Así, han afirmado frecuentemente, por ejemplo HAFTER⁷¹, que existe causalidad, en el ámbito jurídico, “cuando el resultado dañino no se habría producido sin la omisión incriminada. Es decir, sería de afirmar, aplicando también la teoría de la causalidad adecuada a la omisión, que esta es causa del resultado —según circunstancias del caso particular— cuando la ejecución del acto omitido hubiera muy probablemente impedido su realización”. NOLL⁷²

⁶⁷ HENRI DESCHENAUX, “Causalité”, 408-409.

⁶⁸ PHILIPPE GRAVEN, *op. cit.*, Fascículo 2, Primera parte, 1985-1986; PETER NOLL, *Strafrecht*, 71. Según este último autor, “La teoría de la causalidad adecuada, en la forma como la emplea el Tribunal Federal, no desempeña prácticamente función alguna. Aun en los casos de procesos causales inhabituales, el Tribunal Federal los juzga como adecuados”.

⁶⁹ *Op. cit.*, 261.

⁷⁰ PETER NOLL, *Strafrecht*, 74.

⁷¹ ERNEST HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, A. I., 1946, 83.

⁷² *Strafrecht*, pág. 74.

ha sostenido, con más precisión, que la pretendida causalidad de la omisión no significa aportar la prueba de un suceso real. Se trataría, por el contrario, de una simple hipótesis; “no se hubiera producido el resultado si el comportamiento omitido hubiera sido ejecutado”.

De esta manera, nos encontramos lejos del punto de partida de los análisis dogmáticos. La manera de proceder de los juristas se justificaría —según LOGOZ⁷³— “por los fines que son propios al derecho (diferentes de los de la ciencia); este puede, también en este dominio, emplear la noción de causalidad en un sentido diferente al que le atribuyen las leyes naturales. El derecho puede considerar la omisión como «causal», desde su punto de vista, si esta desencadena ciertos fenómenos que constituyen, en realidad, la causa natural del resultado delictuoso”.

Una relación de causalidad hipotética probable no puede ser más considerada como una relación de causalidad asimilable a la aceptada tradicionalmente por la ciencia, y admitida en general por las diferentes teorías sobre la causalidad.

Estas últimas suponen simplemente que es imposible negar la existencia concreta de la causalidad. Basta, en efecto, descubrirla. Todos los intentos hechos para lograrlo constituirían un progreso hacia una mejor comprensión de la realidad de la infracción. Esta convicción está tan profundamente interiorizada en el espíritu de los juristas, que solo tardíamente han pensado en cuestionar el dogma de la causalidad. Esto, a pesar de que ya había sido controvertido en las ciencias naturales y en las sociales. Citemos como ejemplo la opinión muy conocida de KARL POPPER⁷⁴: “No vamos a defender ni contradecir el dogma de la causalidad, nos limitaremos —por el contrario— a excluirlo de la ciencia debido a su carácter metafísico”. En sociología, PARSSONS⁷⁵ trató de reemplazar el principio de la causalidad por el criterio de “función”.

En derecho penal, cada tesis consagrada a explicar y precisar la causalidad no es, en realidad, sino un esfuerzo destinado a determinar los límites dentro de los cuales se puede imputar, objetivamente, a una persona las consecuencias de su comportamiento. Se trata, en consecuencia, de un problema normativo.

Si se considera la manera como se redactan las leyes penales, la cuestión se reduce a preguntarse si el acto del autor es conforme al tipo legal (típico). En consecuencia, es suficiente, en un primer análisis de los elementos de la infracción verificar si el acto es uno de los comportamientos previstos por el legislador⁷⁶. Formulada esta constatación de carácter técnico y con el fin de sacar provecho de la breve exposición que hemos hecho de la discusión sobre la causalidad, podríamos preguntarnos si es aún posible pensar que los teóricos del derecho y los jueces no hacen sino descubrir, de manera neutra, el sentido implícito de las normas que describen la infracción como el hecho de provocar un resultado mediante un comportamiento determinado. ¿Sería de admitir que no hacen sino describir objetivamente una realidad ya aprehendida por el legislador?

⁷³ LOGOZ/SANDOZ, *op. cit.*, 65.

⁷⁴ *Logik der Forschung*, 4e éd., 1969, 33, 36.

⁷⁵ *Ensayos de teoría sociológica*, Buenos Aires, 1967.

⁷⁶ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español, Parte general*, 1984, 174.

El principio de la causalidad no debería ser comprendido, cualquiera que sea su formulación, como un medio destinado a describir un hecho empírico. Este principio no dice, en buena cuenta, nada sobre el mundo físico. Según KURT HÜBNER⁷⁷, se trata de un postulado práctico justificado por el objetivo que se trata de alcanzar. A partir de esta idea, en su opinión, se puede considerar el principio de la causalidad como un postulado metódico. De modo que el problema consistiría en preguntarse: ¿Qué principio de causalidad (de imputación objetiva) se quiere establecer en la base del derecho penal, en caso de tener que fijar una regla metódica de orientación? En derecho penal, la respuesta a este interrogante no podrá, en todo caso, ser dada sin considerar los fines de la represión. El escogimiento de estos fines está, a su vez, condicionado por los criterios axiológicos sobre los que reposa el mismo derecho penal.

El debate destinado a esclarecer la causalidad ha ocultado, en la práctica, el problema capital del esclarecimiento de los valores que orientan la actividad punitiva del Estado. La causalidad, vista como principio esencial del derecho penal, desempeña más bien el papel de un dogma que permite deducir una serie de conclusiones con el auxilio de un procedimiento lógico-formal o axiomático-deductivo.

7. LA CULPABILIDAD

a) *No hay pena sin culpabilidad.* De acuerdo con la dogmática penal, no es suficiente, para imponer una pena, que el autor haya realizado un acto típico e ilícito. Es además necesario que haya obrado culpablemente. Así, la culpabilidad es considerada como el fundamento, la justificación y la condición *sine qua non* de la pena. El principio "no hay pena sin culpabilidad" se ha transformado, de resultas de una larga evolución del derecho penal, en uno de sus pilares fundamentales⁷⁸.

Esta evolución se basa en dos ideas. La primera se refiere al rechazo de la responsabilidad objetiva (fundada sobre la simple causalidad material): el autor

⁷⁷ *Kritik der wissenschaftlichen Vernunft*, 1978, 112 (ii, 3 in fine). Traducción de Ernesto Garzón Vald, *Crítica de la razón científica*, Barcelona, 1981.

⁷⁸ Esta afirmación es generalmente formulada en los tratados o manuales de derecho penal. Entre los principales trabajos, citaremos: HANS ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974; CLAUS ROXIN, "«Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien", en *Festschrift für H. Henkel*, 1974, 171. Traducción de F. Muñoz Conde, "«Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías jurídico-penales sistemáticas", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, 1981; PETER NOLL, "Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts", en *Festschrift für H. Mayer*, 1966, citado: *Rationalisierung*, 219; GÜNTER JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, citado: *Schuld und Prävention: Strafrecht*, 384s; GÜNTER STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972; M. BAUERMANN, "Schuldlose Dogmatik? Überlegungen im Anschluss an Georg P. Fletcher: «Ordinary Language Philosophy» und die Neube-gründung der Strafrechtsdogmatik", en *12. Lüderssen/F. Sack (Hrsg.): Seminar: Abweichendes Verhalten*, vol. IV, 1980, 196ss; HARRO OTTO, "Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1981.

no es más automáticamente considerado responsable de todas las consecuencias de su comportamiento. La segunda es la de colocar al hombre al centro del derecho penal.

Los códigos penales modernos han sido elaborados sobre la base del principio de la culpabilidad. Su historia es la historia de los esfuerzos realizados con miras a eliminar todo rezago de responsabilidad objetiva.

El legislador helvético prevé, en el art. 63 del C. P. que "el juez fijará la pena según la culpabilidad del delincuente". En el art. 18 estatuye que, en principio, solo es punible quien comete intencionalmente una infracción y, por excepción, quien la realiza mediante negligencia.

Por último, admite —para evitar la imposición de una pena sin culpabilidad— las infracciones denominadas "preterintencionales"⁷⁹. Se trata de casos en que el autor ocasiona, por negligencia, un resultado más grave que el que quiso ocasionar. Quiere, por ejemplo, lesionar a la víctima, pero provoca su muerte. Solo si podía preverlo, podrá imputarse al autor este resultado más grave.

En consecuencia, se puede afirmar que el derecho penal suizo —como todo derecho moderno— es un derecho penal basado sobre el acto culpable. Pero si bien casi todos los juristas están de acuerdo en que la culpabilidad es un elemento esencial de la infracción, sus opiniones divergen en cuanto a su naturaleza y a sus características. Veamos cómo la dogmática trata de definir este elemento "vital" tanto para ella como para el derecho penal.

Bajo la influencia del positivismo y en oposición a la tesis del derecho natural, los juristas describieron, a mitad del siglo XIX, la culpabilidad como el lazo psicológico que une al autor de un acto con el resultado perjudicial ocasionado. Según FRANZ VON LISZT⁸⁰, el agente es culpable por que ocasiona, mediante un acto voluntario, un perjuicio ilícito. Conforme a esta concepción, llamada "psicológica", la culpabilidad se presenta de dos maneras diferentes: la intención o dolo y la negligencia o culpa. Estas explicaciones se revelaron rápidamente insuficientes⁸¹. Se negó especialmente que esta tesis pudiera explicar por qué la culpabilidad era excluida en caso de quien causa, encontrándose en estado de necesidad, un daño ilícito e intencional. Esto a pesar de que entre el autor del acto y el resultado existe una relación psicológica.

Se le criticó también que la negligencia inconsciente no podría ser una forma de culpabilidad por suponer, justamente, la ausencia de toda relación psicológica. Es decir, se le objeta su incapacidad para explicar los casos en que el autor obra sin darse cuenta de las consecuencias previsibles de su proceder; por ejemplo, el

⁷⁹ La comisión de reforma del Código Penal suizo va aún más lejos. En su opinión, las llamadas infracciones preterintencionales constituyen "una supervivencia de la represión sin culpabilidad de los viejos códigos cantonales". Propone su eliminación del Código: *Rapport explicatif aux Avants-projets de la Commission d'experts pour la révision du Code pénal*, texto mimeografiado, s/d, 10, 13.

⁸⁰ *Op. cit.*, 160.

⁸¹ En relación con las críticas formuladas contra la tesis psicológica, véase a HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 339.

caso del guardavías que se duerme y “causa” un grave accidente ferroviario en el cual mueren varias personas.

Con el fin de corregir estas insuficiencias de la concepción psicológica, algunos penalistas⁸² recurrieron a las ideas filosóficas neokantianas que buscaban sobrepasar el positivismo, a cuyo amparo había florecido la tesis psicológica. En primer lugar, los penalistas admitieron que el elemento síquico de la culpabilidad no constituye, en realidad, una relación entre el autor del acto y el resultado, sino más bien la actitud del autor al momento de actuar. En seguida negaron que la culpabilidad pueda ser reducida únicamente a esta actitud.

Consideraron necesario introducir una noción nueva y de índole normativa: el juicio de valor o reproche. La culpabilidad fue entonces definida como un juicio de reproche formulado al delincuente por haber cometido un acto ilícito, a pesar de poder actuar conforme al derecho. Esta concepción fue denominada “teoría normativa de la culpabilidad”.

Mediante esta elaboración teórica, los penalistas lograron explicar y ordenar mejor los elementos constitutivos de la culpabilidad. Así se consideró a la capacidad penal, por ser indispensable para la formación de la voluntad delictiva, como una condición previa de la culpabilidad. El dolo y la culpa fueron calificados como formas en las que se manifiesta la culpabilidad. Las circunstancias excluyentes de la culpabilidad fueron explicadas recurriendo al criterio normativo de la “no exigibilidad” de otra conducta.

La concepción normativa fue severamente juzgada por los partidarios de la teoría finalista⁸³. Esta teoría desplaza, de acuerdo con su peculiar noción de acción humana, la intención de la culpabilidad a la tipicidad. La intención es concebida como el fin perseguido por el agente. La descripción legal del acto incriminado debe, por tanto, aludir a la intención. Según el finalismo, la culpabilidad no es más que un puro juicio de reproche dirigido contra el autor. Este reproche supone que el agente haya podido conformarse, al momento de actuar, a los mandatos del orden jurídico. Es decir, que se le juzga negativamente porque, en el caso concreto, hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal.

b) *Impugnación*. En la medida en que los penalistas permanecieron dentro de los esquemas dogmáticos, el principio de la culpabilidad no fue puesto en duda. La situación varió profundamente cuando se pusieron en duda las bases mismas de la culpabilidad. Cualquiera que sea la concepción de la culpabilidad, se presupone siempre, de un lado, la libertad humana y, de otro lado, la responsabilidad de constatar que el autor de una infracción era —en el momento de cometerla— realmente libre de actuar ilícitamente. Esto significa, en otras palabras, primero, que

⁸² Por ejemplo EDMUND MEZGER, *op. cit.*, 109; REINHART FRANK, “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”, en *Giessener Festschrift* 1907, 3; GOLDSCHMIDT, “Normativer Schuldbegriff”, en *Festgabe für R. v. Frank*, vol. I, 1930, 428.

⁸³ HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10e éd., Berlin 1967, 138; “Persönlichkeit und Schuld”, *ZStW* 60 (1941) 428; GÜNTHER STRATENWERTH, *Strafrecht*, § 11 A; PETER NOLL, *Strafrecht*, 120; R. MAURACH/H. ZIPF, *Strafrecht*, A. t. 1, 5e éd., 1977, 487s.

la culpabilidad descansa en la aceptación del libre arbitrio⁸⁴ y, segundo, que es incompatible, en consecuencia, con una concepción determinista del hombre y del mundo, pues, si el delincuente fuera fatalmente determinado a delinquir, sería absurdo reprocharle su manera de comportarse. Esta era la idea defendida por los positivistas italianos⁸⁵. Según ellos, el delincuente no es culpable y, en consecuencia, no puede ser castigado; el derecho penal debería ser substituido por un derecho de defensa social; y la pena debería ser remplazada por medidas de seguridad y de tratamiento.

Frente a los ataques del positivismo italiano, los penalistas trataron de eludir el problema aceptando *a priori* el libre arbitrio o afirmando que el derecho penal no tiene por qué tomar partido en favor del determinismo o del indeterminismo.

Si permanecemos en el dominio de la dogmática, materia de nuestra reflexión, es posible distinguir cuatro opiniones diferentes.

En primer lugar, la de los penalistas que, sin dudar de la culpabilidad, admiten la imposibilidad de demostrar la libertad del hombre individualmente considerado. Lo que los lleva a explicar la culpabilidad en el marco de una apreciación socio-comparativa [*sozial-vergleichendes Schuldurteil*]⁸⁶. Esta apreciación comparativa equivale a preguntarse “si un individuo medio hubiera podido, encontrándose en las mismas condiciones del autor del acto, obrar diferentemente”. De modo que ante la imposibilidad de constatar “la posibilidad individual y concreta de actuar diferentemente”, se propone reemplazar este criterio por otro de índole normativa. Criterio que se basaría en “la posibilidad de actuar que posee una persona media abstracta”. Dicho de otra manera, para determinar si una persona es culpable, sería suficiente comparar su comportamiento con el que se puede atribuir, en circunstancias similares, a una persona media.

En segundo lugar, la opinión de quienes niegan el libre arbitrio o que consideran imposible probar —en el caso concreto— la libertad de actuar del delincuente. Ellos estiman, en consecuencia, que la culpabilidad es una noción inútil y admiten que el derecho penal puede ser concebido sin tal noción⁸⁷. Bastaría, según ellos, considerar los medios que ofrecen las ciencias humanas —en particular la psicología y la psiquiatría— para explicar la necesidad y la utilidad del derecho penal.

En tercer lugar, la opinión de aquellos que, después de constatar la fragilidad de la base sobre la que descansa la culpabilidad, juzgan indispensable renovar el

⁸⁴ R. LANGE, “Die moderne Anthropologie und das Strafrecht”, en E. R. FREY (Hrsg.), *Schuld, Verantwortung, Strafe*, 1964, 277s; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, 127 ss.; HANS WELZEL, “Gedanken zur «Willensfreiheit»” en *Engisch-Festschrift*, 91, 101; HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *op. cit.*, § 20, W. 49; PAUL BOCKELMANN, “Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit”, *ZStW* 75 (1963) 372; *Strafrecht*, A. T., 108; HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 328.

⁸⁵ ENRICO FERRI, *Principii di diritto penale*, 1928, 284s; *Sociologie criminelle*, 1983, 333 s., trad. de A. Soto Hernández. Madrid, s/d, vols. 2.

⁸⁶ Cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, *op. cit.*, 330.

⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, “Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?” *ZStW* 82 (1970), 379-410. “¿Tiene un futuro la dogmática penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, pág. 78. Madrid, 1976.

contenido tradicionalmente atribuido a la culpabilidad. Esta renovación debería inspirarse en los fines fundamentales⁸⁸ del derecho penal, para hacer de la culpabilidad el límite esencial del poder punitivo del Estado. En realidad, los partidarios de este criterio proponen substituir la noción de culpabilidad por la de responsabilidad⁸⁹; la misma que debería ser adaptada a la "necesidad social de sancionar penalmente". Mediante esta nueva noción se trataría de fijar "si el legislador desea —desde un punto de vista jurídico-penal— considerar a alguien como responsable de uno u otro comportamiento. El saber si la pena es necesaria sería, en consecuencia, una cuestión a decidir teniendo en cuenta los fines del derecho penal"⁹⁰.

Por último, es interesante recordar la opinión de STRATENWERTH. Este autor reafirma⁹¹, en primer lugar, la necesidad de conservar la noción de culpabilidad. Noción indispensable, según él, mientras la pena subsista. En segundo lugar, estima que el problema no puede ser reducido a la alternativa: conservación o eliminación de la culpabilidad. Se trataría más bien de renovar el contenido del elemento culpabilidad teniendo en cuenta los fines preventivos del derecho penal; puesto que este no puede seguir siendo considerado únicamente en relación con su función represiva. STRATENWERTH dice: "el derecho penal retributivo que, en base al reproche de culpabilidad, responsabiliza únicamente al autor de la infracción y que luego lo abandona a su propia suerte, debería ser reemplazado por una forma de reacción penal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza por lo tanto frente al autor una solidaridad humana".

c) *Responsabilidad*. Resulta pues insatisfactorio contentarse con la aplicación pura y simple del principio de culpabilidad. El afán de los juristas de conservar el principio de la culpabilidad no se explica solo por su consagración en la ley penal. Se le considera como algo más: un fundamento esencial del derecho penal. Sin culpabilidad no hay pena, tampoco derecho penal sin pena, menos aún dogmática penal sin derecho penal⁹².

El debate en torno a la culpabilidad implica, en realidad, el análisis de los criterios utilizados para considerar a una persona responsable de un acto delictuoso. Este es el objetivo actual de la confrontación entre la vocación retributiva y la misión preventiva del derecho penal. La evolución de las ideas de política criminal

y la importancia que han adquirido hoy en día, permiten comprender el significado y la amplitud de la impugnación de que es objeto el principio de culpabilidad.

8. NUEVA DOGMÁTICA

a) *"Buena dogmática"*. Una vez terminado el análisis de los tres temas escogidos para apreciar la actividad de los penalistas, cabe preguntarse si es posible asimilar dicha actividad a la que describimos, inicialmente, como "dogmática tradicional".

Para responder a este interrogante se ha distinguido entre "buena dogmática" y "mala dogmática". Esta última estaría estrechamente vinculada a las ideas conceptualistas que se caracterizan por su autoritarismo intelectual, su formalismo lógico y su pretendido neutralismo axiológico. La buena dogmática sería la "dogmática crítica", abierta a las ciencias sociales y a todo debate de naturaleza axiológica⁹³.

La tentativa de distinguir estas dos clases de dogmática no ha tenido éxito. Aceptar la definición de "buena dogmática" implicaría creer —según MEYER-CORDING— que exista una *undogmatische Dogmatik*. Y que deberíamos declarar sin tapujos que *die alte Rechtsdogmatik ist tot* [la vieja dogmática ha muerto].

A esta altura de la discusión, tenemos la impresión de que el análisis de la dogmática desemboca en un debate "dogmático".

Sería ingenuo afirmar que todos los penalistas han aceptado o aceptan, incondicionalmente, la idea tradicional de la dogmática. Es posible sin embargo admitir que su herencia esta aún presente. Asumiendo el riesgo de caer en una excesiva esquematización, podemos decir que es fácil percibir su supervivencia en las convicciones siguientes⁹⁴: primero, la doctrina jurídica no tiene otra función que la de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el derecho positivo; segundo, los conceptos jurídicos tienen una significación "realista", es decir que son conformes a las estructuras de lo real; tercero, los juristas describen el derecho positivo en vigor de modo objetivo y axiológicamente neutro.

b) *Carácter científico*. El refinamiento alcanzado en la elaboración de "teorías" y la manera como son modificadas, permiten interrogarse nuevamente sobre la función de la ley. ¿Es esta la fuente de donde emana la doctrina o, por el contrario, no es sino el estanque alimentado por la doctrina elaborada a partir de los principios generales del derecho? En otras palabras: ¿se encuentran los dogmas en las disposiciones legales o, más bien, en los principios generales? Teniendo en cuenta la objeción que se ha formulado respecto a la precisión y claridad de la ley, esta alternativa ha sido, a veces, resuelta en el sentido de la segunda hipótesis.

Esta no es, sin embargo, la idea que se tiene, generalmente, del proceder de los juristas dogmáticos. Este consistiría, primero, en descubrir los dogmas conteni-

⁸⁸ CLAUD ROXIN, *Festschrift für H. Henkel*, 181, 184; PETER NOLL, *Rationalisierung*, 219s, nota 225; GÜNTER JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 9s; GÜNTER STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg/Karlsruhe, 1977, citado: *Zukunft*, 30; HANS-LUDWIG SCHREIBER, "Vor dem Ende des Schuldstrafrechts", en U. INMENGA (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, 281s.

⁸⁹ GÜNTER JAKOBS, *Strafrecht*, p. v, 394s. Este autor se aleja de la tesis de Roxin en la medida en que profundiza la prevención general para fundamentar la noción de culpabilidad.

⁹⁰ CLAUD ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, 47.

⁹¹ *Zukunft*, 41.

⁹² GIMBERNAT ORDEIG, *ZStW* 82 (1970) 381.

⁹³ Cf. ULRICH MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?* Tübingen, 1973, 32.

⁹⁴ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones...*, 21s; *Introducción*, 320s; UMBERTO CERRONI, *op. cit.*, 159; ALF ROSS, *op. cit.*, 243; KONRAD ZWEIGERT, *op. cit.*, 443; ALOIS TROLLER, "Rechtsdogmatik und Phänomenologie", en *Festschrift für Schöenberger*, 1968, 23.

dos implícitamente en las normas legales; en seguida, en analizarlos y, por último, en organizarlos en un sistema completo y jerarquizado. Según ZWEIGERT⁹⁵, la idea implícita en esta imagen de la dogmática sería la de creer que es posible, a partir de los dogmas y mediante el auxilio de la lógica, deducir soluciones para los casos concretos. De un lado, la sistematización de las normas y de los dogmas y, del otro, la elaboración de conceptos y de teorías —cada vez más sutiles— permitirían hacer del derecho un sistema cuya aplicación sería más precisa y previsible.

Si se desea comprender bien esta concepción de la dogmática, no es de descuidar el problema de su carácter científico. Recordemos que este ha sido negado desde un punto de vista racionalista (su objeto de estudio no es ni permanente ni universal y su método no es el deductivo) y dentro de un marco positivista (su método no es el experimental). Los esfuerzos realizados por los jusfilósofos para elaborar modelos de ciencia jurídica son conocidos.

Como ejemplo citemos dos autores cuyas concepciones divergen. Primero, HANS KELSEN; este autor dice —en el prólogo de su libro *Reine Rechtslehre* [Teoría pura del derecho]— que su intención siempre ha sido la de elevar a la ciencia del derecho, la “jurisprudencia”, al rango de una verdadera ciencia, al nivel de las otras ciencias morales. Segundo, nos parece oportuno recordar la concepción de ALF ROSS, crítico de las ideas de KELSEN. En su obra *On law and justice* [Sobre el derecho y la justicia], ROSS trata de elaborar un modelo de ciencia jurídica empírica. En su opinión, el jurista debe emplear los métodos propios de las ciencias empíricas modernas: la observación y la experimentación. Frente a esta perspectiva, ROSS rechaza la idea conforme a la cual la ciencia jurídica sería un saber normativo, indicando mediante sus proposiciones lo que “debe ser”.

Los juristas, al hacer depender tanto la importancia de sus trabajos del reconocimiento de su carácter científico, llegan al extremo de redefinir la ciencia para que pueda comprender a la dogmática. Así, por ejemplo, LARENZ⁹⁶ estima que “la ciencia del derecho es, en efecto, una ciencia (y no solo una tecnología, aunque también sea esto) porque ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racionalmente comprobable”.

Si tenemos en cuenta el carácter ambiguo del término ciencia —como lo destacamos al inicio de este trabajo—, y si se admite que las diversas definiciones formuladas son definiciones persuasivas, no es difícil —considerada la importancia social que tiene la dogmática— reconocerle una dimensión científica⁹⁷.

Mucho más importante es, en nuestra opinión, determinar en qué consiste la real actividad de los juristas; es decir, establecer cuáles son las intenciones y los fines que se ocultan detrás de las declaraciones que hacen a propósito de su propia actividad.

⁹⁵ *Op. cit.*, 444-445.

⁹⁶ *Op. cit.*, 20, 4e éd., 6. Cfr. la 5e éd., 6.

⁹⁷ CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones.*, 9, 15.

c) *Problemas axiológicos*. Mediante la descripción de la actividad de los penalistas realizada mediante el análisis de los tres problemas expuestos, hemos podido comprobar que sus investigaciones jurídicas corresponden poco al pensamiento dogmático tradicional. Las normas jurídicas no son más examinadas como dogmas. Los principios jurídicos son también discutidos.

En sus trabajos, los juristas se apoyan, cada vez con más frecuencia, en las ciencias humanas y sociales, cuando la ley misma lo requiere o cuando es necesario hacerlo para completarla o precisarla. Su quehacer no se limita pues a la simple elaboración, por abstracción y a partir de las normas legales, de conceptos y principios generales.

El sistema concebido de esta manera no es más un sistema hermético y completo. Se admite que este sistema no siempre ofrece, implícita o explícitamente, una solución normativa a todo problema jurídico. Las lagunas existen y es indispensable eliminarlas.

Para alcanzar estos objetivos los teóricos recurren, consciente o inconscientemente, a criterios axiológicos. En derecho penal esto es exigido por el hecho de que se trata de establecer las condiciones en las que el Estado puede ejercer su derecho a castigar.

Para retomar de manera quizás más clara y pragmática el debate sobre la dogmática, es necesario, en nuestra opinión, destacar los tres puntos siguientes:

1. Rechazando el anarquismo jurídico del “realismo americano”, representado por ROSCOE POUND y CARDOZO, y alejándose del rigor formal del conceptualismo de la *Begriffsjurisprudenz*, es necesario reconocer la realidad de las normas jurídicas destinadas a orientar y a prever el comportamiento de las personas.

2. Es indispensable aceptar que el método de abstracciones se ha impuesto progresivamente con el fin de racionalizar la actividad jurídica. Es decir, con miras a lograr un alto grado de previsibilidad en relación con las decisiones judiciales y a disminuir de estas elementos personales (arbitrarios).

3. Es fácil comprobar el aspecto positivo de la dogmática —reconocido por todos, aun por sus críticos más severos—, consistente en proporcionar a los jueces, los más interesados, un sistema de soluciones jurídicas más coherente que el establecido por el legislador⁹⁸.

Los teóricos del derecho logran, por esta vía, influir de modo substancial en la actividad de los jueces y del legislador. Es ilusorio, en consecuencia, querer comprender la ley sin consultar las explicaciones que sobre esta han formulado a la doctrina y la jurisprudencia.

⁹⁸ Según OSKAR GERMANN (*Grundfragen*, 74), “La ciencia jurídica debe, sobre todo para los jueces, los magistrados y funcionarios estatales, cantonales o comunales, para los abogados y consejeros jurídicos de empresas o sociedades y para otros juristas prácticos, elaborar el sistema de normas del orden jurídico vigente fundándose en las leyes y otras fuentes jurídicas vinculantes. Su tarea principal consiste así en servir a la práctica de la misma manera como lo hacen las ciencias médicas y técnicas”.

Sin pretender presentar la solución ideal, se puede clarificar el debate tomando conciencia del factor que permite cuestionar la dogmática⁹⁹. Este debe ser buscado en la ambigüedad de propósitos de los penalistas que dicen describir de manera objetiva y axiológicamente imparcial el derecho positivo (función oficial, confesada); pero que reconstruyen el sistema legal eliminando sus imprecisiones (función oficiosa, simulada). Este conflicto no puede ser superado reconociendo la preeminencia de una de las dos "funciones" en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario, de tomar conciencia de esta ambivalencia, lo que permitirá eliminar interpretaciones erróneas y hacer transparente la actividad del jurista.

Así, una mayor fidelidad al derecho positivo se lograría si se presentaran los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley, en lugar de hacer pasar uno de estos como la única interpretación correcta o posible. De esta manera se evitaría hablar de principios, conceptos y teorías como si fueran parte del sistema positivo; cuando no son, en realidad, sino elaboraciones de la misma dogmática.

La reconstrucción del sistema legal daría mayores satisfacciones si, de un lado, no fuera concebida como una explicación del contenido implícito de las reglas jurídicas y si, de otro lado, se reconociera que supone el análisis explícito de los criterios de valor en que se fundan las soluciones dogmáticas.

En nuestra opinión, se evitarían tres críticas a la dogmática:

Primero, el abuso de "formalismo jurídico *juridisme*"¹⁰⁰. Es decir, de recurrir "a ficciones que son, en seguida, consideradas como realidades y que, por el contrario y en razón a un abuso del razonamiento abstracto, ocultan la realidad de la situación criminal".

Segundo, la disimulación, al momento de reformular el derecho positivo, de los criterios axiológicos aplicados. Actitud que impide sistematizar coherentemente los valores que se encuentran implícitos en las proposiciones dogmáticas, destinadas a reestructurar el sistema jurídico positivo.

Tercero, el ocultamiento frecuente, mediante la afirmación de que la dogmática facilita la aplicación de la ley, de las ambigüedades e imprecisiones de las teorías y nociones, las mismas que dan lugar a soluciones concretas muy diferentes.

Esta manera de percibir la labor de los juristas exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a auxiliar a los legisladores, jueces e intérpretes para que encuentren la solución a los diversos problemas jurídicos que se les presentan. Así haríamos la aplicación del derecho más fácil, justa e igualitaria; lograríamos igualmente que las relaciones entre las

⁹⁹ Estas reflexiones han sido muy influidas por los trabajos de CARLOS SANTIAGO NINO y, en particular, por su *Introducción ...*, págs. 338 y ss.

¹⁰⁰ MARC ANCEL, *op. cit.*, pág. 211.

ciencias humanas y sociales¹⁰¹ fueran más eficaces con el objeto de crear un sistema jurídico racional y respetuoso de las personas. El análisis de estas relaciones —que hemos evitado y que merecerían un estudio aparte— debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilidades doctrinarias.

No se trata de abandonar la "dogmática penal" en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo "dogmática penal" o "ciencia juridicopenal" (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar distintamente el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería "dogmática penal". En buena cuenta, es concebir, sin mitos ni ficciones, la labor de nosotros los juristas.

¹⁰¹ Cfr. KLAUS TIEDEMANN: "Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland", en *Juristenzeitung*, 1980, págs. 489-495.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL

Dr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *

—I—

1. El objetivo de este trabajo es establecer cuáles son los condicionamientos que sobre el contenido del derecho penal tiene la vigencia de los denominados "derechos fundamentales". Y una vez determinados estos, en la última parte, analizar las exigencias derivadas de los mismos en un supuesto límite: la legislación excepcional en materia de terrorismo.

En todas las reflexiones que siguen quedan reflejados unos determinados presupuestos ideológicos y en coherencia con ellos una concepción sobre qué es y para qué sirve el derecho penal. En concreto, se toma como punto de partida la consideración del derecho penal como instrumento de control social¹, al ser uno de los medios que se emplean para evitar la comisión de comportamientos lesivos para el mantenimiento y evolución de un determinado sistema social². Este punto de partida es acorde con una justificación del derecho penal en su "necesidad" y no en la búsqueda de fines trascendentes³. Concepción, por tanto, del derecho penal "como una amarga necesidad" que ayuda a posibilitar la vida en comunidad⁴. Obvia-

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca. Salamanca. España.

¹ Con carácter general, sobre la consideración del derecho penal como instrumento de control social y sus consecuencias, véase a MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera, 1985, *passim*.

Como se verá más adelante, esta afirmación no prejuzga el cómo se llega a la determinación de los comportamientos esperados. Este es un problema de quien detenta el poder dentro de una determinada sociedad.

² Estimar que el control social busca no solo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya una no creencia en la bondad del mismo. Sobre esta consideración del control social en general y del derecho penal en particular, véase a MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, Padova, 1979, págs. 22 y ss.; a STRATENWERTH, *Derecho penal*, parte general, trad. de Gladys Romero, Madrid, 1982, notas 4 y 5; y a BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, págs. 16-17.

³ Sobre esta justificación son claves los trabajos de ROXIN, "Sentido y límites de la pena estatal" en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón, Madrid, 1976; y GIMBERNAT, "¿Tiene futuro la dogmática penal?", en *Estudios penales*, 2ª ed., Madrid, 1981, págs. 105 y 55. Esta justificación tiene que situarse en el marco del más amplio proceso de laicización que tuvo lugar en la década de los sesentas, a consecuencia de diversos factores como pueden ser el auge de la sociología o los trabajos de reforma de los códigos penales.

⁴ Es lugar común remitirse aquí a la frase HANS SCHULTZ que se utiliza en la fundamentación del parágrafo 2 del Proyecto Alternativo Alemán, al "justificar la pena como una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres", Vid. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, A. T. Tübingen, 1966, pág. 29.

mente estas afirmaciones implican la adopción de finalidades preventivas⁵ en la pena y el rechazo del pensamiento retribucionista.

Por otra parte, el penalista no puede desconocer que el contenido del derecho penal está acuñado en función de un determinado orden social. Antes bien, ha de constituir un condicionante clave de sus razonamientos y así lo podrá llevar a rechazar un ordenamiento jurídico, como exteriorización de su rechazo a un sistema social, o a adoptar posturas que permitan, por medio de la interpretación, paliar los negativos efectos del sistema que no comparte⁶.

Las aseveraciones precedentes implican, indudablemente, una concepción de la denominada ciencia del derecho penal, que desborda los posicionamientos puramente dogmáticos en que permaneció durante mucho tiempo e incorpora la reflexión politicocriminal, no como opuesta al razonamiento dogmático, sino, al contrario, como ámbito clave a abordar por el jurista, que debe quedar reflejado en todas sus construcciones. La política criminal es una actividad crítica y profundamente valorativa⁷ que actúa como puente entre las denominadas ciencias empíricas y el legislador, pero que también queda exteriorizada en la labor del intérprete⁸. Son, por tanto, certeras las palabras de GIMBERNAT al afirmar que "los idílicos tiempos en que lo único que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre. Entramos en una nueva época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del derecho penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido tras de él"⁹.

2. La garantía de los derechos humanos en todas las fases por las que transcurre el sistema penal, constituye, sin duda, un criterio politicocriminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es, de orientación hacia el individuo, de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos y no a la inversa, de entender que el individuo y sus derechos solamente tienen sentido dentro del Estado, que adquiere una consideración autónoma respecto a aquellos que le integran.

⁵ En cuanto al actual modelo de Estado parte de situar en el pueblo el origen de todo poder, y, si este es el origen, difícilmente puede asignarse a la pena otro fundamento y otra finalidad que posibilitar la convivencia a través de la lucha contra el delito. En este sentido ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, cit. págs. 12 y ss. MIR, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, págs. 29 y ss.

⁶ Recuérdese en este sentido las aportaciones que en nuestro país efectuó la denominada dogmática crítica. Vid. MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, págs. 185 y ss.; MIR, *Introducción a las bases de la ciencia del derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 324 y ss.

⁷ La valoración no consiste únicamente en la búsqueda de soluciones más eficaces, sino que también comprende el pronunciarse sobre los propios fines. El sentido restringido de la actividad politicocriminal fue propugnado por LISZT: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I. reimp. ef. 1905, Berlín, 1970, pág. 292. En el sentido del texto MIR: *Introducción*, cit. págs. 307 y ss.

⁸ Lo que es claro si se toma conciencia del carácter no neutral de las decisiones hermenéuticas en la existencia de conceptos jurídicos determinados (los conceptos normativos, las cláusulas generales, los ámbitos de medida, etc.). Véase por todos a SAAVEDRA, *Interpretación del derecho e ideología*, Granada, 1978, *passim*.

⁹ GIMBERNAT, *Relación general*, en I Coloquio Regional Español sobre Política Criminal y Derecho Penal, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, pág. xl.

Esta primera opción política ha de generar consecuencias en todas las fases del sistema penal, desde la determinación de los comportamientos que merecen la calificación de delictivos, hasta el cumplimiento de las penas en el ámbito del derecho penitenciario, pasando por el contenido de las interpretaciones propuestas. Por esta opción politicocriminal se han inclinado ya aquellos ordenamientos, como el español, que en el plano constitucional se deciden de forma indubitada por el mencionado sistema personalista. El art. 10.1 de nuestra Constitución es claro en este sentido cuando dice que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Si se acepta esta base, la actividad politicocriminal estará fundamentalmente orientada, por un lado, a deducir las consecuencias concretas que genera sobre el conjunto del ordenamiento juridicopenal; por otro, y en todo momento, a buscar dotar a los mencionados derechos fundamentales de efectiva vigencia en nuestra realidad cotidiana.

La búsqueda de esta doble meta debe vincularse a una consideración material de la Constitución, que enlaza con su significado originario y quiere dotar a la misma de aplicación directa, con lo que evita su consideración como puro papel mojado¹⁰, en cuanto ambos objetivos politicocriminales gozan de apoyo en el texto constitucional. En el art. 9.1, el denominado valor directamente normativo de la Constitución, “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al respeto del ordenamiento jurídico”¹¹. En el art. 9.2, la búsqueda de la vigencia real de los derechos fundamentales al afirmar que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La fórmula empleada en este último precepto implica reconocer que en nuestra sociedad ni la libertad ni la igualdad son reales y efectivas, esto es, que jurídicamente se está reflejando una situación de desigualdad y se está imponiendo a los poderes públicos la obligación de adoptar decisiones políticas —incluida la potencial utilización de la ley penal— encaminadas a buscar esta vigencia. Ahora bien, los derechos fundamentales no solo condicionan la labor del legislador penal o de los que en sus distintas fases aplican este ordenamiento, sino que también establecen una fuente para reelaborar el contenido de los distintos elementos de la teoría del delito, pues no ha de olvidarse el carácter originario del pensamiento dogmático¹² y cómo cada componente de la teoría del delito plasma un grupo de garantías.

¹⁰ Sobre este punto es clave el libro de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, 2ª ed., Madrid, 1981, págs. 41 y ss.

¹¹ El valor directamente normativo de la Constitución planteó alguna cuestión en los primeros tiempos de su vigencia. A este tema me referí en *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, págs. 63 y ss. Sobre este punto véase a HESSE: *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959.

¹² MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 136.

II

1. El estudio de las relaciones entre el derecho penal y los derechos fundamentales no debe dejar de tener presente que estos afectan a todo el ordenamiento penal¹³ y que su listado, número y límites están históricamente acuñados¹⁴, pues en los mismos convergen factores de muy diversa índole y son fruto de la elaboración diaria en una determinada sociedad.

Dentro de este marco, las limitaciones que generan los derechos fundamentales sobre el contenido del derecho penal pueden aparecer vinculadas, bien al Estado de Derecho, bien al carácter democrático del mismo.

2. Entre las limitaciones derivadas del Estado de Derecho aparece en primer término el principio de legalidad, plasmado en el conocido aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El automatismo con que se asume este principio por la inmensa mayoría de los ordenamientos vigentes hace que muchas veces se recuerden únicamente sus garantías formales —la criminal, la penal, la jurisdiccional y la de ejecución— que alcanzan a todas las fases del sistema penal, pero que, en cambio, se obvian y se pasan por alto las materiales, vinculadas al propio origen de este principio.

El principio de legalidad es, como afirma SAX¹⁵, un hijo de la Ilustración, al ser una consecuencia del Estado que allí se construye y que reposa sobre el principio de división de poderes. En este marco, afirmaba BECCARIA¹⁶, “Solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos y esta autoridad no puede residir más que en el legislador que representa toda la sociedad unida por un contrato social”.

Es decir, el principio de legalidad se afirma en función de la necesidad de garantizar frente a la acción del Estado una serie de derechos calificados como fundamentales y supone no solo la satisfacción de una serie de necesidades jurídicas —al conocerse con anterioridad qué conductas son delictivas y qué penas les corresponden—, sino la garantía derivada del principio de división de poderes de que solamente el poder legislativo, formado por representantes del pueblo, determinará qué comportamientos deben ser calificados como delitos y qué penas deben ser impuestas.

Luego la afirmación de la vigencia del principio de legalidad en un determinado ordenamiento está vinculada a que el contenido de los preceptos penales sea claro y que las penas sean precisas¹⁷, y también a la a veces olvidada exigencia de que

¹³ A veces el recurso por la vía de la legislación especial no deja de ser un camino para obviar de forma vergonzante garantías recogidas en el Código Penal. Sobre este punto, con carácter general, DECAHO, *La crisis del Estado Social*, Barcelona, 1986, pág. 74.

¹⁴ Por todos, PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, págs. 52 y ss. y 132 y ss.

