

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR

Coordinador

Leihgabe Prof. Ambos

EDITORIAL

El jurado de conciencia: ¡Ante una realidad!
Carlos Alberto Jaramillo Restrepo

45

DERECHO PENAL

La revolución francesa y los fundamentos
del derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración.
Nódiel Agudelo Betancur

Sistema jurídico-penal y legitimación política
en el Estado democrático de derecho.
Sergio Politoff

La protección jurídica del concebido. El feto
como paciente.
Carlos María Romeo Casabona

CRIMINOLOGÍA

La descentralización del control social tomado en serio.
Stanley Cohen

Apuntes para un enfoque histórico sobre los sistemas
punitivos en Colombia. Jesús Antonio Muñoz Gómez

JURISPRUDENCIA

Legislación de orden público
Comentario de Nódiel Agudelo Betancur

CO/XIV
F/Z

BIBLIOGRAFÍA

2345

JULIO



AGOSTO



SEPTIEMBRE

1989

Director

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Coordinador

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
MARIO SALAZAR MARÍN
HERNANDO LEON LONDOÑO BERRIO
CARLOS AUGUSTO GALVES ARGOTE
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
FERNANDO VELÁSQUEZ V.
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ
HERNÁN DARÍO BENITEZ N.

Auxiliares

SANDRA CRISTINA MORA S.
FRANCISCO VALBUENA
MARIO ALBERTO ARENAS
SERGIO UPEGUI KAUSEL
LUZ MARÍA MEJÍA S.

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1989

A. A. 53006 Medellín

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

REVISTA DE DERECHO PENAL

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.

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

	PÁG.
El jurado de conciencia: ¡Ante una realidad! Carlos Alberto Jaramillo Restrepo	283

DERECHO PENAL

La revolución francesa y los fundamentos del derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración. Nódier Agudelo Betancur	291
Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho. Sergio Politoff	313
La protección jurídica del concebido. El feto como paciente. Carlos María Romeo Casabona	329

CRIMINOLOGÍA

La descentralización del control social tomado en serio. Stanley Cohen	343
Apuntes para un enfoque histórico sobre los sistemas punitivos en Colombia. Jesús Antonio Muñoz Gómez	367

JURISPRUDENCIA

Legislación de orden público	
Comentario de Nódier Agudelo Betancur	387

BIBLIOGRAFÍA	405
--------------	-----

THE EDITORIAL

THE EDITORIAL

The editorial board of this journal is pleased to announce the publication of the following articles in the current issue.

ARTICLES

- 1. The Role of the Editor in the Journal
- 2. The Impact of the Editor on the Journal
- 3. The Editor's Responsibility to the Journal
- 4. The Editor's Relationship with the Journal
- 5. The Editor's Role in the Journal

ADMINISTRATIVE

- 1. The Role of the Editor in the Journal
- 2. The Impact of the Editor on the Journal
- 3. The Editor's Responsibility to the Journal
- 4. The Editor's Relationship with the Journal
- 5. The Editor's Role in the Journal

ADMINISTRATIVE

- 1. The Role of the Editor in the Journal
- 2. The Impact of the Editor on the Journal
- 3. The Editor's Responsibility to the Journal
- 4. The Editor's Relationship with the Journal
- 5. The Editor's Role in the Journal

ADMINISTRATIVE

- 1. The Role of the Editor in the Journal
- 2. The Impact of the Editor on the Journal
- 3. The Editor's Responsibility to the Journal
- 4. The Editor's Relationship with the Journal
- 5. The Editor's Role in the Journal

EDITORIAL

El jurado de conciencia: ¡Ante una realidad!

Nos encontramos hoy frente a una realidad que desde algún tiempo acá se veía venir: la desaparición del jurado de conciencia como instituto de juzgamiento. Por desgracia, situaciones como la presente pasan inadvertidas para la generalidad de la comunidad, pues, fuera de que esta permanece indiferente y por ende aparentemente incólume ante las modificaciones de la normatividad jurídica, es lo cierto que las contadísimas excepciones que de ello se percatan apenas se consideran como un cambio más dentro de la desmedida proliferación legislativa que caracteriza a nuestro país, pero sin conciencia alguna de su trascendencia en relación con la regulación de la interacción propia del elemento humano viviente en cuanto componente de la Nación y del Estado.

Así las cosas, el problema, si acaso, únicamente se advierte por parte de quienes en una u otra forma giran en torno a la actividad de declarar objetivamente el derecho positivo, o, lo que es lo mismo, de la administración de justicia, pero con otra limitación más, como lo es el de la administración de justicia en materia penal, pues quienes tienen que ver con otras áreas diferentes dentro del derecho suelen también permanecer ajenos, ya porque el problema no toca con el marco de su actividad funcional, ora porque por la misma razón no son conscientes de su dimensión.

Y digo "una realidad que desde un tiempo acá se veía venir", no solo por la publicidad que en ese sentido se venía dando periódicamente, sino porque desde que fuera emitido el decreto 50 de 1987, mediante el cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, la institución del jurado fue ostensiblemente cercenada al vedársele al tribunal popular todo pronunciamiento diferente del de la afirmación o negación de la responsabilidad, quedando así lo atinente a

la variación del delito dentro del género del capítulo correspondiente y a la declaración de cualquier otra circunstancia modificadora de la culpabilidad y de la punibilidad, al criterio que sobre el particular tuviese el juez de derecho, de lo cual haría expresión en la sentencia. ¡Grave error! No porque ello se le hubiese atribuido al juez de derecho, sino por las razones que a continuación expongo.

Si se parte, como tiene que hacerse, de que el hecho originario de la responsabilidad penal sobre la que habría de pronunciarse el jurado, es el delito en su condición de modalidad del hecho punible, a su vez constituido por la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta, tenemos lo siguiente:

Al observar el inciso 2º del art. 533 derogado, del estatuto mencionado, bien puede verse cómo al decir: "... o cualquiera *otra* circunstancia modificadora de la culpabilidad y de la punibilidad" (subrayo), el término "OTRA" indica que lo referente a la denominación del delito dentro del género del capítulo también sería representativo de una circunstancia. Lo anterior implicaba, en mi sentir, el desconocimiento del delito en cuanto acción integral, pues si de las denominaciones se trata, en lo que mira al homicidio, es evidente que las mismas se darían desde el punto de vista de las formas de culpabilidad, a saber, la dolosa, la culposa y la preterintencional, de tal manera que en lo que a la culpabilidad se refiere, no puede decirse de ella que apenas constituye una circunstancia, pues, *a contrario sensu*, es representativa de una parte esencial del delito, de modo que el homicidio doloso, el preterintencional y el culposo, son ontológicamente comportamientos esencial y no circunstancialmente diferentes.