¹⁵ SAX, *Grundsätze der Strafrechtsplege*, en BETERMANN y otros: *Die Grundrechte*, III.2, Berlin, 1959, pág. 992.

¹⁶ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Introducción, traducción y notas por Tomás y Valiente, Madrid, 1974, pág. 74.

¹⁷ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, pág. 23: “El verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no es la analogía sino las leyes indeterminadas”.

la ley sea expresión de la voluntad general manifestada por intermedio de los representantes democráticamente elegidos en el Parlamento. Pues esto es lo que posibilita calificar al principio de legalidad como principio que corresponde, no solo al Estado de derecho, sino también a las exigencias del Estado democrático¹⁸. En cuanto únicamente con este presupuesto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en los preceptos penales.

Así, el principio de legalidad penal se resiente materialmente cuando se acude a la vía de urgencia, al decreto o al decreto legislativo, o se emplea la técnica de las leyes penales en blanco¹⁹ y, por el contrario, más respetuoso será el ordenamiento con las garantías que emanan de este principio, cuanto mayores sean las exigencias respecto de la elaboración de los textos penales²⁰.

2.1 Pero el principio de legalidad y las garantías que de él emanan, en particular el principio de irretroactividad²¹, constituye, ante todo, una barrera meramente formal para garantizar los derechos fundamentales de aquellos que pactan la vida en comunidad. Esto hace que la admisión del principio de legalidad por algunos Estados, que nada tienen de derecho, ponga de relieve que este modelo de Estado debe imponer otra serie de garantías. En concreto, requiere también el respeto de los denominados derechos fundamentales²². El Estado de Derecho ha de garantizar formalmente su ejercicio, lo que supone, en relación con el delito, tanto su no criminalización, como la necesidad de su tutela²³; y en el campo de las sanciones penales, la exclusión de aquellas que cualitativa o cuantitativamente se opongan a la dignidad de la persona humana. La pena de muerte²⁴, o penas que por su contenido, duración o falta de proporcionalidad se opongan a la consideración que en el marco de este modelo de Estado merece la persona, aun en el caso de que haya delinquirido²⁵. La vinculación al Estado de Derecho de todas estas exigencias se deriva de la colocación de la persona como punto central del mismo.

¹⁸ BRICOLA, "Teoria generale del reato", en *Novissimo Digesto*, t. XIX, Torino, 1974, pág. 39. ARROYO, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Rev. Española de Derecho Constitucional*, (8), 1983, págs. 12 y ss.

¹⁹ Sobre la problemática que plantea esta técnica, véase a FERRE OLIVE en *El nuevo delito contable* (tesis doctoral), Salamanca 1987 (en prensa). Cap. II, apartado I.

²⁰ Materialmente constituye la justificación de la reserva de ley orgánica en materia penal. Sobre este punto es clave la sentencia 140/1986 del Tribunal Constitucional, que se hace eco de la argumentación propugnada por ARROYO, *Principio de legalidad*, cit., págs. 25 y ss.

²¹ Sobre la vinculación entre retroactividad y principio de legalidad, y la fundamentación politicocriminal de la excepción de retroactividad de la ley penal, más favorable, véase a BUSTOS, *Manual de derecho penal español*, parte general, Barcelona, 1974, págs. 71-72.

²² La vinculación entre Estado de Derecho y derechos humanos puede verse en el ya clásico ELIAS DIAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 7ª ed., Madrid, 1974, pág. 29.

²³ Este criterio es clave para la construcción de toda la teoría del bien jurídico; ver más adelante nota 48.

²⁴ Sobre la pena de muerte, ver por todos a BARBERO SANTOS, *La pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, 1986, *passim*.

²⁵ El contenido de estos límites, al igual que el de la dignidad de la persona, se acuña históricamente tomando como punto de partida el carácter personalista del sistema. Sirva de muestra en el ámbito penal, la discusión sobre la duración máxima de la privación de libertad, por ejemplo en Alemania JESCHECK/TRIFTERER, *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe Verfassungswidrig*, Baden Baden, 1978.

Ella, y en cuanto le es necesario, construye la sociedad mediante el denominado "pacto social" y sobre la base de las menores dejaciones posibles de su libertad, necesarias para poder mantener la pervivencia de la sociedad pactada²⁶, "basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito, afirma BECCARIA, todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico"²⁷.

Todas las garantías derivadas de estas exigencias pueden agruparse bajo el denominado *principio de humanidad*. A él vinculado estaría también, con carácter general, el "principio de culpabilidad", la presencia de dolo o culpa y la exclusión, por tanto, de la responsabilidad objetiva. Pues el castigo de lo puramente objetivo llevaría al ciudadano a sentir ante la actuación penal una análoga sensación a la que experimenta ante la actuación ciega de las fuerzas de la naturaleza²⁸, lo que sería incompatible con la idea de necesidad en la utilización del recurso penal derivado de la fundamentación pactista.

Con análoga fundamentación la actuación del legislador aparece limitada a la protección de aquellos intereses necesarios para el funcionamiento de la sociedad, es decir, a la protección de bienes jurídicos²⁹.

2.2 En cuanto al contenido de la teoría del delito, y solo a modo de apunte, es claro, desde su origen³⁰, que la tipicidad reposa justamente sobre el principio de legalidad. Pero del mismo modo obsérvese que, derivada del principio de humanidad, puede sustentarse la exigencia de dolo o culpa y vinculado además al principio de legalidad el que la distinción entre delito doloso e imprudente se lleva a cabo ya en el tipo³¹, o, así mismo, la necesaria presencia de un bien jurídico como fundamentador del tipo de injusto³².

3. Ni las limitaciones derivadas del principio de legalidad, ni el respeto a los derechos fundamentales son suficientes para satisfacer las exigencias de un ordenamiento respetuoso de los derechos fundamentales. Pues, al igual que el modelo de Estado del que estas limitaciones se derivan, el Estado liberal de derecho no pretende la superación de las desigualdades sociales, no busca que el derecho intervenga en la evolución hacia modelos sociales en los que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas³³.

²⁶ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., págs. 71-73 en el capítulo II, "Origen de las penas. Derecho de castigar".

²⁷ BECCARIA, ob. cit., pág. 112.

²⁸ Véase a HOESTER, "Zur Generalprävention als dem Zweck statlichen Strafens", en *Goldamer's Archív*, 1970, pág. 277.

²⁹ Propiamente, la protección exclusiva de bienes jurídicos como límite al poder político del Estado debe derivarse no del Estado de Derecho, sino del Estado Social. Ver los razonamientos de MIR, *Derecho penal*, parte general, 2ª ed., Barcelona, 1985, págs. 74 y ss.

³⁰ BINDING, *Die lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, págs. 20 y ss.

³¹ ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona, 1972, págs. 43 y ss.; o GIMBERNAT, "El sistema de derecho penal en la actualidad", en *Estudios penales*, cit., pág. 142, "La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar". Téngase presente la vinculación originaria entre prevención general y principio de legalidad, desde FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinliche Rechts*, 12ª ed., Giesen, 1836, págs. 29 y ss.

³² Vid. nota 29.

³³ Este punto es desarrollado con amplitud por MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., págs. 16 y ss. Sobre esta problemática en Latinoamérica, véase a SOTOMAYOR, *¿Derecho penal liberal o Derecho penal crítico en Colombia?* (En prensa), en Homenaje a FRANCESCO CARRARA, Bogotá, Edit. Temis, 1988.

Para que el derecho penal pueda en este sentido contribuir a dotar de contenido real a los derechos fundamentales debe, partiendo de las limitaciones señaladas, afrontar otras complementarias.

En principio el derecho penal, en su formulación actual, no solo no coopera a la superación del modelo social, sino que, por el contrario, como han puesto de relieve las corrientes críticas de la criminología³⁴, actúa como generador de desigualdad. Esta desigualdad no debe creerse que es privativa del derecho penal sino que es una exteriorización de las desigualdades de nuestros sistemas sociales. Por tanto, las reformas que deban producirse no son privativas del ordenamiento punitivo sino que hay que entenderlas en el marco global de las medidas de cambio social. El creer que basta con actuar en el ámbito del derecho penal, supone ignorar que el ordenamiento punitivo no es sino la punta del iceberg que constituye el control social³⁵.

En igual sentido, hay que tener presente que la viabilidad de las limitaciones que a continuación se enumeran presuponen una serie de condiciones previas de diversa índole. Así, por ejemplo, un sistema electoral que asegure la representación de los intereses reales que se den en una comunidad; la existencia de cauces en todos los órdenes, que garanticen el respeto a las minorías; la participación popular en la administración de justicia; el control de la administración penitenciaria; el debate social sobre la cuestión penal; la existencia de instrumentos jurídicos que aseguren la pervivencia de los derechos fundamentales, etc.

La ausencia de estos presupuestos determina la falta de legitimación de las limitaciones que se enumeran.

3.1 La pretensión de llegar a un sistema social plenamente democrático supone, respecto al contenido de las leyes penales, limitaciones de distinto signo. En sentido negativo se ha de evitar que la determinación de las conductas delictivas actúe como factor generador de desigualdad. En sentido positivo, por el contrario, el legislador ha de buscar que la ley penal contribuya a que la igualdad real de los miembros de la comunidad pueda llegar a ser alcanzada.

El primer objetivo supone renunciar a utilizar el derecho penal como medio para imponer un determinado orden ético o cultural, aunque este sea el mayoritario, en cuanto lo que un derecho democrático debe buscar en este ámbito es justamente garantizar la coexistencia de una pluralidad de órdenes éticos o culturales mediante la creación de marcos que posibiliten su coexistencia³⁶. En igual sentido, con carac-

³⁴ Como exponente de esta dirección puede consultarse el artículo de BARRATA, "Criminología e dogmática penale passato e futuro del modello integrato di scienze penaliste", en *La Questione Criminale*, 1979, en especial págs. 152 y 173. En conclusión, considera que las normas penales no son sino una reproducción del modelo social desigual realmente vivido, su explicación radica en la desigual distribución del poder de definición entre las distintas clases sociales.

³⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, cit., pág. 17.

³⁶ STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 2; MIR, *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pág. 23.

En Estados que sirven de marco a varias culturas es clave el mantenimiento de esta pluralidad; así puede verse en BARATTA, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal*, 1986, pág. 427.

ter general, debe buscarse dotar de un contenido democrático al principio de *ultima ratio*. Es decir, la reducción del empleo del derecho penal tiene que ser distribuida de forma igualitaria y no que, en su mayor parte, la exclusión del empleo del derecho penal quede reducida a comportamientos normalmente realizados por las clases sociales más poderosas³⁷. Pero afrontado el proceso de contracción general de la esfera penal, este ha de efectuarse, de acuerdo con ARZT³⁸, de forma racional, de tal manera que se impida que "la seguridad", en abstracto, pase a constituir una mercancía, que solo esté al alcance de aquellos dotados de una alta capacidad adquisitiva, lo que supondría que la discriminación estaría actuando como factor generador de desigualdad.

Junto a ello, y en sentido opuesto, el derecho penal debe alcanzar a ámbitos fundamentales en la vida individual y colectiva y que, en la actualidad, o no están, o están insuficientemente tutelados por la sanción penal. Los intereses "difusos", con terminología de SCUBBI³⁹, de los que son titulares todos los miembros de la comunidad: los intereses de naturaleza colectiva o aquellos que influyen directamente en el logro de una mayor calidad de vida.

Peró con razón recuerda BARATTA⁴⁰ que en la perspectiva de un tal uso alternativo del derecho penal es necesario evitar caer en una supervaloración de su idoneidad y dar importancia a los medios alternativos de control no menos rigurosos que pueden resultar en muchos casos más eficaces.

3.2 La búsqueda de la vigencia real de los derechos fundamentales impone también consecuencias respecto a la sanción penal y a la finalidad de la misma.

Respecto al contenido de la propia reacción penal se ha venido resaltando el carácter marginador de la pena de prisión, lo que impone una restricción a su utilización, dentro de los límites de su irrenunciabilidad histórica, por exigencias preventivo-generales. Esta restricción ejerce particular influencia en las penas privativas de libertad de corta duración⁴¹. En este sentido, las denominadas penas cortas aparecen solo, como alternativa, desde una perspectiva preventiva frente a la delincuencia de tipo socioeconómico, la llamada *criminalidad cuello blanco*⁴².

Respecto a la finalidad de la sanción penal vinculada a su discusión en el marco de Estados y posicionamientos ideológicos superadores del Estado social de Derecho, vivimos un proceso de crisis del pensamiento de resocialización. La resocialización ha imperado en el derecho penal contemporáneo desde la época del Programa de Marburgo, y con razón se subraya⁴³ que tras la misma hay un

³⁷ Por todos BARATTA, *Criminología e dogmática penale*, cit., pág. 157, nota 19.

³⁸ ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Tübingen, 1976, págs. 39 y ss.

³⁹ Véase el ya clásico SCUBBI, "Tutela penali di «interessi diffusi»", en *La Questione Criminale*, 1975, pág. 448.

⁴⁰ BARATTA, "Criminología crítica y política criminal alternativa", en *Rev. International de Droit Pénal*, 1978, pág. 50.

⁴¹ Los orígenes de la crisis de la prisión, por su no adecuación a los fines de la pena son antiguos; véase a GAROFALO, *La criminología*, trad. de Dorado Montero, Madrid, s/f, págs. 317 y ss.; VON LISTZ, *Tratado de derecho penal*, II, trad. de Jiménez de Asúa, Madrid, pág. 16.

Modélico en sus alternativas a la pena corta privativa de libertad es la Propuesta Anteproyecto de Nuevo Código Penal, Madrid, 1983.

⁴² Vid. BERDUGO, *Alternativen zur kurzen Freiheitsstrafe in den spanischen Reformübergangen*, en Hirsch (edit.), *Deutsch-spanisches Strafrechts kolloquium 1986*, Baden Baden, 1987, págs. 168-169.

⁴³ La prevención especial es la finalidad plenamente coherente con el Estado Social de Derecho. Sobre las consecuencias que para la pena supone el Estado Social, vid. MIR, *Función de la pena*, cit., págs. 20 y ss.

entusiasmo no demasiado justificado por la bondad de nuestros sistemas sociales y una no aceptable imposición de un cuadro de valores a quien a lo mejor ni los comparte, ni desea compartirlos⁴⁴.

Esto es, el único sentido que la ejecución de la pena puede tener es buscar la no realización de delitos e intentar ofrecer al ciudadano todas aquellas oportunidades que le fueron socialmente negadas⁴⁵.

3.3 La búsqueda de la vigencia de los derechos fundamentales también tiene trascendencia en determinados puntos de la teoría del delito. Por ejemplo, el carácter democrático del Estado lleva a una concepción preventiva del derecho penal, de la que indefectiblemente debe derivarse la diferenciación ya en el tipo entre delitos dolosos y culposos⁴⁶. De igual manera, respecto al contenido del tipo del injusto, si la Constitución realmente refleja la búsqueda de un sistema social igualitario, la misma puede servir para la determinación de la lista concreta de bienes jurídicos protegibles⁴⁷. Más aún, puede suponer un criterio para construir democráticamente su contenido y para dar una solución a los supuestos de conflictos sociales que subyacen en las denominadas causas de justificación⁴⁸. También la vigencia de los derechos fundamentales ofrece pautas importantes para asentar las bases de una discusión de otros temas claves de la actual dogmática del derecho penal. Así, el contenido de la culpabilidad⁴⁹, o las consecuencias del error de prohibición.

—III— 50

1. La política legislativa que en el ámbito penal se ha seguido en España puede explicarse desde el punto de vista de la búsqueda de vigencia de los derechos fundamentales. Pero, paralelamente, al igual que en otros países, se ha llevado a cabo una política criminal vinculada al problema concreto del terrorismo, presidida por

⁴⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito" en *Cuadernos de Política Criminal* (7), 1979, págs. 91-106. En general, el libro de BARBERO SANTOS, *Marginalidad social y derecho represivo*, Barcelona, 1979; y BERGALLI, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, 1976.

⁴⁵ Es normalmente la conclusión de la doctrina que afronta críticamente la prevención especial, por todos BARBERO SANTOS, *Marginalidad social y derecho represivo*, cit., pág. 189.

⁴⁶ El carácter democrático del Estado, en cuanto impone la necesidad de modificar la sociedad, lleva a una concepción preventivo-general, lo que refuerza los argumentos expuestos en nota 31. BERDUGO, *El delito de lesiones*, cit., pág. 37, nota. 68.

⁴⁷ El problema radica en la presencia o no de un texto constitucional y en el carácter del mismo. Ver mi *Recensión* a BUSTOS/VALENZUELA, *Derecho penal latinoamericano comparado*, t. I, parte general, Buenos Aires, 1981, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, pág. 618.

⁴⁸ Es importante resaltar el carácter dinámico del contenido del bien jurídico. Esta idea debe conectarse con la de Constitución como marco; véase a HABERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt, 1980.

⁴⁹ Difícilmente es compatible con las exigencias de un Estado democrático el mantenimiento de una concepción normativa de la culpabilidad asentada sobre la idea de reproche y vinculada a la finalidad retribucionista. Claves en la crisis de normativa de la culpabilidad son GIMBERNAT, "¿Tiene futuro la dogmática penal?", en *Estudios penales*, cit., págs. 105, y ss. Los trabajos de ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Madrid, 1981, y las aportaciones de MUÑOZ CONDE y de MIR.

⁵⁰ El contenido de esta tercera parte es síntesis del artículo de BERDUGO/SERRANO-PIEDRECASAS, *Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo*, (en prensa).

la idea general de agravación y orientada prioritariamente hacia la víctima⁵¹, que implica graves riesgos para los derechos fundamentales.

En las páginas que siguen se intentará demostrar que esta orientación policriminal es equivocada, si se adopta como criterio prioritario la elaboración de un derecho penal preventivo.

2. Cualquier reflexión sobre la política criminal seguida en materia de terrorismo requiere algunas consideraciones previas sobre qué es terrorismo, sobre su etiología y sobre sus consecuencias. Tal vez resulte obvio, pero no por ello deja de ser necesario, resaltar que el terrorismo es ante todo un problema político, esto es, la finalidad política aparece como elemento esencial en cualquier tentativa de definición. Pues el que actúa pretende forzar un cambio de modelo de Estado mediante la utilización de medios violentos. Ahora bien, la presencia de esta finalidad política, su contenido, condiciona la valoración que un Estado realiza respecto de la utilización de la violencia en otro, que un grupo político o social efectúa sobre el empleo de la violencia en su comunidad, o que, finalmente, desarrolla el intérprete a la hora de considerar políticamente la etiología y la respuesta estatal a este fenómeno⁵². Es decir, el terrorismo debe ser situado en unas coordenadas temporales y espaciales y esta ubicación condiciona decisivamente cualquier reflexión sobre el mismo, hasta el punto de poder hacer que la valoración presente un signo opuesto. Basta recordar en este sentido las reflexiones teóricas sobre la legitimación de la violencia en la lucha política⁵³.

Por ello, y constituye la primera limitación, esta exposición se va a circunscribir en alguna de sus afirmaciones a la situación del terrorismo en el momento actual y en el marco de los Estados de Europa Occidental. En ellos, la existencia de determinados cauces políticos que posibilitan, en principio, la participación de todo tipo de ideología política, dificulta desde nuestros postulados la presencia de una eventual justificación a la utilización de la violencia⁵⁴.

Si la afirmación de este presupuesto no pudiera efectuarse, esto es, si se negara la existencia de cauces políticos para la participación en la vida política de un

⁵¹ Vid. HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde/Arroyo, Barcelona, 1984, págs. 89 y ss., en especial, pág. 94.

⁵² La respuesta estatal al fenómeno de la violencia política está relacionada, en el ámbito jurídico, con el concepto de delito político. Históricamente este se ha definido en función de un fin: el excluir de la extradición a determinada categoría de delincuentes, los delincuentes políticos, y privarles de un tratamiento penitenciario privilegiado. Es evidente que este enfoque metodológico relativiza e impide la elaboración de un concepto internacional válido del delito político y del delito de terrorismo. Quizás la vía de solución a la hora de valorar la falta de legitimidad en el uso de la violencia política surge de la concurrencia de estos dos factores: a) el tipo de régimen político en el que tuvo lugar la comisión de delito, b) la naturaleza de los medios empleados en el ejercicio de la violencia.

⁵³ Consúltase ARROYO, *Terrorismo y sistema penal, en reforma política y derecho*, Madrid, 1985, págs. 157 y ss. También es interesante la distinción entre violencia política y social apuntada por FERRAJOLI, *La violencia y la política, en justicia y delito*, Madrid, 1981, y BONANTE, *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionale, politici e giuridice*, Milano, 1979.

⁵⁴ Afirmación que supone una toma de postura política, en el sentido que se expresa en el texto. Con toda probabilidad, la misma no es compartida por los miembros de grupos sociales que apoyan al terrorismo.

Estado, el rechazo a la violencia únicamente podría reposar sobre las consecuencias de la misma respecto a bienes jurídicos importantes.

Es decir, la posición contraria al terrorismo se asienta en una doble base, política —por la existencia de cauces políticos— y de respeto a los bienes jurídicos lesionados. La ausencia de cauces políticos llevaría a fundamentar el rechazo a la utilización de la violencia solo en los intereses lesionados por la acción que se valore.

En cualquier caso y aun existiendo cauces formales para la participación política, la existencia de grupos que utilizan la violencia como instrumento para dotar de viabilidad a sus postulados, sugiere necesariamente que estamos ante un síntoma de las limitaciones de nuestros modelos de Estado, que han fracasado frente a los terroristas y frente a los grupos sociales que justifican o apoyan el recurso a la violencia⁵⁵.

Pero el problema se agrava cuando se comprueba que la política criminal frente al terrorismo ha generado, con relativa frecuencia, una conversión de nuestras democracias hacia formas más autoritarias, y una dinámica orientada hacia una política penal de orden público o de seguridad ciudadana, que excede, a veces, los límites estrictos del terrorismo⁵⁶. Situación que proporciona argumentos adicionales a aquellos que postulan la justificación de la violencia en la lucha política. La ruptura de este círculo vicioso necesariamente pasa por atacar los factores que, en opinión de los terroristas, legitiman su actuación. La vía, en primer término, si el problema es político, debe por ello ser política.

3. La insuficiencia de nuestros modelos de Estado se refleja no solo en la etiología del terrorismo, sino también en las disfunciones que la respuesta al mismo genera en la totalidad del ordenamiento⁵⁷. Así, parece reconocerse que no cabe la respuesta normal frente a cualquier comportamiento socialmente desviado, sino que el terrorismo requiere una acción excepcional y especial.

Si tomamos como ejemplo la legislación española, estas disfunciones se reflejan ya en el plano de la propia Constitución, al contemplar esta, en el art. 55.2, la posibilidad de que sean suspendidos una serie de derechos fundamentales para personas determinadas “en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”⁵⁸. En el ámbito penal, se exteriorizan

⁵⁵ Punto de particular importancia es la crisis de modelo del Estado Social (Estado asistencial o *Welfare state*) en el área de los países integrantes del capitalismo central. La crisis en su función legitimadora ha sido ampliamente estudiada, entre otros, por los siguientes autores: HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, 1975; A. WOLFE, *The limits of legitimacy. Political contradictions of contemporary capitalism*, New York/London, 1979; COFFE, *Lo stato nel capitalismo maturo*, Milán, 1977; DE CABO, *Crisis del estado social*, Barcelona, 1986.

⁵⁶ Sobre este tema consúltese a GÓMEZ BENÍTEZ, “Crítica de la política criminal de orden público”, en *Cuadernos de Política Criminal* (16), 1982, págs. 49 y ss.; FERRAJOLI/ZOLO, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Barcelona, 1983. Particularmente interesante es el trabajo de GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987. Este trabajo relaciona la crisis de legitimidad existente en el área del capitalismo central y periférico, con particular atención a las bases teórico-ideológicas apuntadas por LÜHMANN y a la doctrina de la seguridad nacional.

⁵⁷ Con carácter general respecto a nuestra legislación, vid. ARROYO, *Terrorismo y sistema penal*, cit., págs. 199 y ss.

⁵⁸ Sobre el art. 55.2 de la Constitución, vid. BOBILLO, “Constitución y legislación antiterrorista”, en *Revista de Estudios Políticos*, 1985 (48), págs. 70 y ss.; BERDUGO, “Garantías en la Constitución ante la suspensión de los derechos individuales”, en *Sistema* (42), 1981, págs. 57 y ss.

en la agravación de las penas y en la alteración de algún principio jurídico esencial, debido al cambio de la orientación politicocriminal, reflejado en la ley de 26 de diciembre de 1984⁵⁹. Finalmente, en el ordenamiento procesal quedan plasmados, en la prolongación de la detención preventiva, la exclusión de la libertad condicional; y en la sustracción de la competencia el juez natural⁶⁰.

4. La presencia de estas disfunciones, con independencia de que si politicriminalmente son o no adecuadas, impone, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, la necesidad de reforzar sus garantías por medio de controles que impidan, en cualquier caso, la utilización desviada de esta legislación. Esto es, dotar de controles excepcionales a aquel poder que esté excepcionalmente potenciado.

Con carácter general, debe asegurarse la temporalidad de las medidas y la valoración de su necesidad, tanto en su adopción como en su contenido y aplicación. Esto requiere en el ámbito constitucional hacer efectivo el control que apunta el mencionado art. 55.2 de la Constitución: “con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario”⁶¹. Por su parte, en el derecho procesal se exigirá mantener la máxima escrupulosidad en las garantías de la defensa y, análogamente, en el ordenamiento penal optar por fórmulas de tipificación que aseguren el carácter excepcional de la respuesta⁶².

5. En gran medida las citadas disfunciones están favorecidas por la ausencia de un concepto jurídico de terrorismo. La necesidad del mismo reposa en las consecuencias que pueden derivarse de su inexistencia o de la insuficiencia de su formulación.

En otro trabajo⁶³ ya me pronuncié sobre el contenido de la definición y su vinculación tanto a aspectos objetivos de la conducta como a la finalidad perseguida por el sujeto. Con ello se busca establecer una relación entre la entidad de las consecuencias jurídicas del acto terrorista y el contenido del mismo. En el ámbito objetivo se consideran los medios empleados y los resultados producidos. Así, los actos terroristas deben constituir ataques a bienes jurídicos de especial importancia, por ello capaces de generar terror. Desde el punto de vista subjetivo el haberlos realizado con la finalidad de conmover los fundamentos del Estado democrático de derecho. Se defiende, finalmente, que los indicados medios deben ser adecuados para alcanzar tal objetivo.

⁵⁹ Con carácter general sobre los aspectos penales de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, véase a LAMARCA, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, págs. 193 a 358, y ARROYO, *Terrorismo y sistema penal*, cit., págs. 182 y ss.

⁶⁰ Sobre este tema véase a GIMENO SENDRA, “Nuevas perspectivas de la nueva legislación procesal penal antiterrorista” en *Documentación Jurídica*, enero/dic. 1983, págs. 1243 y ss.; MUÑAGORRI, “Algunas notas sobre el proceso penal como momento de criminalización y de control social, con comentarios a la reciente normativa española” en *Homenaje a H. Kaufmann*, Buenos Aires, 1985, págs. 299 y ss. Además, puede verse a OLARIETA, *Audiencia nacional y tribunales de excepción en la jurisdicción penal* (en prensa).

⁶¹ Sobre la problemática que generan estos controles, vid. BERDUGO, *Garantías en la Constitución*, cit., pág. 76; LAMARCA, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., págs. 437 y ss.

⁶² El riesgo es evidente en cuerpos legales que se presten a la utilización de términos particularmente vagos, sobre el empleo de estos términos y principio de legalidad ver SCHÜNEMANN, *¿Nulla poena sine lege?*, Berlín, 1978, págs. 29 y ss.

⁶³ BERDUGO, *Garantías en la Constitución*, cit., pág. 73. El concepto es seguido por ARROYO, *Terrorismo y sistema penal*, cit., pág. 162.

Solo la reunión de estos requisitos parece dar pie a una política penal de especial⁶⁶ severidad, puesto que se lesionan dos bienes jurídicos de particular importancia. Por un lado, bienes jurídicos individuales, como son la vida, la libertad y la salud, por otro, un bien colectivo, la existencia del Estado democrático de derecho.

6. Teniendo en cuenta las exigencias plasmadas en los apartados anteriores, el siguiente paso es valorar, desde la perspectiva politicocriminal que pretenden inspirar estas reflexiones (dar contenido a un derecho penal preventivo y respetuoso de los derechos fundamentales), el actual contenido de la legislación en materia de terrorismo. Más en concreto, analizarlo desde las exigencias preventivo-generales y desde las exigencias preventivo-especiales.

7. Como se adelantaba, en el ámbito penal la política criminal frente al terrorismo ha estado presidida por la idea de agravación de las penas⁶⁴. Esta se ha llevado a efecto por dos vías. Bien directamente, a través de la mayor entidad de las sanciones penales previstas por el legislador, o bien mediante el adelantamiento y la ampliación de la intervención del derecho penal⁶⁵.

En este marco la pregunta que se debe contestar en razón de las exigencias de prevención general es: si en los delitos de terrorismo basta con una respuesta penal adecuada a los bienes lesionados, o se requiere, además, una agravación complementaria que resalte la gravedad de estos comportamientos.

La cuestión, por tanto, es si este *plus* agravatorio que se da en el derecho positivo, es explicable desde la prevención general. Una primera aproximación al tema, y si se considera la etiología del terrorismo, hace más que discutible el sostener que este *plus* tenga efectos preventivos adicionales al que posee la norma penal ordinaria.

Pero si se acepta este punto de partida quedan abiertos dos caminos a la investigación: ¿cuáles son las exigencias preventivo-generales respecto al terrorismo? y ¿cómo se explica la agravación adicional propia de estas figuras?

Respecto a la primera interrogante podría argumentarse que si se considera que el potencial efecto de la amenaza penal sobre los eventuales autores de los delitos es nula, la existencia de respuesta penal y desde luego la mayor gravedad de la misma solo tendría explicación desde planteamientos retribucionistas.

Pero, aunque llegáramos a la confirmación de la hipótesis inicial, es decir, que la amenaza de la pena sobre los potenciales terroristas carece de efecto, la presencia del derecho penal no tendría que ser explicada desde criterios retribucionistas, en cuanto, pese a ello, seguirían existiendo exigencias vinculadas a la prevención general. Pues esta no hay que entenderla como la pretensión de evitar un delito aislado, sino como vehículo para lograr la interiorización de un entramado de intereses cuya distinta importancia queda patentizada en la diversa intensidad de la amenaza penal. En consecuencia, la prevención general llevaría a que, en cualquier caso

⁶⁴ Sobre la evolución de la legislación penal española en materia de terrorismo, véase a LAMARCA, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., págs. 97 y ss. y págs. 158 y ss.; respecto a la legislación posterior a la Constitución, también ARROYO, *Terrorismo y sistema penal*, cit., págs. 167 y ss.

⁶⁵ Sirva de muestra, referido a la ley de 1984, la equiparación en el castigo del delito frustrado y consumado en el art. 3.1, el delito de terrorismo del artículo 8º, los delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes del art. 9º, y el castigo de la apología en el art. 10.

la importancia de los bienes jurídicos tutelados quedara manifestada en la entidad de la amenaza⁶⁶.

En esta misma línea, la lesión o puesta en peligro de varios bienes jurídicos, pensable en el ámbito de los delitos terroristas, puede explicar la mayor gravedad e intensidad de la pena en estos casos⁶⁷. Es decir, desde las perspectivas anteriormente expuestas se podía justificar el primer criterio de agravación previsto en la Ley Orgánica, sin necesidad de acudir al viejo pensamiento retribucionista.

Pero subsiste el segundo de las interrogantes, cómo se explican las restantes agravaciones: el adelantamiento en la intervención del derecho penal, el abandono de categorías jurídicamente acuñadas, la previsión de penas excepcionales, en general todas aquellas que implican algún tipo de disfunción en el ámbito penal. Máxime cuando se sabe que el efecto preventivo general adicional no es demostrable.

La explicación puede obtenerse a través de la vía apuntada por HASSEMER⁶⁸ al considerar que estas agravaciones exteriorizan el abandono del paradigma de la prevención y su sustitución por el paradigma de la víctima, con el objetivo de transmitir a la sociedad y a sus potenciales víctimas la apariencia de efectividad y protección social frente a los ataques terroristas. Se cumple por tanto exclusivamente una función simbólica que exterioriza, una vez más, el conocido principio de "huida hacia el derecho penal", particularmente negativo en la coyuntura histórica de nuestro país.

Con carácter general, la huida hacia el derecho penal, cuando se es consciente de su ineficacia preventiva, es nociva para todo el sistema. Pero en nuestro caso, dado el apoyo social que, quíerese o no, tiene el terrorismo, el concebir a la política criminal frente al mismo solo en términos simbólicos es particularmente grave, ya que en lugar de suponer una contribución a la neutralización de las causas del terrorismo amplia, o al menos afianza, la base social del mismo.

En síntesis, se puede llegar a la siguiente conclusión: las exigencias preventivo-generales del terrorismo existen y no son superiores a las determinadas por la importancia de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Una agravación adicional, explicada desde los intereses de la víctima, no es aconsejable desde las perspectivas preventivo-generales por ser innecesaria y acarrear efectos negativos.

8. Desde el plano de la prevención especial, esto es, desde la utilización de la pena para que el que haya delinquirido no vuelva a hacerlo, la respuesta penal al terrorismo exterioriza, en primer lugar, la crisis del concepto tradicional de la resocialización⁶⁹. Debida en este caso a la naturaleza particular del fenómeno terro-

⁶⁶ La autolimitación de las exigencias preventivas generales en razón de la entidad del bien jurídico es puesta de relieve ya por BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., pág. 137, o ANTON, *La prevención*, cit., pág. 92.

⁶⁷ Así, ARROYO, *Terrorismo y sistema penal*, pág. 185.

⁶⁸ HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, cit., págs. 94-95: "Las normas y las combinaciones sociales-penales sobre las que recaen serias dudas de su efectividad frente al delito, solo pueden tener el sentido de que el sistema penal demuestre su presencia y capacidad de reacción ante el interés socializado de la víctima, es decir de transmitir la apariencia de efectividad y protección social" (página 95).

⁶⁹ Recuérdese lo expuesto *supra* en nota 44.

rista. En efecto, el terrorista es un individuo integrante de una organización que persigue la consecución de determinados fines políticos y en posesión de una determinada "ideología". Es, en definitiva, un delincuente por convicción. Además el terrorista, con frecuencia, goza del apoyo y la simpatía de un sector del medio social en el que se desenvuelve, que a su vez le sirve de soporte.

Estas peculiaridades expresadas tan sintéticamente le diferencian de manera substancial del delincuente común. Así, pues, hablar de resocialización, en el caso que nos ocupa, requiere una nueva formulación hasta ahora escasamente tratada.

En resumen, el problema de fondo está en el propio concepto de la resocialización. Esta significa un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad. Como dice MUÑOZ CONDE: "Hablar de resocialización del delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras..."⁷⁰.

Si reconocemos la crisis de nuestros Estados de Derecho, las desviaciones autoritarias de nuestras democracias y que el terrorismo es, precisamente, síntoma de esta situación, hablar sin más de resocialización resulta, como poco, contradictorio. Significa convertir a la misma en una función de dominio y no de autodeterminación.

Así, pues, queda planteado un gran tema de debate que implica el contestarse a una serie de preguntas: ¿La supresión de las causas que posibilitan la aparición del fenómeno terrorista, no supone, a su vez, un cambio en las estructuras sociales y económicas de nuestras sociedades burguesas? ¿La alternativa, frente al mito burgués de la reeducación, no será la toma de conciencia de clase del delincuente? Más específicamente, ¿la resocialización del terrorista no pasará por la toma de conciencia de que el empleo de la violencia armada va, en última instancia, contra los intereses de la clase obrera?

9. El art. 6 de la ley antiterrorista establecía "la atenuación de penas en el desistimiento con propósito de reinserción social". Aparte de otros antecedentes en nuestra legislación la norma estaba particularmente influida por la legislación italiana como medio de abordar el terrorismo⁷¹, y se vincula con el denominado "Derecho Premial", que introduce en la reacción penal, junto a la relación delito-pena, un tercer elemento, cual es la conducta posterior del sujeto.

En principio, recompensar el desistimiento, el abandono de la lucha armada, parece plausible desde el punto de vista de un derecho penal preventivamente orientado⁷², aunque no así desde planteamientos retribucionistas.

Esta afirmación inicial debe, sin embargo, someterse a revisión con el estudio de los elementos de disfunción, que generan alguno de los comportamientos exigidos.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente*, cit., pág. 93.

⁷¹ Ley 15-XII-1979, N° 625. Los arts. 4° y 5° "en medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la seguridad ciudadana". Por todos véase comentario de MADDALENA, *la circostanza attenuanti per terroristi ventiti*, Milano, 1984.

⁷² En este sentido ARROYO, *Terrorismo y sistema penal*, cit., pág. 180.

Así, merece una valoración positiva, aunque se discrepe de su formulación y significado la denominada "disociación silenciosa". Estos eran los casos del art. 6.1, apartados a y b de la ley antiterrorista. Esta institución mantiene una cierta proximidad con otras asentadas en nuestro derecho, como el arrepentimiento espontáneo del art. 9.9 del Código Penal, o el desistimiento en la tentativa del art. 3 del mismo texto legal.

Por el contrario, merece una valoración completamente negativa la delación que también admitía el ya citado art. 6.2 de la ley antiterrorista, al establecer: "Así mismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiera tenido una particular transcendencia para la identificación de los delincuentes...".

Sobre este punto existe una crítica generalizada por parte de la doctrina: RESTA, FERRAJOLI, ARROYO⁷³, entre otros. Y ello debido tanto a los graves problemas jurídicos que plantea, como a la ineficacia de este procedimiento.

En resumen, al acentuar esos elementos premiales distorsiona la relación delito-pena para dar entrada a un tercer elemento: la conducta posterior a los hechos, que puede ser determinante en la fijación de la respuesta penal.

De hecho, los dos años en que esta institución ha tenido vigencia en nuestro país han sido una clara exteriorización de su fracaso como medio de lucha frente al terrorismo.

Ahora bien, distintas de esta institución son las medidas de gracia respecto a los condenados por los delitos de terrorismo, que no sean de sangre y manifiesten su propósito de renuncia a la lucha armada. Esta institución, de contenido claramente político, se ha mostrado eficaz, aunque pueda ser discutible desde la óptica del principio de igualdad.

⁷³ La delación admitida como premio implica graves riesgos que sucintamente se enumeran: 1) ruptura del modelo triangular de proceso, e introducción de un modelo desnaturalizado e inquisitivo (PADOVANI, "Le soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di rivedimento", en *Rev. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, págs. 529 y ss.); 2) el acento colocado en la confesión del culpable pone en entredicho el art. 24.2 de la Constitución española, que sanciona la presunción de inocencia y el derecho al silencio del acusado (CUESTA ARIZMENDI, "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros terroristas" en *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, pág. 583); 3) favorece las confesiones falsas contra personas inocentes (FERRAJOLI, "Il caso 7 aprile: Lineamenti di un proceso inquisitorio", en *Dei delitti e delle pene*, 1983, págs. 167 y ss.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO BARRERA DE CONTENCIÓN Y CRITERIO AUTORREGULADOR DEL PODER PUNITIVO *

Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA **

SUMARIO: 1. Atributos esenciales del Estado moderno. 2. Derecho penal "central" y "periférico". Objetivismo y subjetivismo penales. 3. Las garantías penales y sus límites. Pena y conciencia moral. 4. Hacia un "derecho penal de los derechos humanos". 5. Los derechos del hombre al interior del derecho penal. 6. La dogmática positivista tradicional. 7. Lógica y justicia, sistema y valor. 8. Planteo de una dogmática político-axiológica basada en los derechos humanos. 9. La axiología jurídica: materia prima de la lógica jurídica valorativa.

1. ATRIBUTOS ESENCIALES DEL ESTADO MODERNO

El Estado moderno ha de caracterizarse como un Estado de derecho socioliberal y democrático. Como "Estado", monopoliza el uso de la fuerza en las relaciones sociales; como Estado "de derecho", somete el ejercicio de su poder al imperio de reglas generales, preestablecidas y auto-obligatorias; como Estado "social", vela por el progreso y bienestar de la comunidad, esto es, del conjunto de los individuos que la forman; como "liberal", asume una postura personalista¹ en la que el individuo no es sacrificado como un medio para el logro de fines colectivos, sino que tiene el valor absoluto de persona, valor que no es derivado del colectivo y en caso de conflicto prevalece sobre este²; como "democrático", en fin, funda su legitimación en el consentimiento y la participación de los asociados, tanto en la elección de los órganos de representación cuanto en la formación de leyes que sean verdadera expresión de la voluntad general³. Dicho Estado de derecho ha evolucionado, en

* Publicado en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derechos Humanos en Latinoamérica*. Universidad de Granada, Granada (España), N° 26 y 27, 1987, págs. 135 y ss.

** Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín. Fiscal del Consejo de Estado.

¹ RADBRUCH, 1959, págs. 72-73.

² RADBRUCH, 1978, pág. 40.

³ MIR PUIG, 1982, págs. 19-23 y 1984, págs. 53-54; NINO, 1980, págs. 349-351; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986a, págs. 29 y ss.

los últimos tiempos y de modo progresivo, "de una configuración formal hacia una realización material del sentido"⁴.

En todas las esferas, la intervención estatal ha menester de límites seguros y claros frente al individuo, pues de lo contrario este resulta anonadado. La fijación de estos límites incumbe precisamente a la orientación liberal, que es, en suma, la que otorga contenido humanitario y personalista al Estado material de derecho (que por sí solo es naturalmente susceptible de recibir los más diversos contenidos, como que en él cabe tan bien el pluralismo democrático como cualquier absolutismo ideológico). Un *Estado de derecho meramente formal* es sin duda compatible con la arbitrariedad y el autoritarismo, pues en él la ley puede ser utilizada como mampara para encubrir el uso arbitrario del poder público. Así lo prueba, sin lugar a dudas, todo el positivismo jurídico, hasta en sus últimas y más destacadas versiones como la de RAZ⁵. Sin renunciar a las formas jurídicas, un *Estado material de derecho* puede, a su turno, ir demasiado lejos, porque en su seno es posible que el afanoso deseo de justicia social cubra, o encubra, por medio de las formas jurídicas o de las ideologías absolutizadas, cualquier penetración del poder político en las esferas del individuo, aun en las más íntimas e inviolables. Solo la orientación liberal puede marcar pautas justas, poner topes ciertos y crear "barreras infranqueables" al ejercicio del poder estatal, deparando de esta manera protección al individuo y propiciando por tanto la seguridad jurídica, pues no hay nada que ocasione mayor zozobra social que la certeza del abuso del poder, ni tampoco incertidumbre más destructiva que la que se surte en el seno de un Estado que asegura la amenaza de la destrucción y obnubila con ella de modo permanente precisamente a aquellos a quienes debería tranquilizar y proteger.

Parece, por ello, insuficiente —de pronto hasta peligrosa— la caracterización político-constitucional del Estado contemporáneo simplemente como "social y democrático", pues con ello se minimiza la tutela del individuo y magnifica el poder estatal en la configuración de la vida social, que es en todo caso y siempre la de los individuos. La intervención estatal, sin embargo, se justifica solamente por la tutela del individuo, que no podría sin ella lograr las mismas posibilidades de realización. De otra parte, dicha fórmula justifica llanamente el dominio de las mayorías y por tanto el abandono de las minorías y en mayor grado de los individuos como tales, en cuanto no se sometan al veredicto de las primeras. Lo recto es, sin embargo, que el poder estatal, aun el que se inspira y respalda en la opinión y/o la participación de las mayorías, tiene que respetar la existencia, la dignidad y los derechos de las minorías, o no puede llamarse democrático y mucho menos liberal o personalista. Ni el Estado liberal puede hoy reducirse al pasivo papel de "gendarme", ni el Estado social intervenir sin restricciones en los ámbitos del individuo, ni Estado alguno de derecho imponer por la fuerza su ideología o erradicar la disidencia.

⁴ ZIPF, 1979, pág. 25.

⁵ RAZ, 1985, págs. 264 y 274.

Ahora bien, un Estado que escamotea o deniega a los individuos —o a grupos de individuos— la protección necesaria para que preserven y desarrollen justamente su personalidad individual y social, no puede ser “democrático”, pues la población está formada por individuos y estos no otorgarían jamás su consentimiento para la organización y el ejercicio de un poder supraindividual que, en lugar de protegerlos, habría de aniquilar su individualidad físicamente, o al menos moralmente, por la vía de la pérdida del espacio vital que se requiere para existir y desarrollarse con una cierta y digna libertad. En verdad, no es solamente el voto, aun como sufragio universal y secreto, lo que legitima el poder interventor del Estado, sino que para ello se requiere, entre otras cosas, de una cierta y constante sedimentación de la opinión, como grado mínimo de participación permanente de los individuos en la configuración del destino colectivo en que el propio está necesariamente inmerso. El poder democrático se encuentra, por así decirlo, en incesante plebiscito, se ejerce en todo tiempo y sin patrañas de cara a la opinión pública, que no por vulnerable deja de producir su propio sedimento. Para legitimar la intervención del poder político en los asuntos del individuo, que son los de la sociedad, esa opinión debe sedimentarse en cierta admisión y tolerancia, cuando no en cierta satisfacción de los asociados con respecto al ejercicio de los poderes en cuyo nombre se practica aquella. Se supone, obviamente, el respeto institucional y social de todos y cada uno de los miembros de la población, ya que sin él resulta inimaginable el asentimiento expreso o tácito del individuo al régimen socioeconómico y al orden juridicopolítico. Los “derechos fundamentales”, decía STEIN, se caracterizan porque “su contenido objetivo tiene un *efecto integrador*: constituyen partes esenciales de nuestro ordenamiento democrático y libre gracias a las cuales prestan (sic) su consentimiento al Estado la mayoría de los ciudadanos”⁶. Una cosa es, sin embargo, que los derechos humanos, por definición inseparables del hombre como tal, por su carácter positivo internacional y las pristinas valoraciones que inauguran y mantienen, formen parte del Estado de derecho, es decir, tengan que ser reconocidos y respetados por el derecho positivo interno de cada país, y otra, muy distinta y de más hondo alcance, es que las valoraciones originarias que de tales derechos dimanar se reconozcan y traten como constitutivas de los propios conceptos de Derecho y persona y se hagan valer como criterios fundamentales, preponderantes y esenciales de la ciencia jurídica misma, esto es, de una lógica jurídica de naturaleza valorativa, según se mostrará más adelante.

Hay, pues, un liberalismo jurídico y político que no consiste ya en un obsoleto *laissez faire*, sino en el amparo del individuo frente a un eventual arrasamiento físico o espiritual por el ejercicio abusivo de los poderes estatales⁷. Lejos de haber pasado de moda, una garantía semejante frente al Estado es hoy más apremiante que nunca, pues nunca había sido el Estado tan poderoso, ni tan intensa la presionante tentación del autoritarismo, que no pocas veces se apoya en la necesidad, siempre exagerada, del establecimiento de un rígido orden de convivencia que mantenga

⁶ STEIN, 1973, pág. 239; LARENZ, 1985, pág. 611.

⁷ DÍAZ, 1983, pág. 30.

bajo control las amenazas reales o supuestas que se atribuyen a las “conductas desviadas” y a los sujetos díscolos, disidentes o francamente rebeldes. Pero, en definitiva, ¿qué crimen es la “desviación” de la regla de conformidad con el “orden” impuesto por un poder ominoso o abusivo? ¿Qué “orden” es, igualmente, el que impone la regla de conformarse con la erradicación de la inconformidad? Un mínimo real de justicia política y social es entonces presupuesto *sine qua non* de la legitimación del derecho penal y de todo derecho en general.

Allí donde y justo cuando la inconformidad de los individuos no es posible (porque resulta físicamente peligrosa o legalmente prohibida), tampoco es posible la crítica. Sin esta, empero, no puede haber democracia porque falta el espacio para la oposición, ni libertad de pensamiento y conciencia porque falta la posibilidad de contraste y elección. La crítica, que sin duda se inspira en un cierto estado espiritual de inconformidad o desazón, es la vigia del acierto y la ponderación en el ejercicio de los poderes públicos y el acicate para el progreso en su paulatino ajuste a los ideales de la comunidad (justicia, libertad, paz, seguridad, etc.). Si la crítica no es posible o resulta en una sociedad altamente riesgosa, la opinión no sedimenta conformidad o acuerdo sino, a lo sumo, resignación o sujeción⁸ y, de consiguiente, el asentimiento se convierte en un espejismo, generalmente agigantado por la apología. Pero en verdad, esta última también la hay cuando, aun siendo posible, y hasta lícita desde el punto de vista formal de la ley, no se produce a pesar de resultar necesaria. La omisión de la crítica es apologética, por regla general enmascarada.

2. DERECHO PENAL “CENTRAL” Y “PERIFÉRICO”. OBJETIVISMO Y SUBJETIVISMO PENALES

El Estado de derecho entraña el ideal, nunca bien satisfecho, de un poder autolimitado, pero también la aporía de que solo el poder limita o controla al poder. En la teoría y en la práctica, esto conduce a un círculo vicioso o hace ilusoria la efectiva posibilidad de los últimos controles. Pese a su insuficiencia, el Estado de derecho es la única opción frente a los autoritarismos y para el individuo representa igualmente la única posibilidad de no ser arrasado. El poder organizado afectará siempre al individuo, pero el grado y la forma de esta afectación serán muy distintas en un Estado liberal y democrático de derecho, esto es, en un Estado que en su actuación se rige por verdaderas normas de derecho, o en otro que no ofrezca esta característica.

Las cláusulas jurídicas que limitan, regulan y controlan el ejercicio del poder estatal, son las mismas que estipulan para los individuos un mínimo absoluto de garantías contra la fuerza bruta y el desenfreno de la autoridad y las mismas que protegen el núcleo de su personalidad contra una penetración sin cortapisas en el ámbito de su conciencia, su autodeterminación y su existencia privada. Tales

⁸ *Ib.*, pág. 127.

garantías son tan necesarias en los Estados de países desarrollados o centrales como en los de aquellos otros "en vía de desarrollo" o periféricos. Sin embargo, en estos últimos parece ser, circunstancialmente, más intensa y pertinaz la tentación del poder absoluto y resulta por esto más apremiante la necesidad del amparo: ellos deben asimismo cuidarse al máximo de su tendencia a la imitación de los primeros, pues en una sociedad desarrollada el Estado puede y debe exigir más de sus súbditos, en la medida en que les ha brindado más oportunidades. En los países desarrollados son sin duda rígidos los controles al poder estatal, pero son del mismo modo muy severas las exigencias que recaen sobre los individuos, así como su efectiva responsabilidad por posibles infracciones o faltas. En la medida en que, en los países del "Tercer Mundo", la población "disfruta" de un panorama mucho más estrecho y de oportunidades sociales y antropológicas bastante más reducidas, el nivel de exigencias no puede ser el mismo y el grado de responsabilidad o "culpabilidad" tiene que ser muy inferior, precisamente porque es mucho más intensa la corresponsabilidad de la sociedad en la "desviación". Sin embargo — parece una antinomia — los Estados que menos pueden exigir son aquellos que se enfrentan a mayores necesidades y demandas, están más en peligro de "caer en la tentación" del absolutismo y requieren por tanto de controles más inflexibles. Es como si a veces el Estado tercermundista quisiera resolver sus dificultades y penurias echando por el atajo de recortar los ámbitos de posibilidad existencial de los individuos⁹, minimizando así su propia "materia prima" al influjo de vientos aristocráticos venidos de cualquier parte, y, a la vez, como si el miembro (pobre) de este Estado (pobre también) quisiera echar amarras a la misma fuerza estatal de la que espera, y en su desesperación hasta demanda, una acción enérgica para la transformación de la sociedad y de la economía, aun a costa de los (demás) individuos. A veces, la ideología de los "países ricos" hace creer, de modo más o menos embozado, que una represión fuerte, constante y ejemplarizante es necesaria para contener el peligro local general de desorden y rebelión en los "países pobres", a cuyas gentes consideran —por lo menos de hecho y tácitamente— de alguna manera "seres inferiores" o "perversos" que no merecen mucho ni son capaces de buenas y serias empresas (o, como en "la época de bárbaras naciones", carentes de "alma", esto es, de dignidad y libertad y, en suma, de humanidad). Semejantes pensamientos, claro está, pocas veces expresados hoy con claridad, tienden a "legitimar" el *statu quo* de que dichas personas son víctimas, o bien propugnan para que se les imponga, desde fuera y por la fuerza, un "estado mejor", planeado por las "mentes superiores" de los poderosos, o bien por las "mentes iluminadas" de la clase dirigente interna¹⁰, que asume entonces una misión policiva, autoritaria, mesiánica y colonialista de "salvar" y "mejorar", aun a palos, a los de abajo¹¹. En todo caso es cierto, como lo recordaba el senador HUMPHREY de los Estados Unidos, que "las libertades políticas y civiles significan muy poco para una persona

⁹ ZAFFARONI, 1984, pág. 27.

¹⁰ POLITOFF, 1984, pág. 138.

¹¹ RADBRUGH, 1980, págs. 19-20 y ss.

que no puede alimentar y vestir adecuadamente a su familia debido a que se le ha negado acceso a nuestro sistema económico... Nuestras críticas de las violaciones de los derechos humanos suenan vacías en un sistema económico internacional dominado por las naciones occidentales industrializadas, que niega una participación equitativa a la gran mayoría del mundo en desarrollo"¹².

Ni qué decir hay que dichas peculiaridades señalan, en mi opinión, diferencias muy importantes, en profundidad y amplitud, en el ámbito de los derechos penales de unos y otros países. Estas diferencias, con todo, son de grado y no, desde luego, cualitativas, lo cual importa que no pocas veces una norma, institución o teoría jurídica posea signos ideológicos contrapuestos y pueda surtir efectos de muy diversa índole cuando se aplica o piensa de uno u otro lado. Esto es lo que ocurre con diversos aspectos de la dogmática penal de nuestros días, marcada profundamente por:

1º) una *concepción subjetivista del injusto*, derivada del normativismo imperativista de BINDING (el injusto está constituido de modo substancial por la violación del imperativo de la norma, por la infracción de deberes juridicopolíticos de respeto al Derecho y obediencia al Estado, más que por el quebrantamiento o la afectación de bienes jurídicos concretos que en última instancia no pueden pertenecer sino a individuos determinados)¹³;

2º) una *concepción eticizante del contenido de la culpabilidad* (culpabilidad como reproche eticosocial de los motivos de la formación de voluntad), emparentada con el mismo orden de pensamientos y consecuente con respecto a la hipertrofia del "desvalor de acto" a costa precisamente del "desvalor de resultado"¹⁴, y, en fin,

3º) una *concepción de la pena, y por ende del derecho penal, como instrumento de conformación de la vida espiritual del pueblo*, esto es, como medio de manipulación de la conciencia moral, el pensamiento y la ideología de los individuos (abandono de la retribución y retoma de la prevención, tratase de prevención general o especial, positiva o negativa)¹⁵. Se enfrentan aquí las concepciones que atribuyen al derecho penal una función preventiva y formativa de carácter eticosocial (*subjetivismo*), y las que, aun sin negar ese efecto, centran esa misión en la protección de los bienes jurídicos más importantes del individuo o la comunidad (*objetivismo*), funciones que desde luego están emparentadas estrechamente con la respectiva concepción de la norma penal, de modo exclusivo o prevalente, como *imperativo* (de conciencia) o *valoración* (de conducta externa)¹⁶. Parece indiscutible que el subjetivismo propicia un derecho penal más fuerte y de mayor cobertura, llamado a calar hondamente en la intimidad subjetiva de la conciencia moral de sus destinatarios¹⁷. Una tal tendencia no es políticamente saludable en los países latinoamericanos,

¹² HUMPHREY, 1981, pág. 169.

¹³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1982a, págs. 795 y ss.

¹⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1982b, págs. 954 y ss.

¹⁵ BARATTA, 1985; WELZEL, 1970, págs. 16-18 y 266-267; MIR PUIG, 1986, págs. 49 y ss.

¹⁶ HUERTA TOCILDO, 1983, págs. 13 y 20.

¹⁷ JESCHECK, 1981, I, pág. 11.

porque involucra un nivel de exigencia y responsabilidad demasiado elevado y severo para pueblos de reducidas oportunidades y porque de contera favorece la tendencia autoritaria y represiva de dichos Estados, de lo que resulta sacrificado siempre el individuo. El subjetivismo, de otra parte, tiende a mostrar que la responsabilidad radica exclusivamente en el individuo y apunta hacia una "responsabilidad subjetiva o ética absoluta"¹⁸, contribuyendo de esta guisa a encubrir la responsabilidad que a la sociedad cabe frente a la "conducta desviada"¹⁹.

El objetivismo penal (el injusto como vulneración de bienes jurídicos más o menos concretos, pero siempre concretos, de individuos determinados o determinables, de un lado, y, del otro, la culpabilidad como mera forma de relación volitiva —pero como tal también valorativa porque no hay volición sin valor— del autor con su acto y con los resultados de su acto), que, pese a algunas tendencias de renacimiento (BAUMANN), sobre todo en España (SÁINZ CANTERO, COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, RODRÍGUEZ MOURULLO), parece estar de capa caída en Europa (WELZEL, JESCHECK, WESSELS, JAKOBS, MIR PUIG), puede y debe continuar siendo el principal baluarte de los derechos fundamentales del individuo en sus relaciones con el poder punitivo de los Estados latinoamericanos en particular (JIMÉNEZ DE ASÚA, SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, NOVOA MONREAL, TERÁN LOMAS, REYES, ESTRADA VÉLEZ, LUIS CARLOS PÉREZ, AGUDELO). Es sencilla la razón: el objetivismo, que nunca puede desde luego ser entendido en términos absolutos (como no puede serlo tampoco el subjetivismo), propicia la aparición de un derecho penal menos amplio y drástico, que como tal se compagina de la mejor manera con el principio de la mínima intervención penal, y al mismo tiempo hace posible el funcionamiento más estricto de los controles al poder punitivo del legislador y de los jueces penales (ambas cosas no son más que el anverso y reverso de un mismo fenómeno, pues, como se ha dicho, lo que de un lado es control del poder del Estado, aparece y obra del otro como garantía individual). La menor amplitud del derecho penal de corte objetivista (clásico, liberal y democrático), se revela en la no punición de la tentativa imposible (al menos de la que proviene de inidoneidad absoluta de los actos o medios y de la inexistencia del objeto) ni de los "delitos inocuos" y putativos (principio de antijuridicidad material, carácter teleológico material de los tipos penales, naturaleza fragmentaria, accesoria y sancionatoria del derecho penal). Su menor severidad, que quizás solo consiste en el abandono de rigores innecesarias —y que de ninguna manera traduce lenidad, genera impunidad o desproteje la comunidad—, se aprecia con facilidad en el rechazo de las penas perpetuas e irredimibles o su tendencia manifiesta a abandonarlas, la diferencia de escalas punitivas para consumación y tentativa, de una parte, y autoría y complicidad, de la otra, pues el derecho penal, como último pero todavía "racional" recurso de control social, es entendido como un derecho de tipos de consumación y autoría

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, 1982, pág. 27.

¹⁹ HASSEMER, 1984, pág. 299; SANDOVAL HUERTAS, 1984, pág. 254.

en cuyo núcleo juega un papel decisivo el bien jurídico, no tanto como fin formal de la ley, sino sobre todo como "interés vital" del individuo o de la sociedad²⁰.

Es posible afirmar que los planteos precedentes arrojan un resultado en cierta forma paradójico, pues un derecho penal con muchos controles es al propio tiempo un derecho penal de muchas garantías y, por esto mismo, quizás, en apariencia, menos apto para las radicales y urgentes transformaciones sociopolíticas que se exigen o esperan de un Estado latinoamericano (o tercermundista, en general). Lo que cabría, sin embargo, cuestionar, es si la pena sí es realmente o puede ser legítimamente un instrumento adecuado para tales transformaciones, o para todas ellas. En caso afirmativo, el terror sería para esa transformación un arma preferible por su efectividad. Esto muestra, de un modo muy patético, que el cambio social, o su freno, por medio de la pena, implica un costo social muy elevado, pues la pena implica de modo ineludible el sacrificio total o parcial, permanente o temporal del individuo. Si, ello no obstante, hemos propuesto con insistencia que el derecho penal latinoamericano tiene que ser un "*derecho penal de la liberación*", es precisamente para destacar que la pena criminal no puede seguirse utilizando como medio para impedir el tránsito hacia una sociedad más justa, libre y digna²¹, en la que sea por tanto posible que impere en orden una cierta paz, la paz de un orden nuevo, el orden de una justicia democrática y liberatoria²². El derecho penal de los países latinoamericanos no puede seguir siendo tampoco un "obstáculo al cambio social" y, si bien no puede imponerlo, sí debe en todo caso promoverlo y propiciarlo²³, hasta convertirse en un "Estado de los derechos humanos"²⁴. De otra manera nuestro derecho penal no se moverá en el horizonte de la justicia y nuestros jueces, so pretexto legal de administrar esta última, solo estarán siendo utilizados como instrumentos represivos para la conservación y el incremento de las relaciones de gravísima desigualdad y huracanado desequilibrio que hoy nos rigen. Si cumplir un papel así es "hacer justicia", entonces hay que hacerle justicia a esta "justicia" y mostrarla como lo que es: una *justicia criminal*.

Ni por asomo significa lo anterior que en los países desarrollados o industrializados, que han logrado para sus pueblos un nivel de vida aceptablemente alto en general y rescatado para los mismos una más decorosa igualdad de oportunidades, el derecho penal esté condenado a ser, por contraste, un "derecho penal de la opresión" (generalmente conocido como "terror penal"). Es verdad que esos países tienen mucho más que conservar y, justamente como garantía irreversible para los individuos, tienen que conservarlo a toda costa, pero también lo es que a pesar de todo tienen y tendrán siempre mucho que cambiar, mucho por avanzar, pues no hay cambio social que represente el final del camino histórico, ni transformación

²⁰ LISZT, s/f, I, pág. 6; RUDOLPHI, 1975, págs. 329 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, 1982, págs. 72 y ss.

²¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1984.

²² FRAGOSO, 1984b, págs. 449 y 456.

²³ BARATTA, 1986a, págs. 163-164.

²⁴ BARATTA, 1986b, pág. 435.

sociopolítica tan radical que no conserve la posibilidad de detenerse y aun de devolverse, como es consubstancial al destino histórico esencial de la libertad humana. Ellos, que han recorrido más camino, se mueven igualmente hacia un horizonte más lejano, pues es propio de la libertad que cada conquista abra aún más el horizonte de la historia; pero, a la vez, estos nuevos trayectos podrán ser recorridos con una esperanza más recia y una confianza más fundada. Para ellos está, entonces, el “derecho penal de la esperanza”, en trance de utopía hacia “algo mejor que el derecho penal”²⁵, que funcionaría sobre mínimos precarios y en todo caso bajo la apremiante esperanza de no tener que adicionar ya más dolor e irracionalidad sobre la tierra, tal vez incluso como algo todavía mejor que el sistema de medidas y mejoras en que pensaba RADBRUCH al escribir la frase celeberrima que, en el fondo, remite la esperanza al pensamiento de una liberación del derecho penal. “En este sentido, la política de justicia social, el respeto a los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales en una sociedad, son algo más que una política criminal alternativa: son la verdadera alternativa democrática a la política criminal”²⁶. El objetivismo parece ser por ello también la orientación adecuada para estos países, que, contrariamente a lo que sostienen hoy muchos de sus juristas, si desean avanzar por una línea adecuada deben continuar suavizando (y restringiendo) el derecho penal en su totalidad y no solo en lo atingente a la ejecución de las penas.

3. LAS GARANTÍAS PENALES Y SUS LÍMITES. PENA Y CONCIENCIA MORAL

La necesidad de protección del individuo es, en el derecho penal, mucho más intensa que en las otras ramas del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el derecho penal maneja los recursos jurídicos más severos y destructivos, el principal de los cuales es la pena. La racionalidad de la pena depende de que solo se la emplee cuando es estrictamente necesaria e imprescindible, esto es, cuando cualquier otro recurso jurídico del Estado es insuficiente para el control de determinadas situaciones sociales. La necesidad, empero, no basta para la legitimación de la pena, pues esta ha de usarse también en forma proporcional y aplicarse con el máximo de garantías formales y materiales. Cualquier cosa que de ella se piense, lo propio de la pena es penar, esto es, afectar al individuo con ciertas privaciones, regularmente muy graves en su calidad y sus consecuencias. Esta gravedad de los recursos punitivos es la que determina, en los Estados de derecho socio-liberales, su carácter de *ultima ratio* y la inaplazable e indeclinable exigencia politicocriminal de su legalidad, proporcionalidad y humanitarismo. Solo si la pena se reconoce como un *mal necesario*, o, quizás mejor, como lo expresaron los redactores del Proyecto Alternativo Alemán, una “amarga necesidad”²⁷, resultan comprensibles e inderogables los principios politicocriminales en que se funda actualmente, siguiendo

do una tradición que tomó su máximo vigor con la Revolución Francesa. Reconocerla como un *mal* implica asimismo que se la admite en su carácter de algo en cierta forma y grado “irracional”, que como tal solo se torna “racional” con la máxima limitación²⁸, que justamente conduce, en la teoría y en la práctica de cada sociedad y cada época, al *mínimo de derecho penal* (en sentido cualitativo y cuantitativo: menos delitos, menos penas, menos personas alcanzadas por la pena, menos dolor a los penados y más humanitarismo en todo el ámbito del derecho punitivo). El pensamiento penal del “menor mal (y el mayor bien) posible” (dentro de lo que, del modo más estricto, es socialmente necesario y útil) no postula que la pena sea o deba ser tan solo un “mal” (para el sujeto que la sufre y la sociedad que la impone), sino que de hecho ella daña en todos los casos, y daña o aflige incluso cuando logra cumplir mejor las funciones “buenas” que se le asignan. Pero la aplicación racional de ese principio significa que con la pena (amenaza y, sobre todo, ejecución penal) debe procurarse el “mayor bien posible”, pues no se trata de administrar una justicia absoluta y metafísica, sino de lograr ciertos beneficios sociales (utilidad racional de la pena). En efecto, “no aparece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena solo consista en un mal; otra cosa es que lleve como su efecto necesario un mal”²⁹. Huelga recalcar, de otra parte, que el derecho penal tradicional, conceptualista y garantista a la vez, ha desembocado en un sistema punitivo fuertemente conservador y autoritario (pero no totalitario) que debe ser superado históricamente y científicamente³⁰ en un nuevo esquema social, crítico, liberal y democrático.

No obstante que se utilice como último recurso y en la menor medida posible, la pena no deja de ser un mal y por ende algo irracional, es decir, algo que impone dolor y representa un muy alto costo social y humano³¹. Ni las garantías penales ni los derechos humanos convierten la pena en un “bien” por sí misma, ya que no la pueden mutar en premio o en aplauso, ni evitar que cause sufrimiento; ellos pueden cumplir la labor, modesta y trascendental a la vez, de prevenir la minimización o el aniquilamiento del individuo por el terror penal o por la pena inhumanitaria, del mismo modo que la deshumanización que tienden a generar las penas (y medidas de seguridad) privativas de la libertad de larga duración; pero también sirven a la función de preservar, coetáneamente, el orden establecido —en cuanto relativamente justo y democrático— frente al peligro del desorden, la inseguridad y la anarquía, para no caer en el bello sueño abolicionista que, por sus implicaciones de utopía inconcreta, deja al individuo a merced de los poderes incontrolados (o menos controlables) de las comunidades vecinales o laborales, o del nudo poder administrativo de la policía de seguridad. Sin duda, al fondo de la perspectiva crítica, liberal y democrática se encuentra siempre la abolición como última y extrema consecuencia

²⁵ RADBRUCH, 1980, pág. 69 y 1959, pág. 221.

²⁶ BARATTA, 1986b, pág. 434.

²⁷ HASSEMER, 1984, pág. 300; GIMBERNAT ORDEIG, 1981, pág. 116.

²⁸ COSSIO, 1954a, págs. 297 y 299-300.

²⁹ BUSTOS RAMIREZ, 1986, pág. 74.

³⁰ BUSTOS RAMIREZ, 1982, pág. 122; CHRISTIE, 1984, pág. 70.

³¹ LARENZ, 1985, pág. 99.

lógica de un consecuente principio de mínima intervención³². Por esto HULSMANN ha podido decir que la esperanza abolicionista, lejos de ser utópica, “se presenta como una necesidad lógica y una actitud realista, como una exigencia de la equidad”³³, pero sin poder desconocer, sin embargo, que “de todas maneras, se haga lo que se haga, determinados problemas no serán arreglados”^{33 bis} y que la *supresión de la mecánica penal no comporta la desaparición de toda coacción, ni siquiera de toda coacción policiva*^{33 ter}, lo que en definitiva deja la sensación de que solo se trata del cambio de un derecho penal por otro, o, lo que es peor, por una policía penal y una pena policiva o descentralizada.

Lo que sin duda puede frente a ello asegurarse es que a *mayor justicia social, menos delitos* y por tanto menor necesidad de penas criminales, aunque no deje de ser cierto, ahora y tal vez siempre, que *las normas sociales serán siempre violadas, al menos mientras ellas, la sociedad y el hombre de que dependen sean imperfectos*. El hombre es ser finito, falible y claudicante y, mientras lo sea, no podrá vivir en la paz inalterable de los ángeles que ganaron la batalla, aunque tampoco esté predestinado a la guerra total. Lo que, en fin, resulta esencial en el derecho penal como último recurso legítimo de control social, no es solamente la actuación previa del derecho extrapenal para la solución de los conflictos sociales, sino en especial *el previo despliegue de una política social que ataque los males por la raíz* y los reduzca en lo posible al mínimo³⁴, abriendo al tiempo el mayor campo para el funcionamiento de la libertad y la realización de las necesidades básicas del individuo³⁵.

La urgencia de las garantías penales es de tal entidad que regularmente se las incluye en la Constitución, cuyas cláusulas suelen exigir, con mayores o menores rigor y claridad, que no hay pena criminal sin previa, estricta y cierta ley escrita (*nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa*), con lo que se prohíben las penas que pudieran aplicarse con base en la costumbre o la analogía, o con apoyo formal en leyes retroactivas o vagas. Por “ley escrita” ha de entenderse, en este contexto, exclusivamente la ley en sentido formal, expedida por un congreso o parlamento que en verdad represente la “voluntad general”, esto es, por lo menos, el querer de las mayorías³⁶.

Mientras las dos primeras garantías (prohibición de retroactividad y derecho consuetudinario) pueden considerarse bastante bien logradas en los Estados democráticos de la actualidad, las dos restantes permanecen con muchas dificultades y restricciones. Así, en países latinoamericanos, como Colombia (Const. Nal., arts. 28 y 121), sigue reconociéndose al ejecutivo competencia extraordinaria para expedir decretos con fuerza de ley y contenido penal o criminal (creación de delitos y penas),

³² SANDOVAL HUERTAS, 1985, pág. 5.

³³ HULSMANN, 1984, pág. 55.

^{33 bis} *Ib.*, pág. 93.

^{33 ter} *Ib.*, págs. 102 y 103.

³⁴ NOVOA MONREAL, 1977, págs. 74-75.

³⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1979, II, pág. 169; BARATTA, 1986b, pág. 434.

³⁶ JESCHECK, 1981, I, pág. 180; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986a, págs. 82-83.

sobre todo en las llamadas épocas de “estado de sitio”, cuyo carácter jurídicamente excepcional o “anormal” no ha impedido que en la práctica se vuelvan regla general y rijan por muy largos períodos³⁷. Y prácticamente en todo el mundo se encuentra hoy mal realizado el principio de determinación del delito (y a veces también el de determinación legal de la pena), permaneciendo en discusión la inconstitucionalidad de los llamados “tipos abiertos” y aun la de los “tipos indeterminados”, que —como WELZEL señalaba— representan en la actualidad el mayor peligro contra las garantías penales³⁸, pues el tipo vago elude la cláusula de la reserva legal ínsita en el principio de legalidad del delito y de la pena, y en cierta forma y medida desplaza hacia el criterio subjetivo del juez —desde luego manipulable ideológicamente— la competencia para precisar la materia de lo prohibido y conminado con pena criminal.

Otro asunto todavía problemático es el que se relaciona con el humanitarismo de la pena y el respeto que también esta ha de mantener por la dignidad del hombre como persona y la autonomía de la conciencia moral del individuo³⁹. Aún no está bien claro en la doctrina y en las leyes penales de nuestra época que la pena no sea un instrumento adecuado para configurar la conciencia ética del individuo, en cuya conformación el Estado, sin confundir la moral con el derecho y el delito con el pecado, puede influir lícitamente tan solo por medios no-coactivos (los llamados “aparatos ideológicos” del Estado)⁴⁰, pues de otro modo suprime de un solo tajo la libertad de conciencia, pilar fundamental de la democracia liberal y piedra de toque de los derechos humanos. La crisis de la resocialización entra aquí en juego, lo mismo que las penas perpetuas o irredimibles (y, claro está, las infamantes que todavía subsisten en algunas partes) y la estigmatización duradera (sobre todo la que se proyecta *jurídicamente* sobre la vida futura del convicto y socialmente con mayor rigor sobre el convicto más débil).

La pena, en todo caso, daña, pero no obliga. La obligación, como vínculo de conciencia y pauta ética de conducta, no dimana de la pena misma, sino a lo sumo e indirectamente de su amenaza, de la intimidación (prevención negativa) y de la fuerza ético-formativa de las conminaciones penales (prevención positiva). La amenaza de pena criminal en particular, o de coacción estatal en general, transmuta la obligación moral, privándola de su peculiar autonomía. Es demasiado si el Derecho no se contenta ya con ser pauta ordenadora de la conducta social (externa e intersubjetiva), sino que quiere instalar sus imperativos heterónomos en el más íntimo hogar de la subjetividad, pretendiendo por la fuerza convertirlos en instancias de la conciencia moral. No se discute si esta función podría hacer más efectivo el orden jurídico, sino la legitimidad de semejante pretensión, que ya no le deja al individuo ni el derecho a la elección moral de los patrones de su conducta personal, su desenvolvimiento privado y su propio pensamiento. Si la pena pretende un “que-

³⁷ REYES, 1986, págs. 254 y ss.

³⁸ WELZEL, 1970, pág. 40; SOLER, 1956, pág. 283.

³⁹ NOVOA MONREAL, 1983, pág. 33; WELZEL, 1962, pág. 87.

⁴⁰ ALTHUSER, 1974, págs. 28 y ss.; BODENHEIMER, 1946, pág. 88.

rer materialmente correcto"⁴¹ y no solo una conducta formalmente correcta, se ha llegado a los límites de la individualidad y entregado esta, sin restricciones ni reservas, a la "misión espiritual" del Estado, esto es, de la fuerza organizada como Estado. De que el "derecho justo" obligue en conciencia⁴² no se deriva que esa obligación ética sea relevante para el Derecho y autorice al Estado para escudriñar la conciencia moral del individuo en cualquier caso, v. gr. so pretexto de examinar procesalmente las bases de una culpabilidad material en cuanto reprochabilidad de los motivos internos. Las obligaciones morales que el orden jurídico pueda inaugurar revisten interés para la ética, no para el Derecho, pues este no busca la "moralidad" sino únicamente la "legalidad"⁴³ de la conducta externa social.

La polémica objetivismo-subjetivismo⁴⁴ tiene que ver con estas cuestiones y no es por tanto un academicismo⁴⁵. El contenido éticopolítico de esta polémica está en juego en el eje jurídicopenal Europa-América Latina⁴⁶ y el sentido de su opción depende, en mi sentir, de la *actitud crítica* que en los últimos años se ha despertado en el derecho penal latinoamericano (JUAN BUSTOS RAMÍREZ, EDUARDO NOVOA MONREAL, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, CARLOS SANTIAGO NINO, ROBERTO BERGALLI, ALFONSO REYES ECHANDÍA, LUIS CARLOS PÉREZ, EMIRO SANDOVAL HUERTAS, JAIME MALAMUD GOTI, NÓDIER AGUDELO BETANCUR, ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, etc.), que sin duda entronca con importantes vertientes del pensamiento penal europeo (ROXIN, GIMBERNAT ORDEIG, HASSEMER, MUÑOZ CONDE) y, en mi concepto, se enfrenta dramáticamente con otras, como es el caso de las variantes del subjetivismo, que en América Latina practican sobre todo los finalistas "ortodoxos" (ZAFFARONI, BACIGALUPO, CURY), y que en Europa van de WELZEL y la "Escuela de Kiel" a JAKOBS y MIR PUIG, pasando por GALLAS y JESCHECK, con todo y las diferencias internas que median entre ellos.

4. HACIA UN "DERECHO PENAL DE LOS DERECHOS HUMANOS"

La protección de los derechos fundamentales de la persona humana, que pronto adquirió carta de naturaleza en las constituciones de los Estados modernos⁴⁷ ha logrado en nuestros días una nueva y trascendental conquista. Como lo puso de presente la segunda guerra mundial con la experiencia nacionalsocialista, las garantías constitucionales no son suficientes. Las constituciones pueden cambiarse, las normas de garantía redactarse de manera equívoca y también violarse flagrante y masivamente. Era, pues, necesario que interviniera, si no la fuerza, al menos si

⁴¹ JESCHECK, 1981, I, págs. 320 y 324.

⁴² WELZEL, 1962, págs. 94 y 102 y ss.

⁴³ Ib. pág. 94.

⁴⁴ HUERTA TOCILDO, 1983, págs. 24-34.

⁴⁵ NINO, 1981, págs. 248, 273 y 350.

⁴⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986a, págs. 244-247.

⁴⁷ GARCÍA RAMÍREZ, 1976, págs. 17 y ss.; RODRÍGUEZ, 1981, págs. 110-116.

la presión de la opinión internacional. Ello ha sido logrado gracias a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, emanada de las Naciones Unidas (1948), en cuya proyección se observa la tendencia a pasar de los efectos meramente declarativos a los obligatorios (imperativos de conducta internacional)⁴⁸, tendencia también ya manifiesta en los dos *Pactos Internacionales* (el de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos, sociales y culturales, adoptados ambos en 1966 pero vigentes apenas sí desde 1976). Muchos e importantes convenios multilaterales y regionales se han producido desde entonces, como la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (Roma, 1950) y la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* (San José, 1969), instrumentos que hacen posible hoy hablar de un verdadero "derecho internacional de los derechos humanos". Pero hay que tener en cuenta, en primerísimo plano, que "el tipo más importante de medida de aplicación es asegurar que las obligaciones correspondientes a los derechos humanos están incorporadas en el propio derecho interno de un Estado y que el derecho interno también proporciona un sistema efectivo de remedios nacionales a violaciones de esas obligaciones"⁴⁹.

Las tradicionales garantías penales han pasado, entonces, a la categoría de "derechos humanos internacionales", lo que determina que su reconocimiento y respeto no sea ya mera cuestión del derecho interno de cada país. De esta manera, los Estados contraen la obligación jurídica, exigible por los otros Estados o por la comunidad internacional, y a veces coaccibe por medio de tribunales internacionales, de reconocer y respetar internamente los derechos fundamentales del hombre como persona digna, libre, responsable y éticamente autónoma, dotada de la racional aspiración a la paz y la justicia, merecedora de un tratamiento igualitario (no discriminatorio ni basado en privilegios) y apta para participar activamente en la configuración del destino histórico, instrumentos con los que puede conferir un sentido respetable a su existencia.

La doctrina de los derechos humanos, que comenzó como "derecho natural" y ha cristalizado ahora como derecho internacional, contiene sin duda una valoración esencial del hombre como persona, esto es, como fin en sí mismo, fin absoluto e irreductible que otorga la pretensión de no ser tratado en caso alguno como medio para los fines de otras personas o de la colectividad. Lo nuevo e importante en esta evolución es sobre todo la obligatoriedad jurídica del reconocimiento y respeto de esas valoraciones por parte de los Estados. Es claro, sin embargo, que las deficiencias de la coacción internacional no permiten por el momento la perfección de los controles, pero es ya un gran paso que pueda utilizarse la presión y tal vez hasta ciertas represalias internacionales para forzar al cumplimiento de dicha obligación y que en muchos casos el incumplimiento pueda deshacerse por ciertas jurisdicciones internacionales que, por desgracia, no rigen todavía en América. En este campo, de consiguiente, la evolución apenas ha comenzado, y ante todo es necesario que lo derechos humanos internacionales se tornen derecho interno y

⁴⁸ VASAK, 1974, pág. 347.

⁴⁹ BILDER, 1981, pág. 21.

adquieran en este mecanismos eficientes de observancia y control. También es manifiesto en el mundo actual que los Estados con mayor propensión al autoritarismo (que no queda mal caracterizar como “poder sin derecho”), exhiben muy poco interés en signar tal tipo de tratados públicos y se muestran aún más renuentes, desde luego, a la creación de jurisdicciones supranacionales. Empero, en el actual estado de cosas no veo clara la conveniencia de que se establezca una fuerza pública internacional, que sería peligrosa sobre todo para los países “dependientes”.

5. LOS DERECHOS DEL HOMBRE AL INTERIOR DEL DERECHO PENAL

Reviste ahora la máxima importancia determinar si la dogmática jurídica en general, y la juridicopenal en particular, tienen o no un papel que jugar o una misión que cumplir en este proceso de solidificación jurídica de los valores fundamentales de la persona humana. Me parece que ello no solo es posible sino también necesario y representa una tarea impostergable que en mi opinión ha comenzado ya a forjarse en lo que se llama la *nueva tendencia politicocriminal*, que sistemáticamente comenzó con CLAUX ROXIN, en Alemania, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG en España y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, EDUARDO NOVOA MONREAL, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, SERGIO POLITOFF y CARLOS SANTIAGO NINO en América Latina, y que NÓDIER AGUDELO, ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, FERNANDO VELÁSQUEZ y nosotros mismos hemos tratado de impulsar e implantar para y desde Colombia. He tratado el asunto con alguna amplitud en reciente ocasión⁵⁰ y ahora me propongo reexponer tan solo las líneas esenciales de la argumentación y, a partir de ellas, buscar un desarrollo concreto para la construcción de un “derecho penal de los derechos humanos”, que es la meta más apremiante de la política criminal de nuestros días y la tarea prioritaria en que ahora se encuentra en número creciente de penalistas latinoamericanos, y buscar un desarrollo concreto para un posible derecho penal basado en los derechos humanos y categorizado por sus valoraciones esenciales. Se trata, en síntesis, de que los derechos humanos sean incorporados a la dogmática penal como “criterios preponderantes de valoración”, al interior del sistema y de cada uno de sus conceptos fundamentales, sin resignarse al utilizarlos como simples pautas politicocriminales externas (extralegales, por tanto) de corrección o morigeración de los excesos panlogistas del formalismo jurídico. De esta manera, los derechos humanos alcanzan el máximo de eficacia en el sistema de la justicia penal y adquieren la coactividad propia de las normas penales del derecho positivo interno, sin perder la peculiar presión de las normas del derecho internacional y de la opinión de la comunidad de naciones. La ciencia dogmática del derecho penal adquiere así conciencia de su propia politicidad y por tanto de sus implicaciones sociales y responsabilidades políticas⁵¹. Las categorías jurídico-penales son categorías politicosociales —siempre lo han sido, pero muy pocas veces de un modo cons-

⁵⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986b, págs. 267 y ss.