En este orden de ideas, la prohibición que para el jurado existía de pronunciarse sobre la forma culpable representaba, más que un cercenamiento, la decapitación de su función, ya que se circunscribía así prácticamente su objetivo, en muchos casos, a la manifestación acerca de la materialidad del hecho y su causación fáctica, que en cuanto subjetiva o intrínsecamente distinto bien podía ser esencialmente diferente de otro material o extrínsecamente idéntico. Piénsese por ejemplo en el caso de un homicidio cuya atribuibilidad se hubiese presentado en la resolución de acusación con fundamento en el dolo como forma culpable, pero que en la audiencia pública se hubiese demostrado que por no evidenciarse el dolo homicida la derivación de la responsabilidad habría de serlo desde el marco de la preterintención como forma de culpabilidad. Se trataría de un hecho materialmente idéntico, pues tanto el homicidio doloso como el preterintencional presuponen fenomenológicamente la muerte de una persona causada por otra, pero que por ser subjetiva y culpablemente diferentes implican una variación esencial que hace de ellos dos delitos sustancialmente distintos. ¿Podría válidamente considerarse, como lo hacía la ley, que el elemento constitutivo de la variabilidad de la esencia, para el caso propuesto, la forma culpable, era una simple circunstancia vedada para todo pronunciamiento de parte del jurado? La respuesta salta a la vista: ¡No!

Y ¿qué decir de aquellos casos en que realmente si se diese una circunstancia modificadora de la culpabilidad, no ya de manera esencial, puesto que por ello dejaría de ser circunstancia, sino en sentido cuantitativo como lo sería, por ejemplo, la piedad en el homicidio compasivo o la ira y el intenso dolor causados por compor-

tamiento ajeno grave e injusto, circunstancias ambas emocionales que al disminuir la libertad de autodeterminación en consecuencia reducen el reproche y sobre las cuales tampoco podía pronunciarse el jurado? Nada diferente del predicamento de lo absurdo de la extinguida regulación legal sobre el particular, pues, ¿cómo se explica que pudiéndose pronunciar el jurado afirmativa o negativamente acerca de la responsabilidad y por ende sobre la totalidad de la culpabilidad en su condición de antecedente indefectible de aquella y de elemento estructural de su origen concretado en el hecho punible en su modalidad delictuosa, no pudiese hacerlo en torno a la disminución del juicio culpable y por tanto de la responsabilidad que de este se derivase? ¿Cómo es entonces que el jurado de conciencia podía referirse al todo pero no al no todo? ¡Sencillamente incomprensible!

Pero, en fin, lo cierto es que ha desaparecido el jurado y no es el momento para hacer críticas de su última expresión sino para pronunciarse por su desaparición.

Creo que la abolición del jurado de conciencia —y así lo expreso con todo respeto para quienes difieran de mi posición— evidencia una decisión sobremediana preocupante, pues antes que la materialización de lo que podría mirarse como una evolución del proceso de juzgamiento en relación con los casos en que la intervención de aquel se exigía, lo que veo es un proceso de involución, como que contrasta con el desarrollo de la democratización institucional propia de los países más avanzados de la civilización occidental. Basta, para dar fundamento a lo aseverado, observar que países como Estado Unidos de Norteamérica, Alemania Occidental, Francia, Bélgica, Inglaterra, entre otros, conservan la institución. Y como si lo anterior fuera poco, resulta paradójico que la supresión de la institución se diera dentro de un gobierno de tendencia denominada "liberal", en el año de 1989, cuando fuera precisamente un gobierno de la misma orientación política, en el año de 1851 y mediante la ley del 4 de junio, con más de cien años de antelación al momento actual, el que por primera vez estableciera en Colombia el jurado de conciencia, en esa época para los delitos de homicidio, robo y hurto mayor.

Pero tan preocupante como la desaparición misma del jurado, lo es la serie de motivaciones en las que al parecer asentó el Ejecutivo su decisión de abolirlo, en el sentido de que por lo general los miembros que lo componían eran objeto de amenazas que en cierta manera constreñían las conciencias hacia el reconocimiento de lo pretendido por los enjuiciados o sus allegados, dándose así lugar a innumerables absoluciones con la consecuente impunidad, y en el hecho de que por no estar conformado el jurado por personas versadas en el campo del derecho, carecía de la idoneidad requerida para algo de tanta trascendencia como la actividad del juzgamiento, además de otras razones de menor importancia, como la reticencia de los miembros designados para el cumplimiento de la función de juzgadores a concurrir, con la resultante de la demora en la culminación de los procesos, esta última de muy fácil remedio mediante la imposición de drásticas sanciones, que ni se tuvieron en cuenta ni se llevaron a cabo.

A lo anterior cabe anotar lo siguiente: en primer lugar, no se conoce estudio estadístico alguno que permita demostrar lo afirmado, de tal manera que todo parece

obedecer a algunos casos excepcionales que, dada la publicitación que de ellos se ha llevado a cabo en virtud de la representatividad de las víctimas, han contribuido al evidenciamiento aparente de un panorama que en verdad no se compadece con la generalidad constitutiva de la realidad nacional en torno a la institución.

En segundo lugar, es importante advertir la vacuidad de la aseveración de que el jurado de conciencia entraña impunidad, pues para mostrar su insolidez, basta con observar que eran contados los juzgamientos cumplidos a través de la institución, lo cual obedecía a la imposibilidad de iniciar el proceso penal en consideración a la ausencia de individualización de los victimarios, individualización que, como bien se sabe, es presupuesto indefectible para la emisión del auto cabeza de proceso, según lo estatuido por la ley procesal penal vigente. De suerte que no es entonces el jurado de conciencia el factor de impunidad en que se le pretendió convertir y al cual llegaban muy pocos casos en proporción a la criminalidad reinante, sino la estructura misma del procedimiento penal actual, según la cual, como se dijera, requiere de la previa singularización del infractor, a todas luces casi imposible en la gran mayoría de los casos, dada la falta de dotación y medios para la investigación, con el natural efecto de una dificultosísima persecución penal, que no represión, pues son dos cosas diametralmente distintas.