⁵¹ FRAGOSO, 1984a, pág. 441.

ciente y total—. La inseparabilidad de dogmática del derecho penal y política criminal, sin embargo, no ha de hacernos retroceder a “un derecho penal sin derecho” y por esto la dogmática y el sistema no pueden en modo alguno abandonarse, aunque ahora ya no importen tanto por la grandiosa perfección arquitectónica de su coherencia lógica y su congruencia formal con la ley, sino ante todo por la justeza con que desarrollen los derechos fundamentales del hombre y el acierto con que satisfagan, proyecten y dinamicen las supremas valoraciones contenidas en ellos, en las normas rectoras y de garantía, en los “principios del derecho justo” y en el ideario democrático de la comunidad.

El poder jurídico estatal es fuego y la pena es en él el punto de mayor calor. La ciencia del derecho penal tiene que colocarse a sí misma en condiciones de poder manejar, dirigir, encauzar, controlar ese fuego, sin limitarse a la no siempre efectiva labor de echarle agua desde fuera a sus desbordamientos o enardecimientos. La dogmática juridicopenal, antes de la mano de la política criminal, la alberga ahora en su seno, la introyecta a su método, sus principios y sus conceptos. Ella, por cierto, no puede impedir que el Estado queme con el fuego de la pena criminal, pero sí debe prevenir que alcance a un número demasiado grande (innecesario) de personas, o calcine a las que toca en sus maniobras selectivas. El fuego de la pena es socialmente necesario, pero no debe quemar más de lo necesario. Solo si se usa con ciertos criterios de moderación, prudencia, utilidad, necesidad y justicia, ese (o cualquier otro) fuego es útil y productivo. Los derechos humanos han de pasar de su papel de *barrera externa de contención*⁵² al inmanente y esencial de *elemento interno autorregulador* de la amplitud e intensidad del fuego punitivo estatal; y ello, no porque no cumpla bien la primera función, sino porque posee aun mayor capacidad de rendimiento y sin su introyección el derecho anda al garete en busca de sus primeros fundamentos de justicia material y social. Cómo es ello posible, si lo es, se mostrará sucintamente en los siguientes párrafos, siempre sobre el principio de que el derecho es lógica pero también valor, sistema pero también política, verdad (formal) pero también justicia (material).

6. LA DOGMÁTICA POSITIVISTA TRADICIONAL

Sobre todo a partir de la teoría pura del derecho de KELSEN, la teoría imperativista de las normas de BINDING, la “jurisprudencia de conceptos” (sin que propiamente se escape la “jurisprudencia de intereses”) y la consolidación del método jurídico, dogmático o tecnicojurídico (IHERING en Alemania y ROCCO en Italia), se impuso en la ciencia del derecho la convicción, casi axiomática, de que el derecho es un asunto meramente tecniconormativo, en cuyo estudio resulta indebido mezclar problemas o consideraciones de índole social, económica, moral o política⁵³. La dogmática panlogista, fruto decantado del positivismo, considera que la tarea esen-

⁵² NOVOA MONREAL, 1983, cap. II.

⁵³ ARMIN KAUFMANN, 1977, pág. 365; KELSEN, 1982, pág. 15; ROCCO, 1978, págs. 10-11.

cial de la ciencia jurídica consiste privativamente en la interpretación logicogramatical (a lo sumo adornada con ciertos tintes teleológicos) de las normas jurídicas y en la construcción de un sistema formal coherente de conceptos y principios que armonice con el derecho positivo de cada país y permita la práctica racional, igualitaria, segura y previsible de la administración de la justicia penal⁵⁴, sin la menor consideración por las necesidades y conveniencias, presupuestos y efectos sociopolíticos de la ley o de la ciencia⁵⁵, de los que deben ocuparse, según se dice, los especialistas de las respectivas disciplinas, en modo alguno el jurista como tal.

Según este orden de ideas, el derecho es la ley o está contenido en la ley y la labor del jurista se limita a desentrañar el sentido gramatical y lógico de las leyes para construir un sistema coherente de proposiciones jurídicas que resulte congruente con el derecho positivo. A tono con esto, el método jurídico se circunscribe al empleo perfeccionista de la lógica jurídica formal. De esta manera, el derecho es tratado como pensamiento y la racionalidad de la ciencia jurídica, su cientificidad, depende de que se observen las reglas de la lógica formal y, con base en ellas, se elabore un discurso racional. Se supone, de una parte, que la ley es sabia⁵⁶ y como tal consulta las necesidades reales de la población (no suponerlo sería un irrespeto a la "majestad de la ley"), y, de otra, que el desenvolvimiento pura y estrictamente lógico, formal y conceptual de los textos normativos y de los principios en que se inspiran, ha de arrastrar derecha y forzosamente a conclusiones rectas para la lógica racional del discurso, esto es, verdaderas, que resultan ser al mismo tiempo las más adecuadas, saludables o justas para la solución de los correspondientes conflictos sociales, o sea para la realización social de la justicia [*dura lex, sed lex*]. Existiría, de consiguiente, una especie de armonía preestablecida entre la verdad logicoformal del discurso jurídico y la justicia material o sociopolítica de las soluciones, como si la justicia consistiera en mera y llana verdad logicosistemática. Todo sucede como si la verdad logicoformal del derecho hubiera de arrastrar sin remedio a la justicia de las decisiones (ya que las leyes, en cuanto sabias, se reputan igualmente justas).

La interpretación logicoformal de las normas del derecho positivo y la construcción severamente racional de un sistema coherente y completo de proposiciones jurídicas compatibles con el mismo, son las herramientas para que el jurista —ajeno a todo tipo de valoraciones, como se predica que debe serlo en general todo científico— descubra el derecho verdadero, que tiene que ser a la vez derecho justo puesto que se deriva de la ley en forma logicoracional. Todo esto presupone, como ya se indicó, que la justicia se corresponde, casi que mágicamente, o al menos por virtud de la autoridad *omnipotente* de la ley, con la lógica implacable de la interpretación de las normas y la construcción del sistema de derecho y que la verdad formal de las proposiciones así extraídas y engarzadas garantiza la justicia (¿material?) de las conclusiones y por ende del propio sistema de la justicia penal. Por este

⁵⁴ LISZT, s/f., I, pág. 6; ZAFFARONI, 1980, pág. 156; GIMBERNAT ORDEIG, 1981, págs. 126-127.

⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, 1986, pág. 217.

⁵⁶ NINO, 1974, págs. 88 y ss.

camino, la ciencia del derecho pasa de lo teórico a lo especulativo, sin que importe lo aberrante de las consecuencias prácticas, y se convierte en un ejercicio logicoconceptual cada vez más refinado, complejo y abstruso, marginado de las realidades sociales de la vida, de los problemas que esta crea. Sin duda el positivismo jurídico reconoce o menciona que la ley pretende la solución de ciertos conflictos sociales, pero el jurista no ha de trabajar con estos sino con aquella, reducida a su dimensión de pensamiento y lenguaje, como una ciencia natural cualquiera, a menos que no quiera ser "ciencia". Así las cosas, la dogmática del derecho no pasa de ser lógica jurídica formal y gramatical de los textos legales. Se presentaría por tanto una muy curiosa similitud metodológica entre las ciencias jurídicas y las disciplinas que estudian los objetos ideales, como la matemática pura o la lógica formal, en las que predomina la deducción racional abstracta, y las que se refieren a los objetos metafísicos, como la teología o la metafísica, en las que prepondera la deducción especulativa. Pero este pensamiento es contradictorio, pues el modelo positivista de ciencia (procedente de NEWTON, KANT y COMTE) exige que se trate únicamente con proposiciones verificables empíricamente y por lo mismo referentes a "hechos" que se encuentran de alguna manera en la experiencia sensible, notas que no se pueden predicar fácilmente del pensamiento como tal, ni del derecho y de seguro tampoco de la hermenéutica como arte de desentrañar el contenido significativo de cierto lenguaje, para el caso el lenguaje más o menos cifrado de la ley.

De otra parte, el concepto positivista de ciencia es por completo inutilizable frente a los objetos culturales, sociales y valorativos. Dicho concepto implica, en efecto, la "neutralidad" estimativa del científico, el ejercicio por su parte de un mero "conocimiento de espectador", esto es, de observador imparcial que no se compromete con el dato mismo, caso de que ello sea posible. Este tipo de conocimiento no es desde luego posible frente a objetos que no consisten en una objetividad natural e invariable, sino que se ofrecen, en su específica objetividad histórica, como objetos transidos de valor, consubstanciados con este. Si una disciplina tiene como objeto de estudio un objeto cultural, no puede prescindir de su valor, es decir, de su interpretación y comprensión, pues no hay otra forma de abordarlo cognoscitivamente. Mas no por ser el objeto cultural requerido de valoración y exigir para su captación un "conocimiento de protagonista", es su conocimiento menos "objetivo", ya que conocer el valor de un objeto es algo muy distinto de propugnar ese valor. La comprensión de un valor de ninguna manera equivale a su aceptación, salvo como existencia; uno puede perfectamente vivir o revivir un valor sin compartirlo, antes bien, adoptando ante él una postura crítica. Lo que compromete no es el conocimiento del valor, sino la actitud personal ante él, que puede ser más o menos crítica. Quien niega la existencia objetiva (intersubjetiva) del valor o lo reduce a emociones personales y pasajeras, no está en capacidad de distinguir entre una muerte natural y un homicidio, por ejemplo, y entonces para él la vida social será de verdad incomprensible y también invivible. Nadie vive, sin embargo, en la "realidad objetiva" o en la naturaleza, sino de hecho y de derecho siempre ya en la sociedad, valorando y valorado. El propio concepto de "naturaleza" es cultural, como lo prueba el llamado pensamiento primitivo,

que no lo discierne del de "sociedad". ¿No vive acaso el hombre en una realidad que, siendo cultura y no naturaleza, historia y no causalidad física, es tan objetiva como la "realidad natural" de los científicos positivistas? ¿O es, por ventura, la realidad humana, menos real y menos empírica, por ser humana y no natural? ¿O no sucede, más bien, que en los valores, como en la naturaleza, el conocimiento puede darse como *doxa* o como *episteme*?

7. LÓGICA Y JUSTICIA, SISTEMA Y VALOR

Si la suposición simplista de que la ley es sabia y, además, justa, solamente porque es la ley, y la presuposición asombrosa de que la justicia material del derecho se desgrana de su verdad logicoformal (que implica nada menos que la derivación del valor o "deber ser" a partir de proposiciones del ser, esto es, de proposiciones relativas al ser del derecho positivo) fueran ciertas, es posible que el estilo del pensamiento que acaba de describirse pudiera conducir a algo bueno. Pero la verdad es que siempre ha habido y habrá leyes torpes o injustas, ora porque no enuncian correctamente su objeto, bien porque pretenden provocar o preservar un estado de cosas injusto. Injusticia es, por el momento, desigualdad, opresión y miseria, pero también capricho, arbitrariedad y privilegio, desorden, ritualismo, inseguridad y violencia.

Por mucho tiempo, la dogmática penal se ha planteado la "aporía" que implica el reconocimiento de que existen en su seno soluciones "dogmáticamente correctas" (deducidas con rigurosa lógica de los principios y conceptos del sistema de derecho penal, verdaderas por tanto) que resultan, sin embargo, "políticocriminalmente insatisfactorias", esto es, sin más, incompatibles con el valor y el sentimiento de justicia⁵⁷. Esto la ha llevado, en los últimos años, sobre todo a partir del *Proyecto Alternativo Alemán* (1966), a un viraje consistente en admitir la *penetración del sistema penal por consideraciones de política criminal* —que en definitiva se inspiran en la práctica y no en la teórica de la justicia—, que operarían desde fuera para corregir o atemperar los excesos del preciosismo... logicosistemático⁵⁸. La experiencia nazi mostró, de otra parte, que, como lo había advertido MAQUIAVELO, los principios sirven para todo y en especial para que los ojos se aparten de las dolorosas y conflictivas realidades de la tierra⁵⁹, de modo que con un sistema formal de principios, conceptos, leyes, procedimientos y sentencias se puede "legitimar" prácticamente cualquier contenido. Al encubrir la realidad y manipularla, el positivismo jurídico se revela como parte esencial de una "ideología política" y cae de un solo golpe su pregonada "neutralidad científica".

Ya en 1959 escribía WÜRTEMBERGER, "que hoy, en contraste con el tan vituperado pensamiento neokantiano, la metodología de la dogmática penal viene manejada sin preocupación y también con incertidumbre o inconciencia de las consecuencias del punto de vista particular"⁶⁰. Sin embargo, también él creía que la vincula-

⁵⁷ ROXIN, 1972, pág. 19.

⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, 1986, págs. 195 y ss.

⁵⁹ MERLEAU-PONTY, 1964, pág. 279.

⁶⁰ WÜRTEMBERGER, 1965, 9 y 68.

ción del sistema con el "pensamiento problemático" de la realidad social y concreta de la vida, aparejaba la consecuencia de "hacer irrealizable el pensamiento de un sistema de dogmática totalmente autosuficiente y libre de contradicciones"⁶¹. A lo mejor, esta dificultad no tiene por qué seguir siendo válida: lo será mientras los problemas de la vida (captados por la "política criminal") se tomen solo para construir *al lado* y no *dentro* de la dogmática misma, o sea para corregir desde fuera la inflexibilidad del sistema logicoformal; pero probablemente no subsistirá si la dogmática no se circunscribe a construir un sistema coherente de conceptos y principios formales, sino que mejor se lanza a edificar un *sistema abierto y congruente de conceptos y valores* (conceptos valorativos) que consulte al mismo tiempo la lógica y la política y por tanto se valga de una *lógica valorativa* (axiológica) y no de una simple lógica formal. Para WÜRTEMBERGER estaba claro ya, de todas maneras, que el penalista, como cualquier jurista, debe ante todo cifrar "su máximo interés en los más altos valores morales de la justicia, la certeza jurídica y el respeto de la personalidad"⁶².

De un modo parecido pensaba TRIEPEL, ya en 1926, al destacar que un formalismo jurídico como el kelseniano solo pudo desarrollarse a costa de un vaciamiento del contenido del Derecho y que la pretensión, propia de la jurisprudencia constructiva, de "poder dominar la totalidad de la materia del ordenamiento jurídico sin juicios de carácter valorativo" no era más que un autoengaño⁶³. La dogmática, pues, se regocijaba en su delimitación como ciencia en el sentido positivista, sin poder serlo ni abandonar del todo semejante pretensión⁶⁴. Lo que de ninguna manera implica el aparatoso descalabro de un derecho penal atenido exclusivamente al sistema, es la renuncia al pensamiento racional, esto es, el abandono simplista de la dogmática tradicional. Solo se trata en verdad del retorno (político) a la justicia social y a la vida, sin que haya de caerse por esto en la irracionalidad del intuicionismo o del sincretismo, pues precisamente este desenlace es obstaculizado por la formación del jurista en la dogmática y el arsenal de depurados conceptos y principios jurídicos que la misma le ofrece para enfrentarse a la realidad con un nuevo criterio.

La evidencia de que la injusticia persiste, o puede persistir y hasta agravarse, a pesar de la corrección lógica de las soluciones jurídicas —o sea de su conformidad con el "sistema del derecho penal"—, ha llevado a la dogmática penal, en los últimos veinte años, como acaba de indicarse, a permitir y fomentar la penetración de su rígido sistema por los llamados principios de la política criminal, tomados sin duda de la práctica de la justicia y no de su teórica, pero ella operaría desde fuera para corregir o atemperar, con principios *aliunde* desprovistos de la fuerza vinculante del derecho positivo, los excesos preciosistas de los técnico-dogmáticos (*summum ius, summa iniuria*). Este giro, sin embargo, puede decirse que ha sido tímido y, en todo caso, aunque mucho se lo invoque, no representa en modo alguno el pensamiento dominante en la teoría ni en la práctica.

⁶¹ Ib., pág. 20.

⁶² Ib., pág. 18; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, pág. 218.

⁶³ TRIEPEL, 1974, págs. 49 y 53.

⁶⁴ BACIGALUPO, 1983, págs. 17 y 19; ROXIN, 1972, pág. 25.

Parece palmario que un planteo de tal naturaleza despierte bastante resistencia, como a su turno la genera igualmente la obligatoriedad jurídica interna de los derechos humanos internacionales y su protección judicial. "Por lo general — observa BILDER— los Estados se han mostrado renuentes a ponerse en contra de naciones con las cuales guardan relaciones de amistad al criticar su comportamiento en el campo de los derechos humanos y típicamente se han mostrado dispuestos a presentar el caso de violación de los derechos humanos solo con respecto, ya sea a sus enemigos o a determinados Estados políticamente impopulares"⁶⁵, p. ej., Sudáfrica y Chile en nuestros días. Pero que ello ocurra de tal modo revela justamente que en buena parte los derechos humanos internacionales se encuentran aún en estado embrionario y tienen todavía demasiado de ideología, lamentablemente. De otro lado, en vista de que el Derecho hace parte del sistema de dominación sociopolítica y el derecho penal es uno de los más severos mecanismos de control social, resulta claro que la ideología dominante experimente muy poca o ninguna inclinación a que los asociados tomen conciencia de los intereses que están en juego tras los textos legales, o jueces y juristas adviertan el papel tremendamente conservador que el sistema les asigna, o en el que a veces simplemente los sumerge. Preservar esta "inconciencia" es una de las funciones ideológicas más destacadas y perniciosas del positivismo jurídico. Si jueces y juristas son manejados para que dirijan su mirada solamente hacia el mundo abstracto y lógico de los principios y los conceptos y se dediquen a la tarea especulativa de jugar con ellos como si fuesen abalorios, es muy probable que no se den cuenta de los verdaderos intereses terrenales a los que tanto ellos como la ley están sirviendo. Si, en efecto, el trabajo de jueces y juristas es estrictamente logicoespeculativo, lo más probable es que ellos no perciban, o lo hagan con pasmosa indiferencia, los presupuestos y los efectos sociales y políticos de las leyes que interpretan y de las interpretaciones que les dan. En verdad, si la ciencia jurídica no es otra cosa que pensamiento sobre el lenguaje más o menos cifrado de la ley, el jurista no tiene que enfrentarse con realidades político-sociales y es tan "inocente" con respecto a ellas como es "neutral" su propia disciplina, es decir, en verdad nada. El derecho, sin embargo, es instrumento de ordenación, esto es, de control y dominio sociales, de fuerza y poder políticos, y no mero y autosuficiente pensamiento normativo y el papel social de los jueces requiere de estos una conciencia "exquisitamente política"⁶⁶, porque la justicia que dispensan no es metafísica sino histórica y no se dirige a los ángeles ni a los fantasmas, sino que afecta a los hombres concretos. Además, no por ser norma adquiere de suyo el derecho un valor positivo, es decir, bueno y justo, sino que la norma tiene que pretender y realizar estos valores en la vida social.

La mencionada función ideológica de preservación de la "inconciencia" —que es en verdad una destacada forma de conciencia políticosocial para la que todo cuanto existe en la sociedad merece conservarse tal y conforme, a menos que se trate de agudizar su sentido— no es, por cierto, privativa del positivismo jurídico,

⁶⁵ BILDER, 1981, pág. 22.

⁶⁶ BERGALLI, 1984, pág. 116.

sino que puede predicarse de todo el positivismo científico. Para este, en efecto, la ciencia se agota como problema lógico (inducción y deducción), y de ninguna manera es (también) una realidad y un problema social, ideológico y político. El positivismo filosófico y jurídico, pues, solamente conoce una verdad, la verdad de la lógica formal, como el positivismo científico no conoce sino la verdad de los hechos perceptibles empíricamente. De acuerdo con esto, las proposiciones científicas, tanto si se trata de ciencias naturales como de ciencias sociales, solo tienen que ser verdaderas desde un punto de vista lógico, o sea poseer un "valor de verdad" logicoformal (ser verdaderas o falsas en el sentido tradicional de los términos), valor que palmariamente solo puede asignarse a las proposiciones verificables que han salido avante en la verificación por la experiencia sensible.

8. PLANTEO DE UNA DOGMÁTICA POLÍTICO-AXIOLÓGICA BASADA EN LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho, por el contrario, se manifiesta como pretensión regulativa y coactiva de ciertas conductas sociales, con arreglo a cierto plexo de valores presidido forzosamente por la justicia de un cierto orden social. Como norma y como conducta, el derecho no es hecho escueto, pensamiento puro ni valor absoluto e incontaminable. Como realidad social y política, ofrece la complejidad propia de los fenómenos históricos y culturales. Norma y valor son inseparables y por cierto lo son también, del mismo modo esencial, conducta y valor: no hay ni puede haber norma sin valor, ni conducta sin valor. Pero el valor no es algo que se agrega desde fuera a la norma y a la conducta, sino algo que ellas necesariamente llevan consigo, algo que es consubstancial a su estructura, inmanente a su naturaleza. Norma y conducta pertenecen ontológicamente a la región de los objetos culturales; y puesto que no son objetos ideales ni naturales, no pueden reducirse a abstracciones ni a "hechos". Como cultura que son, poseen un sustrato y un sentido que no pueden reducirse el uno al otro y solo son separables conceptual o metodológicamente. Las conductas, como las normas, no pueden sino ser de alguna manera valiosas, positiva o negativamente, en mayor o menor grado (pues el valor es siempre de alguna manera y en algún sentido cuantificable). La verdad sobre las normas y sobre la conducta humana, en consecuencia, no puede cifrarse en un conocimiento parcial que muestre las primeras como puro pensamiento y convierta las segundas en mero hecho empírico, sea este causal o teleológico ("final"). Los objetos culturales se conocen por comprensión y esta consiste en la captación empiricodialéctica del sentido que encarna en su respectivo sustrato. Al lado, pues, de la *lógica formal del pensamiento*, o, mejor aun, *dentro de ella*, norma y acción requieren, para su adecuado y cabal conocimiento, de una *lógica material de los valores*.

Al tradicional "valor de verdad" lógico de las proposiciones jurídicas —siempre, como tales, referentes a normas y conductas—, según el cual ellas han de ser evaluadas formalmente como verdaderas o falsas (adecuadas o no al derecho positivo), se añade, pues, un "valor de verdad" valorativo que capta el sentido de valor

del objeto de que se trata (adecuación o inadecuación al plexo de los valores jurídico-políticos). Si el plexo de los valores jurídicos (que desde luego son también, en su calidad de tales, valores políticos) está presidido por la justicia y el derecho no puede renunciar a la pretensión de ser de alguna manera justo, las proposiciones de la ciencia jurídica, para ser correctas, no solo han de pasar las pruebas de la lógica formal del pensamiento, sino también —y, si se quiere, en primer término— las de la lógica material de los valores jurídicos. Por lógica o racional que sea, una teoría jurídica no puede ser correcta si coetáneamente no es verdadera (desde el punto de vista lógico formal) y justa (desde el punto de vista de su contenido axiológico). La verdad jurídica es entonces siempre una *verdad lógico-valorativa*, sin que pueda prescindirse de ninguno de sus extremos, de modo que la proposición jurídica solo es verdadera —si lo es— en cuanto justa y solo es justa —si lo es— en cuanto verdadera. A su turno, la ciencia del derecho penal deja de entenderse como simple “*dogmática logicosistemática*”, para convertirse por fin en una verdadera “*dogmática politicoaxiológica*”, sin que esto implique que no se discernan ya más ideología y verdad, ciencia y política, hechos y valoraciones, valores objetivos (empíricopositivos) y subjetivos (ideales).

Se puede decir, con COSSIO, que la verdad del derecho se mueve en el horizonte de la justicia⁶⁷, pero no, con los positivistas, que su justicia se reduce a su verdad (formal). La justicia como valor agrega algo a la verdad formal del derecho y como valor fundamental que preside y gobierna el plexo axiológico se enuncia con una cierta prioridad de sentido sobre ella. La verdad logicosistemática del derecho puede dar lugar a una “justicia formal”, pero esta no es por sí sola verdadera justicia porque no está ligada necesariamente a un contenido social de justicia, es decir, a la equidad. Una “justicia formal” puede ampararse en cualquier ley, incluso la más ominosa. Lo que la “justicia formal” de la ley otorga es a lo sumo cierta apariencia (compensatoria) de seguridad jurídica; sin la seguridad es sin duda también imposible la justicia material, pues el Derecho ante todo da orden y este no puede coexistir con la inseguridad porque también “la seguridad jurídica es un atributo de la justicia”⁶⁸. Si el contenido de la ley es justo, las formas jurídicas aseguran la realización de la justicia; si no lo es, solo aseguran la consumación de la injusticia. La seguridad de la injusticia es, sin embargo, lo que de modo más apremiante cabe precaver, pues apareja la mayor zozobra⁶⁹. En todo caso, contra los positivistas en general y los Kelsenianos en particular, hay que aducir que el Estado de derecho no es solo una cuestión de formas legales, sino también y esencialmente un problema de contenido valorativo humanitario. O sea, para decirlo con las palabras de TERRADILLOS, que “El concepto de derechos fundamentales va indisolublemente unido al de Estado de derecho”⁷⁰. De un modo todavía

⁶⁷ COSSIO, 1954b, págs. 229 y ss.

⁶⁸ ARTHUR KAUFMANN, 1976, pág. 99.

⁶⁹ RADBRUCH, 1962, 36; RAWLS, 1979, págs. 80-82; GÓMEZ MEJÍA, 1979, págs. 98-99.

⁷⁰ TERRADILLOS, 1981, pág. 170.

más concluyente, debe suscribirse que la jurisprudencia “presupone ciertos dogmas relativos a valores específicos (validez intrínseca y virtudes del derecho)” y “quien sostenga la tesis del «imperio del derecho», necesariamente hará suyos tales dogmas y principios”⁷¹. La dogmática, pues, tiene dogmas que van más allá de lo metodológico y estos dogmas no pueden seguirse manejando de contrabando o desde fuera en el discurso jurídico⁷². En todo caso es cierto que hay que avanzar, del Estado (formal) de derecho, al “Estado de los derechos humanos”⁷³, o, mejor dicho, hacer de los derechos humanos el contenido esencial del Estado (material) de derecho, pues sin derechos humanos no puede haber democracia ni tiene límites la intervención social del poder estatal.

Al racionalizar y sistematizar el contenido del derecho positivo, la dogmática penal contribuye de manera esencial y en grado sobresaliente a la creación y preservación de la seguridad jurídica sobre la justicia formal; y al someter el derecho positivo a los “criterios preponderantes de valoración” de las normas y las conductas, genera su aporte imprescindible para la justicia material de las decisiones judiciales. Dicho está, pues, que si la ley es injusta no debe la dogmática sistematizar y propiciar su cumplimiento. Con todo, así como la verdad va unida histórica y metafísicamente al error, del mismo modo está ligado el derecho a la injusticia. Sin el error no hay siquiera posibilidad de la verdad; sin la injusticia no hay tampoco lugar para el derecho. Cuando la injusticia no sea posible, el derecho desaparecerá, pues él solo existe porque hay entuerto y puede siempre haberlo de nuevo una y otra vez. Nunca es perfecta la justicia humana, ni hay “derecho positivo ideal” sobre la tierra, salvo precisamente como derecho ideal (no positivo), siempre de veras requerido para la constante confrontación del derecho positivo que “es” con el derecho ideal que, según las preferencias valorativas de la comunidad jusfaciente, “debe ser”. Esta constante confrontación no solo tiende a mejorar las instituciones jurídicas, sino también a impedir o prevenir, frenar o deshacer las decisiones injustas. Pero ella no es fruto espontáneo de la dogmática, sino ejercicio de la actitud crítica, tan necesaria en los juristas como en los jueces y los abogados.

Si —pese a su muy postulada misión de propiciar la seguridad jurídica— la dogmática tradicional llega con frecuencia a un complejo y fosco mar de opiniones abstrusas, contradictorias y vagas⁷⁴, que muchos evaden para no caer en el caos e incrementar la incertidumbre, es porque:

a) en lugar de conceptos precisos y claros, usa como premisas algunos principios netamente formales y por tanto vacíos, a los que puede otorgarse cualquier contenido *ad hoc*;

b) introduce subrepticamente los juicios de valor en sus razonamientos, ya que incluso no es posible, sin valoraciones, discernir lo esencial de lo inesencial,

⁷¹ TAMAYO, 1983, pág. 120.

⁷² BACIGALUPO, 1983, cap. I.

⁷³ BARATTA, 1986b, pág. 435.

⁷⁴ NOVOA MONREAL, 1977, págs. 42 y ss.

lo relevante de lo irrelevante, el "ser" del "deber ser", amén de que, por no estar incluidas en el método, las valoraciones resultan infiltrándose sin posibilidad de control racional;

c) crea, al amañó de las convicciones personales de cada dogmático, muchas premisas que precisamente no están contenidas en el derecho positivo o no se la vincula a él, confesando, así, de antemano, la imposibilidad o al menos la insuficiencia de una dogmática panlogista que debería atenerse al dato irrefragable del derecho vigente⁷⁵;

d) utiliza los conceptos, aun los básicos, con diversas extensiones, y, entonces, sin contravenir de modo manifiesto las reglas de la lógica formal, puede arribar a las conclusiones más dispares⁷⁶.

Ahora bien, la principal labor de confrontación crítica se efectúa precisamente desde el punto de vista de los derechos humanos, como criterio supremo de autorregulación y autoevaluación del derecho positivo, las acciones del Estado y, en general, las decisiones jurídicas. *Los derechos humanos internacionales (positivos) contienen la pauta suprema de valoración de la conducta jurídica y constituyen el núcleo originario y la fundamental idea rectora de los bienes jurídicos penales.* No hay derecho contra los derechos humanos, pues no hay norma de derecho que pueda renunciar, sin destruirse, a las supremas valoraciones del individuo humano como ciudadano y como persona digna, libre, responsable de sus acciones, éticamente autónoma y dotada de un valor final absoluto que no permite su "mediatización" para el logro de los fines de otras personas o de la colectividad⁷⁷. Contra los derechos humanos puede alzarse la fuerza bruta y también la arbitrariedad, pero sin ellos no es posible el derecho porque se difumina la justicia material y se aniquila el núcleo mismo de la personalidad de derecho y la subjetividad moral. *Los derechos humanos internacionales encarnan, en efecto, el contenido mínimo absoluto de justicia social que permite a una regla llegar a ser norma de derecho y a un acto de poder ser calificado como justo y por ende legítimo.* En las tinieblas de las tiranías no hay Estado de derecho, no porque falten la ley y la justicia formales, sino porque, al desconocer los derechos humanos internacionales, las decisiones del poder son oscuros actos de violencia, arbitrariedad y opresión, privados de carácter jurídico y legitimación ética y política. Lo opuesto al Estado de derecho no lo es tanto, o al menos no lo es únicamente el Estado informal, sino en primer lugar el "Estado de fuerza" o "Estado sin derecho", cuyo plexo de valores no está ni presidido ni asistido por el mínimo éticosocial de la justicia que los derechos humanos internacionales encarnan. En el Estado de derecho importa tanto la *legalidad* como la *legitimidad*, pues no hay derecho sin justicia y la expresión "derecho injusto" —que denota injusticia, mas no derecho— es irreductiblemente contradictoria. No es que derecho y justicia sean la misma cosa, sino que son dos cosas ontológi-

⁷⁵ BACIGALUPO, 1983, cap. 1.

⁷⁶ TRIEPEL, 1974, pág. 72.

⁷⁷ WELZEL, 1971, pág. 109.

camente inseparables y conceptualmente correlativas: de alguna manera continúa siendo verdadero e insoslayable que "el derecho es lo justo"⁷⁸ y "lo justo sigue siendo lo conforme a derecho"⁷⁹.

Desde otro punto de vista, tampoco se puede evitar que, sobre todo en materias humanas y sociales, toda exposición sea una interpretación y esta no exista sin una toma de posición, como tal axiológica⁸⁰. Así, por ejemplo, los conceptos de cuerpo y extensión también son distintos, pero no puede haber cuerpos inextensos. Pues la aplicación del derecho tiene que ser una práctica justa, una administración de *justicia*; de lo contrario, solo será acto de fuerza o despliegue de poder. El ejercicio del poder se torna jurídico o legítimo únicamente en virtud de su autolimitación y autorregulación por normas generales y democráticamente establecidas que, a la vez, se adecuen a la idea de justicia contenida positivamente en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin esto puede haber "normas de poder", en modo alguno "normas de derecho". Hay que compartir con RAZ el argumento de que el Estado de derecho es "un ideal político" al que los Estados se pueden conformar en mayor o menor grado; lo que no se puede aceptar es que haya "*Estados de derecho*" -sin derecho, que serían los que carecen en absoluto de esa virtud⁸¹ porque violan la dignidad de la persona o desconocen los derechos humanos⁸². Sin un mínimo de justicia social o material puede seguramente haber "Estado" (de hecho o de fuerza), pero no "de derecho", ya que *en derecho solo hay la justicia* y, a la inversa, *nunca hay derecho a la injusticia*, pues de lo contrario el orden jurídico se destruiría a sí mismo. Esto no impide que en determinado Estado de derecho se den ínsulas de injusticia (cosa que, por lo demás, ha de ser seguramente la regla general mientras vivamos en esa "sociedad de seres imperfectos que son los hombres"). En la injusticia jamás mora el derecho, aunque —como la verdad y el error— ambos moren de hecho siempre juntos sobre la misma tierra. El poder, que existe en toda sociedad, no siempre está justificado y su justificación en caso alguno es meramente formal.

En síntesis: los derechos humanos internacionales, antes llamados, desde otros puntos de vista que no son por entero intercambiables ni han respondido a contenidos y alcances siempre iguales, "derechos naturales" (del hombre) y derechos fundamentales (de la persona humana o del ciudadano), son los que determinan que el ser humano alcance efectivamente el rango de persona y esta el de ciudadano; suministran la base permanente e insustituible de la sociabilidad civil y política, el prerrequisito esencial de la paz y el contenido mínimo absoluto de la justicia, incluidas en esta la realización posible y progresiva de la igualdad social y la preservación a ultranza de la libertad política. Nada de ello funciona, sin embargo, si las

⁷⁸ TOMÁS DE AQUINO, 1956, págs. 232, 2-2q. 57a. 1.

⁷⁹ HEIDEGGER, 1960, pág. 206.

⁸⁰ HEIDEGGER, 1972, págs. 48, 118 y 234.

⁸¹ RAZ, 1985, pág. 264.

⁸² *Ib.*, pág. 276.

libertades de conciencia, pensamiento, opinión y crítica no se encuentran en el punto de partida y en la meta⁸³.

Lo importante del anterior planteamiento estriba, creo, en que los criterios supremos de valoración no son trascendentes sino inmanentes al derecho positivo y son por tanto derecho positivo y no "derecho natural" o puros ideales, como tampoco externos y más o menos vagos y polémicos "principios de política criminal". Los derechos humanos internacionales, de consiguiente, poseen desde luego validez supraindividual y supranacional, pero su efectividad es aún muy deficiente por la incipiencia de la coacción internacional. Como derecho positivo del orden internacional, los derechos humanos están a su vez sometidos a la confrontación crítica, pero ya en relación con los valores ideales de la persona humana dentro de cada concepción del mundo y del hombre. Sin duda, también las normas jurídicas internacionales sobre derechos humanos son susceptibles de superación y perfeccionamiento. Esas normas, y los mismos derechos humanos que positivizan, son desde luego susceptibles de diversas interpretaciones y por esto una sociedad democrática jamás podrá prescindir de la libertad de conciencia, pensamiento, opinión y crítica, sino que, por el contrario, tendrá que darle cada vez mayor espacio de juego, pues la democracia no es concebible hoy sin el pluralismo ideológico y este no puede germinar sin libertad ni florecer sin paz.

9. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA: MATERIA PRIMA DE LA LÓGICA JURÍDICA VALORATIVA

Indica lo anterior que existen dos tipos fundamentales de valoración jurídica, positiva la una e ideal la otra⁸⁴. En un caso, estamos frente a la *axiología jurídica pura*, que obra en abstracto y en general y remite a los valores jurídicos puros, absolutos o ideales. Estas valoraciones son importantes, pues el derecho positivo no solo debe confrontarse con el derecho positivo de mayor jerarquía, sino también con los ideales de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, legitimidad y dignidad de la comunidad y, si se quiere, de la humanidad, ideales de suyo universales, intemporales y absolutos, nunca agotables, que proporcionan en todo caso los criterios superiores de la ideología personal y social e inyectan a todo derecho por lo menos la esperanza de un mundo más justo y seguro. En este punto confluyen, por tanto, el "derecho penal de la liberación" y el "derecho penal de la esperanza", la transformación historicosocial y la utopía positiva. La evolución, entonces, también aquí, apenas sí comienza.

En el otro caso, en cambio, abocamos la *axiología jurídica positiva*, que obra empíricamente y en concreto con respecto a cada ordenamiento jurídico nacional y remite a los valores determinados que este ha incorporado o realizado normativamente. Estas valoraciones no se manejan ya en el seno de la filosofía del derecho, sino que se mueven en el terreno de la ciencia o dogmática jurídica. Ellas son

⁸³ DÍAZ, 1978, págs. 130-134.

⁸⁴ COSSIO, 1964, págs. 562-565; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986b, pág. 277.

importantes para compulsar las realidades del "derecho en acción" con los valores positivizados por el propio orden jurídico. Para el caso de Colombia, por ejemplo, los máximos valores jurídicos positivos están contenidos en el Título III de la Constitución Nacional, relativo a los "derechos civiles y garantías sociales" de las personas y en el Título I del Código Penal de 1980, que establece las "normas rectoras de la ley penal colombiana". Más allá de ello, están los tratados públicos sobre derechos humanos y garantías penales y procesales que cada país ha signado, ratificado y adoptado como derecho interno (caso, para Colombia, de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972) y, más lejos aún, la opinión pública internacional sobre el grado, la forma, la seriedad y la eficacia del reconocimiento, respeto, desarrollo y garantía de los derechos humanos internacionales en las leyes, la justicia y la acción de cada Estado con relación a su pueblo. Aquí termina la autorregulación positiva, pero no la crítica del derecho y, de igual manera, la dogmática políticoaxiológica pero no la política criminal, que justo en este punto retoman con mayor vigor su tarea de vigilante confrontación con los ideales (de la comunidad y del crítico) y la gestación de estos mismos⁸⁵; a pesar de su "intemporalidad", también los ideales nacen, cambian y periclitán en un tiempo (existencial) más vasto (que el cronológico) que, sin embargo, no escapa a la muerte y, por el contrario, arrastra igualmente consigo la condena de la "insoponible levedad del ser" sin la cual no germina la esperanza ni adquiere sentido la utopía.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSER, LOUIS (1974): *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, 2ª ed., Medellín, Oveja Negra.
- AQUINO, TOMÁS DE (1956): "Tratado de la justicia", en *Suma Teológica*, t. VIII, Madrid, Editorial Católica.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1982): "Sobre la dogmática penal y la criminología", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 12, Bogotá, Temis.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1983): *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas.
- BARATTA, ALESSANDRO (1985): "Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática", en *Doctrina Penal*, núm. 29, Buenos Aires, Depalma.
- BARATTA, ALESSANDRO (1986a): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- BARATTA, ALESSANDRO (1986b): "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 34, Bogotá, Temis.
- BERGALLI, ROBERTO (1984): *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, Depalma.
- BILDER RICHARD B. (1981): "La situación de los derechos humanos internacionales: Panorama", en *Tuttle*, 1981.
- BODENHEIMER, ÉDGAR (1946): *Teoría del derecho*, México, F. C. E.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1982): "Política criminal e injusto", en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis.

⁸⁵ BACIGALUPO, 1982, pág. 410.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1986): *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis.

COSSIO, CARLOS (1954a): "El principio «nulla poena sine lege» en la axiología egológica", en *Cossio*, 1954b.

COSSIO, CARLOS (1954b): *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada.

COSSIO, CARLOS (1964): *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

CHRISTIE, NILS (1984): *Los límites del dolor*, México, F. C. E.

DÍAZ, ELÍAS (1978): *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas.

DÍAZ, ELÍAS (1983): *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1979): *Antropología de la libertad*, t. II, Ediciones de las Universidades Simón Bolívar, Libre de Pereira y de Medellín, Bogotá, Tercer Mundo.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1982a): "Sobre el subjetivismo en el último derecho penal alemán", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 15, Bogotá, Temis.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1982b): "Hacia una dogmática penal sin culpabilidad", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Bogotá, Temis.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1984): "Hacia un derecho penal de la liberación", en UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (Ed.), *Criminología Crítica-I Seminario*, Medellín.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1986a): *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., Bogotá, Temis.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1986b): "¿Es la justicia extraña a la lógica del derecho penal?", en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona.

FRAGOSO, H. C. (1984a): "O direito penal comparado na América Latina", Apéndice de *Licoes de direito penal parte geral*, 6ª ed., Río de Janeiro, Forense.

FRAGOSO, H. C. (1984b): "Ciencia e experiencia do direito penal", en *Licoes...*

GARCÍA RAMÍREZ, S. (1976): *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Septentas.

GIMBERNAT ORDEIG, E. (1981): "¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?", en *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas.

GÓMEZ MEJÍA, FERNANDO (1979): *La interpretación del derecho*, Bogotá, Ananké.

HASSEMER, WINFRIED (1984): *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch.

HEIDEGGER, MARTIN (1960): "La frase de Nietzsche «Dios ha muerto», en *Sendas Perdidas*, Buenos Aires, Losada.

HEIDEGGER, MARTIN (1972): *¿Qué significa pensar?* Buenos Aires, Nova.

HUERTA TOCILDO, SUSANA (1984): *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos.

HULSMANN, LOUK (1984): *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel.

HUMPHREY, HUBERT H. (1981): "La Comisión de Relaciones Exteriores del Senado y el problema de los derechos humanos internacionales", en *Tuttle*, 1981.

JESCHECK, H. H. (1981): *Tratado de derecho penal*, vol. I, Barcelona, Bosch.

KAUFMANN, ARMIN (1977): *Teoría de las normas*, Buenos Aires, Depalma.

KAUFMANN, ARTHUR (1976): *Analogía y naturaleza de la cosa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

KELSEN, HANS (1982): *Teoría pura del derecho*, México, UNAM.

LARENZ, KARL (1985): *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas.