En tercer lugar, si la esencia del razonamiento reside en la determinabilidad que con base en las amenazas se podía dar de las conciencias de los jurados, en forma tal que mediante su abolición no solo se pretendió evitar la presunta impunidad que de ello se desprendía, sino también lograr la protección misma de los ciudadanos llamados a integrar el tribunal del pueblo, se tiene que el mismo argumento sería predicable respecto del juez único, que por ser mayormente individualizable se le coloca en un plano de mayor vulnerabilidad, ya que en su calidad de tal y por su vinculación permanente es muchísimo más identificable, acarreándose así su desprotección, pues no es procedente pasar por alto que la ocasionalidad funcional de los jurados los rodeaba de mayor protección tanto a ellos como a los jueces.

En cuarto lugar, tampoco es convincente la consideración acerca de que por no ser versados en derecho, los miembros del jurado no acreditaban la idoneidad requerida para el juzgamiento, pues parece con ello desconocerse el fundamento último de la institución, que, como bien es sabido, radica en un estricto juicio de exigibilidad según el cual lo que se cuestiona al jurado es si en su sentir personal le es exigible al enjuiciado un comportamiento conforme a la prescripción legal, o, lo que es lo mismo, si los miembros que lo integran, en las circunstancias del caso sometido a valoración, hubieran obrado igual a como lo hizo la persona que se juzga, o si, por el contrario, se habrían comportado conforme lo manda la ley, absteniéndose de ejecutar la conducta originaria del proceso, es decir, la acción u omisión por la cual se juzga al procesado. Podría replicarse hipóticamente lo antedicho anotando que dentro de las posibilidades del jurado se contaba su posición frente a la prueba y que por su falibilidad bien podía incurrirse en erróneas apreciaciones de la misma con las naturales consecuencias, a lo cual contrarreplicaría de mi parte que lo mismo puede acaecer con la persona del juez natural, quien por ser humano

tampoco es infalible, a lo que debe aunarse que en los juicios con jurado, en el evento de una apreciación absolutamente equívoca de la prueba de imputación, al juez le quedaba el control de la declaratoria de contraevidencia del veredicto, para evitar así cualquier exabrupto que se pudiese presentar.

Podrá pensarse, también, en contra de mi posición, que lo referente a la exigibilidad en la que, como lo expresara, se asienta en última instancia la institución del jurado de conciencia, no implica razón alguna para su mantenimiento, supuesto que también al juez de derecho le es dable pronunciarse sobre la susodicha exigibilidad, a lo que respondería que si bien ello es cierto, también lo es que en veces ocurre que la decisión judicial se ve compelida por la formaleta abstracta de la ley, sin consideración a la explicabilidad que, de acuerdo con una motivación socialmente adecuada, se puede dar del actuar y sobre la que nadie es más apto para valorar y concluir que la misma sociedad representada en la institución del jurado de conciencia, de manera que su decisión se asentaría en una no exigibilidad de otra conducta, ya que esa sociedad bien habría podido obrar de igual manera. Permitaseme, en aras de ilustrar lo expuesto, traer a colación un caso que ocurriera en el departamento de Antioquia y que hace parte de nuestra historia judicial: en alguna oportunidad, en un municipio del suroeste, una mujer a quien su concubinario maltrataba de palabra y obra se vio en la necesidad de suspender la convivencia, lo que desató la irascibilidad del hombre con quien hacía vida marital; una vez terminadas las relaciones, ocurrió que los domingos, cuando la mujer bajaba del campo a la población, era víctima de bofetadas de parte del exante, quien aprovechaba estos días de concurrencia para llevar a cabo su comportamiento en múltiples ocasiones. Ante esta situación, la mujer acudió a las autoridades en busca de protección, que le impusieron al hombre una conminación; sin embargo, al domingo siguiente, aquel manifestó que una palmada por quinientos pesos era muy barata, procediendo de inmediato a la repetición de su conducta. Transcurridos ocho días, es decir, al domingo próximo, con antecedencia inmediata a la inminente bofetada que el hombre se proponía nuevamente inferirle, la mujer lo apuñaló, dando al traste con su vida. El jurado la absolvió. ¿Por qué? Porque no le era exigible otra conducta diferente, pues ya había agotado todos los medios lícitos de que disponía para la protección tanto de su integridad personal como moral, habiendo inclusive acudido a las autoridades para tal efecto, pero con resultados absolutamente ineficaces. Un juez de derecho ante el caso propuesto no habría reconocido una legítima defensa por ausencia de proporcionalidad entre la lesividad de la agresión y la de la contraagresión, y de hecho no fue reconocida, pues se le llevó a la etapa del juzgamiento; si acaso la abstracción normativa le hubiese permitido al juez la declaración de un estado de ira e intenso dolor por comportamiento ajeno grave e injusto, pero con la consecuente punibilidad, aunque relativamente disminuida por la atenuante. ¿Sería esto justo? Creo que no. ¿Hubo impunidad por la absolución del jurado? Creo que tampoco, porque no habría lugar a la exigibilidad de una conducta diferente de la asumida por la mujer, así hubiese matado.

Casos como el esbozado, y muchos otros en los que se presentan excesos de las justificantes, defensas subjetivas, etc., legitiman y demuestran la conveniencia de la subsistencia de la institución desaparecida.

Los planteamientos y argumentos que anteceden, son los que me han llevado a manifestar mi preocupación por la reciente abolición del jurado, argumentos en modo alguno propios únicamente de los abogados defensores, como en alguna ocasión oí decir en un medio radial, pues recuérdese que los abogados que realizan el derecho desde el banco de la defensa, no son más que voceros de la ley misma en procura de la declaración objetiva de lo prescrito por esa ley y, por qué no decirlo, en cumplimiento de lo que manda la Constitución y las normas que la desarrollan. Al paso que vamos, veo con temor la abolición también de la judicatura y su sustitución por los computadores, pues dada la falibilidad del hombre posiblemente se dirá que podría constituirse en factor de impunidad que legitimaría su desconocimiento. ¡No faltaría más!

CARLOS ALBERTO JARAMILLO RESTREPO
Profesor de las Facultades de Derecho
de la Universidad Pontificia Bolivariana
y de la Universidad de Medellín.

La revolución francesa y los fundamentos del derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración *

Nódiar Agudelo Betancur

Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia

“En un cielo nublado, a veces los rayos de luz atraviesan las nubes, pero rápido los nubarrones se juntan de nuevo y no existe esperanza de que se borren, cuando, de repente, aparece el mismo sol en todo su esplendor y las disipa, dando lugar a un azul radiante.