LISZT, FRANZ V. (s/f.): *Tratado de derecho penal*, vol. I, 3ª ed., Madrid, Reus.

MERLEAU-PONTY, M. (1964): "Nota sobre Maquiavelo", en *Signos*, Barcelona, Seix-Barral.

MIR PUIG, SANTIAGO (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch.

MIR PUIG, SANTIAGO (1986): "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en *Poder y Control*, núm. 0.

NINO, CARLOS SANTIAGO (1974): *Consideraciones en torno a la dogmática jurídica*, México, UNAM.

NINO, CARLOS SANTIAGO (1980): *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea.

NOVOA MONREAL, EDUARDO (1977): *Evolución del derecho penal en el presente siglo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.

NOVOA MONREAL, EDUARDO (1983): *Derecho, política y democracia*, Bogotá, Temis.

POLITOFF, SERGIO (1984): "Postfacio", en *Hulsmann*, 1984.

RADBRUCH, GUSTAV (1959): *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

RADBRUCH, GUSTAV (1962): *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

RADBRUCH, GUSTAV (1978): *Introducción a la filosofía del derecho*, México, F. C. E.

RADBRUCH, GUSTAV (1980): *El hombre en el derecho*, Buenos Aires, Depalma.

RAWLS, JOHN (1979): *Teoría de la justicia*, Madrid, F. C. E.

RAZ, JOSEPH (1985): *La autoridad del derecho*, México, UNAM.

REYES ECHANDÍA, A. (1986): "Legislación y seguridad nacional en América Latina", en *Poder y Control*, núm. 0.

ROCCO, ARTURO (1978): *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, Bogotá, Temis.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J. (1981): "La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado", México, UNAM.

ROXIN, CLAUS (1972): *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, Bosch.

RUDOLPHI, JOACHIM (1975): "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en *Nuevo Pensamiento Penal*, núms. 5-8, Buenos Aires, Depalma.

SANDOVAL HUERTAS, E. (1984): *Penología parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

SANDOVAL HUERTAS, E. (1985): *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis.

SOLER, SEBASTIAN (1956): *Fe en el derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, T.E.A.

STEIN, EKKEHART (1973): *Derecho Político*, Madrid, Aguilar.

TAMAYO Y SALMORAN, R. (1983): *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, México, UNAM.

TERRADILLOS, JUAN (1981): *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Madrid, Akal-Universitaria.

TRIEPEL, HEINRICH (1974): *Derecho público y política*, Madrid, Civitas.

TUTTLE, JAMES C. (Ed.) (1981): *Los derechos humanos internacionales*, México, Noema.

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (Ed.) (1984): *Criminología crítica*, I Seminario, Medellín.

VASAK, KAREL (1974): *Le droit international des droits de l'homme*, Academie de Droit International, Extrait de Recueil des Cours, vol. IV.

WELZEL, HANS (1962): "Ley y conciencia", en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, Argentina.

- WELZEL, HANS (1970): *Derecho penal alemán*, 11ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- WELZEL, HANS (1971): "El problema de la validez del derecho", en RADBRUCH-SCHMIDT-WELZEL, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar.
- WÜRTEMBERGER, THOMAS (1965): *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, Giuffrè.
- ZAFFARONI, E. R. (1980): *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. 1, Buenos Aires, Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. (1984): *Sistema penal y derechos humanos en América Latina*, Primer Informe al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma.
- ZIPP, HEINZ (1979): *Introducción a la política criminal*, Buenos Aires, Edersa.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA

LAS PARADOJAS DEL MOVIMIENTO DESCARCELATORIO EN LOS ESTADOS UNIDOS *

Dra. ELENA LARRAURI **

1. INTRODUCCIÓN

El movimiento descarceratorio se inicia en los Estados Unidos en las postrimerías de los años 1960. Es necesario señalar que este movimiento no surge aisladamente, sino que forma parte de un conjunto de movimientos "des": desinstitucionalización, desprofesionalización, deslegalización, descriminalización, etc. Si bien cada movimiento se centra en un aspecto primordialmente, todos parecen compartir los objetivos de reducir el grado de intervención del Estado, reducir la extrema clasificación de la desviación y la consecuente creación de un cuerpo de profesionales para cada tipo de desviación, y el retorno a respuestas integradoras en la sociedad vs. respuestas segregativas¹.

Este trabajo se centra fundamentalmente en el análisis del movimiento descarceratorio², el cual reivindica la sustitución de la cárcel como pena por otra serie de medidas alternativas que son descritas como "control en la comunidad"³.

La primera dificultad con la que tropieza una explicación del movimiento descarceratorio estriba precisamente en definir los términos "control en la comunidad". El término "comunidad" pareciera indicar la evocación de una población unida por lazos de vecindad, colaboración, conocimiento, etc., semejante a lo que la vecindad pudo haber sido en sociedades preindustriales. Ello presenta la problemática de averiguar si alguna vez existió esa comunidad, si era tan idílica y si es posible recrearla en las sociedades industriales actuales⁴.

* Este estudio fue realizado durante el período 1986-1987 en la Universidad de Santa Barbara (California), estancia sufragada por una beca de la Comisión Fulbright-La Caixa. Quiero agradecer al profesor STANLEY COHEN, su dirección y sus valiosos consejos para la elaboración de este artículo. Al profesor DARIO MELOSSI su gran rigor científico y su amable disposición a someter todas sus tesis a explicación; por su ayuda antes, durante y después de mi estancia en EE.UU., muchas gracias.

También a los estudiantes graduados del Departamento de Sociología de Santa Barbara, agradecerles su enorme apoyo.

** Doctora en Derecho Penal y profesora titular de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona (España).

¹ COHEN (1985), pág. 31.

² El movimiento descriminalizador está descrito en ABEL (1982), pág. 267.

³ Los nombres con los que se designan la amplia amalgama de medidas varía ligeramente; así, a veces son denominados "community control", "community treatment", "community facilities", "community care", etc.

⁴ COHEN (1985), pág. 116.

Algo similar sucede con el concepto de control o tratamiento. Este ha sido utilizado generalmente para designar medidas alternativas a la cárcel como: *pretrial diversion* (tratamiento diversificado en centros o programas con anterioridad al proceso), *probation*, *parole*, participación en diversos programas rehabilitadores, sometimiento a algún tipo de vigilancia o supervisión, realización de trabajo gratuito en beneficio de la comunidad o en aras de restituir el perjuicio causado a la víctima, internamiento en casa semicerradas [*half-way houses*], caución, etc.

Algunas de estas alternativas eran ya existentes y aplicables con anterioridad al movimiento descarceratorio; respecto de ellas se ha producido solo un incremento en su utilización. Por el contrario, otras son de reciente creación debido al impacto del movimiento descarceratorio.

Asimismo debe señalarse, que la aplicación de una medida no excluye que adicionalmente se imponga una segunda, p. ej. *probation* y sometimiento a un programa rehabilitador.

Como se puede observar, una amplia variedad de medidas que oscilan entre la idea de controlar al deliniente y de proporcionar un tratamiento para su problema, todo ello realizado por la "comunidad" y dentro de la comunidad.

En definitiva podemos señalar que a pesar de la ambigüedad que rodea el concepto de "control en la comunidad", este pretende expresar el paso de un sistema de control de la desviación por medio de respuestas segregativas —la cárcel/instituciones psiquiátricas— a un sistema de control de la desviación por medio de respuestas integradoras —la comunidad—⁵.

Debemos, sin embargo, indagar cuáles fueron los motivos por los que se reivindicaba este control en la comunidad. Cuáles eran las características de estas medidas que hicieron posible que grandes sectores de la población lo vieran como una respuesta deseable, como una superación respecto de la situación que la cárcel representaba.

2. CRÍTICA DE LA CÁRCEL Y VENTAJAS DEL CONTROL EN LA COMUNIDAD

Son sobradamente conocidos los ataques a la institución carcelaria, como afirma FOUCAULT "(...) el movimiento para reformar las prisiones, para controlar su funcionamiento, no es un fenómeno tardío. No parece siquiera haber nacido de una comprobación de fracaso debidamente establecido. La «reforma» de la prisión es casi contemporánea de la prisión misma. Es como su programa"⁶.

En Estados Unidos dos fueron los planteamientos teóricos que proporcionaron mayor apoyo al movimiento descarceratorio: la crítica proporcionada por el *labelling approach* y la crítica a las instituciones totales de GOFFMAN. La consigna surgida al amparo de la teoría del etiquetamiento: "el control conduce a la desviación", conjuntamente con los efectos de las instituciones totales en los individuos, conduje-

⁵ COHEN (1985), pág. 116.

⁶ FOUCAULT (1984), pág. 236.

ron a postular la necesidad de reducir la intervención e internamiento en las agencias formales de control. Ello solo podía ser beneficioso, si se eliminaban los efectos negativos derivados de la estancia en la cárcel, la estigmatización, el etiquetamiento, y en definitiva se impedía el asentamiento de la persona en su *status* de delincuente⁷. Junto a las críticas proporcionadas por estos planteamientos teóricos, otro conjunto de razones coadyuvaron a la creación de un sentimiento colectivo crítico respecto de la cárcel. En primer lugar, la constatación de la situación inhumana en que los presos se encontraban debido a la enorme congestión existente. El alto número de presos internados convertía en ilusorio cualquier intento de garantizar en el interior de las cárceles algo parecido a los derechos civiles, a los que el preso —aun en su condición de interno— tenía derecho. Asimismo, cualquier tipo de ayuda o tratamiento para el delincuente se veía abocado al fracaso debido al gran número de población reclusa y la consiguiente imposibilidad de llevar a cabo algo parecido a un tratamiento individualizado. La alternativa de control en la comunidad aparecía consecuentemente como más humanitaria⁸.

Adicionalmente a la situación existente en su interior, la cárcel, como tal, se pone en duda para garantizar ese ideal integrador. En efecto, se produce lo que podríamos denominar una variación de las teorías socializadoras⁹. Se sigue investigando sobre las causas que ocasionan la delincuencia, pero a diferencia de la situación anterior, estas ya no se ubican únicamente en defectos del delincuente sino que "En esta nueva perspectiva, crimen y delincuencia son síntomas de fracaso y de desorganización, *ambos* de la comunidad y del ofensor. Él ha tenido demasiado poco contacto con fuerzas positivas que desarrollan una conducta de obediencia a la ley —entre ellas buenos colegios, empleo remunerado, casa adecuada, actividades en su tiempo libre—. Por tanto un objetivo fundamental de la corrección debe ser asegurar al ofensor contactos, experiencias y oportunidades que le provean de medios y estímulos para alcanzar un estilo de vida legal en la comunidad. Por

⁷ Estas teorías están detalladamente expuestas en LEMERT (1967) y GOFFMAN (1961). No obstante, LEMERT (1981) ha criticado recientemente esta simplificación: "La idea de que la etiqueta «delincuente» puede ser una causa del comportamiento criminal, es, en el mejor de los casos, tosca; pero desgraciadamente esta es la forma en que la teoría de etiquetamiento se ha utilizado generalmente, fomentado por la utilización de modelos mecánicos causa efecto para investigar la problemática". (pág. 3). Añade: "La desviación secundaria nunca pretendió ser una teoría general acerca de las causas de la delincuencia; más bien es una explicación de cómo desviación casual, fortuita o adventicia es redefinida y estabilizada por medio de cambios de *status* y adaptación consciente a problemas secundarios generados por el control social" (pág. 38).

⁸ SCHULL (1984) advierte que los valores humanitarios no juegan el mismo papel a efectos de promover la desinstitucionalización de los hospitales psiquiátricos que en la cárcel. En tanto que en los primeros la opinión pública apoya la necesidad de humanizar el trato a los internos, ello no se produce del mismo modo respecto de los presos, ya que un gran sector de la población sostiene que tienen "justo lo que se merecen" (pág. 178). Si bien ello es cierto, el ideal humanizador sigue teniendo importancia para entender por qué se movilizó al *sector progresista* de la sociedad en apoyo de una alternativa que se presentaba bajo un signo más humanitario.

⁹ Denominamos así las diversas teorías que explican la desviación como un fallo de los procesos socializadores.

ello, *ambos*, el ofensor y la comunidad, se convierten en el foco de la actividad correctora. Con este interés, la reintegración del ofensor en la comunidad se destaca como el objetivo principal de la corrección¹⁰.

En definitiva, la causa de la delincuencia no debe buscarse exclusivamente en alguna anomalía del ofensor, pero tampoco en defectos estructurales de la sociedad; la delincuencia refleja más bien un fallo de la comunidad en el proceso socializador de la persona; es necesario por ello proceder a una resocialización y esta debe llevarse a cabo en el mismo sitio donde debió haberse procedido a una adecuada socialización: la comunidad.

En suma, la cárcel era inhumana y además era inefectiva. La cárcel no sirve para evitar la reincidencia porque no se puede proporcionar un tratamiento en las situaciones de congestión existente; aun cuando se pudiera, este sería inútil, ya que el delincuente debe habituarse a manejar las situaciones en libertad¹¹.

Pero si este era el razonamiento, faltaba aún deducir un último aspecto (importante para entender el apoyo de sectores conservadores y del gobierno a los planes de descarceración): la relación coste/efectividad de la cárcel era inmenso. El mantenimiento y la creación de nuevas cárceles, el coste que ello supone para las arcas estatales, debía reconsiderarse atendiendo a la escasa "productividad" del instrumento en el que se estaba invirtiendo.

En resumen:

—Las críticas proporcionadas por diversas teorías criminológicas.

—La situación inhumana de la cárcel.

—La constatación de la delincuencia como un fenómeno producido por un fallo en los procesos socializadores.

—El gran coste que la cárcel implica, aún mayor si se atiende a la relación coste/efectividad.

De esta amalgama de argumentos resultó un extraño consenso: progresistas y conservadores se aliaron para declarar el fin de la era carcelaria. Sin embargo, en tanto que a los primeros los guía el objetivo de que el control sea "mejor", a los segundos los mueve el objetivo de mejorar el control¹².

De ahí que la alternativa "control en la comunidad" fuese saludada desde diversos puntos como la "panacea" del siglo XX¹³.

3. EL NAUFRAGIO DEL CONTROL EN LA COMUNIDAD

Expuestas las razones que condujeron a un clamor unánime para ensayar las alternativas a la cárcel, debemos averiguar cuál ha sido el impacto de estas medidas

¹⁰ *National Advisory Commission*, cit. por GREENBERG (1975), pág. 4, (subrayado nuestro). No obstante afirmarse que la delincuencia es un problema ocasionado *ambos* por la comunidad y el delincuente, sigue siendo *el* (ofensor) quien debe cambiar. COHEN (1985), pág. 126.

¹¹ Paralelamente se afianza la convicción de que la cárcel tampoco sirve a efectos de prevenir el delito, o que cuando menos ello es indemostrable.

¹² AUSTIN-KRISBERG (1981), pág. 167.

¹³ SCULL (1982), *passim*.

y cuál es la evaluación que sectores de la doctrina realizan de este proceso denominado *descarceración*¹⁴.

Una valoración del proceso debiera proporcionar respuestas a las siguientes cuestiones:

A. El control en la comunidad se presenta como una sustitución a la pena privativa de libertad. Debe investigarse por consiguiente si esta sustitución se ha realizado; esto es, si la cárcel ha dejado de ser la pena mayormente aplicada, o cuando menos si su utilización se ha visto drásticamente reducida.

B. El control en la comunidad ha sido clasificado de más humanitario; consecuentemente debemos revisar si se han alcanzado mayores cuotas de humanitarismo que las imperantes en el sistema carcelario.

C. El control en la comunidad se ha revestido de la ideología de proporcionar un adecuado tratamiento resocializador para el delincuente; subsiguientemente debe analizarse si este objetivo ha sido conseguido y cuáles han sido los mecanismos utilizados para ello.

a) *¿Sustitución o complemento?* En mi opinión, debieran distinguirse varios aspectos: a1. alternativas comunitarias; a2. destinatarios de los servicios comunitarios; a3. comportamientos a los que ha sido aplicado.

a1. *Alternativas comunitarias*. Como ya lo señalamos al exponer brevemente, cuáles han sido las medidas integradas bajo la denominación *control en la comunidad*, alguna de ellas era ya existente y aplicada previa al surgimiento del movimiento descarceratorio (p. ej. *probation, parole*). Observamos también que respecto de ellas, el impacto del movimiento descarceratorio había supuesto un incremento en su utilización.

Debemos añadir ahora un nuevo dato: determinadas medidas, ya sean antiguas —*parole*— o novedosas —*half way houses*—, no están pensadas para aplicarse en vez de la cárcel sino que se ejecutan adicionalmente a la pena privativa de libertad. Así la *parole* presupone la existencia y el cumplimiento (parcial) de la condena privativa de libertad. Pudiera señalarse que reduce el tiempo en que el preso está recluso en la cárcel; ello es cierto, lo que se niega es que sea una institución alternativa a la cárcel; por el contrario, presupone la existencia de la cárcel¹⁵.

Algo semejante sucede con alguna de las nuevas instituciones —*half way houses*—. En muchas ocasiones el delincuente es internado en ellas después de su paso por la cárcel, como estadio previo a su puesta en libertad. En estos casos su carácter de pena adicional a la cárcel es innegable.

Pareciera por consiguiente que alguna de las instituciones que se presentan como alternativas a la cárcel, debieran más bien redefinirse como penas adicionales a la cárcel.

En algunos supuestos, el paso por una *half-way house* sustituye efectivamente a la cárcel, sin embargo "La sustitución de la cárcel o reformatorio por una casa

¹⁴ La literatura que evalúa el control en la comunidad es inmensa. Para una excelente síntesis y crítica de ella véase por todos a COHEN (1985), *passim*.

¹⁵ GREENBERG (1975), págs. 8-12; SCULL (1984), nota 88, pág. 40.

semicerrada o por una organización familiar, no es «desinstitucionalización» sino el reemplazo de una institución por otra¹⁶.

a2. *Destinatarios*. Las investigaciones desarrolladas en EE.UU. parecieran proveer datos suficientes para afirmar que las medidas de control en la comunidad son en general aplicadas mayoritariamente a un sector social determinado: población de clase media blanca¹⁷. Ello es debido a que normalmente los jueces se muestran reacios a otorgar medidas que impliquen integración en la comunidad si la persona no está avalada por adecuados recursos económicos, familiares, etc.

Las personas pertenecientes a este sector social se ven favorecidos por la imposición de alguna medida alternativa a la cárcel; pareciera que, si bien solo respecto de sectores sociales minoritarios, el movimiento descarceratorio habría aportado una efectiva sustitución de la pena privativa de libertad.

No obstante, esta conclusión se ve entorpecida por la siguiente constatación: en general, este sector social tampoco iba a la cárcel, ya que era beneficiado por el uso de las alternativas clásicas como la *probation*. En consecuencia, para este sector, que ya se veía normalmente excluido del sistema carcelario, el control en la comunidad ha venido a representar generalmente la obligatoriedad de participar en algún tipo de programa educativo-terapéutico-rehabilitador sito en la comunidad (p. ej. obligatoriedad de participar en programas de desintoxicación alcohólica, o en programas en los que se proporciona tratamiento con metadona, etc.). En otras palabras, el control en la comunidad ha supuesto un endurecimiento de las condiciones en que se concedía la *probation* o *parole*¹⁸.

Una segunda observación, que se debe tomar adicionalmente en consideración, es el hecho de que debido a su carácter de medidas de tratamiento terapéutico-rehabilitadoras, estas se han aplicado en determinados casos con carácter preventivo a población potencialmente peligrosa¹⁹.

Pudiera, en consecuencia, concluirse que los beneficiarios de las medidas de control en la comunidad, son los mismos destinatarios de medidas clásicas como *probatio/parole*, produciéndose respecto de ellos, un incremento en los requisitos a observar para la concesión de las mismas; por otro lado, las alternativas comunitarias se han aplicado a nuevos destinatarios con carácter preventivo, aumentándose por consiguiente la globalidad de sujetos sometidos a uno u otro tipo de intervención.

a3. *Comportamientos*. Observamos al referirnos a los destinatarios de las alternativas de control en la comunidad, cómo su catalogación de servicios (versus castigo) llevaba a una aplicación preventiva de las mismas. Algo semejante sucede con el tipo de comportamientos que son tomados en consideración para la imposición de alguna medida comunitaria.

En la situación anterior a la proliferación de alternativas comunitarias, los policías y los jueces tenían solo dos posibilidades: arrestar y someter a proceso, o dejar en libertad al ofensor. En el caso de ofensas menores la alternativa elegida, ya por procedimientos formales o informales, era generalmente la de dejar al infractor en libertad. Sin embargo, esta situación cambia radicalmente con el surgimiento de una amplia gama de posibilidades que se le ofrece al juez o policía; donde este antes solo tenía dos alternativas, el control en la comunidad surge como una tercera alternativa, mayormente aplicable cuanto más benevolente aparezca²⁰.

Sin embargo, esta tercera posibilidad no (solo) se configura como una alternativa a la cárcel, sino como una alternativa a la puesta en libertad.

Asimismo, la imposición de estas medidas se realiza sin la observancia de las garantías legales propias de un proceso. La idea de que al ofensor se le ofrece un servicio, que este es prestado por instituciones humanitarias, etc., son elementos que coadyuvan a una minoración de las garantías previstas en un proceso legal. No solo ello, sino que en numerosas ocasiones es precisamente la falta de posibilidades de obtener una declaración de culpabilidad en un proceso penal, lo que provoca la aplicación de medidas de control comunitario²¹. Nuevamente, más que alternativa a la cárcel, adoptan el carácter de alternativas a la puesta en libertad.

En segundo lugar, estas medidas se aplican respecto de una determinada categoría de actos, generalmente ofensas menores (falta leve contra la propiedad) o delitos sin víctimas (drogadicción). El problema se presenta ya instantáneamente con la selección de los comportamientos a los cuales les serán aplicados los controles comunitarios. La falta de reglas determinadas legalmente provoca que los criterios que guían la entrada o participación en un programa concreto sean altamente discrecionales; discrecionalidad que se extiende al momento y condiciones en que se produce una revocación de la participación en los mismos. Pareciera, por consiguiente, prematuro afirmar que la puesta en práctica de estas alternativas supone una sustitución de la pena de cárcel; como ya hemos visto, solo determinados comportamientos son tomados en consideración para la imposición de una medida distinta de la cárcel, pero inclusive para estos la sustitución no es definitiva, ya que la amenaza de la cárcel en caso de revocación está siempre presente²².

Un tercer elemento por tomar en consideración es el hecho de que el paso por alguna de estas agencias diversificadoras, se toma en cuenta a efectos de establecer el récord criminal. El riesgo de que el sujeto sometido a algún tipo de intervención comunitaria acabe en la cárcel es mayor, ya que en su ficha consta el haber estado sometido a algún tipo de control²³.

Adicionalmente, la aplicación de las alternativas comunitarias pareciera añadir nuevos motivos para la imposición de la pena carcelaria. En efecto, además del delito inicial, se considera el cumplimiento de las condiciones pactadas para la

¹⁶ GREENBERG (1975), pág. 8.

¹⁷ Ello ha dado origen a que se criticaran los criterios clasistas y en ocasiones racistas que guían la aplicación de estas alternativas. GREENBERG (1975), págs. 11 y ss.

¹⁸ AUSTIN-KRISBERG (1982), pág. 380.

¹⁹ COHEN (1979), pág. 345; (1985), pág. 53.

²⁰ AUSTIN-KRISBERG (1981), pág. 171; COHEN (1979), págs. 347-348; (1985), pág. 50.

²¹ AUSTIN-KRISBERG (1981), pág. 170.

²² GREENBERG (1975), pág. 16.

²³ COHEN (1985), pág. 55.

participación en los programas. La violación de alguno de sus requisitos puede suponer la aplicación de la pena de cárcel²⁴.

Todo ello parece indicar que la imposición de una medida de control comunitario aumenta las posibilidades de una futura aplicación de la pena de cárcel.

Por último, nuevamente, el hecho de que el control en la comunidad se presente bajo la idea de servicio, ha llevado a ignorar las reivindicaciones de descriminalización de determinados comportamientos. Debido a que la pena ya no es la cárcel, sino algún tipo de ayuda, parece adecuado despreocuparse de su existencia continuada en los códigos penales; sin embargo, ello supone mantener la posibilidad de aplicar la pena de cárcel para los ofensores que no sean afortunados con la imposición de un servicio alternativo²⁵.

b) *¿Humanitarismo o intervencionismo?* Indudablemente pudiera afirmarse "El aspecto humanitario de las correcciones basadas en la comunidad es obvio. Sujetar a alguien a custodia coercitiva es situarlo en condiciones físicas peligrosas, reducirle drásticamente su acceso a fuentes de satisfacción personal, y reducir su autoestima... Desde el momento en que el ofensor es relevado de la carga de la custodia, se realiza un objetivo humanitario. La propuesta de que nadie debería ser sujeto a un control de custodia innecesariamente es una declaración humanitaria"²⁶.

El hecho más obvio que contradice esta pretensión humanitaria es, como lo ha puesto de relieve COHEN, la dificultad de distinguir entre una cárcel funcionando en régimen abierto, de una institución abierta (comunitaria) funcionando en régimen semicerrado. Agudizado ello por el hecho de que estas últimas reproducen las mismas reglas que rigen las instituciones cerradas²⁷.

El humanitarismo del control en la comunidad es asimismo cuestionado desde el momento en que parece reproducir los efectos negativos de las instituciones totales. Así se afirma que se mantienen los efectos etiquetadores de las agencias de control social²⁸.

Asimismo debe observarse el grado de intervención que generalmente supone la aplicación de estas medidas alternativas. Estas no se reducen solamente a la vigilancia y custodia por parte de un oficial de *probation*, sino que además requieren en numerosas ocasiones la participación activa en programas rehabilitadores, sesiones con un consejero, firma de contratos en los que se especifica qué comportamientos puede realizar el sometido a custodia, etc. Este grado de intervención puede observarse en dos ejemplos expuestos por COHEN y GREENBERG respectivamente²⁹:

²⁴ GREENBERG (1975), pág. 11; COHEN (1979), pág. 346.

²⁵ GREENBERG (1975), pág. 22.

²⁶ *National Advisory Commission*, cit. por GREENBERG (1975), pág. 7.

²⁷ COHEN (1979), pág. 345.

²⁸ LEMERT (1981), señala que, analizado retrospectivamente, hubiera sido preferible designar el objetivo pretendido como "no intervención planificada", en lugar de diversificación a otras agencias de control (pág. 39).

²⁹ COHEN (1985), pág. 73; GREENBERG (1975), pág. 10.

1) Joe, 16 años, detenido por posesión de marihuana, fue trasladado por la policía a un programa urbano diversificado. En este se firma el siguiente contrato, organizado por el departamento de psicología de una universidad que actúa como mediador entre los padres, maestros y Joe.

Términos del contrato. Joe acuerda:

—Llamar cada día a su casa a las 4 p.m. para informar a sus padres de dónde se encuentra y volver a las 5 p.m.

—Volver a casa a las 12 p.m. las noches de fin de semana.

—Hacer su cama y limpiar su habitación diariamente (asearla, colgar la ropa).

—Poner la mesa de cenar diariamente.

En contraprestación, sus padres acuerdan:

—Permitir a Joe salir entre las 7.30 y las 9.30 de lunes a jueves y preguntarle por sus amigos sin hacer comentarios negativos.

—Permitir a Joe salir al siguiente fin de semana.

—Vigilar su habitación diariamente y pagarle 75 centavos cada vez que esté limpia.

—Depositarse 75 centavos en la cuenta de ahorro de Joe.

2) Un segundo ejemplo ilustra las medidas tomadas por un tribunal de Los Angeles, para conceder, la *probation* a determinadas prostitutas. A estas les será prohibido durante un período de dos años estacionarse en un vehículo de motor con conductores masculinos; no pueden aproximarse a peatones o motoristas masculinos, ni conversar en calle o sitio público; deben consentir en someter su persona, vehículo o puesto de residencia a registro en cualquier hora del día o de la noche, con o sin autorización judicial, cada vez que se lo requiera el oficial de paz.

En definitiva, como muestran estos ejemplos, toda una serie de medidas destinadas a proporcionar un nuevo estilo de vida; el ofensor es evaluado no con base en el acto cometido, sino de acuerdo con sus posibilidades de consecución de ese estilo de vida alternativo³⁰.

También ha sido señalado que determinadas medidas —trabajo gratuito para la comunidad o en aras de restituir el perjuicio causado a la víctima— que no suponen internamiento y que en principio no requerirían un excesivo grado de intervencionismo, se han visto transformadas en una forma de obtención de mano de obra barata³¹.

Por último, los efectos humanitarios debieran observarse no solo respecto de los beneficiados por algún tipo de control comunitario, sino atendiendo al impacto causado en la globalidad del sistema penal.

Es GREENBERG quien mayor énfasis ha puesto en estudiar los efectos de las alternativas a la cárcel para la población que aún permanece reclusa. Entre las múltiples repercusiones señaladas por este autor, merecen destacarse brevemente las siguientes:

—Un incremento en la imposición de la pena de cárcel. En la medida en que la cárcel funciona, hasta cierto punto, como un sistema autorregulatorio (esto es,

³⁰ GREENBERG (1975), pág. 17; SCULL (1982), pág. 114.

³¹ COHEN (1985), pág. 126.

las variaciones en el índice de encarcelación dependen de sus propias exigencias y no de variables externas), la diversificación de sectores hacia alternativas comunitarias supone la posibilidad de imponer un mayor número de penas de cárcel para determinados delitos. Adicional y consecuentemente se observa una duración más larga de las penas de cárcel.

—En segundo lugar, los efectos estigmatizadores de la cárcel se ven largamente aumentados. En efecto, a la cárcel van no ya los delincuentes, sino los delincuentes que el propio aparato de justicia criminal declara como no aptos para ser sometidos a otro tipo de control.

—Por último, una de las paradojas del movimiento descarceratorio ha sido su contribución al surgimiento de la creencia de que la descarceración se ha producido efectivamente. Este problema será abordado posteriormente; baste por ahora considerar que ello ha conducido al olvido de las condiciones en que los presos están sometidos, así como a la disipación de todo movimiento u organización que tuviera como objetivo la mejora de las condiciones existentes en el interior de las cárceles³².

c) *¿Tratamiento en la comunidad o desentendimiento del Estado?* Ya observamos anteriormente la ambigüedad del término *comunidad*; señalamos asimismo lo que se pretendía evocar. Es necesario ahora avanzar otro paso y considerar quién constituye la comunidad.

Es COHEN quien con mayor insistencia ha puesto de relieve el equívoco a que conduce la utilización del concepto "comunidad". De acuerdo con este autor, no es la comunidad la que concede todos estos servicios alternativos, sino precisamente el Estado. La existencia de determinadas instituciones privadas en la amplia red de mecanismos comunitarios, no desdice esta afirmación, debido a que en general el funcionamiento de instituciones privadas se limita al tratamiento exclusivo de determinados problemas (p. ej. drogadicción, enfermedad mental, delincuentes juveniles, etc.).

Adicionalmente, debe considerarse el hecho de que incluso las instituciones privadas acostumbran a recibir algún tipo de subvención estatal³³.

En definitiva, pues, más que de comunidad concediendo servicios, debiera hablarse del Estado ejerciendo su potestad punitiva por medio de instituciones integradas en la comunidad.

No obstante, incluso la propia idea de integración ha sido puesta en duda. En efecto, se ha puesto de relieve que uno de los sectores menos entusiastas con el retorno de los delincuentes ha sido precisamente la propia comunidad. Esta insatisfacción de la comunidad en acoger los casos problemáticos se ha traducido en varias respuestas: la organización del vecindario para impedir la instalación de casas o centros rehabilitadores, fuga a otros barrios de la ciudad y posterior cercamiento. Estos movimientos de la población en el interior de las ciudades dan como resultado el siguiente esbozo: por un lado la ubicación de los centros rehabilitadores en barrios

³² GREENBERG (1975), págs. 18 y ss.

³³ COHEN (1979), pág. 354.

con escasa capacidad organizativa, correspondiendo estos generalmente a barrios de la clase obrera o de población marginal; por otro lado, consecuencia de la huida de sectores de la población a barrios residenciales, la creación de *ghettos* en el interior de las ciudades donde se agrupa la población desviada, a la par que se la mantiene separada del resto de vecindarios³⁴.

Así señala MELOSSI que "La «nueva» institución que ha sustituido la antigua prisión y los hospitales mentales es el *ghetto*"³⁵.

Una tercera reflexión de cómo se ha aplicado este tratamiento comunitario ha sido proporcionada por SCULL. Según este autor, se produjo una descarceración de efectos limitados a dos sectores: los delincuentes juveniles y los enfermos mentales. Ello se realizó por medio del cierre de las instituciones que agrupaban a estos dos grupos y su posterior ubicación en centros comunitarios. Sin embargo, todo este proceso se realizó con anterioridad a que el Estado proveyese a la comunidad de recursos adecuados, de una infraestructura suficiente para absorber la población proveniente de las instituciones cerradas estatales. De ahí que este autor concluya que *comunidad* se convirtió comúnmente en sinónimo de *ghetto*, y la idea de *tratamiento* en sinónimo de *dejadez*³⁶.

Por último, como ya adelantamos, la concepción mayoritaria en este movimiento descarceratorio afirmaba la delincuencia no como una anomalía intrínseca del sujeto, sino como un fallo en su proceso socializador. Sin embargo, este razonamiento ha comportado la acentuación primordial de los mecanismos socializadores; la delincuencia no es un problema vinculado a determinadas estructuras económico-político-sociales, sino exclusivamente un problema que dice relación con una adecuada socialización. No es necesario, por consiguiente, proceder a reformas estructurales —ni exigir cambios al Estado—, ya que es suficiente con una intervención en los mecanismos o procesos socializadores. El resultado de ello es que la responsabilidad del Estado se ve aminorada, cuando no inexistente³⁷.

4. LAS RAZONES "VERDADERAS" DE LA DESCARCELACIÓN

La ejecución del control en la comunidad había sido precedida de algunas opiniones que dejaban entrever un cierto escepticismo acerca de cuál sería el resultado final de todo ello; el escepticismo dejó paso a un abierto criticismo de cómo el proceso estaba siendo conducido; y el criticismo cedió en aras de una postura de abierta incredulidad. Se cuestionaba no ya la aplicación práctica de las medidas descarceratorias sino, incluso, las razones por las que el Estado había aceptado la ejecución de estas. "Las proclamaciones ideológicas de los proponentes de las actuales reformas son tan fiables como guía a los antecedentes, características y

³⁴ COHEN (1985), págs. 197 y ss.; SCULL (1982), pág. 104.

³⁵ MELOSSI (1980), pág. 398.

³⁶ SCULL (1982), pág. 105.

³⁷ COHEN (1985), pág. 126.

significado de lo que está sucediendo en la realidad como lo son las obras escogidas de los hermanos Grimm³⁸.

Dentro de esta búsqueda de las razones verdaderas que guiaron al Estado a aceptar los objetivos del movimiento descarceratorio, reseñaremos las que en nuestra opinión han tenido un mayor impacto en la literatura norteamericana.

Debe observarse que lo característico de las posiciones que ahora se expresarán es la valoración de que el movimiento descarceratorio no fracasó, sino que por el contrario triunfó, al producirse una confluencia de los verdaderos objetivos perseguidos por el Estado, con la situación final resultante del control en la comunidad.

Tres son los enfoques que mayor impacto han tenido en la literatura moderna³⁹:

A. La opinión que afirma el movimiento descarceratorio como un reflejo de la crisis fiscal del Estado (SCULL).

B. La posición que ve en este proceso la racionalización de los sistemas de control acordes al desarrollo del sistema capitalista (SPITZER, MELOSSI).

C. La concepción que afirma el nuevo sistema de control de la desviación como una intensificación de las líneas maestras del siglo XIX para la creación de una sociedad disciplinaria (COHEN).

a) *La crisis fiscal del Estado.* De acuerdo con el análisis realizado por SCULL, la cuestión clave a contestar es por qué se produce la descarceración precisamente en el momento actual. Ello no deja de ser paradójico, atendidas las siguientes reflexiones: i) las críticas dirigidas a las instituciones totales no son novedosas, más bien son reformulaciones de críticas anteriores que fueron disipadas en el olvido; ii) la efectividad de las alternativas del control en la comunidad nunca fue demostrada; es más, el cierre de instituciones juveniles, psiquiátricas precedió a un análisis de las ventajas de la descarceración; iii) no se observa un resurgimiento de la comunidad, menos aún de sentimientos tolerantes de la comunidad respecto de la población desviada; iv) es sospechoso el apoyo recibido por parte de sectores altamente conservadores⁴⁰.

Estas razones llevan a SCULL a analizar la descarceración como una necesidad proveniente del Estado. Así podrían señalarse dos características del Estado, cuya unión proporcionan una explicación satisfactoria al fenómeno descarceratorio. Por un lado, nos encontramos frente a un Estado del bienestar, es decir un Estado que por medio de sus mecanismos de *welfare* se ve obligado a proporcionar medios de mantenimiento, tratamiento y subsistencia para los sectores más débiles de la población (p. ej. enfermos mentales). Por otro lado, el Estado está inmerso en una crisis fiscal (de acuerdo con O'CONNOR) y no puede cubrir adecuadamente las funciones de acumulación y legitimación; de ahí que surja la necesidad de recortar los gastos estatales. La unión de estos dos elementos permite concluir que el Estado no tiene necesidad de costear respuestas segregativas, en la medida que puede cubrir

³⁸ SCULL (1982), pág. 100.

³⁹ Desde otra perspectiva, véase a PIVEN-CLOWARD (1971), pág. 276.

⁴⁰ SCULL (1984), págs. 124 y ss.

esta misma función por medio de los mecanismos generales del "welfare system" (o relegarlo a instituciones privadas). En conclusión, la descarceración obedece a la necesidad de adaptar el sistema de control a un Estado de *welfare* en crisis fiscal⁴¹.

La posición de SCULL, no obstante el enorme impacto que ha representado, ha sido objeto de varias críticas.

—Merecen destacarse, en primer lugar, las reflexiones posteriores del propio SCULL recogidas en la segunda edición de su tratado. La más importante de ellas refleja la equivocación de tratar como fenómeno unitario instituciones tales como hospitales psiquiátricos y cárceles. Ello ha resultado ser erróneo, debido a que i) los motivos alegados para proceder a una desinstitucionalización p. ej., la necesidad de tratar a los enfermos mentales de modo más humanitario, no tienen el mismo impacto al referirse a los presos, especialmente en un momento en que se observa un resurgimiento de movimientos que reclaman una mayor severidad en las penas; ii) los intereses de los profesionales de ambos sectores son diversos; así, mientras el psiquiatra puede estar deseoso de incorporarse a la comunidad, el guardián de la cárcel observa peligrar su puesto de trabajo; iii) el control en la comunidad no ha resultado ser más barato, por consiguiente el ahorro del Estado es ínfimo⁴².

—En esta misma dirección, se le ha objetado que en tanto el Estado puede efectivamente desentenderse y trasladar el manejo de los enfermos mentales a instituciones privadas, difícilmente puede proceder del mismo modo con el control de los criminales, sin socavar las bases de legitimación del propio Estado⁴³.

—También en la línea de diferenciar las funciones de los asilos y las cárceles cabría preguntarse, en mi opinión, si los mecanismos del *welfare* permiten la sustitución de la cárcel. A juicio de SCULL, las funciones históricamente atribuidas a los hospitales mentales eran las de recluir o mantener a sus pacientes; la cárcel era el lugar no solo donde se recluía sino, asimismo, donde se disciplinaba, donde se procedía a la configuración de una fuerza de trabajo. En la medida que se afirma que las cárceles son hoy un instrumento innecesario, que pueden ser suplidas por los mecanismos generales del WELFARE, debiera indicarse consecuentemente que estos son aptos para mantener y disciplinar, absorbiendo de este modo las dos funciones atribuidas a la cárcel⁴⁴.

—Ha sido puesto de relieve, asimismo, que en su análisis de la crisis fiscal del Estado de *welfare*, SCULL desconoce el segundo elemento desarrollado por O'CONNOR para explicar la crisis fiscal, esto es, los gastos armamentistas. Por ello, "Cualquier análisis que no tome en consideración la primacía de los gastos armamentistas sobre los gastos sociales es inherentemente conservador en la medida que inconscientemente alimenta la retórica que defiende el recorte de los gastos sociales como forma de equilibrar la balanza"⁴⁵.

⁴¹ SCULL (1984), págs. 177 y ss.

⁴² SCULL (1984), págs. 177 y ss.

⁴³ SPITZER (1979), pág. 202.

⁴⁴ En este sentido MELOSSI (1980), págs. 392-398.

⁴⁵ LOWMAN-MENZIES (1985), pág. 20.

—Por último, se ha señalado que la crisis fiscal del Estado pudiera ser una explicación acertada si se hubiera producido una efectiva descargación. Las investigaciones empíricas señalan lo contrario, esto es, en el período de supuesta crisis fiscal del Estado, los índices de encarcelación no disminuyeron sino que aumentaron⁴⁶.

“La lógica correlativa es suficientemente simple: si los programas comunitarios estuviesen reemplazando instituciones, entonces los sistemas que utilizan de forma intensiva estas alternativas debieran utilizar en menor proporción las instituciones. Pero si la comunidad está complementando las instituciones, entonces los sistemas que hacen un gran uso de la comunidad también realizarán un uso elevado de las instituciones, y eso es justo lo que está pasando”⁴⁷.

b) *Racionalización de los sistemas de control.* De acuerdo con SPITZER, la creación del mercado trajo consigo la necesidad de configurar todas las relaciones sociales en apoyo del funcionamiento de este. Entre ellas, el sistema de control adoptó, asimismo, las formas más convenientes para el desarrollo del mercado.

En un inicio, los mecanismos de regulación del mercado eran extractivos —extracción del excedente— y extensivos —la producción se aumenta por un incremento o bien de la fuerza de trabajo o de los medios de producción—.