”Antes de BECCARIA, rayos de luz habían atravesado los nubarrones del oscurantismo, pero no los habían borrado. Este ilustre Maestro, en el cielo del derecho penal, fue el gran sol radiante, haciendo aparecer, en todo su esplendor, la luz de la Justicia y de la Verdad”^{***}.

INTRODUCCIÓN

Normalmente existe acuerdo en considerar que la obra de BECCARIA señala el punto de partida del derecho penal moderno¹, así como

* El presente trabajo se ha elaborado sobre la base de sendas conferencias dictadas sobre el tema, en las Universidades de Antioquia (Instituto de Estudios Políticos) y de Medellín (Facultad de Derecho), durante los meses de junio y julio del presente año, con motivo de la conmemoración del Segundo Centenario de la Revolución Francesa.

** PIERRE BOUZART, *La influence de Beccaria sur la culture juridique française*, en la obra citada en la nota 30, pág. 47. Este trabajo ha seguido en alguna medida la del profesor francés, al menos en su estructura.

¹ Nuestro CARLOS LOZANO Y LOZANO dice: “a él es preciso referir como al punto de partida, todo el desarrollo de las escuelas anticuadas y modernas”. (*Elementos de derecho penal*, Bogotá, Edic. Lerner, 1961, págs. 13 y 14).

en considerar que *De los delitos y las penas* es una obra de raigambre iluminista². El objeto del presente trabajo es mostrar de cerca estas ideas tan reiteradas, señalando la real justificación de ellas, pero con la perspectiva de encontrar una recíproca influencia: Lo que podríamos denominar una "ida y vuelta" de las ideas: *del Iluminismo francés a Beccaria*, pero a la vez de *Beccaria a los autores iluministas*, ejemplificando este aserto con la presentación del influjo de este en la magistratura francesa, en algunos "doctrinantes" como VOLTAIRE y MARAT, y así mismo en las demandas de los Estados Generales [*Cahiers des États Généraux*] y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

I

INICIACIÓN DEL DERECHO PENAL MODERNO: DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS COMO OBRA DE FILIACIÓN ILUMINISTA

1. "DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS" COMO OBRA DE FILOSOFÍA PENAL CRÍTICA

BECCARIA llegó a decir: "Feliz aquella nación donde las leyes no fueran una ciencia"³. ¿Cómo este pensamiento, que en apariencia trasunta animadversión, o por lo menos recelo hacia la denominada "ciencia penal", no impide, sin embargo, que a quien la pronunció se le considere, casi sin excepción, el inspirador del derecho penal moderno? Y en verdad, tal título se le puede dar, porque con creces se lo merece. Vamos por partes: nosotros sabemos que la expresión "derecho penal" es una expresión polivalente, por lo que resulta necesario, cuando se la usa, determinar su contenido. Ella tanto puede significar derecho penal en *sentido subjetivo* [*jus puniendi*], y aquí la expresión denota el poder que tiene el Estado de erigir ciertos comportamientos en delito, imputando una pena como consecuencia de su realización y de aplicar esta cuando el supuesto se realice efectivamente; ora la expresión "derecho penal" indica un conjunto normativo caracterizado por referirse a los hechos punibles y a sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), *derecho penal objetivo* [*jus poenale*]; en fin, puede significar *ciencia del derecho penal*, la cual puede entenderse en sentido restringido o en sentido amplio, según que se nombre con ella a la *dogmática* como disciplina que tiene por objeto de conocimiento un conjunto normativo concreto en orden a la determinación de su contenido (interpretación) y su presentación sistemática, o bien se nombre con tal expresión "ciencia del derecho penal" a la *filosofía del derecho penal*, sistema de conoci-

² Véase a UGO SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, vol. I, C. de Alberti, editore, Roma, 1925, págs. 35 y ss.; FAUSTO COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, 1953, págs. 101 a 104.

³ Las citas del presente trabajo se toman de *De los delitos y de las penas* (Bogotá, Edit. Temis, 1987), con un *Estudio Preliminar* mío, intitulado *Crítica y control del poder punitivo del Estado*. El pensamiento del autor que he citado, puede verse a pag. 14 de la edición citada.

tos referidos al estudio del origen, fundamento y límites de la función punitiva, origen, fundamento y límites de la pena, los grandes principios del derecho penal que se consideran insertados como parte de una cultura en ciertos ámbitos de civilización, las relaciones entre el poder y la concepción del Estado y el derecho penal, etc.

Pues bien, es aquí donde BECCARIA se sitúa: su obra es fundamentalmente una obra de *filosofía penal*. Él no redacta códigos ni los comenta. No presenta de manera sistemática un conjunto normativo determinado, sino que su actividad mental está encaminada a criticar la práctica judicial entonces vigente y a postular lo que él cree que debe ser un nuevo sistema penal basado en una nueva filosofía política, la filosofía demoliberal. Él señala la relación existente entre el origen y fundamento del poder político y el origen y fundamento de la función punitiva:

"Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el depositario y el administrador legítimo de ellas"⁴.

A partir de aquí, de la postulación de unas nuevas bases de la función punitiva, critica el sistema penal vigente y formula uno nuevo, acorde con tal punto de partida. Critica la institución de los "Juicios de Dios"; critica la administración de justicia del Antiguo Régimen, con sus funciones hereditarias transmisibles como legado de familia, la arbitrariedad y la deshumanización de las penas, desproporcionadas en relación con la falta, la crueldad de su ejecución, principalmente cuando se trataba de sancionar delitos de lesa majestad divina o humana; el sistema inquisitorial con la barbarie del proceso secreto, la nefasta confusión entre el delito y el pecado, la finalidad que asignaba a la pena, a saber, el de la purificación de la falta por el fuego y la enmienda del reo lograda por los medios más crueles. Partiendo del pensamiento contractualista sobre el origen y fundamento del poder y del derecho de castigar, BECCARIA reclamó la aplicación en la práctica, de los postulados que a continuación se enuncian, y que hoy siguen siendo de permanente actualidad.

A) *Postulados fundamentales*. No se trata aquí de hacer un análisis de estos⁵, sino solo de enunciarlos, con el objeto de señalar cómo al final dichos postulados se concretaron en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, después de larga disputa para su difusión e instauración:

a) *El origen de la función punitiva* se vincula directamente al *origen y fundamento del poder*, y este se asienta en el contrato social: la necesidad genera la existencia de la sociedad civil y la misma necesidad genera el mal necesario de las penas;

⁴ CESARE BECCARIA, ob. cit., pág. 4.