En la medida en que el mercado se desarrolla, se comprende que puede producirse un incremento en la producción controlando el proceso de aprendizaje, el medio ambiente, etc. —proceso intensivo—, e incluso se puede incrementar mediante la creación de unos nuevos hábitos (consumidores) —proceso inclusivo—.

Ello implica, sin embargo, no solo una racionalización del sistema de producción, sino una regulación de toda la vida social en general. Este proceso se presenta solo como una tendencia que crea sus propias fuerzas contrapuestas; así, este progresivo desarrollo del capitalismo y de su tecnología produce inevitablemente un excedente de población que está permanentemente excluido del proceso de producción y del proceso de consumo. Ello significa que las “leyes naturales del mercado” (trabajo-producción de riqueza-consumo) y la nueva sociedad resultante, se revelan como inadecuadas para proporcionar un adecuado manejo de estos sectores de la población, de ahí que se requiera la ayuda del Estado.

El sistema de control estatal adoptará el objetivo (acorde al del mercado) de regular toda la vida social; por ello se propiciarán respuestas integradoras versus formas segregativas que i) ayuden a una explotación más racional del capital humano —control intensivo—; ii) enfatizen los mecanismos socializadores, —control inclusivo—; iii) permitan una adecuada privatización de la ganancia —mediante la transformación de gastos sociales en inversiones sociales (p. ej. la creación de instituciones semiprivadas para el tratamiento de la drogadicción)—; y socialización de las pérdidas —haciendo recaer los efectos del delito en los sectores más débiles

⁴⁶ Admitido por SCULL (1982), pág. 107; (1984), págs. 160 y ss.; AUSTIN-KRISBERG (1982), pág. 376; COHEN (1979), pág. 343; (1985), págs. 44 y ss.; LOWMAN-MENZIES (1985), págs. 16 y ss.; MELOSSI (1985), pág. 186.

⁴⁷ COHEN (1985), pág. 49.

de la sociedad, ya como víctimas o como consumidores (p. ej. gastos relacionados con toda la industria de seguridad)—⁴⁸.

Dentro de este grupo merecen destacarse asimismo los esfuerzos realizados por MELOSSI. De acuerdo con este autor, la cárcel cumplía anteriormente dos funciones económicas: tasar el salario libre y desarrollo de la producción (la cárcel como unidad productiva). Estas funciones económicas se ven superadas por el avance del capitalismo con su subsiguiente aumento de la fuerza de trabajo libre y desarrollo de los medios de producción. “No se trata de que no se trabaje más en la cárcel; el trabajo carcelario no se descarta *a priori*, solo emerge al primer plano el carácter punitivo, disciplinante del trabajo antes que su valorización económica”⁴⁹.

La función económica de la cárcel deja paso a su función disciplinaria. La cárcel adquiere el carácter de institución auxiliar de la fábrica, ya no en su vertiente económica, sino en su vertiente disciplinaria: debía disciplinarse para el trabajo y para la aceptación de las condiciones (capitalistas) en que el trabajo se desarrollaba⁵⁰.

Sin embargo, hoy en día lo que se observa es la obsolescencia de las funciones disciplinarias de la cárcel. Este proceso es debido, esencialmente, a i) la automatización introducida en las fábricas produce *per se* el efecto de disciplinar la fuerza de trabajo; ii) el Estado puede conseguir los mismos objetivos en los procesos socializadores por medio de las instituciones del *welfare*; iii) la función disciplinaria pierde sentido en la medida en que el mercado de trabajo no se encuentra en situación de absorber toda la fuerza de trabajo disponible.

Ello significa que la cárcel ya no es necesaria como mecanismo disciplinario de la fuerza de trabajo; por ello, el sistema de control adoptará una forma abierta en aras de una regulación de toda la sociedad⁵¹. Con ello se quiere expresar que una de las características de la sociedad postindustrial es que la fábrica cede su puesto preponderante en el proceso productivo; consecuentemente, la idea de disciplina deja paso a un objetivo más amplio de regulación de toda la sociedad, del establecimiento de un control social, para el cual la cárcel se revela inadecuada⁵².

En los últimos estudios, MELOSSI ha variado su posición anterior ligeramente. Así, para este autor los índices de encarcelación decaen o se incrementan de acuerdo con el “vocabulario de motivaciones punitivas”. El vocabulario de motivaciones punitivas (y no el delito) es la variable fundamental entre el “political business cycle”⁵³ y los índices de encarcelación.

⁴⁸ SPITZER (1975), pág. 648; (1979), pág. 201; (1982), pág. 189.

⁴⁹ MELOSSI-PAVARINI (1985), pág. 63.

⁵⁰ MELOSSI (1980), pág. 382.

⁵¹ MELOSSI (1980), págs. 392-398.

⁵² MELOSSI, comunicación personal del autor.

⁵³ Este concepto pretende expresar la interacción entre diversos actores sociales, determinada no solo por intereses económicos, sino por el afán de mantener la disciplina y la estabilidad política. De ahí que esa interacción produzca, sin que esté subordinada ni determinada por ellos, cambios en las variables económicas. MELOSSI (1985), pág. 179.

Este discurso punitivo varía; así, en épocas de expansión se observa una mayor benevolencia en los castigos y una correspondiente búsqueda de alternativas más humanitarias. Por el contrario, en momentos de recesión el discurso punitivo se caracteriza por una mayor severidad, una utilización intensiva de la cárcel y un descenso en los *standards* de vida en el interior de ella (necesario para seguirse manteniendo el principio de *less eligibility*).

Este pareciera ser, en consecuencia, el proceso desarrollado en Estados Unidos, donde a la época de crecimiento económico le corresponde un discurso punitivo menos estricto, de surgimiento de las teorías abolicionistas y de poca utilización de la cárcel; la época de recesión de los setentas vendría, por el contrario, caracterizada por un discurso punitivo severo que produciría un aumento de los índices carcelarios⁵⁴.

Este análisis entraña sin embargo, algunos problemas. En primer lugar, no aparece demasiado claro el por qué a épocas de recesión les corresponde un discurso punitivo más severo. Ello pareciera ser contestado por MELOSSI, al afirmar: "En los momentos de recesión, la encarcelación deviene un medio de educar al ciudadano para la aceptación de la reducción de los *standards* de vida"⁵⁵.

Ahora bien, si ello es así, pareciera evidente que aun en sociedades de capitalismo postindustrial, la cárcel continúa cumpliendo funciones disciplinarias. En consecuencia, no aparecería tan obvio que la pena característica de la sociedad postindustrial sea la *probation*⁵⁶. Antes bien, la cárcel persiste en épocas de crecimiento y recesión; estos ciclos, con sus correspondientes discursos, afectan exclusivamente a los índices de encarcelación o a las condiciones existentes en el interior de las prisiones.

En definitiva, debiera explicarse por qué en los momentos de expansión y presunta benevolencia, la cárcel no es efectivamente sustituida; en tanto que en los períodos de recesión, conjuntamente con la pena de cárcel se mantienen los mecanismos sustitutorios de la misma.

Si bien la introducción de los vocabularios de motivación punitiva permiten superar en gran medida un cierto determinismo económico, parecieran resurgir los riesgos de vincular la persistencia de la cárcel a una determinada estructura económica, o a los fines disciplinarios de un determinado sistema de producción.

Asimismo, se ha puesto de relieve que la relación entre sistemas de control y desarrollo del capitalismo no aparece tan evidente. El vacío que pudiera achacarse a estas teorías, basadas en un modelo de explicación político-económico, es que ignoran el atractivo de las nuevas ideologías —vuelta a la comunidad, reducción de la intervención estatal—, los variados intereses de determinadas organizaciones y de sus profesionales, y todo ello dentro de un marco político-económico⁵⁷.

Adicionalmente, surge el siguiente problema: si los planteamientos adelantados por estos autores proporcionan una adecuada explicación al fenómeno descarcerato-

⁵⁴ MELOSSI (1985), *passim*; (1986), *passim*.

⁵⁵ MELOSSI (1985), pág. 183.

⁵⁶ MELOSSI (1985), pág. 186.

⁵⁷ COHEN (1985), págs. 107-110.

rio, pareciera innegable que la cárcel debiera (tendencialmente) desaparecer, ya por la crisis fiscal del Estado (SCULL), ya por su innecesariedad como forma punitiva en sociedades de capitalismo avanzado (SPITZER, MELOSSI). A pesar de la controversia que reina en torno a cómo debe contabilizarse la descarceración⁵⁸, hay unanimidad en que los índices de encarcelación, van progresivamente aumentando. Por consiguiente, el fenómeno que debiera explicarse no son las razones de la descarceración, sino la persistencia de la cárcel conjuntamente con el resto de "alternativas" a la cárcel.

c) *Hacia una sociedad punitiva*. En mi opinión es COHEN a quien corresponde el mérito de haber señalado lo paradójico de las discusiones existentes. En efecto, parecía reinar un gran debate acerca de cuáles eran los motivos por los que el Estado procedía a una descarceración. Se obviaba examinar los datos y textos que indicaban que esta no se estaba produciendo. En el fondo, parecía que los propios autores dividían su escepticismo: se era escéptico de las razones por las que se producía la descarceración, pero se era crédulo respecto de su implantación.

Actualmente, como hemos señalado, se parte de la premisa de que esta no se produjo; por consiguiente, lo que se trata de fundamentar es el surgimiento y mantenimiento de instituciones asistenciales, psiquiátricas, correctivas, conjuntamente con la persistencia de la cárcel.

Entiendo que corresponde también a COHEN, haber adelantado los criterios que debían servir para valorar este proceso. Estas instituciones debían no solo analizarse en términos de éxito-fracaso respecto a la prevención o integración de la delincuencia; debía examinarse, asimismo, hasta qué punto ello significaba un aumento del control social.

Con base en estas premisas podemos reseñar brevemente el pensamiento de COHEN.

Para este autor, el desarrollo del sistema punitivo en el siglo XIX obedece a cuatro líneas maestras:

- La segregación de la desviación en instituciones cerradas.
- La clasificación y separación de los diversos tipos de desviación.
- El paso de un castigo orientado al cuerpo por otro que tiene como objeto la mente.
- El incremento de la involucración del Estado en los sistemas de control⁵⁹.

El siglo XX pareció presenciar un reverso de estos objetivos, se trataba de des-centralizar, des-clasificar, des-institucionalizar, des-profesionalizar, des-carcelar. El resultado de estos movimientos no ha producido sin embargo un viraje del sistema, sino una intensificación de las líneas maestras desarrolladas en el siglo XIX.

El cúmulo de instituciones correctivas, asistenciales, terapéuticas, surgidas a amparo de estos movimientos ha permitido:

- Un aumento del poder de intervención del Estado hacia comportamientos o sujetos que anteriormente escapaban de las redes del control.

⁵⁸ COHEN (1985), págs. 44-50.

⁵⁹ COHEN (1985), págs. 17 y 32.

—Una mayor manipulación de la mente del ciudadano por los programas coactivos de condicionamiento de conducta que rigen en los centros rehabilitadores.

—Una acentuación de la clasificación entre los propios delincuentes, estableciéndose una suerte de principio bifurcatorio entre delincuentes “blandos”, destinatarios de las medidas correctivas, y los “duros”, para los que se reserva la pena de cárcel.

—Un mantenimiento de la cárcel y creación del espejismo de que está siendo paulatinamente reemplazada.

En consecuencia, ello se ha traducido en el establecimiento de un mayor control social (“unas redes más fuertes, más extensas y más densas”), una difuminación del control social (de sus límites, de sus agencias, de sus clientes), y consecuentemente una mayor penetración del castigo en el cuerpo social.

Las razones que explicarían el por qué de esta intensa actividad se apoyan fundamentalmente en un análisis “foucaultiano” del control social. Esto es, lo que el siglo XX estaría presenciando es una reorganización del castigo que tiende a hacerlo más eficaz cuanto más extendido, difuminado y absorbido por la sociedad. De ahí que junto a la cárcel surja todo este cúmulo de alternativas que producen no una integración de la cárcel en la sociedad, sino la transformación de la sociedad en un “archipiélago carcelario”⁶⁰.

Las críticas que pudieran dirigirse a este análisis, provienen de la virtud y a su vez limitación de utilizar el modelo de FOUCAULT.

El funcionamiento de cada agencia de control social es visto como un “micropoder” que no se limita a reproducir la estructura político-económica. Ello permite prestar atención al funcionamiento concreto, relativamente autónomo, de dichas agencias⁶¹. Sin embargo, las limitaciones de este análisis surgen cuando intentamos aprehender quién, eventualmente, dirige este proceso (que parece ser lineal); a quiénes sirve; a qué intereses responde el establecimiento de un control que conduce a un (todavía) mayor control.

La segunda limitación, es que pareciera no haber nada nuevo por explicar. Es decir, en definitiva, el siglo XX reproduce lo que ya vio surgir en el siglo XIX: “Que en la posición central que ocupa, la prisión no está sola, sino ligada a toda una serie de dispositivos «carcelarios», que son en apariencia muy distintos —ya que están destinados a aliviar, a curar, a socorrer—, pero que tienden todos como ella a ejercer un poder de normalización”⁶².

Y, sin embargo, y como reconoce el propio COHEN, sí hay cosas nuevas que explicar: “en el ámbito político, por ejemplo, el fallecimiento del liberalismo-welfare tradicional, o en un plano económico, la creciente importancia del sector privado”⁶³.

Un tercer elemento que debe considerarse es el riesgo de considerar todo el conjunto de medidas alternativas a la cárcel como técnicas disciplinarias. Como señalan GARLAND-YOUNG, ello supone desconocer que junto con ellas coexisten

⁶⁰ COHEN (1985), págs. 41-86.

⁶¹ COHEN (1985), pág. 111.

⁶² FOUCAULT (1984), pág. 314.

⁶³ COHEN (1985), pág. 112.

otras formas de control, como por ejemplo “el control financiero (particularmente a través de multas, compensaciones, restituciones, etc.) que operan por medios bastante diferentes para producir una forma de autodisciplina y control internalizado de forma «automática», sin que requieran la intervención personal de un agente penal”⁶⁴.

Que, en fin, leer toda “La reforma del derecho criminal (...) como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, según unas modalidades que lo vuelvan más regular, más eficaz, más constante y mejor detallado en sus efectos”⁶⁵, puede llevar a un inmovilismo indeseable, en que la única alternativa posible parezca ser “ciudad punitiva o institución coercitiva”⁶⁶.

5. REFLEXIONES FINALES

En este artículo se ha pretendido reflejar brevemente el movimiento descarceratorio norteamericano de los años 60s, así como una valoración de su implantación y la discusión existente acerca de las razones que lo originaron. Lo que sigue a continuación debe observarse a título de reflexiones suscitadas por el estudio de este proceso.

La primera cuestión que debiera plantearse, es la posibilidad de apoyar el establecimiento de algunas medidas alternativas a la cárcel, que no impliquen un mayor aumento del control social. La contraargumentación es que ello “implica la creación de estructuras parecidas a la prisión con funciones similares a las de la propia prisión”, por ello se propone una actitud de negación de la prisión y no de proposición de alternativas a ella⁶⁷.

La segunda reflexión que ello suscita es la siguiente: Pareciera haber un consenso en señalar que la cárcel ha dejado de cumplir todas las funciones que se le atribuían, ya económicas, ya disciplinarias. Al mismo tiempo, se extiende la convicción de que la cárcel no reeduca y tampoco previene; se utiliza exclusivamente para aislar al delincuente. Ello significa que realidad (de la cárcel) y legitimación coinciden. Este cambio de sensibilidad⁶⁸ hacia la cárcel, así como cambios mayores en la estructura socioeconómica, pueden hacer presagiar el fin (tendencial) de la institución.

No obstante, como hemos señalado, todo el sistema alternativo a la cárcel y más amplio de control social parece en últimas depender de la presencia de la

⁶⁴ GARLAND-YOUNG (1983), pág. 19.

⁶⁵ FOUCAULT (1984), pág. 85.

⁶⁶ FOUCAULT (1984), pág. 135. Por ello COHEN matiza su postura y aboga por una política a corto plazo que combine los valores de “hacer justicia” (como límite a la pena), y “hacer bien” (medidas que son positivas per se y no como simples medios de reducir el crimen). Para una exposición más detallada COHEN (1985), págs. 236-272.

⁶⁷ MATHIESEN (1986), pág. 81.

⁶⁸ La repercusión de cambios de valores culturales, cambio de mentalidades, en los sistemas punitivos ha sido recientemente puesta de manifiesto por GARLAND (1986), pág. 4.

cárcel, para asegurar su funcionamiento. Si ello es así, y en tanto siga la necesidad de castigar, la desaparición de la cárcel parece lejana⁶⁹. Por último, como penalista, surge la (eterna) duda de cuál es el papel que el derecho penal está llamado a jugar en este proceso. Esto es, discutir la aptitud del Derecho Penal para establecer un límite efectivo a la intervención del Estado: aplicación de las medidas alternativas con las mismas garantías que las exigidas para la imposición de una pena. O discutir, acaso, la ilusión de concebir un derecho penal cuya función sea precisamente, la de limitar la función punitiva del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, R. (1982): "The contradictions of informal justice", en *The Politics of Informal Justice*, vol. 1, New York.
- AUSTIN, J.-KRISBERG, B. (1981): "Wider, Stronger and Different Nets: The dialectics of criminal justice reform", en *Journal of Research in Crime and Delinquency* (Jan. 1981), pág. 165.
- (1982) "The Unmet Promise of Alternatives to Incarceration", en *Crime and Delinquency* (July. 1982), pág. 374.
- COHEN, S. (1979): "The punitive city: Notes on the dispersal of Social Control", en *Contemporary Crises* (Oct. 1979), pág. 339.
- (1981) "Modelos occidentales utilizados en el tercer mundo para el control del delito: benignos o malignos?", en CENIPEC 6 (1981), pág. 63. Trad. por Corina E. Alcalá de Arce.
- (1983) "Social-Control Talk: Telling Stories about Correctional Change", en *The Power to Punish*, London.
- FOCAULT, M. (1984): *Vigilar y castigar*, 10ª ed., Madrid, (4 de España).
- GARLAND, D.-YOUNG, P. (1983): "Towards a Social Analysis of Penality" en *The Power to Punish*, London.
- GARLAND, D. (1986): *The punitive mentality: its socio-historic development and decline. An essay review*. Edinburgh, inédito.
- GOFFMAN, E. (1961) *Asylums*, New York.
- GREENBERG, D. (1975): "Problems in Community Corrections", en *Issues in Criminology* (Spring, 1975), pág. 1.
- LEMERT, E. (1967): *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, New York.
- (1981) "Diversión in Juvenile Justice: What hath been Wrought", en *Journal of Research in Crime and Delinquency* (Jan. 1981), pág. 34.
- LOWMAN, J.-MENZIES, R. J. (1985): *Out of the fiscal shadow: Carceral Trends in Canada and the US.*, Canada, 1985, inédito.
- MATHIESEN, T. (1986): "The politics of Abolition", en *Contemporary Crises*, vol. 10, N° 1 (1986).
- MELOSSI, D.-PAVARINI, M. (1985): *Cárcel y fábrica: Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Madrid (2 ed.).
- MELOSSI, D. (1978): "Georg Rusche and Otto Kirchheimer: Punishment and Social Structure", en *Crime and Social Justice* (Spring-Summer, 1978).

⁶⁹ Como admite SCHEERER, la desaparición de la cárcel implicaría un orden social distinto, por ello la lucha por la abolición de la cárcel es la lucha contra la piedra angular del sistema. SCHEERER (1986), pág. 9.

- (1980) "Strategies of Social Control in Capitalism: A comment on recent work", en *Contemporary Crises* (Oct. 1980), pág. 381.
- (1985) "Punishment and Social Action: Changing vocabularies of punitive motive within a political business cycle", en *Current Perspectives in Social Theory*, vol. 6.
- (1986) "Decentralization of Institutional Structures and Decentering of Theories: Social Control between the 1960s and the 1980s". Ponencia presentada en el XI Congreso Mundial de Sociología, Nueva Delhi, inédita.
- PIVEN, F.-CLOWARD, R. (1971): *Regulating the Poor*, New York.
- RUSCHE, G.-KIRCHHEIMER, O. (1984): *Pena y estructura social*, Bogotá.
- SCHEERER, S. (1986): "Towards abolitionism", en *Contemporary Crises*, vol. 10, núm. 1, (1986).
- SCULL, A. (1982): "Community Corrections: Panacea Progress or Pretense", en *The Politics of Informal Justice*, New York.
- (1984) *Decarceration: Community treatment and the deviant*, New York (2 ed.).
- SPITZER, S. (1975): "Toward a Marxian Theory of Deviance", en *Social Problems* (June, 1975), pág. 638.
- (1979) "The rationalization of crime control in capitalist society", en *Contemporary Crises*, (April, 1979), pág. 187.
- (1982) "The dialectics of formal and informal control", en *The Politics of Informal Justice*, New York.

**SECCIÓN
DE
JURISPRUDENCIA**

Tribunal Superior de Medellín

TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO

El verbo *apoderarse* que utiliza el art. 349 del C. P. es algo más que *sustraer*, pues supone la actividad del agente ejecutor del hecho mediante la cual este da traslado a su patrimonio, de manera ya tranquila, del objeto ajeno. El segundo verbo, en cambio, hace referencia a la víctima en cuanto que con ello debe privársele definitivamente (así sea de forma esporádica) de la oportunidad de disponer de lo suyo.

Si la cosa no llega a entrar en la esfera de custodia del ladrón, el hurto no está consumado.

Magistrado ponente: Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ
marzo 17 de 1983

Comentario: FRANCISCO VALBUENA CARDONA*

En virtud del recurso de apelación debida y oportunamente interpuesto (fls. 53 fte.) y convenientemente concedido por el *a quo* (fls. 54 vto.), conoce esta corporación de la providencia mediante la cual el señor Juez Primero Penal del Circuito de la ciudad llamó a responder en juicio criminal, por el delito de *hurto calificado*, en la modalidad de *tentativa*, al sujeto H. H. G. G. Concluido el trámite en esta instancia y dentro de él escuchado el parecer del señor agente del ministerio público, la Sala entra a resolver lo conducente, advertida la ausencia de motivos que afecten de nulidad lo actuado.

Bien traídos los hechos por el señor colaborador fiscal: "El señor L. V. M. N., de 65 años de edad y ciego de nacimiento, cotidianamente se dedica a la venta de diferentes loterías, en una de las casetas que para tal efecto construyó la Beneficencia de Antioquia en el atrio de la iglesia La Candelaria de esta ciudad. En su labor de expendio suele acompañarlo su esposa M. M. V. de M., de

60 años de edad. El oncé de mayo postrero, como de costumbre, los citados esposos concurren a eso de las ocho y cuarto de la mañana a su respectiva caseta. El invidente depositó sobre la mesa de esta 300 fracciones de la lotería de Medellín, 60 de la Cruz Roja, 60 de la de Bogotá, 60 de la de Cúcuta y 80 de la Extraordinaria de Colombia. En un ligero descuido de su cónyuge, H. E. G. G. se sustrajo el total de la lotería descrita y a paso largo trató de alejarse en dirección hacia Bolívar. Afortunadamente, L. A. L. M., expendedor de lotería en otra de las casetas, presenciando la sustracción de que había sido objeto su colega invidente. Sin dilación alguna salió tras del delincuente y a pocos metros le dio alcance y con denuetos le censuró su ilícita conducta. El ladrón reaccionó devolviendo lo hurtado a L. M., a quien sugirió que no hiciera escándalo. Aquel prosiguió su camino y L. A. entregó las fracciones de lotería a su dueño. En ese preciso momento se presentaron los agentes de la policía nacional,

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

M. S. R. y L. R. G. A estos se les enteró de lo que acababa de acontecer y se les señaló al responsable. De inmediato iniciaron la persecución de este y en la carrera Carabobo con la Calle Colombia lograron aprehenderlo”.

Las exigencias del art. 481 del C. de P. P. están satisfechas para la formulación del cargo, pues la materialidad del ilícito, dentro del ámbito preconizado por el art. 310 del C. de P. P.* no admite dudas. En efecto, no solo por la deposición del señor L. A. L. M. (fls. 14), quien fue el que frustró los empeños del antisocial, por las declaraciones de L. V. M. M. (fls. 3 y 42), como titular del derecho que se pretendía lesionar y de M. M. V. de M. (fls. 12), su esposa, sino también por las curiosas explicaciones del procesado (fls. 9 y ss.), quien admite haber tenido la mercancía en sus manos y haberla devuelto (cantando inocencia), como también por la diligencia de peritazgo (fls. 42), la preexistencia y propiedad y su significación económica, quedaron suficientemente acreditadas.

Sobre la autoría del comportamiento investigado tampoco aparece sombra que macule su claridad. La versión objetiva, vertebral, responsiva y sería de L. M. da cuenta de cómo el sujeto que entregó la mercancía fue el mismo que la tomó de la mesa de la caseta y salió a paso apresurado con ella. Y el hecho de tenerla en sus manos y haberla entregado a causa de los fervorosos reclamos que le hacía L. M., fue aspecto claramente reconocido por G. G., así desfigure la ocurrencia con la excusa de que dicha mercancía fue dejada en el suelo por un sujeto que corría y él, luego de tomarla, hubo de entregársela a un señor que ofuscado la reclamaba. Su inverosímil evasiva, fuera de la lógica explicación de L. M., resulta insostenible.

Pero esos no son aspectos de discusión dentro de la calificación y lo que se debate, conforme a la apelación interpuesta por el señor fiscal del Circuito, brevisimamente sustentada (fls. 53 fte.), es si se trata de un delito consumado de hurto y no de simple tentativa. El delito imperfecto o el conato, que fue lo acogido por el señor calificador de primera instancia, es lo que impugna su fiscal y es lo que apoya el señor Fiscal Noveno de la corporación en su concepto de fls. 57 y ss.

Al referirse a este tópico, el indicado funcionario puntualiza: “Se trata, desde luego, de un delito de hurto consumado. Evidentemente, de las cinco teorías que doctrinaria y jurisprudencialmente se han enseñado para determinar el acto consumativo de la infracción y distinguir el delito perfecto del mero conato, la predominante consiste en la teoría de la *ablatio*, que reclama que la cosa no solo sea removida, sino puesta fuera de la esfera de protección del legítimo poseedor, con privación de su derecho, aunque sea por breve lapso. Y ningún esfuerzo mental se requiere para concluir que esta situación fue la que se presentó en el caso *subjudice*”.

Los planteamientos del señor fiscal no aparecen tan claros como él se lo imagina, ni la conclusión es tan obvia como lo cree.

Si la teoría de la *ablatio* se quisiera tomar en la amplitud que da a entender, habría que concluir con la equivocada tesis de la Corte Suprema de Justicia hasta el año de 1951 que en este delito no se presentarían las modalidades imperfectas. La errada apreciación, pese a que para el efecto no se atienden las extremas teorías de la *aprehensio rei* y de la *Amotio*, fue cancelada por los sabios y adecuados estudios que se abrieron paso con las profundas reflexiones del Dr. LUIS ZAFRA JIMÉNEZ. Poco menos que imposible resultaba que un delito que ofrece un evidente camino para recorrer en su desarrollo, dejara sin sancionar comportamientos que inequívocamente se dirigían a la perfección de la empresa delictiva, o que bajo el engruimiento de que era instantáneo se sancionara como delito perfecto lo que apenas estaba en trance de ejecución.

El aspecto se torna claro si se atiende, no solo al vocablo de *sustracción* —que hace más referencia a la víctima en cuanto que con ella debe privarse definitivamente a la misma (así sea episódicamente) de la oportunidad de disponer de lo suyo porque ha salido claramente de su esfera de vigilancia— sino al de *apoderamiento*, que es el utilizado hoy por la ley —que toca más con la actividad del agente activo mediante la cual este da traslado a su patrimonio de manera ya tranquila el objeto ajeno. Es porque, con las palabras del gran SOLER, “Apoderarse no es solamente sus-

traer, sino algo más; esto es, traer la cosa a la esfera del propio dominio”.

Vale decir, entonces, que ni siquiera frente al concepto de *sustracción* el hecho que se juzga puede ser catalogado como delito perfecto, porque ni momentáneamente el sujeto pasivo fue privado de su posesión en razón de los esfuerzos cumplidos para tronchar la aspiración del agente activo, tal como se logró. Pero mucho menos frente al de *apoderamiento*, porque el sujeto activo no logró sumar a su patrimonio la cosa que pretendía hurtar. ¿Cómo, en efecto, entender que cuando el sindicado corría con la mercancía en sus manos, antes que pretender llevar de manera efectiva a su patrimonio lo que había tomado, estaba en posesión tranquila y con la libertad de disponer de ella?

En ese sentido se pronuncia también el ilustrado tratadista colombiano, Dr. PEDRO PACHECO OSORIO, cuando dice: “En consecuencia, si la cosa no llega a entrar a la esfera de custodia del ladrón, puede sostenerse que el hurto no está consumado”.

Pretender sostener frente al caso examinado, que el delito de hurto se perfeccionó, es aceptar la rechazada teoría de la *amotio*, que exactamente se refiere al cambio físico del lugar con respecto a la cosa. Y sostener que las loterías o fracciones de ellas, salieron de la esfera de vigilancia, cuando el atentador contra lo ajeno fue seguido sin darle tregua física para la efectiva burla, es tratar de trastrocar las realidades.

Para el efecto basta recordar la inviolable tesis y pacíficamente aceptada por los más escrupulosos falladores y doctrinantes, en cuanto a que la *fuga* no se perfecciona sino cuando el que la pretende ha logrado la burla a la vigilancia sobre él; pero en tanto que los encargados de la custodia lo estén persiguiendo en su fervorosa carrera, así sea por horas, no podrá decirse que el delito de *fuga* se ha consumado. ¿Qué razón asistiría al exegeta para decir que efectivamente aquí no hay burla a la vigilancia, pero que allá sí?

Tiénesse, entonces, que el hurto no se perfeccionó porque el sindicado en momento alguno estuvo bajo el engruimiento de que poseía tranquilamente el pretendido botín, ni el derecho del sujeto pasivo fue aniquilado ni siquiera momentáneamente porque la cosa no

salió realmente de su poder o de su custodia, en virtud de la preocupación del señor L. M.

El atentado se quedó en el ámbito del conato y podría decirse hoy que este dispositivo amplificador del tipo adquirió nuevos horizontes frente al texto del art. 349 del Código Penal vigente. Tal vez porque, como lo dice el gran IRURETA GOYENA con irónica bizarria, “la *sustracción* encierra un concepto geométrico, en tanto que el *apoderamiento* implica algo verdaderamente ideológico y cabalmente jurídico”.

En consecuencia, se mantendrá la calificación del *quo* por ser enteramente acertada, tanto en el aspecto debatido como en relación con la circunstancia que eleva el comportamiento a *hurto calificado*, o sea la segunda del art. 350.

Comparte si la Sala de apreciación del señor colaborador del ministerio público en cuanto a que de ser condenado H. G. G., merecería tratamiento carcelario y por tanto no sería acreedor al subrogado de la ejecución condicional de la pena. Es cierto, como bien lo ha dicho el señor Juez Primero Penal del Circuito, que documentalmente no se han acreditado los antecedentes que registra el inculgado. Pero si la confesión goza de presunción de veracidad; si los elementos del delito se pueden acreditar por cualesquiera de los medios probatorios (art. 236 del C. de P. P.), no hay razón para negarle credibilidad al procesado en cuanto al señalamiento de vida delictiva anterior, frente a la repugnancia de que quiera perjudicarse gratuitamente.

En tales condiciones, la providencia se confirmará, pero se revocará la libertad provisional concedida con fundamento en el art. 7º de la ley 17 de 1975 y, en consecuencia, se ordenará la captura.

Sin más consideraciones y en mérito de lo expuesto, oído el parecer del señor agente del ministerio público y de acuerdo con él en buena parte, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, *confirma* la providencia de naturaleza, procedencia y fecha indicadas en la parte motiva, con la siguiente motivación: *revócase* la libertad provisional concedida al enjuiciado H. H. G. G. y, por lo mismo, *ordénase su captura* para que sea puesto a órdenes del indicado juzgado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

* Se refiere el H. Tribunal a las disposiciones del derogado Código Procesal Penal.

1. INTRODUCCIÓN

En el "Seminario sobre el Nuevo Código Penal Colombiano" realizado en Bogotá en el mes de diciembre de 1980, decía el Dr. JAIME BERNAL CUÉLLAR, secretario de la primera Comisión Redactora: "... el Código conserva la figura básica o fundamental del delito de hurto. Hace dos modificaciones sustanciales. De una parte, cambia la expresión o el núcleo rector, o el verbo rector como lo denominan otros, no se utiliza la palabra *sustraer*, sino dice que la norma (sic) «el que se apodere». Algunos han considerado que es también una modificación intrascendente. Entendemos que el cambio del verbo rector no es simplemente un cambio formal sino un cambio sustancial. Ese cambio en el verbo rector, va a conllevar necesariamente que la jurisprudencia y la doctrina modifique (sic) lo que hemos venido entendiendo como momento consumativo del delito de hurto, y va a ser necesario que ajustemos las teorías sobre ese momento consumativo ..."¹.

A pesar de esta exhortación, y de haber sido formulada hace más de un lustro, se podría decir que la doctrina y la jurisprudencia han hecho bien poco en el análisis del concepto que se constituyó en nuevo verbo rector del tipo de hurto, y en la extracción de las consecuencias lógicas y prácticas que de él se desprenden.

Como excepción a esta situación, tenemos conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín, especialmente la decisión del 16 de marzo de 1983, con ponencia del magistrado Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ; y, en lo que a la doctrina se refiere, un estudio del Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA M.².

La jurisprudencia aludida es de suma importancia, no solo por la problemática teórica que plantea sino para la práctica forense, y en particular para los estudiantes de Consultorio Jurídico. Fue justamente su estudio el que nos impulsó a emprender la tarea de contribuir en algo a lo que podríamos denominar "una nueva concepción del concepto apoderarse".

Ella es, pues, la base de nuestro análisis en torno al momento consumativo del delito de hurto, la acción material del mismo, y, como consecuencia, la tentativa de hurto.

Por último, no pudiendo desconocer la importancia de tal pronunciamiento, haremos un comentario a la luz de los postulados que de aquí resulten, a la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema de la tentativa de hurto.

2. PRESENTACIÓN DE LOS HECHOS

Al tenor de lo dicho por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, los hechos objeto del pronunciamiento son los siguientes:

¹ JAIME BERNAL CUÉLLAR, "Delitos contra la propiedad", *Conferencias sobre el Nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Ed. Imprenta Nacional, 1981, pág. 128.

² JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ, "La acción material constitutiva del delito de hurto en el Nuevo Código Penal colombiano", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 18, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 160 y ss.

El Sr. L. V. M., de 65 años de edad y ciego de nacimiento, se dedicaba habitualmente a la venta de lotería en las casetas dispuestas al efecto por la administración municipal. El día de los hechos, como de costumbre, llegó al sitio de trabajo acompañado de su esposa y tendieron 300 fracciones de diferentes loterías en la mesita de la caseta, dispuestos a iniciar su jornada. En un ligero descuido de su compañera, H. E. G. sustrajo el total de la lotería y a paso largo trató de alejarse del lugar, pero su fuga fue truncada por L. A. L., quien, habiendo presenciado los hechos, le retuvo inquiriéndole su ilícita conducta. El ladrón reaccionó devolviéndole el objeto de la sustracción, solicitándole al tiempo que no hiciera escándalo.

A los pocos momentos se hicieron presentes en el lugar dos agentes de la policía, quienes enterados de los acontecimientos y del autor de los mismos, iniciaron su persecución, dándole alcance a una cuadra del lugar.

3. PROBLEMAS TEÓRICOS QUE LOS HECHOS PLANTEAN

Podríamos decir que son tres asuntos, principalmente, los que involucran los anteriores hechos: la acción material constitutiva del delito de hurto, el momento consumativo, y la frustración.

La estrecha relación existente entre los dos primeros temas nos permitirá estudiarlos en una sola figura: la tentativa de hurto; el fenómeno de la frustración del delito, en cambio, está por fuera de las pretensiones de nuestro trabajo³.

4. LA DOCTRINA FRENTE AL PROBLEMA

Son muchas las tesis que se han elaborado históricamente, incluso desde la época de las *XII Tablas*, a fin de dar solución al problema. No obstante, se han reconocido tradicionalmente cinco grandes teorías: la de la *aprehensio rei* o de la ocupación; la de la *amotio* o traslado de la cosa; la de la *illatio rei* o poner la cosa en el lugar que el ladrón le había destinado; la de la *ablatio*, la mejor elaborada al sentir de muchos, consistente en poner la cosa fuera de la esfera de custodia y cuidado de su dueño; y, por último, la por todos descartada, de la *locupletatio*, la cual exige que el ladrón obtenga realmente provecho de la cosa sustraída⁴.

a) *La doctrina nacional*. En la doctrina colombiana existe una notoria tendencia a la aplicación de la teoría de la *ablatio*, en el sentido de exigir que la cosa salga de la esfera de custodia y cuidado del dueño o poseedor⁵.

³ A quien interese este último fenómeno en el hurto, puede leer a LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, 1968, págs. 126-128.

⁴ Véase una amplia descripción de estas teorías en MESA VELÁSQUEZ, *op. cit.*, págs. 108-110.

⁵ Puede verse, entre otros: LUIS FERNANDO TOCORA, *Derecho penal especial*, 2ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1984, págs. 77-79; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. v, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 565.

Aunque tal concepción no es acogida por toda la doctrina de una manera lineal, pues se notan matizaciones de un autor a otro, las cuales hacen que frente a los mismos hechos las soluciones puedan ser diferentes, en esencia todas las soluciones parecen estar inspiradas en los planteamientos del jurista argentino RICARDO C. NÚÑEZ⁶, conocidos con el nombre de "Teoría del desapoderamiento"⁷.

Así, por ejemplo, dice ANTONIO VICENTE ARENAS: "No nos parece afortunado el cambio (se refiere al cambio del verbo rector en el Código del 80), porque *sustraer* en nuestro idioma equivale a apartar, separar, extraer, hurtar, robar, fraudulentamente. Cualquiera de esas acciones, acompañada del propósito de aprovechamiento ilícito, señala el momento consumativo del hurto, aunque no haya habido apropiación o apoderamiento"⁸.

Frente a esta posición, recientemente empezó a sostenerse en Colombia por algunos jueces y doctrinantes⁹ la llamada *teoría de la posibilidad física de disponer o de la disponibilidad*, expuesta y sustentada ampliamente por JORGE FRÍAS CABALLERO.

Por considerar que estas dos posiciones —la teoría del "desapoderamiento" y la de la "disponibilidad"— resumen en esencia las divergencias de opinión frente a lo que es el momento consumativo del hurto, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, pasamos en seguida a hacer una exposición sucinta de los fundamentos de cada una de ellas. A tal efecto nos valdremos de los planteamientos que sobre este tópico han realizado FRÍAS CABALLERO y NÚÑEZ.

b) *La doctrina extranjera*. Las consideraciones de NÚÑEZ en torno al asunto son del siguiente tenor: partiendo de la teoría de la *ablatio*, en los términos en que era concebida por la doctrina de su tiempo (esto es, no en un sentido meramente espacial: traslado de la cosa fuera de la esfera de custodia, sino exigiendo además, no admitiendo la coexistencia de dos poderes de hecho sobre la misma cosa, el desapoderamiento del perjudicado), aclara que este desapoderamiento es un desplazamiento de la cosa, que quebranta los poderes de custodia y disposición física que sobre ella tiene el poseedor¹⁰, reconociendo que la norma que castiga el hurto protege precisamente ese poder; y que, por tanto, no se podrá hablar de delito consumado hasta tanto ese poder no haya sido completamente aniquilado.

Pero este criterio no es absoluto, es más relativo de lo que se piensa. El propio NÚÑEZ lo reconoce cuando dice: "La privación de la cosa —o desapoderamiento— no se consuma de una manera uniforme en todos los casos. Pueden hacerse distincio-

⁶ RICARDO C. NÚÑEZ, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1951, pág. 316.

⁷ JORGE FRÍAS CABALLERO, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, en *Monografías Jurídicas*, núm. 79, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1962, pág. 98.

⁸ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. II, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 234 a 265.

⁹ VALENCIA M., *op. cit.*, págs. 128 y ss.

¹⁰ NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 81, 82, 91 y especialmente 52.

nes útiles para comprender mejor los casos"¹¹. Así, por ejemplo: cuando el sujeto pasivo porta las cosas encima, o estas son expuestas a la confianza pública, basta su simple remoción para que el delito quede consumado; es el caso del carterista en la primera situación¹², o el del automóvil estacionado en la vía pública, en la segunda, al que bastaría con moverlo unos pocos metros para que exista ya el desapoderamiento. En cambio, se requerirá un acto complementario al de la remoción, ocultamiento por ejemplo, cuando se trate de cosas dejadas a la confianza de un dependiente y es este el autor del hurto: o se exigirá, además de lo anterior, un resultado, como que el ladrón saque las cosas del almacén o de la casa, cuando ellas se encuentren dentro de una esfera de custodia y cuidado más amplia, y el autor del delito sea persona completamente extraña a ese lugar. Por último, de las cosas fungibles se pide tan solo su consumo sin necesidad de su remoción, para que el delito quede consumado, como cuando alguien lleva a pacer su ganado a los potreros del vecino.

Por otro lado, luego de abandonar el concepto de posesión como bien jurídico tutelado en el tipo de hurto, para poner en su lugar lo que el llama "vínculo fáctico de poder", FRÍAS CABALLERO expone así la *teoría de la disponibilidad*:

El *quid* de la cuestión está en la acción "apoderamiento", la que para configurarse requiere que el autor obtenga real y efectivamente la posibilidad de disponer de la cosa sustraída, o sea, la posibilidad material de ejercer actos dispositivos sobre el objeto del hurto, y, evidentemente, bloqueando al tiempo esa posibilidad en cabeza del sujeto pasivo. Así, entonces, toda intención de apoderamiento que por cualquier situación no alcance este momento se quedará en el grado de tentativa.