⁵ De tales postulados fundamentales puede verse una breve presentación en el *Estudio Preliminar*, de la edición de Temis, cit., págs. XXXV a LIX.

b) Toda pena que exceda la necesidad es arbitraria: la pena, antes que cruel, debe ser *proporcionada* al delito y *pronta* para que genere la *prevención* del delito. Ella no tiene por finalidad la retaliación ni la purificación, pues no se puede confundir el delito con el pecado;

c) La *pena de muerte* no debe aplicarse sino en excepcionales casos y sin inflicción de padecimientos. En cuanto sea posible, ella debe ser reemplazada por la prisión perpetua si es necesario, o por el trabajo;

d) Solo las *leyes* deben *prescribir los delitos* y consagrar las penas. Una pena aplicada por un hecho no contemplado como delito por la ley, es arbitraria;

e) Debe existir una *separación de poderes*: quién emita la ley y quién decida si ha sido o no violada. El juez no puede interpretar la ley, ya que él no es el legislador;

f) La *gravedad del delito* es proporcional al *daño* causado con él a la sociedad y la pena debe ser proporcionada a tal daño;

g) Se deben *rechazar los juicios y las pruebas secretas*: los juicios deben ser *públicos*, la arbitrariedad debe ser controlada por la opinión pública;

h) La *tortura debe ser prohibida* como medio de prueba o como sanción;

i) Más vale prevenir los delitos que sancionarlos: deben implantarse reformas políticas, económicas y educativas, tendentes a modificar las causas que generan el delito.

2. LA REFERENCIA EXPRESA O TÁCITA A LOS AUTORES O IDEAS ILUMINISTAS

Pero ¿de dónde provenían tales ideas? La paternidad del Iluminismo es evidente. Ya del inglés, o con mayor influencia del francés, como quiero mostrarlo aquí.

Dicha influencia se capta bien por el reconocimiento expreso que el autor hiciera sobre el origen de sus ideas, en la correspondencia o en su obra, o bien a partir del análisis conceptual de ella. Aquí, por razón de espacio y de tiempo, quiero señalar solo lo que respecta a la correspondencia y las citas que de manera expresa hace BECCARIA en su obra, de autores iluministas franceses, dejando para otra oportunidad una tentativa de análisis conceptual.

A) *En la correspondencia con el abate Morellet*. Primero digamos quién era el abate MORELLET: nació el 7 de marzo de 1727, con pocas perspectivas de ascenso social, dada la ubicación de su familia. Con gran esfuerzo su padre lo envió a estudiar con los jesuitas, y el joven estudiante debía compensar su humilde origen con el esfuerzo por superarse. Se ordenó sacerdote, lo cual significó para él salir del tercer Estado para acceder al primer orden de privilegio. Entró a estudiar en la Sorbona, y allí conoció hombres que habrían de ser importantes: LEMENIE DE BRIENNE, TURGOT, MALESHERBES, MADAME HELVÉTUES, etc.; posteriormente estas relaciones lo llevaron a otros: BUFFON, DIDEROT, D'ALEMBERT, en fin, llegó a ser parte de la "flor y nata" del Iluminismo⁶.

⁶ Recientemente en Francia se han publicado las *Mémoires de l'Abbé Morellet*, Dijon, Ed. Mercure de France, 1988. Lleva por subtítulo *Sur le dix-huitième. Siècle et sur la Révolution*, con Introducción y notas de JEAN PIERRE GUICCIARDI, de donde he tomado los datos transcritos sobre todo de las págs. 12 a la 16.

Pues bien: según sus *Memorias*⁷, el abate, junto con TURGOT, D'ALEMBERT y otros filósofos había sido invitado a comer por MALESHERBES, quien acababa de recibir la obra *Dei delitti e delle pene* en italiano; en el transcurso de la conversación, el anfitrión le comentó al religioso que tenía dificultades con cierta frase oscura: "Ensayad a traducirla", le pidió, a lo cual él accedió, y con tal propósito se dirigieron a la biblioteca, de lo cual estuvieron contentos. Pero enseguida le induce a que traduzca todo el libro, labor que ejecuta en seis semanas. Dicha traducción alcanzó de inmediato éxito extraordinario, como se desprende del hecho de que se hicieron siete ediciones en seis meses. Precisamente, refiriéndose a dicha labor, a la labor de traducción la califica de "trabajo útil", "si se tiene en cuenta que ella contribuyó a difundir los principios humanitarios del autor en los países en donde nuestra lengua es más conocida que la italiana"⁸.

La publicación de la obra en francés se lleva a cabo en el año 1776, y se indica como lugar de publicación a Lausana, cuando en realidad se trataba de París. Debe anotarse que en esta ocasión el abate reordenó la obra: Redistribuyó capítulos y los temas los presentó siguiendo el orden que le parecía más lógico en comparación con la obra inicial de BECCARIA⁹.

Precisamente con este motivo MORELLET escribió a BECCARIA, al tiempo que le enviaba la traducción, le daba cuenta de la reordenación de la obra y le pedía su parecer. La carta del traductor está fechada en París el 3 de febrero de 1766, y dice así:

París, febrero de 1766

"Muy señor mío:

"Sin tener el honor de seros conocido, creo tener el derecho de enviaros un ejemplar de la traducción que he hecho de vuestra obra *De los Delitos y de las Penas*. Los eruditos son cosmopolitas, y de todas las naciones; los lazos que los unen son más fuertes que aquellos que unen los ciudadanos de un mismo país, los habitantes de la misma ciudad; y los miembros de la misma familia. Creo pues poder entablar con vos un comercio de ideas y de sentimientos que me será muy agradable, con tal que no os rehuséis al deseo de un hombre que os ama sin conoceros personalmente, pero al que la lectura de vuestra excelente obra ha inspirado estos sentimientos.

"M. de Malesherbes, cuya amistad tengo el honor de poseer, es el que me ha aconsejado que os haga el envío de vuestra obra en nuestra lengua. Para hacer esto no tenía yo necesidad de ser estimulado. Ha sido para mí la ocupación más dulce, la de hacerme, tanto para mi nación como para aquellas a que nuestra lengua se ha extendido, el intérprete y el órgano de las ideas fuertes y grandes, y de los sentimientos de beneficencia de que vuestra obra

⁷ MORELLET, *Mémoires*, cit., págs. 149 y 150.