Parece, pues, ser más exigente esta teoría que la definida por NÚÑEZ, a tal punto que, como lo dice el propio FRÍAS, "... en la mayoría de los ejemplos aducidos por NÚÑEZ el delito no está perfecto porque no hay auténtico apoderamiento, aunque efectivamente exista sustracción consumada"¹³. Así, por ejemplo: "El carterista no perfecciona el hurto quitando la cosa. Mientras forcejee con el dueño o sea perseguido llevándola consigo el delito no está consumado, pues en momento alguno ha consolidado el poder físico de disponerla ni se ha destruido totalmente la posibilidad del sujeto pasivo"¹⁴.

Pero este criterio tampoco es absoluto. Mientras que en la teoría del "desapoderamiento" había modos diferentes para poder alcanzar la privación de la cosa, en la teoría de la "disponibilidad" la consumación del apoderamiento ilegítimo dependerá "de la índole misma o de la naturaleza del objeto de la sustracción"¹⁵. Y, aún más, diríamos nosotros, de las propias intenciones que tenga el autor del

¹¹ *Ibidem*, pág. 103.

¹² "... el carterista pasa de la tentativa al hurto consumado tan luego como la cosa ha ido a parar a sus manos, aunque continúe en lucha con la víctima para evitar que este la recobre", NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 103, nota 162.

¹³ FRÍAS CABALLERO, *op. cit.*, pág. 35.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 40.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 40.

hurto para con la cosa sustraída. Tomemos el siguiente caso como ejemplo: En una fábrica de licores, uno de los trabajadores oculta en su *locker* una caja de envases del licor que allí se produce, mientras otro, el jefe de personal, cada día se apodera de una botella para guardarla en su escritorio e ir tomando sorbos a lo largo de la jornada. Este y no aquel, ha consumado el delito del hurto, pues en el primer caso, según la teoría de la "disponibilidad", es evidente que el obrero no ha logrado consolidar ningún poder de disposición sobre la cosa sustraída, pues para ello es necesario que pueda sacar el bien fuera de la esfera de custodia del patrono, es decir, de las instalaciones de la fábrica. En tanto que, en el segundo caso, no obstante no haber salido el bien de la fábrica, el delito está consumado, pues al empleado lo único que le interesa es el contenido, y, al tratarse de un bien fungible, la posibilidad física de disponer de él ya estaría materialmente alcanzada con el solo traslado del objeto.

Como ya lo dijimos, de conformidad con la teoría de la "disponibilidad", el concepto clave es "apoderarse" pero en este preciso sentido, según lo aclara FRÍAS CABALLERO: "Apoderarse implica solamente una toma efectiva de poder sobre la cosa ajena mediante la cual se desapodera a la víctima, violándose así el interés jurídico protegido, esto es, la incolumidad del vínculo entre la persona y la cosa"¹⁶. Ese desapoderamiento de la víctima se logra removiendo, sustrayendo, alzándose la cosa con la intención de desapoderar. Pero, además, debe existir otra intención: la de apoderarse (esto también lo dice NÚÑEZ), pues quien saca un libro del almacén con el único objetivo de demostrar que los mecanismos de vigilancia son insuficientes, aunque efectivamente ha logrado un desapoderamiento, no consuma la acción de apoderarse, pues no era esa su intención.

A las dos intenciones descritas debe sumárseles, siguiendo los baremos de la teoría de la disponibilidad, un elemento que podríamos calificar de *factible de constatación empírica*, se trata de la posibilidad real de disponer de la cosa. Este es el elemento más urgente de probar, pues solo en la medida que este se dé, se puede hablar de hurto consumado o no. Valga aclarar que no se exige que efectivamente se disponga, sino tan solo que exista la posibilidad real de ello.

5. LA ACCIÓN FÍSICA CONSTITUTIVA DEL DELITO DE HURTO

a) *Precisiones*. Una vez abordadas las modernas teorías sobre la acción física constitutiva del delito de hurto, podemos ahora, con un criterio más amplio y haciendo estricta referencia a nuestra legislación, estudiar el art. 349 del C. P.

Empecemos por decir, acorde con la doctrina y la jurisprudencia nacionales, que el hurto requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: 1) apoderarse de cosa mueble; 2) que sea ajena; 3) que se coja sin el consentimiento del poseedor; 4) que el agente proceda con ánimo de aprovechamiento; 5) que se obre dolosamente¹⁷.

¹⁶ Ibidem, pág. 38.

¹⁷ Cfr., por ejemplo, "G. J.", t. LXXX, 1955, pág. 796.

De la anterior enumeración, para los propósitos de nuestro trabajo, interesan primordialmente los elementos "apoderamiento" y "que el agente proceda con ánimo de aprovechamiento". Este último es de especial importancia, pues si para nuestro análisis partimos de las teorías desarrolladas en la doctrina argentina, debemos tener en cuenta que el tipo penal consagrado en el art. 349 del Código Penal, no es semejante al art. 261 del Código Penal de aquel país en este punto, como se desprende de su tenor literal: "será reprimido con prisión de un mes a dos años el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena"; como se aprecia, no está explícito el elemento "con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero", del art. 349.

Es por lo anterior que la solución a casos similares se tiene que lograr con distintos argumentos, aunque se llegue a los mismos resultados; nos referimos, concretamente, al caso de sustracción de cosa ajena pero con intención distinta del ilícito aprovechamiento, como sucede con quien sustrae la billetera de su amigo, pero con la única intención de hacerle una broma. La solución al caso, según la doctrina y la jurisprudencia colombianas, es indiscutible: no hay hurto por faltar uno de los elementos integrantes del tipo, el dolo específico según unos, o el elemento subjetivo del tipo según otros, es decir, el ánimo de aprovechamiento¹⁸.

En cambio, para la doctrina argentina las cosas no son tan sencillas. NÚÑEZ, por ejemplo, se vale de la siguiente argumentación luego de dar un rodeo innecesario al asunto de la intención de desapoderamiento que debe existir en el sujeto activo del hurto —para que verdaderamente exista desapoderamiento y no otra cosa—, y luego de denunciar la inutilidad de sus disquisiciones en torno al tema, concluye: "Puede, sin embargo, el autor querer desapoderar al dueño y no concurrir, no obstante, el hurto, por no tener aquel la intención de apoderarse de la cosa. El que sustrae la cosa del museo para demostrar que el guardián no vigila suficientemente y el que la sustrae para hacer una broma al amigo, tiene el propósito de desapoderar al dueño, pero no tienen la intención de apoderarse ellos de la cosa... La esencia del hurto no reside en desapoderar de la cosa, sino en *desapoderar mediante un acto de apoderamiento*"¹⁹.

Esta diferenciación no sería importante si no es porque observamos que esto no lo comprendieron muchos autores colombianos o, al menos, no hicieron las clarificaciones necesarias. Así, por ejemplo, dice MESA VELÁSQUEZ: "Para la corporación del delito es suficiente la intención de lucro al momento de la sustracción, no siendo necesario el real beneficio. Por ello dice con toda razón RICARDO C. NÚÑEZ que «el apoderamiento ya está consumado cuando, con la intención de apoderarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al ofendido, quitándosela o sacándola de su esfera de poder y custodia»"²⁰. No discutimos que la obtención del real beneficio sea intrascendente para la consumación del hurto, pero no es lo mismo exigir la intención de aprovechamiento "ilícito", que la intención de apoderarse.

¹⁸ Cfr., por ejemplo, MESA VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 115, y ARENAS, *op. cit.*, págs. 238-239.

¹⁹ NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 114.

²⁰ MESA VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 126.

El anterior análisis nos sirve, a la vez, para hacer notar que, según la tesis de NÚÑEZ, la acción material constitutiva del delito de hurto es el mero despojo o privación de la cosa, y el elemento subjetivo es la intención de apoderarse. Por ello, tenemos que estar de acuerdo con FRÍAS CABALLERO cuando, luego de exponer sucintamente la teoría del citado autor argentino dice, a manera de conclusión: "De lo expuesto hasta aquí resulta con claridad palmaria que la tesis de NÚÑEZ parece apartarse del núcleo rector, sustituyendo el verbo «apoderarse», que es el estampado en el tipo, por los verbos quitar, arrebatarse (recuérdese el proyecto Tejedor), desapoderar, privar, sacar, hacer perder el poder de custodia o el poder de disposición ..."²¹.

Esto hace que, en aras de una interpretación más apegada a nuestra propia legislación, debamos recibir con beneficio de inventario, en este punto, las enseñanzas del maestro de Córdoba; puesto que precisamente el verbo rector del art. 349 del C. P. C. es *apoderarse* y no otro.

b) *Implicaciones del verbo apoderarse*. Luego de estas necesarias aclaraciones, concentrémonos en lo que para nuestra legislación implica la utilización del verbo "apoderarse".

Toda la jurisprudencia y la doctrina existentes hasta el momento, han elaborado las diferentes tesis frente al momento consumativo del hurto apegadas a un viejo paralelismo, que, en nuestro sentir, es imposible seguir manteniendo hoy. Nos referimos a la equivalencia establecida entre "apoderarse" y "sustraer". Este paralelismo es de antigua data; se conoce, por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema del 8 de octubre de 1940, en el que se decía: "apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predicán igualmente del hurto y del robo"²².

Sin embargo, doctrinantes y jueces aclaraban que, por lo menos gramaticalmente, sí existían diferencias entre los conceptos aludidos, pero que por razones prácticas esta diferenciación era intrascendente. Así, por ejemplo, decía LUIS ZAFRA: "Doctrinariamente, las palabras *sustraer* y *apoderarse* son equivalentes, tratándose de los delitos de hurto y robo. *Sustraer*, que es el término utilizado por la legislación francesa, implica la idea física de apartar la cosa mueble de donde la tiene su dueño, poseedor o tenedor. Es una noción vinculada al lugar. *Apoderarse*, en cambio, es no solo remover el objeto de su sitio, sino quedarse con él, ponerlo bajo el dominio y la acción de quien lo toma. Pero desde el punto de vista de nuestro derecho escrito, aquellas distinciones a nada práctico conducen en la configuración genérica de estos dos delitos, porque la ley usa como sinónimos los verbos *sustraer* o *apoderarse*, ..."²³.

Esta posición era tal vez justificable durante la vigencia del anterior Código; como se sabe, el tipo de hurto hablaba de *sustraer*, en tanto que el robo hablaba de *apoderarse*. Y seguramente el universalmente reconocido aserto de que entre

estas dos figuras no existían más que diferencias de grado en el uso de la violencia, hizo desviar la atención de los estudiosos en este punto. Eran otras las prioridades.

Pero hoy en día, en vista de la nueva legislación, no creemos posible seguir sosteniendo tal paralelismo. La doctrina y la tradición, por inveteradas que sean, no pueden imponerse a la ley en un sistema como el nuestro; la figura del hurto ha cambiado, y su interpretación ha de variar a la luz de sus nuevos designios. Recordemos las palabras ya citadas del secretario de la Comisión Redactora del 74²⁴.

En nuestro sentir, el cambio en el verbo rector del tipo de hurto es sustancial, no meramente formal ni accidental, porque no obstante que en la exposición de motivos se dé a entender que el cambio obedeció tan solo a la desaparición de la figura de robo como tipo independiente, es también cierto que muchas veces el espíritu de la ley desborda el querer de los redactores.

Tenemos, pues, necesidad de nuevos análisis en torno al momento consumativo del hurto. Sabemos que ya se han hecho intentos pero, con pocas excepciones, son tímidos los resultados, entre otras razones porque se han valido para ello de teorías que definitivamente no dan la medida para exponer la nueva concepción.

c) *Apoderarse es más que sustraer*. Por razones metodológicas debemos, así sea arbitrariamente, establecer un punto de partida, escoger un concepto que sirva de base de la futura edificación.

Al efecto acudiremos a una definición del vocablo "apoderarse", constituida a manera de síntesis de lo que al respecto han conceptualizado doctrinantes y jueces nacionales y extranjeros. *Apoderarse* es establecer un vínculo entre la persona y la cosa que le permita a aquella tener la posibilidad de ejecutar actos de señor y dueño sobre esta²⁵. Cuando se habla de "vínculo" se tiene en mente un vínculo fáctico, de hecho, no de derecho; por tanto ha adquirido este vínculo quien, por vías de hecho, despoja al legítimo poseedor con la intención, o mejor, con el *animus* de convertirse él en dueño.

Esto porque es de general aceptación que el bien jurídico tutelado no es el legítimo dominio o posesión²⁶.

La posibilidad de ejecutar "actos de señor y dueño" implica más que la mera intención de disponer de la cosa, que efectivamente alcance esa posibilidad, que sea una potencialidad, no una mera intencionalidad.

Es lógico que el acto de apoderamiento debe anteceder en el tiempo un acto de desapoderamiento (en algunos casos pueden confundirse, como cuando el objeto del hurto es un bien fungible), pero como es principio de universal aceptación que no pueden coexistir dos poderes sobre una misma cosa, es también lógico pensar que el Código Penal, al hablar de "el que se apodere", está dando por sentado que ya hubo un desapoderamiento. Esto hace que el concepto "desapoderamiento"

²⁴ Véase la transcripción realizada en trabajo citado en la nota 1.

²⁵ Por ejemplo, FRÍAS CABALLERO, *op. cit.*, pág. 38; VALENCIA, *op. cit.*, pág. 166; TOCORA, *op. cit.* págs. 77-79.

²⁶ Cfr., por ejemplo, NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 52 y MESA VELÁSQUEZ, *op. cit.*, pág. 113.

sea intrascendente en el análisis del momento consumativo del hurto, por tanto no debe ocuparnos en el presente ensayo.

Por último, y como corolario ineludible de esta argumentación, debemos observar que el art. 349 del Código Penal, al utilizar la expresión "el que se apodere", está exigiendo que la atención del fallador se centre en los efectos que la acción representa para el sujeto activo del delito, no para la víctima, como lo sería si la expresión utilizada fuera "el que sustraiga", pues en este caso habría que comprobar la existencia de la acción en la reducción del patrimonio de la víctima, y no en el aumento del patrimonio del ladrón, como lo es cuando habla de apoderarse.

Dadas así las cosas, creemos plenamente demostrada la capacidad de nuestro ordenamiento penal, concretamente del título XIV, capítulo 1, del libro II, para adoptar, con las prevenciones del caso, la llamada "teoría de la posibilidad física de disponer" o de la "disponibilidad", para determinar con toda claridad el momento consumativo del hurto, la acción material constitutiva de este delito, y, por ende, para establecer con la mayor precisión la consumación del simple conato.

6. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

a) *Presentación.* No queremos terminar nuestro trabajo sin antes presentar y comentar la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema en referencia.

Los hechos que exigieron el pronunciamiento de la Corte el 18 de julio del 84, los sintetizamos así:

H. A. C., salió como de costumbre a hacer las consignaciones de la empresa donde trabajaba. En el camino fue enfrentado por C. M. M., quien exigiéndole, bajo amenaza con arma de fuego, la entrega del maletín en el que portaba, en cheques, novecientos cincuenta mil pesos, lo persiguió hasta lograr quitárselo de las manos. Cuando el ladrón emprendió la fuga, varias personas lo siguieron, piedra en mano, hiriéndolo de consideración. Fue entonces cuando arrojó el maletín, accionando luego su revólver y causando lesiones a A. C. S., quien sufrió una incapacidad de sesenta días.

El recurso de casación se interpuso con base en la causal de violación a la ley sustancial por "haberse dado en la sentencia una equivocada interpretación jurídica al concepto apoderarse".

Ante los anteriores hechos, la Corte hizo las siguientes *consideraciones*:

"Para fijar el momento consumativo del delito de «hurto», ciertamente abundan las doctrinas, algunas totalmente superadas en la época actual y otras todavía en trance de adquirir supremacía y pacífico asentimiento. Sobre este particular las más importantes suelen conocerse como *aprehensio rei* (poner la mano sobre la cosa), *amotio* o *contractio* (traslado o movimiento de la cosa del lugar en donde se encontraba), la *ablatio* (la remoción no es simplemente física o espacial sino que real desapoderamiento de la cosa por parte de la víctima [sic] y la *illatio* (llevarla al sitio que le tenía destinado el autor del hecho), que se traduce, en su más caracteri-

zada variante, en sacar la cosa de la esfera de custodia, de vigilancia o de la propia actividad del detentador.

"El verbo rector empleado por el artículo 349 del Código Penal, apoderar, tiene un mayor valor descriptivo que sus similares «tomar» o «sustraer», y suele entenderse en el sentido de despojar de una cosa para someterla al propio poder y llegar a disponer de ella, así sea por breve término de tiempo. La acción expresa una nítida correspondencia entre tomar la cosa ajena, lo cual supone potenciales atributos de dueño o poseedor, y quitársela a quien la tenía, lo que equivale a pérdida de esas atribuciones, o sea, un apoderamiento y un desapoderamiento.

"De sobra está indicar que la voluntad del autor del punible debe caracterizarse como querer ese desapoderamiento y lo que este implica, vale decir, atribución de disponibilidad, o lo que el artículo prevé como ingrediente subjetivo «con el propósito de obtener provecho para sí o para otro».

"Ahora bien, pretender que solo se está en el campo del delito imperfecto (tentativa) cuando el agente pasivo de la infracción no ha perdido el rastro del autor del hecho porque continúa en su persecución hasta lograr que este último se deshaga de las cosas, es asumir un criterio demasiado benigno, en cuanto al autor, y demasiado severo, en cuanto a la víctima, con notorio desapego de la normación jurídica que disciplina esta conducta delictiva.

"Es verdad, como se dejó visto, que en estos casos hay variantes doctrinales que pretenden afirmar la tentativa si media alguna relación espacio-temporal entre el hurtador y su víctima o cuando esta puede ejercer cierto control sobre aquel, por persistir una zona de tutela, vigilancia y observación de la cosa objeto del apoderamiento. No obstante la significativa rotundidad del verbo «apoderar» («3. hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder»), no faltan quienes entronicen distingos como los que se dejan comentados, en orden a degradar el delito y llevarlo de su consumación a grado de imperfección o tentativa.

"La cuestión, para la Sala, puede definirse categóricamente cuando se actúa en cualesquiera de las circunstancias que en nuestra legislación sirven para calificar el hurto —art. 350 del C. P.—, porque son de tal entidad, efecto y valor que por sí, dándose la remoción de la cosa, señalar una inefable imposibilidad, en el diseño o poseedor de la cosa, para ejercer acciones propias de este rol, o sea, actos de válida disponibilidad. Lo que se advierte, entonces, es un desplazamiento de señorío o tenencia, y la simultánea asunción de este poder en el autor del delito.

"Bien puede decirse, para ejemplificar, que la violencia como medio de apoderamiento termina instantáneamente con la esfera de tutela, de vigilancia, de disponibilidad que se tenía para con determinado bien mueble, aspectos que solo se entienden operantes en situación que no comprometa, en forma tan apta, ni a las cosas ni a sus dueños o poseedores. La voluntad de dominio o posesión aparece, más que avasallada, aniquilada e inoperante ante una fuerza de esta naturaleza.

"Asimismo es inadmisibles hablar de custodia, vigilancia, influencia debidas y eficaces, cuando la víctima ha sido colocada en situación de indefensión o inferioridad o cuando máximas seguridades, encaminadas al resguardo de las cosas, se vencieron con el escalamiento, la llave falsa o inhabilitación de controles electrónicos.

”En estos eventos resulta indiferente la arriesgada persecución del delincuente, hasta lograr su aprehensión, la recuperación de los bienes o el abandono de estos por aquel, así medie mínimo tiempo o espacio entre una y otra actividad. El delito de hurto resulta consumado y no cabe aludir ni insinuar el fenómeno de la tentativa.

”En estas condiciones el autor realiza, evidentemente, actos de soberana voluntad que implican hacerse dueño o poseedor de una cosa, y, a su vez, logra con esto que otro pierda tales atributos, así sea de manera momentánea. No es dable, entonces, invocar la comentada tesis de la «esfera de tutela», porque esta supone no la simultaneidad de dos dueños o poseedores, sino la permanencia de esta calidad en la víctima y su posibilidad de continuar disponiendo de las cosas, aspecto este último que no puede constituirse con el compromiso de la víctima de actuar, con riesgo de su seguridad personal, en la recuperación de sus bienes. No se remite a duda que cuando el medio empleado destaca una sustitución o desplazamiento de poderes de esta calificada índole, el hurto aparece como consumado.

”En el caso examinado la situación no puede ser más clara cuando se observa la forma de ejecución de los hechos, la cual muestra cómo H. A. C. no pudo evitar el desapoderamiento de su maletín, pese a buscar refugio en un vehículo de servicio público que por allí pasaba, y que su resistencia se vio vencida por haber esgrimido C. M. M. un arma de fuego. A la postre, ante el seguimiento de numerosos circunstantes y especialmente por el lesionamiento que estos le infirieron, arrojó el portafolios y, no obstante emplear el revólver que portaba, con el cual hirió a A. C. S., no logró evadirse del sitio en donde por buen tiempo permaneció oculto.

”Debe reiterarse, por último, que cuando se trata de acciones ajenas a las circunstancias del 350 del C. P., el fenómeno de la tentativa, apoyado en la consideración de la esfera de vigilancia, surge la acción del dueño o poseedor, que logra la inmediata recuperación de los bienes, concomita con la del apoderamiento, pues a aquel no se le puede imponer, en favor de este, que arriesgue su integridad en una faena de persecución. Si esta se da y logra sus fines, como sería la aprehensión del delincuente y, lo que más importa, la recuperación de las cosas, no puede extenderse su efecto a desvirtuar el delito consumado y a generar una tentativa.

”El cargo no prospera”²⁷.

b) *Comentarios.* De las anteriores consideraciones quisieramos resaltar los siguientes puntos:

Parece claro que para la Corte “apoderarse” es más que “sustraer”, en el sentido en que lo venimos comentando aquí, pues dice que el verbo “... apoderar, tiene un mayor valor descriptivo que sus similares «tomar» o «sustraer», reconociendo a la vez que el objeto material del hurto debe llegar al propio poder del ladrón, alcanzando “a disponer de ella así sea por breve término”.

No obstante, este criterio no parece aplicarse hasta sus últimas consecuencias, pues no se entiende claramente por qué, luego de darle ese alcance específico al

verbo apoderarse, la Corporación entra a analizar la existencia de circunstancias que califican el hurto, para establecer si este fue consumado o no. Es decir, la tesis que sostiene aquí la Corte, en el sentido de que toda acción de sustracción acompañada de violencia (o de cualquiera de las causales que califican el hurto) tiene por este solo hecho la calidad de hurto consumado, no aparece expuesta con la suficiente amplitud para echar por tierra lo que al comienzo de las consideraciones, el alto tribunal había delimitado como “apoderarse”.

En efecto, ¿cómo, luego de sentar que el verbo apoderarse exige que el actor llegue a tener la posibilidad de disponer de la cosa, se dice que en los casos en que se presenten las circunstancias calificativas del hurto, la simple remoción, acompañada de la ilícita intención, basta para consumarlo?

Estamos de acuerdo en que las circunstancias que califican el hurto son de tal “entidad, efecto y valor” que hacen que dos acciones calificadas con el mismo *nomen juris*, sean diferentes en cuanto a la gravedad que representan para la víctima y la sociedad en general, si concurre en una de ellas alguna de las circunstancias descritas en el art. 350 del Código Penal. Pero, dogmáticamente hablando, ¿con base en qué se dice que a la vez convierten en hurto consumado lo que sin ellas podría ser mera tentativa?

Se podría pensar que la Corte considera el delito de hurto como uno de aquellos que los autores llaman “delitos de resultado cortado” o que se consuman sin que el agente alcance el fin propuesto, y esto es cierto si se tiene en cuenta que el art. 349 del C. P., al dolo genérico le agrega un fin ultratípico, cual es el ánimo de aprovechamiento. Pero es necesario recalcar que el fin ultratípico es este y no el apoderamiento; este tiene que tener existencia real, no se puede quedar en mera intencionalidad, como ya creemos haberlo demostrado.

Nosotros seguimos sosteniendo que “apoderarse” y “ánimo de aprovechamiento”, no son conceptos equivalentes, pues quien se apodera de algo puede tener o no “ánimo de aprovechamiento para sí o para un tercero”. La Corporación en cambio no parece aceptar esta tesis. Pero, ¿no será precisamente por esa asimilación sostenida por ella que sus consideraciones llegan a postular las circunstancias calificativas del hurto también como circunstancias que convierten una posible tentativa en hurto consumado?

Por último, creemos que el alto tribunal no utilizó adecuadamente la palabra *apoderamiento* en el penúltimo párrafo de sus consideraciones, pues en ese contexto tal palabra parece estar indicando más bien la idea de “sustracción”. Si así no fuera, y el sentido de “apoderamiento” fuera el mismo que expresó al comienzo de sus consideraciones, no habría por qué plantearse la posibilidad de la tentativa en esos casos, ni mucho menos si se actuó en alguna de las circunstancias del art. 350 del C. P., pues si hubo apoderamiento, sumada la intención del ilícito provecho, la acción de hurto está definitivamente consumada.

Pero si lo anterior es cierto, habrá que concluir que la Corte se suscribe a la teoría de la *amotio* o simple remoción, pues estaría diciendo que si la recuperación del objeto no concomita con la sustracción, despojo o remoción, el delito estaría

²⁷ Cfr. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, t. XIII, núm. 153, págs. 735 y ss.

consumado. Lo que implica que el verbo rector del art. 349 del C. P. está siendo modificado por uno de los anteriores conceptos.

7. CONSIDERACIONES EN TÓRNO A LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Por todo lo hasta aquí expuesto, no podemos más que estar de acuerdo con las consideraciones que con respecto a los hechos expuestos al inicio de este ensayo, planteara el Honorable Tribunal Superior de Medellín, en la providencia que hoy publicamos.

Con meridiana claridad esta corporación expone la tesis según la cual, frente al problema de establecer si en los hechos de que se trata se configuró hurto consumado o mera tentativa, la solución se encuentra atendiendo no solo al verbo "sustraer", que hace más referencia a la situación de la víctima, sino al verbo "apoderarse", que es el contemplado en el art. 350 del C. P. y que hace que el fallador centre su atención más en los efectos que la acción reporta para el sujeto activo del delito que para la víctima, pues, como quedó sentado, "apoderarse es más que sustraer". no se ha apoderado de nada quien no ha logrado una posesión tranquila —posibilidad de disponer—, así sea momentáneamente.

No obstante queremos hacer notar que el Tribunal, en sus consideraciones, deja traslucir cierta intromisión de la tesis de la *ablatio*. Y aunque es evidente también que acude a ella solo para reforzar sus conclusiones en el sentido de reconocer la tentativa, consideramos que no era necesario hacer tal remisión, sino más bien depurar al máximo lo que aquí expusimos con el nombre de "teoría de la disponibilidad".

No sobra indicar que el reconocimiento de la tentativa en casos similares al examinado ya se venía sosteniendo por esta corporación, aun en la vigencia del anterior Código Penal. Así, por ejemplo, en sentencia de 11 de junio de 1975, dijo: "La calificación del delito investigado corresponde a la de robo en grado de tentativa. El acusado en todo momento actuó dentro de la órbita de vigilancia del dueño, ya que no se le perdió de vista un instante. Por lo demás se trata de un apoderamiento con violencia, pues se aplicó fuerza para aprovechar la sorpresa de la víctima, quien no pudo defenderse a tiempo del atentado. Huelga decir que por circunstancias independientes de la voluntad del delincuente este no consumó el robo: apenas sí realizó actos ejecutivos durante el camino delictual"²⁸.

²⁸ Los hechos que entonces fueron objeto de examen por el tribunal, según se lee en la mencionada providencia, que contó con la ponencia de la Dra. BERTHA ZAPATA CASAS, fueron los siguientes:

"El joven de diez y seis años cumplidos AVC, el 19 de diciembre de 1974, madrugó a apostarse en derredor de la caseta de la empresa de vehículos «Tax San Pedro», frente al cementerio San Pedro de esta ciudad, en donde suele por la mañana el médico propietario SVR recolectar sumas de dinero entregadas por los conductores por concepto de trabajo con los carros de su flota. Como entre las siete y ocho de la mañana de la mencionada fecha, después de concluida aquella labor, cuando el empresario intentó mirar el motor de un taxi fue sorprendido con el intempestivo apoderamiento del fajo de billetes envuelto en hojas de periódico que tenía en las manos en dicho momento. En la vía seguida por el fugitivo había un carro en marcha lenta, cuyo conductor, al escuchar los gritos del

A pesar de la poca amplitud de las anteriores consideraciones, es notorio que el Tribunal en esa ocasión estableció que el apoderamiento exige más que la mera sustracción.

En el momento actual, y luego de que la Corte Suprema de Justicia emitiera el pronunciamiento que comentamos en el capítulo anterior, la aceptación de la tentativa en los tipos de casos que hemos venido comentando es tal vez más escasa. Por eso es importante rescatar esta providencia del Tribunal Superior de Medellín, y correlativamente la "teoría de la disponibilidad", pues no solo parecen las posiciones más conformes a las exigencias del derecho vigente, sino que también, por su exactitud, permiten solucionar las más dudosas hipótesis que se puedan formular, evitando, y esto también es necesario resaltarlo, que se tenga que acudir a cualquiera de las tradicionales teorías sobre el momento consumativo del hurto.

doctor SVR de «pará hijuetantas» (fls. 17), creyéndose aludido, lo hizo de un solo golpe y con tal vehemencia que, sin imaginárselo, tumbó al ladrón y este soltó el paquete, pero reanudó la fuga y fue alcanzado a la cuadra siguiente y puesto a disposición de la Inspección de Permanencia ...".

Estos hechos fueron calificados como *tentativa de robo*, dando lugar a una jurisprudencia reiterada por los diversos despachos judiciales del Departamento de Antioquia, los cuales destacaban, transcribiéndola, que "El acusado en todo momento actuó dentro de la órbita de vigilancia del dueño, ya que no se le perdió de vista un instante".

Juzgado Primero Penal del Circuito de El Espinal

EL JUEZ PENAL DEBE VELAR POR EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

El juez del conocimiento traza pautas para realizar la tasación de daños morales y materiales, en un proceso por el delito de lesiones personales, al conocer en segunda instancia de un incidente de liquidación de perjuicios.

Juez de 2ª Instancia: Dr. ANTONIO MARÍA TORO RUIZ
Septiembre 17 de 1987

Comentario: Dr. MARIO SALAZAR MARÍN

VISTOS:

Por vía de apelación, conoce este despacho del auto de octubre 23 de 1986, por medio del cual el Juzgado Segundo Penal Municipal de la ciudad resolvió el incidente de liquidación de perjuicios a cargo del condenado R. G. y en desarrollo de un proceso seguido en su contra por un delito de lesiones personales. La providencia, siendo de condena, no satisfizo al señor apoderado de la parte civil (radicada en cabeza de S. M. Ch.), por lo que en tiempo interpuso el recurso de alzada.

En segunda instancia solo alegó el señor fiscal, quien solicitó la confirmación del proveído, previa reforma sobre el monto de los perjuicios materiales (fls. 41 y 42).

I. *Responsabilidad del demandado.*—Hay que reconocer procesalmente como hecho antecedente y como primer requisito para la admisión de la procedencia de los perjuicios, que el demandado R. G. fue hallado respon-

sable penalmente del punible que se le endilgó en el auto de proceder, y como tal, condenado según fallos de mayo 15 y septiembre 5 de 1985; en el punto sexto (6º) de la parte resolutive se le condenó "a pagar los daños y perjuicios causados con la infracción, en abstracto ...". La base del incidente goza de firmeza dado que, de una parte, G. fue vencido en juicio, por lo que se le hizo el reproche merecido, y de otra, de manera expresa se hizo mención a la condenación por los perjuicios causados.

II. *Pretensiones del actor.*—En una libelo carente de la técnica de rigor y con omisión de algunos requisitos formales, el señor apoderado del ofendido enunció sus pretensiones así:

"Como daño emergente: Es decir (sic) los gastos que se ocasionaron (sic) en razón al hecho punible, como los gastos médicos, de servicios médicos hospitalarios, de droga, dineros que se debieron conseguir prestados para cancelar estos gastos y honorarios de

abogado para gestionar la acción civil dentro del proceso penal. Vale la suma de cuatrocientos diez mil pesos moneda corriente (\$ 410.000.00 m/te).

"Como lucro cesante: es decir la merma de la capacidad productiva de mi poderdante durante el tiempo de su incapacidad, lo mismo que las secuelas que le quedaron para realizar sus labores de trabajo, la estimo igual al valor de dos mil gramos oro, valor que se debe fijar por medio de dictamen pericial. Vale la suma de el gramo oro en el momento en que se rinda el dictamen pericial.

"Los morales: pido que se fijen en el equivalente en moneda nacional de un mil gramos oro".

En la providencia impugnada *el a quo* desechó el dictamen pericial porque el demandante no cubrió los honorarios fijados por el juzgado. Reconoció por el daño emergente la suma de \$ 210.000.00, no admitió valor alguno por el lucro cesante por no existir prueba atendible en qué basar su tasación; valoró los perjuicios morales objetivados en veinte (20) gramos oro, y los subjetivados en diez (10) gramos oro.

III. *La apelación.*—Pide que se acepte el dictamen pericial a pesar de no haber cubierto los honorarios, porque la acción penal es pública y la justicia gratuita. Agrega el recurrente en su escrito, que "no se determinó el lucro cesante, lo que se debía de haber resuelto (sic) teniendo en cuenta la merma de la capacidad productiva de mi mandante durante su incapacidad ocasionada (sic) por la infracción, lo mismo que las secuelas que quedaron ...".

Sobre lo primero, hay que acompañar al señor juez del conocimiento, existiendo norma que regula una materia, un tema preciso, a ella debe atenderse el intérprete. Es así como el art. 388 del estatuto procedimental civil (que se aplica en su integridad) regla los honorarios de los auxiliares de la justicia y en su inciso 3º manda que "la parte que deba pagarlos depositará su valor a la orden del juzgado" una vez que la providencia que los fije, quede ejecutoriada. Y el inciso 4º regla de manera categórica y definitiva: "No será apreciada la prueba cuya práctica haya causado honorarios, mientras no se constituya dicho

depósito. La parte deudora no será oída ... a menos que se trate de interposición de recursos o petición de pruebas" (subrayas del *ad quem*).

Sobra argumentar que la justicia es un servicio público gratuito, o que la acción penal es pública, etcétera. Tales calificativos siendo correctos deben aplicarse a otras materias, pues la presente tiene su previsión legal a la que se debe atender. No prospera pues el argumento y por lo mismo, no se apreciará el dictamen.

En lo referente al lucro cesante, sí que hay problemas para debatir. Por una parte, la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido jurisprudencialmente que la persona no productiva en el momento del lesionamiento o de la muerte, no origina al perjuicio material que corresponde al lucro cesante (cita de GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, *Procedimiento penal colombiano*, 2ª ed., Medellín, Edit. Díké, 1982, pág. 489). El autor en referencia no comparte tal afirmación y hace la distinción entre la improductividad absoluta y la relativa, estando el menor y el estudiante en esta segunda por su "potencialidad" hacia la productividad futura. Aunque no desarrolla el tema, parece entenderse que se requieren pautas ciertas de lo que haya en el momento actual para así inferir lo futuro.

El profesor CARLOS ALBERTO OLANO V. al hablar del resarcimiento por la invalidez o incapacidad temporal producida como efecto de las lesiones, asevera: "Cuando se trate de resarcimiento del daño por causa de incapacidad temporal de una persona menor de edad, no es exigible ninguna indemnización, salvo la adecuada al daño emergente, o sea la que corresponde a expensas de curación y asistencia, así como del daño de las cosas, las cuales se deben cubrir también en los otros casos, a menos que la incapacidad temporal lo inhabilite en tiempo que se extiende más allá de sus 18 o 20 años, que es de ordinario la probable edad laboral del sujeto" (*Tratado técnico-jurídico sobre accidentes de circulación y materias afines*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Librería del Profesional, 1986, pág. 282).

Los autos solo albergan los simplistas datos civiles preguntados en la exposición del

ofendido S. M. Ch. (fl. 45, cuad. ppal.) y que son : 19 años (para enero 10/81), soltero, "de profesión estudiante en el Colegio Nacional San Isidoro". Como la demanda omite los datos necesarios y las pruebas que los sustentan, hay que estar de acuerdo con el a quo cuando sentenció: "No demostrados, no aportados (los elementos de juicio) conllevan a la abstención del juzgado para reconocerlos; porque siendo valorables, sería arbitrario fijar una suma imaginada y la falla del actor no la puede suplir el despacho". Así M. Ch. tenga 19 años, lo cierto es que no se sabe si además de estudiante tenía alguna ocupación productiva. Si no, no hay forma de estimar su incapacidad. Si laboraba, es supuesto no demostrado. En ambos casos, la conclusión es la misma: ¿cómo pedir a un perito que valore, si no se le dan las pautas y los datos reales para hacerlo? Imposible. Cualquiera suma que se dé es mentirosa, de ahí que la aportada por los auxiliares sea arbitraria por carecer de fundamento.

S. M. Ch. quedó con secuelas permanentes: limitación de la marcha de por vida. Aunque sea menor, o estudiante, o persona improductiva en general, la invalidez o incapacidad permanente, o sea, la *perturbación funcional que le quedó como consecuencia del accidente si es objeto de valoración pericial*; para ello existe lo que los expertos llaman "capitalización vitalicia" y "capitalización anticipada" y se han desarrollado tablas aceptadas en los estrados judiciales.

En la demanda no se pidió que la prueba pericial los valorara de manera científica (como tampoco lo hizo sobre la incapacidad temporal). Téngase en cuenta que primero se debe precisar por un perito médico el porcentaje en la perturbación según su mayor o menor incidencia al caminar y respecto de labores propias del ofendido; luego, ya contando con tal base, y sabiéndose probadamente la ocupación, oficio o profesión de la víctima, o la carrera que estudia, etcétera, un perito evaluador se ocupará de estimar científicamente la *indemnización que anticipadamente se le deba reconocer por su afección*. Nada de eso ni se pidió, ni se ordenó (ni siquiera de oficio) y por los mismo, no existe. No puede enton-

ces este juzgado adentrarse en tal materia por dos razones básicas: no cuenta con los elementos de juicio por no existir el dictamen, y de hacerlo sobre salarios mínimos entrañaría una liquidación no sujeta al traslado a las partes, abrogando el derecho de contradecir los medios de prueba, amén de que el juez se convertiría en perito, lo que es todo un despropósito.

IV. *La providencia recurrida*.—Se mantendrá entonces el valor reconocido por el a quo por por concepto del daño emergente (\$ 210.000.00) porque es un dato que se sustenta en recibos aportados al incidente. No habrá reconocimiento de suma alguna referida al lucro cesante ni por incapacidad temporal, ni por las secuelas definitivas y permanentes.

Pero no se comparte del a quo la estimación que hizo de los daños morales, por cuanto que, si apoyado en los conceptos de MARTÍNEZ RAVE, aceptó que los *perjuicios morales objetivos* son avaluables en dinero, no se entiende cómo le reconoció al ofendido veinte (20) gramos oro, supliendo así un dictamen o las fallas del actor, contradiciéndose a sí mismo según lo expresado cuando analizó el lucro cesante. La H. Corte al ocuparse del tema apuntó:

"Se dice que son daños materiales los que pueden cuantificarse económicamente, y morales aquellos que escapan, por su misma naturaleza, a la posibilidad de una valoración en dinero.

"La doctrina ha distinguido entre los segundos una doble especie, la de los que no trascienden la órbita de la intimidad de la persona, y la de aquellos que desbordan ese mundo de la subjetividad para producir externamente efectos y consecuencias que afectan la capacidad productiva o laboral de la persona. A los primeros los denomina «daño moral subjetivo» y a los segundos «daño moral objetivo».

"Esta segunda categoría, al ser susceptible de valoración económica, penetra en la esfera del daño material o de índole propiamente patrimonial, diferenciándose de este solamente por la naturaleza de la fuente de donde dimana.

"No es a esta clase de daño, entonces, al que se refiere el artículo 106 del Código Penal, sino al de naturaleza y consecuencia estrictamente subjetivas, esto es, al que genera y se mantiene en la intimidad de la persona, lucrándola y acongojándola, pero sin manciarse a través de su exteriorización.

"Por eso se ha llegado a denominar *pre-tium doloris* a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Y hubo necesidad de que fuera la propia ley la que señalara en su cuantificación máxima y que fuera el propio juez el encargado de individualizarla en cada caso concreto dentro de ese límite legal. (...).

"(...).

"Al no ser el daño moral subjetivo cuantificable pecuniariamente, como se ha dejado dicho, escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto, ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto por el juez dentro del límite máximo fijado por la ley" (Sent. de agosto 26/82, M. P. Dr. DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA. Citada por "Temas de Derecho Penal Colombiano" N° 15, págs. 54 y ss.). (Subrayas del juzgado).

O sea que el juez, ya en la sentencia del proceso principal, ya en el auto que pone fin al incidente de regulación de perjuicios, debe acudir al art. 106 del Código Penal y fijar una cantidad de gramos oro como indemnización por los daños morales subjetivos, *no pudiendo hacerlo respecto de los morales objetivos*. Como el señor juez del conocimiento lo hizo de *manera equivocada* y como en asuntos de carácter patrimonial (civiles) *no es aplicable al reformatio in pejus* (art. 357 C. de P. C.), esta oficina dará solución al impasse asimilando los 30 gramos oro a los perjuicios morales subjetivados. Ocurre empero que el a quo se quedó corto en el monto, pues si reconoció que la perturbación funcional es permanente y que ello genera un 'complejo', que tiene que afligirle porque ya no puede exhibirse en ningún deporte de campo, porque a pesar de su juventud de entonces (y la de hoy, pues tiene 25 años) el deporte no será ya su afición. En fin, todo ese sufrimien-

to humano debe tener una consideración especial, y ya que la ley ha cotizado en 1.000 gramos oro el máximo reconocible y que su tasación tendrá en cuenta "las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido" es prudente fijarlas en 300 gramos oro, pues el precio actual del metal viene a constituir una suma adecuada.