⁸ MORELLET, *Mémoires*, cit., pág. 150. Recuérdesse que PAUL HAZARD, en la *Crisis de la conciencia europea* (Madrid, Ed. Pegaso, 1975, págs. 52 a 57), destaca la importancia de la lengua francesa en la época.

⁹ En la publicación que *De los delitos y de las penas* hace Giulio Einaudi Editore, en Torino, 1965, a cargo de FRANCO VENTURI, muy complementada con documentos relacionados con ella, aparece el Prefacio escrito por MORELLET para la traducción francesa, y explica así mismo en qué consistieron esos cambios para la reordenación (págs. 329 a 338).

está llena. Me parecía que de este modo me asociaría al bien que hacéis a los hombres, y que esto me daría también algún derecho al agradecimiento de los corazones sensibles, que desean el buen resultado de los intereses de la humanidad.

"Hace hoy ocho días que se ha publicado mi traducción; no he querido escribiros antes, porque pensé deber esperar hasta que pudiese daros noticia de la impresión que vuestra obra ha hecho. Puedo ahora aseguraros, que su buen suceso ha sido universal, y que además de la estimación en que se tiene la obra, todo el mundo ha concebido por su autor unos sentimientos que deben de lisonjearos aún más, es decir de estima, de agradecimiento, de interés y de afección. He sido particularmente encargado de presentaros las gracias y cumplimientos de M. DIDEROT, de HELVETIUS y de M. DE BUFFON. Hemos hablado mucho de vuestra obra con M. DIDEROT, cuya imaginación fogosa es muy apta a tomar fuego con semejante obra. Tengo algunas observaciones que comunicaros, que son el resultado de nuestras conversaciones. M. DE BUFFON, se ha servido de las expresiones más fuertes para manifestar el placer que vuestra obra le ha causado, y os ruega que recibáis sus cumplimientos. También he llevado vuestro libro a M. ROUSSEAU, que ha pasado por París, retirándose a Inglaterra donde va a establecerse, y para la que saldrá uno de estos días. No puedo aún deciros su parecer, porque no he vuelto a verle. Es probable que lo sepa hoy, por M. HUMME, con quien voy a comer; pero puedo de antemano estar seguro, de la impresión que le causará. M. HUMME, que vive también con nosotros de algún tiempo a esta parte, me encarga también que os diga mil cosas de su parte.

"A estos nombres que conocéis de reputación, añadiré el del BARÓN DE HOLBACH que los reúne a menudo en su casa, autor de varias excelentes obras ya impresas, sobre la química, la historia natural, y varias otras que no son públicas; profundo filósofo, excelente juez de todo conocimiento científico, su alma no es menos sensible, y pronta a recibir la amistad. No puedo daros una idea de la impresión que vuestra obra ha producido sobre él, y cuánto ama y estima ya a su autor. Como nuestra vida transcurre regularmente en su casa, es muy justo que empecéis desde ahora a conocerle, pues si llegamos a poder atraeros a París, por algún tiempo, su casa será la vuestra. Tomo pues, esta ocasión de testificaros sus sinceras gracias. No os hablaré de M. D'ALEMBERT, que ha debido escribiros, y que me ha dicho que quería añadir dos palabras de su mano, a mi carta. Ya debéis saber su modo de sentir sobre vuestra obra. A él queda el deciros, si está contento con mi traducción..."¹⁰

La respuesta de BECCARIA está fechada en Milán, a mayo 26 de 1766, y dice así:

"Milán, mayo de 1766

"Permitidme, caballero, que me valga de las fórmulas usadas en vuestra lengua, como más cómodas, más simples, más verdaderas, y por consiguiente, más dignas de un filósofo como vos. Permitidme también el servirme de un copista, pues la carta que os he escrito es ininteligible. Los sentimientos que me ha inspirado la carta que me habéis escrito, son los de la *estima más profunda, el mayor reconocimiento, y la más tierna amistad*. Me sería imposible el deciros cuán honrado me siento el que mi obra haya sido traducida en la lengua de una nación que ilustra e instruye toda la Europa. Yo mismo debo todo cuanto sé a los libros franceses. Ellos son los que han despertado en mi alma los sentimientos de humani-

¹⁰ Dicha misiva puede verse en la edición a cargo de FRANCO VENTURI (págs. 345 a 361), con una posdata de D'ALEMBERT. Aparece traducida al español en las ediciones que de *De los delitos y de las penas* han hecho las editoriales Arayú (Buenos Aires, 1955), con estudio preliminar y notas de FRANCISCO P. LA PLAZA, y Heliasta (en la misma ciudad, 1978), con estudio preliminar de GUILLERMO CABANELLAS. Es precisamente esta la traducción que se ha utilizado aquí.

dad, que ocho años de una educación fanática habían ahogado. Los excelentes artículos que habéis insertado en la obra inmortal de la Enciclopedia, me habían ya hecho respetar vuestro nombre; y ha sido para mí la sorpresa más agradable, el saber que un erudito de tanta reputación como vos, se haya dignado el traducir mi *Tratado de los delitos*. No puedo daros bastantes gracias por el regalo que me habéis hecho de vuestra traducción, y por la celeridad con que habéis satisfecho al deseo que tenía de leerla. La he leído con un placer que no podré explicaros, y he visto que *habéis hermosado el original*. Os protesto con la mayor sinceridad, que el orden que habéis adoptado me parece a mí mismo, más natural, y muy preferible al mío, y que siento infinito el que la nueva edición italiana esté casi acabada, porque de lo contrario, me hubiera enteramente o casi del todo conformado a vuestro plan.

"Mi obra no ha perdido nada de su fuerza natural en vuestra traducción, excepto en los pasajes en que el carácter esencial de una y otra lengua ha hecho alguna diferencia entre vuestras expresiones y las mías. La lengua italiana tiene más flexibilidad y docilidad, y tal vez, habiendo sido menos cultivada en el género filosófico, puede por esta misma razón adoptar los rasgos que la vuestra no podría emplear. Me parece que la objeción que se os ha hecho, de que la mudanza del orden podía haber hecho perder mucho de la fuerza del original, no tiene ninguna solidez. La fuerza consiste en la elección de las expresiones, y en la coalición de las ideas; la confusión no puede menos de ser dañosa para estos dos efectos.

"Tampoco ha debido deteneros el temor de herir mi amor propio. En primer lugar, porque, como lo habéis dicho con la mayor verdad en vuestro excelente prefacio, *un libro en que se defiende la causa de la humanidad una vez publicado, pertenece al mundo y a todas las naciones*; y relativamente a mí en particular, hubiera hecho muy pocos progresos en la *filosofía del corazón, que contemplo muy superior a la del entendimiento, si no hubiese adquirido la fuerza de ver y de amar la verdad*. Espero que la última edición, que no tardará en aparecer, se despachará en muy poco tiempo: y os aseguro que en la sexta observaré enteramente, o con muy corta diferencia, el orden de vuestra traducción, que aclara mucho más las verdades que he tratado de recopilar. Digo que será con muy corta diferencia, porque por una lectura única y rápida que he hecho hasta ahora no puedo decidirme con un entero conocimiento de causa sobre los detalles, como lo he hecho ya del conjunto.

"La impaciencia que mis amigos tienen de leer vuestra traducción, me ha obligado a dejarla salir de entre mis manos así que la he leído, y me veo en la necesidad de dejar para otra carta la explicación de algunos pasajes que os han parecido oscuros. Pero debo deciros que cuando escribí esta obra tenía a la vista los ejemplos de Maquiavelo, de Galileo y de Giannone. *He oído el ruido de las cadenas que sacude la superstición, y los gritos del fanatismo que ocultan los gemidos de la verdad*. La vista de estos espectáculos horrorosos me ha determinado a envolver la luz algunas veces en nubes algo oscuras. He querido defender la humanidad sin ser su mártir. Esta idea de que tenía que ser oscuro, me ha hecho serlo algunas veces sin necesidad. Añadid a esto, la inexperiencia y la falta de costumbre de escribir, perdonables en un autor que no tiene más que veintisiete años y que hace apenas cinco años que ha entrado en la carrera literaria.

"Me sería imposible el describiros la satisfacción que me causa el interés que tomáis en mí, y cuán sensibles son las pruebas de estima que me dais y que no puedo aceptar sin volverme un poco vano ni desdeñar sin injurias. He recibido con el mismo agradecimiento e igual confusión, los cumplimientos que me hacéis de la parte de los hombres célebres que hacen honor a la humanidad a la Europa y a su nación. D'Alembert, Diderot, Helvetius, Buffon, Hume, nombres ilustres y que no se pueden oír pronunciar sin emoción: *vuestras obras inmortales son mi lectura continua, y forman mis ocupaciones por el día, y mis meditaciones por la noche*. Lleno de las verdades que enseñáis, ¡cómo hubiera yo podido incensar el error adorado, y envilecerme, hasta mentir a la posteridad!

"Mi única ocupación es la de cultivar en paz la filosofía, y de contentar de este modo tres sentimientos muy vivos en mí, el amor de una reputación literaria, el de la libertad, y la compasión que me inspiran las desgracias de los hombres, esclavos de tantos errores. Ya data de cinco años la época de mi conversión a la filosofía, y la debo a la lectura de las *Cartas persas*.

"La segunda obra, que dio la última mano a la revolución operada en mi entendimiento, es la de M. Helvetius. Él es el que me ha indicado el camino de la verdad, y que ha despertado el primero mi atención sobre la ceguera y las desgracias de la humanidad. La mayor parte de mis ideas, son debidas a la lectura del *Esprit* (Entendimiento) ...

"El Conde de Firmiani está de vuelta en Milán, ya hace algunos días, pero está muy ocupado, y no he podido verle aún. Él es el que ha protegido mi libro, y a él debo mi tranquilidad.

"Incesantemente os remitiré algunas explicaciones sobre los pasajes que halláis un poco oscuros, y que no trataré de excusar, porque no he escrito para no ser entendido. Os ruego encarecidamente que me enviéis lo más pronto posible vuestras observaciones, y las de vuestros amigos, para que pueda aprovecharme de ellas en la sexta edición. Comunicadme, sobre todo, el resultado de vuestras conversaciones con M. DIDEROT sobre mi obra. Deseo con impaciencia el saber la impresión que he hecho sobre su alma sublime ...

"Tengo el honor de ofrecerme, etc.

BECCARIA¹¹.

Como bien puede verse, la referencia a la cultura de la *Enciclopedia*, obra que el jurista milanés menciona expresamente, es bastante clara.

B) *En la obra*. El libro *De los delitos y de las penas*, entre otras, tiene una particularidad: en él solo de manera excepcional se cita autores. Pero cuando BECCARIA lo hace, es precisamente para referirse a MONTESQUIEU. Y así, relacionándolo con el objeto de su trabajo, los delitos y las penas, dice: "El inmortal MONTESQUIEU ha discurrido brevemente sobre esta materia". Y agrega: "La indivisible verdad me ha esforzado a seguir las huellas luminosas de ese gran hombre, pero los pensadores para quienes escribo sabrán distinguir mis pasos de los suyos"¹². En realidad, a pesar de que en la carta transcrita se refiere a las *Cartas persas*, haciendo un análisis conceptual, la influencia es más del *Espíritu de las leyes* que de las *Cartas*¹³.

Pero de esa influencia nos percatamos no solo porque BECCARIA la reconozca en su correspondencia o por las referencias que de manera expresa hace en la obra, sino, y esto me parece básico, por el manejo de los *conceptos fundamentales* de la teoría política de la ilustración. Así, su posición en relación con el origen, y

¹¹ Esta carta de respuesta puede verse en la edición de VENTURI (págs. 361 a 369), y como señalé en la nota anterior, la traducción que transcribo corresponde a la edición a cargo de CABANELLAS.

¹² CESARE BECCARIA, ob. cit., pág. 2.

¹³ Para no dar sino un ejemplo, pensemos en su fundamentación de la negación a la pena de muerte: BECCARIA sostiene que el soberano no puede imponer la pena de muerte, porque los hombres en el depósito de libertades que hicieron al celebrar el pacto, no enajenaron el derecho a su vida. ¿Y por qué no lo enajenaron? ¿Por qué el hombre no puede disponer de su vida? Porque esta no pertenece ni siquiera a él, sino a Dios. En cambio MONTESQUIEU sobre la vida tiene otro concepto. No puede el hombre disponer de la vida de los demás pero sí de la de sí mismo, como puede verse en sus *Cartas Persas*.

basamento del *poder político*, los conceptos de *contrato social*, *estado de naturaleza*, *estado de guerra*, *soberanía*, *justicia*, eran los propios de los autores iluministas.