V. *Actualización del daño emergente*.—Ha sido insistente el H. Consejo de Estado en la necesidad, por razones de equidad, de actualizar el valor de los perjuicios causados y en razón del paso del tiempo.

En el caso *sub examine* se sabe que S. M. Ch. y/o su familia hicieron erogaciones por valor de \$ 210.000.00 por servicios hospitalarios y quirúrgicos (fls. 4 y 5) en pesos de 1981. Reconocer ese mismo valor, seis años y medio (6½) después, no resulta justo por la depreciación de la moneda por causa de la *devaluación diaria y por la inflación*. Siguiendo uno de esos parámetros porcentuales debía liquidarse el daño emergente, pero como en los autos no existe ni la certificación del Banco de la República sobre el índice del primero, ni del DANE sobre el índice de la segunda, es lógico concluir que tales medios de prueba no pueden suplirse por los que se lleguen a tener a la mano mientras no se incorporen en debida forma al expediente.

Conclúyese por tanto que la actualización debe hacerse acudiendo al interés legal del seis por ciento (6%) anual fijado por el art. 1617 del Código Civil. Las operaciones aritméticas serán de este rigor: \$ 210.000.00 más el 6% que va del 16 de enero de 1981 a la misma fecha de 1982, da un total de \$ 235.956.00; haciendo la misma operación año por año hasta llegar a enero 16/87 se obtiene como resultado la cantidad de \$ 297.889.00. Tomando esta última cantidad y se le aplica el 6%, correspondiente a ocho (8) meses, se llega al gran total de trescientos nueve mil ochocientos cuatro pesos con cincuenta y seis centavos (\$ 309.804.56), suma por la que se condenará a R. G. y que llega a cubrir hasta el 16 de septiembre de 1987 (fecha de este proveído), entendiéndose que dicha cantidad, a su vez, *causará los intereses de rigor* hasta cuando se verifique el pago.

VI. *Conclusiones.*—El auto recurrido es compartido por esta oficina en cuanto reguló el daño emergente, el que se adiciona para incluir una *media actualización monetaria*, y en cuanto descartó el lucro cesante por no existir bases para liquidarlo. No se está de acuerdo con haberle fijado *valor en oro al daño moral objetivable*, ni el monto que en total se asignó a los perjuicios morales, los que quedan en el valor que a la fecha de ejecutoria de esta providencia tengan trescientos gramos (300) de oro puro, conforme al precio *que certifique el Banco de la República*, más los intereses de rigor hasta cuando se verifique el pago. En esta forma se resolverá la alzada, no sin antes advertir que la cantidad actualizada del daño emergente no *sobrepasa el valor estimado* en la demanda por el actor, por lo que no hay reconocimiento superior al pedido o pretendido.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Espinal, parcialmente acorde con el concepto fiscal.

Resuelve:

Primero: *Adicionar* el auto apelado en el sentido de fijar el monto de los perjuicios

materiales a cargo del condenado R. G. y en favor de S. M. Ch. en la suma de trescientos nueve mil ochocientos cuatro pesos con 56/100 (\$309.804.56) moneda legal colombiana, más los intereses corrientes hasta cuando se verifique el pago.

Segundo: *Adicionar* el auto apelado en el sentido de tasar los perjuicios morales en favor de M. Ch. y a cargo de R. G. en el valor que a la fecha de la ejecutoria de este auto tenga trescientos (300) gramos de oro puro, según el precio que certifique el Banco de la República, más los intereses corrientes que se causen hasta cuando se verifique el pago.

Tercero: *Confirmar* en todo lo demás el referido auto.

Cuarto: Por el a *quo* se registrará el embargo de remanentes decretado por los señores jueces Primero Civil del Circuito (fl. 200 cuad. ppal.) y Segundo Civil del Circuito (207 cuad. ppal.), y respecto del bien embargado con ocasión del proceso penal según proveído de febrero 17 de 1981 (fl. 17 cuad. parte civil de S. M. Ch.).

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase.

COMENTARIO

El juez penal colombiano ha trabajado siempre con preponderante inclinación hacia la pena que se desprende del delito, pero muy poco frente a la obligación civil que de él surge. Y aunque el delito genera acción penal y con frecuencia acción civil, que en su orden son objeto principal y accesorio del proceso penal, por lo que el juez penal ha de realizar cabalmente el "objeto del proceso", secularmente se ha olvidado de su deber de restablecer el derecho privado conculcado, limitándose solo a los efectos penales del proceso.

Afortunadamente, el reciente Código de Procedimiento Penal (decr. 50 de 1987) ha consagrado como norma rectora el "restablecimiento del derecho", que le impone al juez del ramo el deber de resolver "las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho punible", como reza el art. 16 del citado estatuto. Y aunque el principio del restablecimiento del derecho como tal no es nuevo en nuestro derecho penal, su expresa consagración legal renueva con mayor ahínco los claros fines que el juez tiene que buscar a través del proceso.

Ello obedece a la moderna y constante preocupación del legislador de hacerle cumplir un papel más activo y eficaz al juez penal. Por eso, para que el Estado de Derecho no se convierta en mera retórica, el juez —mediante su instrumento que es el proceso penal, pero con vista en todo el ordenamiento jurídico— debe resolver las cuestiones extrapenales, sean ellas civiles, laborales, administrativas, etc., pero al fin legales, para que sea verdadero protagonista de la recuperación del daño y para que el Estado no sea inferior a la función que está llamado a desempeñar en bien de la comunidad.

La providencia que se presenta es una muestra de ello, aunque con las notorias deficiencias que reflejan el proceso y las timideces del juez.

Al respecto importan las siguientes consideraciones:

1) Se condenó al pago por daño emergente por una suma determinada —aproximadamente la mitad de la demandada— a pesar de haberse condenado en abstracto y rechazado en el incidente de regulación el dictamen emitido sobre la materia por no pago de los honorarios al perito.

El repudio del peritaje por esta causa, según la cual la prueba cuya práctica haya ocasionado honorarios no será apreciada si no se pagan (art. 388, inc. 4º, del C. P. C.), constituye obediencia a una norma de derecho privado, que contraría la finalidad general y pública del derecho penal de restablecer las cosas al estado anterior, como instrumento de servicio social que es. De modo que el no pago de los emolumentos al perito es interés particular por un servicio público prestado que no debe inhibir al juez para concretar los perjuicios. Con mayor razón si el dictamen que los cuantifica supone la existencia en el proceso de bases para ello, que por sí mismas exigen al juez el deber de la liquidación. En este aspecto se ha sacrificado el interés general por el particular, algo contrario al principio rector del restablecimiento del derecho que, como tal, por su raigambre constitucional, se impone sobre la norma legal invocada (art. 16 del C. de P. P.).

2) Se rechazó en el mismo incidente fijar alguna suma sobre el lucro cesante, dado que en el proceso no se acreditó que la víctima —un estudiante de 19 años— tuviera ingresos. El juez de segunda instancia —apoyando el de primera— se respalda en algunas opiniones que estiman que cuando la persona es improductiva no genera indemnización por lucro cesante, como los menores y los estudiantes. Sin embargo la improductividad relativa o potencial de estos hace bien cuestionable este punto de vista. La determinación se puede lograr con los datos que el juez ha debido adquirir en el curso del proceso y la con la técnica empleada en el peritaje de avalúo, anhelos que ha de cumplir la justicia, sobre lo cual importa llamar la atención, pues los jueces no pueden perder de vista que el objeto del proceso comprende no solo el ejercicio de la acción penal sino también el de la acción civil.

En cuanto al criterio según el cual el menor solo tiene derecho a la indemnización por daño emergente crea una confusión poco recomendable, porque respecto de él sería procedente la "capitalización anticipada", cuando le quedaren secuelas, y la indemnización por daños morales subjetivos o "pretium doloris" (art. 106 del C. P.).

3) La víctima quedó en este caso con una perturbación funcional permanente, pero en la regulación de perjuicios también se niega la determinación de cualquier cuantía por este concepto, dada la insuficiencia de datos sobre ello y la falta de dictamen que precise sus repercusiones económicas. Sobre el particular cabe el mismo llamado que viene de hacerse, a fin de ir corrigiendo las falencias centenarias de la administración de justicia, que están llevando al Estado de Derecho a la disolución. Cuando en homenaje a este y a la democracia que supone, el juez no resuelve el fondo del asunto, está paradójicamente propiciando la destrucción del Estado de Derecho por su ineficacia. El proceso debe ser dotado de la suficiente información en los dos frentes citados (acopio de datos y técnica en el dictamen).

4) La providencia hace una actualización de la suma liquidada respecto del daño emergente, lo que en principio está bien en tanto enerva el envilecimiento del dinero por razón de la devaluación, la inflación y los intereses (indexación). Pero el juez se plegó al interés anual que fija la ley (art. 1617 del C. C.) y dejó de lado otro renglón de mayor importancia, luego de haberlo mencionado: la corrección monetaria.

5) Finalmente, en materia de concreción y actualización de perjuicios deben ser tenidas en cuenta algunas pautas:

a) Los daños pueden ser: materiales, morales objetivos y morales subjetivos. De los primeros se ocupa el art. 107 del Código Penal y de los últimos el art. 106 del mismo estatuto. Los morales objetivos, en cambio, tienen una doble naturaleza: en cuanto al origen son morales, pero en cuanto a su trascendencia externa son materiales. Por eso están bajo la órbita del art. 107 *ibídem*.

Estas normas por cierto armonizan con el principio del restablecimiento del derecho, porque le exigen al juez la fijación, con prudencia, de la cuantía de los perjuicios aun ante la ausencia de bases para hacerlo, tanto más frente a los arts. 50 y 187 del nuevo C. de P. P. que reiteran tales disposiciones. Y aunque los arts. 106 y 107 del C. P. han resultado ser mera literatura de la ley porque la jurisprudencia se ha mostrado reacia a la determinación de perjuicios sin unas bases que permitan una racional y legítima cuantificación, sí es expresa y repetida la voluntad de la ley en este sentido, para que junto al objeto principal de proceso (investigación y juzgamiento de la acción ilícita) se desarrolle también el objeto accesorio (investigación y cuantificación del daño emergente y del lucro cesante).

b) Cuando se concretan los perjuicios, bien en el momento de la sentencia, ora en el incidente de regulación, la suma determinada no resulta empero definitiva, toda vez que el juez debe advertir que seguirá produciendo un interés y sufriendo una corrección monetaria, dada la infortunada institucionalización del progresivo deterioro del dinero por influjo del monetarismo. Entonces las condenas serán casi siempre en abstracto, con la diferencia de que en algunos fallos serán absolutamente en abstracto, que viene a ser la hipótesis menos deseada por la ley, después de la liquidación en concreto y del simple señalamiento de las bases de la liquidación.

Esta última, que debería ser la más frecuente, se lleva a cabo más o menos así: un 6% por concepto de *interés legal anual* (art. 1617 del C. C.) sobre la cantidad

constitutiva del *daño emergente*, desde el momento de la comisión del delito hasta cuando se produzca el pago. Y la respectiva *corrección monetaria* sobre la misma suma, que será la diferencia del valor de la Upac (unidad de poder adquisitivo constante) entre el momento de la comisión del delito y la fecha del pago, según certificación sobre el particular del Banco de la República. El porcentaje por este aspecto es aproximadamente del 18% anual, por lo que el rendimiento mensual, incluidos intereses, resulta más o menos del 2%, algo por cierto racional.

Estos lineamientos, que deben ser masivamente divulgados para que cumplan sus fines generales, aparecen trazados por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad civil extracontractual e indemnización integral de perjuicios en sentencias de febrero 9 de 1978, noviembre 22 de 1979 y marzo 20 de 1980, e incluso por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de casación de agosto 26 de 1982 y marzo 12 de 1985.

De todos modos es encomiable la labor del juez, que rastrea y plasma buena parte de la técnica que en esta materia es menester en la tarea de la justicia penal.

**SECCIÓN
DE
BIBLIOGRAFÍA**

JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, 430 págs.

A poco de la vigencia del decreto-ley 050 de enero 13 de 1987, o nuevo Estatuto Procesal Penal, el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia sacó al mercado la obra de los comisionados JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, destacados juristas, inclitos profesores universitarios en la ciudad de Bogotá y reconocidos investigadores fundamentalmente en materia de derecho procesal penal, también autores de la obra *Temas de derecho procesal penal*, elaborada con base en el decreto-ley 409 de 1971, hoy derogado, publicada por la misma entidad universitaria en la ciudad de Bogotá, en el año de 1983.

No obstante el título del trabajo, que en vano da la sensación de agotar desde los puntos de vista procesal e instrumental la estructura del proceso penal colombiano, en diez capítulos tratan sus autores los temas de la indagación preliminar y el auto inhibitorio; cesación de procedimiento y calificación del sumario; la captura; las medidas de aseguramiento; la libertad provisional, revocatoria y sustitución de dichas medidas; la notificación de las providencias, los recursos ordinarios, consulta y rito de la segunda instancia; las nulidades; la unidad procesal; la etapa del juzgamiento; y, finalmente, el procedimiento abreviado, para lo cual utilizan lenguaje accesible, diáfano y sin pretensiones, estilo que ya los caracteriza, que no resulta ajeno a la seriedad, profundidad y rigor científico que además combinan con abundante doctrina y jurisprudencia vernáculas y extranjeras, de cuyo conocimiento e inmejorable dominio ellos hacen gala.

De ese catálogo, los temas inherentes a la 'nulidad' y 'unidad procesal', constituyen magistral exposición dado el manejo auténtica-

mente procesal que sobre ellos hacen los autores, con lo que dejan entonces al descubierto la razón por la cual el legislador extraordinario les ha confiado, entre otros, la confección de proyectos de Códigos en la materia. De ahí el por qué el texto se impone como de inaplazable consulta para jueces y abogados y se convierte en saludable fuente de enriquecimiento cultural para quienes comienzan el espinoso estudio del derecho procesal penal.

En el primer capítulo tratan lo referente a la fase preprocesal denominada 'indagación preliminar' y el auto inhibitorio, fenómenos ahora sí bien diseñados por la adecuada finalidad que comportan, a diferencia de lo que ocurría insulsamente en el ordenamiento anterior, que en estas materias revelaba ostensible falta de técnica en cuanto a sus resultados finales.

Disiento, en parte, claro está, de la solución que los distinguidos autores proponen para cuando un denunciante repite ese acto y genera algún impulso luego de que, por los mismos hechos, otra autoridad ha proferido auto inhibitorio. No puede ser la "declaratoria de nulidad de lo actuado por incompetencia funcional" (pág. 35). Ante la insistencia de parte de un denunciante en procura de que se inicie un proceso, cuando ya en primera y segunda instancias se ha dispuesto lo contrario, la solución de nulidad que plantean resulta ciertamente técnica. En efecto, cuando el magistrado sustanciador de una nueva sala de decisión determina en ese evento iniciar el proceso, adviene indudablemente un motivo de nulidad, supuesto que tal resolución, a tono con la preceptiva del inciso final del canon 353, compete exclusivamente al sustanciador de aquella que ya había proferido la decisión inhibitoria. De ahí la incompetencia pero no 'funcional' puesto que ella corresponde al juez *ad quem* por la vía de la apelación o el grado jurisdiccional de la consulta, que no vienen al caso.

Por lo demás, en este primer acapite, los autores enjuician con sobrada razón a los integrantes de la Comisión Final, la Revisora, en parte responsables de los desentonos de que adolece el nuevo estatuto instrumental, por ejemplo en lo referente a las facultades otorgadas al Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, que aún no funciona, y, en fin, el grado jurisdiccional de la consulta que se acaba de mencionar, instituto sobreviviente merced a su inconulta y necia labor.

En desarrollo del *capítulo segundo* sobre la "cesación de procedimiento y calificación del sumario", los autores ponen de manifiesto importantes innovaciones que les son suficientes para afirmar la consagración del esquema procesal tipo acusatorio tratándose de delitos cuyo juzgamiento compete a los jueces penales o promiscuos de circuito y superiores, en donde la investigación, clausura de la misma y calificación sumarial son actos procesales de impulso y decisión del exclusivo resorte del juez de instrucción criminal radicado o ambulante, salvo lo previsto en el inciso final del art. 72 que habilita, excepcionalmente, al juez penal o promiscuo municipal, en esos eventos, para atender exclusivamente el dispendioso trabajo investigativo.

Cierto que la desconcentración de funciones es nota característica del proceso tipo acusatorio, por cierto propio de regímenes demoliberales. Sin embargo, como el propio legislador permitió, ya en la segunda fase o etapa del juzgamiento, que el funcionario decretara de oficio la práctica de pruebas, cuestión típica de la estructura inquisitoria de la que han echado mano las dictaduras, no puede por consiguiente afirmarse el establecimiento en Colombia de ese saludable esquema. Más correctamente podría aseverarse el mantenimiento del proceso mixto, con evidente tendencia al inquisitivo, cuando no de una estructura *sui generis* que parece no consultar en su exacta dimensión ninguno de esos históricos moldes, ni constituye ningún avance.

En el *capítulo tercero* tratan los distinguidos autores el tema de la captura. Con notable maestría discurren en torno a las capturas obligatoria y facultativa y la simple citación para indagatoria, dinámica otrora prevista en

el inconstitucionalmente nacido decreto 1853 de 1985. Su opinión respecto a que el mandato de aprehensión tiene que ser motivado, despunta inobjetablemente cierto.

La inteligente aclaración que formulan interpretando el auténtico sentido del art. 666, resulta también plausible. Trátase, como ellos lo sostienen, de una excepcional orden de captura, motivada, desde luego, a cargo de funcionario ajeno a la rama jurisdiccional, o sea adscrito a una entidad administrativa como lo está al Ministerio de Justicia su titular, que no de la posibilidad de 'decretar la detención' de la persona requerida en extradición, como equivocadamente se ha entendido, por ser ese un importante momento en la estructura del proceso penal, que si bien manejan de principio a fin otras autoridades o corporaciones ajenos a la rama jurisdiccional (art. 67), de todos modos cualquier injerencia le está vedada a ese Ministerio.

Por ser la indagación preliminar una etapa preprocesal que tiene una actividad bien definida e importantísima, toda en procura de establecer la posibilidad o no de iniciar el proceso (art. 341), es evidente que no procede la orden escrita y motivada de captura contra persona alguna. Por eso resulta infortunada la aseveración que hacen los autores en la página 79, o sea que "la captura puede ser ordenada y ejecutada antes de iniciarse cualquier etapa investigativa, durante la investigación preliminar ...", así en la página 81 recojan esa afirmación. ¡Inadecuada y peligrosa forma de escribir, por las sorpresas a que se verían enfrentados lectores o consultores desprevénidos!

Versa el *capítulo cuarto* sobre las 'medidas de aseguramiento'. Ciertamente que los jueces penales o promiscuos municipales y las corporaciones "conservan la competencia para adoptar las medidas de aseguramiento", debido al diseño estructural del proceso que el legislador les determinó. Solo que si las corporaciones pueden "comisionar a cualquier autoridad jurisdiccional dentro del territorio de la República", según los dos primeros incisos del art. 76, entonces el comisionado también ostentaría la potestad de cumplir ese acto procesal de decisión fundado por el acto de

vinculación de una persona al proceso, o lo que antitécnicamente se ha dado a llamar resolución de la situación jurídica, de no ser que esa facultad se la reserve el comitente, puesto que la norma no limita la comisión a "la práctica de diligencias" como lo hace en los restantes tres incisos en los eventos en que el comitente sea el juez superior, de circuito, de instrucción criminal o penal municipal.

En el *capítulo quinto* del libro tratan la 'libertad provisional; la revocatoria y sustitución de las medidas de aseguramiento'. Afirman los autores que en los eventos previstos en los numerales 2°, 4°, 5° y 9° del texto del art. 439, se exige el presupuesto fundamental de la detención física del procesado. Debe entenderse, sin embargo, que el listado de motivos de 'libertad provisional' previsto en la citada norma, no es taxativo. En efecto, allí cabe la causal de excarcelación que con ostensible falta de sistematización consagra el legislador en el art. 162, que a no dudarlo exige también el presupuesto de la privación efectiva de la libertad del procesado cuyo expediente es materia de reconstrucción y que al cabo de los ciento ochenta días de la detención física aún no se profiere en su contra resolución acusatoria.

Se afirma en la página 129 que "el funcionario solo podrá negar la libertad por las causales del artículo 441 del C. de P. P., cuando conforme a la prueba existente, concluye científicamente que la persona requiere tratamiento penitenciario", lo que a mi manera de ver no puede ser acertado. El funcionario negará la libertad provisional tal y conforme se establece en el canon 441, o sea por los motivos allí previstos y sin que tenga que efectuar pronóstico en torno a la eventual concesión o no del subrogado de la condena de ejecución condicional. O de otra manera: podrá afirmarse que ante las hipótesis previstas por el legislador en el texto 441, el juez indefectiblemente negará la libertad anticipada del procesado. Otra consideración, por cierto muy diferente, es la de que si el delito por el cual se procede no se encuentra en el listado del referido art. 441 o de ninguna manera se ve comprometido en las diferentes hipótesis allí previstas, encajando entonces en la preceptiva del

numeral primero del art. 439, el juez no podrá de ninguna manera negar la libertad provisional aduciendo la necesidad de tratamiento penitenciario.

Se ha hecho costumbre en Colombia, infortunadamente, que expedientes en los que el procesado se halle en rebeldía (con detención jurídica sin posibilidad de libertad provisional), corren la misma suerte que aquellos miles en los que la persona vinculada ha sido excarcelada por cualquier motivo; todos estos parecen ser hasta el momento de la prescripción de la acción penal procesos 'infinitos'. El legislador patrio, ni en el anterior estatuto ni en el actual, ni en ninguno, para decirlo francamente, ha regulado expresamente la materia. Por eso, salvo lo previsto en la primera parte del numeral cuarto del art. 439, en donde se habla de "privación efectiva de libertad", o detención física, que es lo mismo, en todos los demás casos, para ser justos, debe tenerse en cuenta el fenómeno de la detención jurídica así el procesado se encuentre en contumacia, que es por cierto una situación que concuerda indudablemente con el instinto de libertad que con el animal comparte el hombre, y que además puede explicarse por el temor que debe sentir conocida, como es públicamente, la situación de las cárceles en el país, la morosidad que caracteriza a la administración de justicia y, en fin, por lo que es en realidad la detención preventiva y la ejecución de las penas para no hablar de la ejecución de las medidas de seguridad que todavía es mucho más vergonzosa.

Los distinguidos autores dejan en el tintero el tema. Me parece, y creo que así debe ser, que si al cabo de los seis meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, no se ha celebrado la correspondiente audiencia pública, adviene la libertad provisional, sea que el procesado se encuentre en detención jurídica y física, o bien aquella únicamente y en su contra exista orden de captura. Lo propio se dirá cuando sea el jurado de conciencia quien sentencie lo procedente, o cuando han transcurrido más de ciento veinte o ciento ochenta días, según fuere el caso, sin que se profiera calificación sumarial, o cuando signado veredicto absolutorio, el juez superior no declare su contraevidencia dentro de

los siguientes cinco días; también se cancelará la orden de captura por parte del magistrado sustanciador cuando la Sala que preside revoque la providencia en la que el juez superior dispuso inadmitir el veredicto por considerarlo y declararlo contrario a la evidencia de los hechos según prueba incorporada al expediente. Con muchísima más razón cuando han fenecido los términos que para la instrucción sumarial prevé el texto 354.

En el capítulo sexto se examinan los temas de la notificación en sus diferentes formas, los recursos ordinarios, el grado jurisdiccional de la consulta y el rito propio de la segunda instancia.

Opinan los autores que cuando deba hacerse la notificación al procesado no privado de la libertad y al ministerio fiscal por edicto, por economía procesal debe hacerse de la misma manera al resto de sujetos procesales intervinientes. La afirmación respecto a que "la notificación de la providencia a todas las partes se hará por edicto" (pág. 154) constituye, en mi sentir, sentida exageración, supuesto que el legislador quiso expresamente que ese tipo de notificación reemplazara a la personal en el evento en que procesado y ministerio público desatendieran la cita que para ese efecto hiciera el juez o, en fin, cuando se desconozca el domicilio actual del procesado. Los autos interlocutorios y los de sustanciación de categoría especial se notifican al resto de intervinientes por estado, según se desprende del primer inciso del texto 179. La excepción que se plantea en la norma no puede levantarse como sustentáculo de la tesis que enarbolan los autores. Es porque ella se refiere a que los "autos" se notifican por estado, salvo los que versan sobre el cierre de investigación, cesación de procedimiento y resolución acusatoria por lo que, en el evento de no lograrse la notificación personal al procesado y al ministerio público, se harán no por estado sino por edicto, salvo lo referente a la resolución de acusación en lo que toca al sujeto vinculado al proceso pues ella se cumple de conformidad a la preceptiva del canon 472.

En el capítulo noveno sobre el juzgamiento, los autores plantean la afirmación consistente en que en la estructura procesal diseñada

en el actual estatuto ya no se profiere el auto de sustanciación de categoría especial (por tanto notificable e impugnabile) por virtud del cual se abre el juicio a prueba, según literal interpretación que hacen del art. 490 que ciertamente da esa sensación. Pero no. En punto habrá de recordarse que en el art. 174 se consagró, entre otras, la providencia que "abre el juicio a prueba" como una de las tantas que se notifican; y si se notifica es porque irremediablemente tiene que existir, sea decir, tiene que haberse expedido. Las providencias inexistentes no son objeto de notificación, mucho menos de ataque. Contrario a lo que opinan los autores, no puede ser el silencio o, si se quiere, una mera constancia secretarial en torno a que el expediente permaneció a disposición de los sujetos procesales por ese lapso y para el fin dicho. Se requiere del preferimiento del auto que así lo ordena, notificable y susceptible del recurso de reposición.

Tampoco puede ser cierto lo que ellos afirman (pág. 359) interpretando la novedosa dinámica que prevé el canon 501 cuando hay variación de la adecuación típica provisionalmente prevista en la resolución de acusación y merced a la práctica de pruebas antes o durante la audiencia pública. No puede ser que el juez, una vez concluido el debate, disponga la suspensión de la diligencia. Ello tiene que ocurrir una vez se termine la práctica de las pruebas en la audiencia o luego del interrogatorio al procesado presente si ellas fueron practicadas anticipadamente (art. 492, inciso final), porque una vez concluido el debate, sea decir la intervención verbal de los sujetos procesales, sigue inmediatamente el examen y toma de decisión que cada jurado, por separado, debe cumplir.

La suspensión de la audiencia mediante auto de sustanciación motivado se profiere, pues, en ese único evento y en el instante señalado. O sea que tampoco tienen razón los autores cuando afirman la procedencia de esa decisión a efecto de que el juez deje en claro las razones que "ha tenido para acoger o rechazar los planteamientos del debate oral" (pág. 410). Los planteos y pedimentos que hagan los intervinientes en la audiencia tiene dos destina-

rios: el jurado para que sentencie lo procedente afirmando o negando la responsabilidad y el juez para que, con base en esa apretada forma de responder el jurado, y a tono con la resolución de acusación y el material probatorio reconozca o no lo que bajo el imperio del Código anterior podía hacer el jurado de conciencia deliberante, por ejemplo, otro tipo de culpabilidad, una causal amnoriante de responsabilidad, etc.; pero, de todos modos, sin posibilidad de suspensión de la audiencia pública al término del debate oral.

Dejo en los anteriores términos abordada esta obra para dar paso al fructífero debate que hoy se observa en nuestro país en estas materias.

JUAN GUILLERMO JARAMILLO DÍAZ
Juez 14° Superior de Medellín.
Profesor de Derecho Procesal Penal
Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

STANLEY COHEN. *Visiones de control social*, Barcelona, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias (P. P. U.), 1988. Traducción al castellano de ELENA LARRAURI.

Una obra de gran interés para profesionales de diversas áreas, en cuanto analiza las relaciones de las estructuras de poder y la actividad de profesionales tales como médicos, psicólogos, sociólogos, asistentes sociales, pedagogos, juristas, arquitectos, urbanistas, estadistas, etc.

El texto hace una exposición crítica de las tendencias "claves" en los sistemas de control social en el mundo occidental y pretende, al estilo de FOUCAULT, dar una visión diferente, acorde con la cual en lo extraño aparece lo cotidiano, y en los aspectos familiares se reconocen puntos oscuros de aquellas formas organizadas de respuestas sociales a los comportamientos desviados, problemáticos, preocupantes, amenazantes, molestos, etc.

Escrito en un lenguaje coloquial, quizás para reafirmar la idea del papel del léxico y el poder profesional, el libro es fiel reflejo del bagaje cultural y académico de su autor, convirtiéndose en un estudio ameno e incluso, en

ocasiones, "divertido"; ello no obsta, como es de suponerse, para que aborde los problemas más enraizados y profundos sobre esta temática.

Utilizando una metodología de análisis comparativo, el profesor COHEN recorre las posiciones fundamentales sobre la explicación del surgimiento histórico del sistema de control, en los siglos XVIII y XIX.

En el primer capítulo, parte de la existencia de dos grandes transformaciones en dicho sistema: una "transparente y real" en las pautas claves para el control de la desviación ocurrida a finales del siglo XVIII, y principios del XIX; y, otra "oscura e ilusoria" que está presentándose ahora a partir de los años sesentas.

Acorde con lo anterior, clasifica las diversas posiciones sobre el problema, en tres grupos: en primer lugar, lo que denomina el proceso accidentado "visión convencional", según el cual todo cambio constituye "reforma" y toda reforma está basada en la violencia, la filantropía, y el humanitarismo. Esta posición la expresa en la frase "más de lo mismo".

En segundo lugar, alude a las "Buenas intenciones. Consecuencias desastrosas". Un modelo en el cual el fracaso y los fallos no se presentan de forma ocasional sino que son, conforme a la historia, continuos y desastrosos. De aquí extrae, a manera de conclusión, el lema "la hemos pifiado".

Finalmente, alude al grupo que denomina "Disciplina y mistificación". Dentro de este modelo el autor analiza las posiciones de autores como RUSCHE y KICHHEIMER, MELOSSI y PAVARINI, IGNATIEFF y FOUCAULT, caracterizadas porque utilizan otros elementos explicativos y el fracaso se convierte en el triunfo de un modelo; de aquí deduce otra máxima: "todo es un timo".

Es, justamente, desde estos puntos de vista desde los que analiza los fenómenos de los años sesentas.

En el segundo capítulo realiza una explicación de los principales movimientos del control en las dos últimas décadas, conocidos como "desestructuradores" (desmedicalización, despenalización, desinstitucionalización, etc.) y tendentes a lograr un control integra-

do en la comunidad. Es aquí donde plantea un profundo interrogante: ¿control en la comunidad o control de la comunidad?

En el capítulo tercero expone los modelos explicativos y sus interpretaciones de los movimientos anteriores.

A un análisis del lenguaje con el que se desarrolla este discurso del control, todo el léxico con el que se justifica y explica lo que están haciendo los sujetos que intervienen en ello, es decir, lo que se denomina "lenguaje del control" [control talk], dedica el capítulo cuarto de su trabajo.

De sumo interés es el capítulo quinto, en el cual traslada el análisis del discurso a sus narradores, y plantea el poder de estos profesionales y sus diferentes componentes.

En el capítulo sexto desarrolla toda una serie de visiones del vecindario y de la ciudad, que se traducen en proyecciones futuristas que intentan lograr una ficción científica de la realidad, inmersa en los límites de la ciencia ficción misma.

Ya, por último, en las conclusiones, cuando el lector está inmerso en la oscuridad de este panorama, surge la pregunta que se formulan todos los que han seguido la obra hasta esta altura: ¿Qué hacer? El autor, a pesar de evitar encasillarse en alguna de las categorías expuestas, opta por rescatar algunos aspectos del sistema, con un "no todo es malo", pero persistiendo en el gran atractivo que le produce la posición "todo es un timo".

Plantea, igualmente, la contradicción entre "hacer el bien" y "hacer justicia", y opta por un criterio que denomina "pragmatismo moral". No hay, por tanto, que formular un rechazo absoluto al sistema con base en el resultado de su análisis global, sino que pueden utilizarse aquellos puntos en que se obtienen éxitos individuales, beneficios involuntarios, etc.

JUAN GONZALO ESCOBAR MARULANDA
Universidad Autónoma de Barcelona
(España), enero 30 de 1988.

ÁLVARO VARGAS: *Estructura básica del proceso penal colombiano*, Medellín, Colegio Antioqueño de Abogados (COLEGAS), 1987, 125 páginas.

(Una alternativa en el Derecho Procesal Penal).

Ha sido publicada, recientemente, por el Colegio Antioqueño de Abogados, la obra del Doctor ÁLVARO VARGAS, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín y profesor de las Universidades Pontificia Bolivariana y Autónoma Latinoamericana, persona de destacados méritos académicos dignos de ser referidos, promotor de la investigación en las distintas áreas del Derecho, maestro y catedrático en la enseñanza del Derecho Procesal Penal, la cual nos permitimos reseñar para nuestros lectores.

Sea lo primero advertir, que el texto está dirigido a todos aquellos que directa o indirectamente ingresan al área del Derecho Procesal Penal, pues se trata de un manual útil en cada fase del proceso penal, redactado en un lenguaje depurado y nítido, lo cual facilita la comprensión de la normatividad establecida en el nuevo Estatuto Procesal; además, la inclusión de diversos modelos de autos interlocutorios y de sustanciación, que constituyen un ejemplo de síntesis y precisión en la enumeración de las actuaciones procesales a seguir, crea escuela en la práctica judicial. La pedagogía hace que este libro se constituya en obra de consulta obligada en los cursos universitarios sobre la materia.

En segundo lugar, en cuanto a la estructura formal se refiere y luego de la introducción que hace el autor, el trabajo enseña cómo la nueva normatividad procesal consagra dos grandes categorías en la jurisdicción penal ordinaria: el proceso penal ordinario (con o sin intervención de jurado) y el proceso penal abreviado.

En lo atinente al proceso penal ordinario, para su mejor comprensión, lo escinde como sigue: Etapa de la investigación preliminar o

de las primeras diligencias de investigación; Etapa de la indagación preliminar; Momento de la apertura o no del sumario; Etapa del sumario o investigación procesal; Momento de la calificación del mérito del sumario; Momento de la iniciación del juicio; Etapa del juicio o juzgamiento; y, finalmente, Momento del proferimiento de la sentencia.

Diferencia claramente el autor la investigación preliminar de la indagación preliminar, aun cuando ambos estadios poseen un carácter contingente y preprocesal. Hace énfasis en la incompetencia del Cuerpo Técnico de Policía Judicial para adelantar, por su iniciativa, la etapa de la indagación preliminar cuando exista duda acerca de la procedencia de abrir o no el sumario.

Cuando aborda el momento de la apertura del sumario, señala con propiedad quién es el funcionario competente para decretarla, lo cual es de suma importancia si se tiene en cuenta que el Código de Procedimiento Penal ha establecido una separación tajante entre la etapa del sumario y la del juicio, impidiendo a los Jueces Superiores y del Circuito tomar la decisión de abrir o no el proceso, aun tratándose de hechos punibles de su competencia.

Al exponer la etapa del sumario, que comprende todo un plan investigativo de los hechos y de los autores y partícipes a quienes se vincula al proceso por medio de la indagatoria, enumera los casos en los cuales se debe citar al imputado para la diligencia de descargos; indica cuándo puede el juez a su arbitrio, ordenar retener al imputado o simplemente citarlo y cuándo debe ordenar su captura. Diferencia las medidas de aseguramiento procedentes atendiendo a si se trata de imputable o no, señalando como tales, en el primer evento, la conminación, la caución, y la detención preventiva; y, en segundo, la internación preventiva y la conminación.

Así mismo, luego de establecer los antecedentes procesales necesarios para avanzar hasta el momento de la calificación del mérito sumarial (clausura o cierre de investigación), expone las alternativas calificatorias que tiene el juez: la resolución de acusación, la cesación de procedimiento y la reapertura de la investigación.

Advierte el profesor ÁLVARO VARGAS que la iniciación de la etapa del juicio en los procesos de competencia de las Corporaciones y de los jueces penales municipales, se presenta con la ejecutoria de la resolución de acusación, mientras que en los procesos de competencia de los jueces superiores y del circuito, solo se inicia con la ejecutoria del auto de control de legalidad. Se precisa que lo esencial en la etapa del juicio es dilucidar la responsabilidad penal, y muestra cómo una vez decretadas y practicadas las pruebas correspondientes, aparecen las diferencias entre el procedimiento penal ordinario, con o sin intervención de jurado, en lo atinente al sorteo y reconocimiento de jurados, continuando luego con la citación para audiencia, cuya ejecución es imperativa en todos los casos. Expone con exactitud los pasos a seguir el día en que se lleve a cabo la diligencia de audiencia pública, resaltando las posibles modificaciones de la calificación provisional una vez practicadas las pruebas en la audiencia, anotando que si ella entraña alteración o no de la competencia para conocer, el tratamiento es diverso.

Finalmente, indica cómo, hállese o no previsto la intervención de jurado, el proceso penal ordinario termina en primera instancia con el proferimiento de la sentencia, momento procesal en el cual se resuelve la configuración del hecho punible y la responsabilidad del procesado, así como la indemnización de perjuicios correspondientes.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento penal abreviado, siguiendo las pautas legales, enseña que este se aplica cuando el imputado sea capturado en flagrancia, o exista confesión simple de su parte y que no es aplicable tratándose de hechos punibles que sean de competencia de los jueces superiores con intervención de jurado o cuando se trate de inimputables, indicando con gran precisión el momento y la forma como ha de rituarse este procedimiento. Además, señala el autor las fases y los momentos procesales a seguir hasta la sentencia respectiva y, siguiendo con la tendencia del Código que establece una separación entre el funcionario de instrucción y el juez de conocimiento, muestra cuál es la vía

procesal abreviada dentro de los procesos por delitos de competencia de los Jueces Superiores y del Circuito.

Para terminar, queremos dejar consignadas algunas reflexiones que nos ha suscitado la obra reseñada, anotando que es tan importante aprender el manejo del proceso penal a cabalidad, como el conocer su función repressiva.

La estructura básica del proceso penal, no escapa a lo que la Criminología Crítica denomina los procesos de criminalización que poseen dos componentes, por así decirlo: *la previsión normativa de un hecho como delito*, denominado técnicamente criminalización primaria, y *el proceso selectivo en la aplicación de la ley*. El legislador procesal, no es un ente abstracto y neutral al margen de los conflictos sociales, y debemos centrar nuestro estudio tratando de indagar por qué y cómo se crean las normas penales, qué intereses defienden, a quiénes están dirigidas, cuáles son las prácticas discriminatorias, las cuales hacen que solo ciertas personas ingresen al laberinto, por demás oscuro, del proceso penal cuando se da

apertura al sumario para que el juez dentro de los postulados penales y procesales dicte una resolución judicial, ya se ha producido todo un trabajo de selección en el cual han intervenido, para depurarlo, todos los procesos específicos de la ley penal que van desde la elaboración normativa procesal hasta los mecanismos informales de reacción social, como el distanciamiento familiar y social de quien se ve sometido al proceso penal, independientemente de haber sido condenado o absuelto y la marginalización social inherente a la división de clases en la sociedad capitalista, entre otros.

La estructura básica del Proceso Penal colombiano permite a su autor ingresar en la doctrina procesal penal, en las mentes inquietas de jóvenes estudiantes, en los despachos judiciales y oficinas de abogados, marcando una saludable alternativa al derecho procesal colombiano tan urgido de una verdadera sistematización.

GLORIA LUCÍA BERNAL.
Delegada en lo Penal.
Personería de Medellín.
Medellín, abril de 1988.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS

Para una mejor marcha de la Revista, queremos recordar a nuestros lectores las reglas mínimas para la publicación de trabajos, así:

1. Todos los escritos enviados deben ser *originales*, con una extensión máxima de 25 páginas, papel tamaño carta, a doble espacio, copiados por una sola cara. *Rogamos que en ninguna circunstancia se nos envíen trabajos cuya publicación haya sido ofrecida a otros medios.*

2. Las citas de pie de página deben incluirse al final del respectivo artículo en el orden que a continuación se señala. Si se trata de citas de libros deben incluirse el nombre y apellidos del autor, el título del libro subrayado, el nombre del traductor, el número de la edición, la ciudad donde se edita, el nombre de la editorial, el año y la página; si se trata de artículos de revista, o trabajos que aparecen en obras colectivas, se procederá así: nombre y apellidos del autor, título del artículo respectivo entre comillas, título de la Revista o de la obra subrayado, número, ciudad, editorial, fecha y página citada.

Si el trabajo incluyere una bibliografía general esta debe ir copiada en orden alfabético siguiendo las anteriores normas.

3. El criterio para publicar una decisión judicial en la sección de Jurisprudencia no es el tribunal o juzgado de origen, sino la importancia de la decisión que, como tal, debe suponer una pauta innovadora dentro de la jurisprudencia de los tribunales o una posición digna de destacarse enfrente a cualquier tópico de carácter jurídico-penal.

4. Las reseñas de libros, revistas u otras publicaciones, deben ser breves sin exceder de cuatro páginas tamaño carta, a doble espacio. Se exceptúan los casos de reseñas o estudios críticos sobre una determinada obra, los cuales podrán exceder dicha extensión sin exceder de ocho páginas.

5. Las colaboraciones para la sección de Foro Estudiantil, solo serán admitidas a condición de que el estudiante mediante debida certificación compruebe su calidad.

6. Sin excepción alguna todos los trabajos deben ser enviados a la Coordinación de la Revista para su selección y discusión. La publicación será decidida por la dirección. Los trabajos deben enviarse al Apartado Aéreo 53006, *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, Colombia, América del Sur. La selección de cada trabajo será comunicada a su autor por la coordinación.

La observancia de las anteriores normas garantizará un mejor servicio a los lectores y la apertura de nuestros canales a un mayor número de personas.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Coordinador