II

LA "VUELTA" DE LAS IDEAS ILUMINISTAS, DE MILÁN A FRANCIA

1. BECCARIA Y SU INFLUJO EN LOS TIEMPOS DE LA PRERREVOLUCIÓN

Las ideas expresadas en el pequeño gran libro del autor de Milán habrían de repercutir, a pesar de la oposición¹⁴, en la magistratura, en los doctrinantes de la Francia anterior a la Revolución, y en la misma legislación del Antiguo Régimen en los tiempos inmediatos a la explosión revolucionaria.

A) *Influjo en la magistratura, ejemplificado en Servan*. A pesar de la oposición de autores como MUYART, al cual ya se ha aludido en la nota anterior, las ideas contenidas en *De los delitos y de las penas* repercutieron aun en quienes estaban encargados de aplicar el férreo sistema punitivo del Antiguo Régimen. Un magistrado de tales tiempos, ROEDERER, por ejemplo, en 1797 coordinó la publicación de una nueva edición de la obra de BECCARIA, traducida por MORELLET, y al enviar un ejemplar a la hija de BECCARIA (este había muerto en 1794), le acompaña una carta en la que le dice:

"El *Tratado de los delitos* había cambiado de tal forma el espíritu de los antiguos tribunales en Francia, que diez años antes de la revolución ellos no se parecían casi a lo que eran. Todos los jóvenes jueces de los tribunales, y yo puedo asegurarlo porque yo mismo era uno de ellos, juzgaban más según los principios

¹⁴ La oposición surgió por parte de sectores retardatarios. En especial debe aludirse a los ataques del fraile dominico FERDINANDO FACCHINI, con sus *Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, algunos de cuyos apartes pueden verse en la edición a cargo de FRANCO VENTURI, cit., págs. 164 a 177; en Francia, desde 1766 respondió con críticas a la obra de BECCARIA, un autor llamado MUYART de VOUGLANS, con el libro titulado *Lettre concernant la réfutation de quelques principes hasardés dans le Traité des délits et des peines* (esta obra aparece como agregado de *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, vuelta a publicar en París en 1781, de la página 305 a 328). En ella, concluye diciendo: "Nosotros no creemos poder terminar sino por reflexiones generales que están fundadas sobre principios inquebrantables, justificados por la experiencia más constante, y contra la cual vendrán siempre a fracasar los sistemas paridos por espíritu de contradicción y de novedad" (pág. 328). Y al comienzo de la obra había preguntado: "¿Qué pensar, en efecto, de un autor que pretende levantar su sistema sobre las ruinas de todas las nociones que han sido aceptadas hasta el presente?" (pág. 306). Y en relación con el "dulce estremecimiento por el cual las almas sensibles responden a la voz del defensor de la humanidad" (al cual alude el traductor MORELLET en el *Prefacio* para la edición francesa), dice sarcásticamente: "Yo me jacto de tener sensibilidad como cualquiera; pero sin duda que de ninguna manera tengo yo la organización de las fibras tan sutiles como las de nuestros criminalistas modernos, porque en ningún momento sentí ese dulce estremecimiento del que ellos hablan" (pág. 305). En fin, digamos que a lo largo del escrito invita a que se ejerza la autoridad para "contener el contagio" de *De los delitos y de las penas*.

de esta obra que según las leyes. Fue precisamente en el *Tratado de los delitos* de donde los Servan, los Dupaty, habían sacado sus criterios de decisión; y es posible que nosotros debamos a su elocuencia las nuevas leyes penales de las que Francia se honra. Mirad, Señora, que mucho antes de la unión de la república Lombarda a la nuestra, vos teníais derechos adquiridos en Francia. Yo me atrevo a deciros, en nombre de todos los amigos del talento, de la filosofía y de la humanidad: Por vuestro padre, vos pertenecéis a la gran familia que los amigos de la filosofía y de la libertad han formado en París hace cincuenta años y se estrecharán, más que antes, los lazos que la han unido"¹⁵.

Quiero llamar la atención sobre un magistrado cuyo nombre es citado por ROEDERER en la carta cuyo aparte acabo de traducir. Me refiero a JOSEPH-MICHEL-ANTOINE SERVAN: nace este el 3 de noviembre de 1737 en Romans (Dauphiné), en el seno de una familia de ocho hijos, y en su momento es enviado por su padre a Lyon y luego a París a estudiar derecho. En 1764 es nombrado Abogado General ante el parlamento de Grenoble, cuando tenía veinticinco años. Su función es la de representar al rey ante dicho parlamento y servir de intermediario entre los dos poderes. En 1765 pronuncia su primer discurso, encomendadas que le fueron las palabras de apertura del tribunal, como se usaba entonces: *Mercuriale sur les avantages de la vraie philosophie considérée dans ses rapports avec les devoirs du magistrat*, en el que testimoniaba el aprecio a las ideas de la filosofía iluminista. Justamente por esto fue vivamente acogido por los polemistas del medio intelectual francés, y es así como de él dice VOLTAIRE: "Ha venido a mi casa un joven y primiparo abogado general de Grenoble;... es un buen muchacho y un buen nuevo socio"¹⁶. Según SERVAN, el estudio de la filosofía no solo es importante porque ayuda a ser mejores a los ciudadanos, sino porque es decisiva para los magistrados que aplican justicia, pues la filosofía desarrolla en ellos un sentimiento necesario, el sentimiento de justicia: los lleva a no sentirse ungidos vengadores, a no considerarse infalibles, a ser prudentes en el razonamiento.

Pues bien: en 1766 el magistrado que nos ocupa pronuncia su discurso más famoso, el *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, en el que, en su calidad de funcionario, se atreve a criticar las leyes y a demandar su pronta reforma, como lo siguió pregonando en otras intervenciones. En el *Discours* citado dice:

¿Qué debemos a las leyes?

¿No se me acusará de falta del respeto que debemos a las leyes? Hombres sabios, decidme si ultrajo las leyes porque las deseo más perfectas. Yo lo declaro a los hombres timoratos, adoradores de todo uso anticuado; yo lo declaro a los hombres violentos, que meten la cabeza de la justicia en una niebla y no dejan ver más que sus brazos, yo lo declaro a todos: En tanto que nuestras leyes subsistan,

¹⁵ ROEDERER, citado por MORELLET, en sus *Mémoires*, págs. 151 y 152.

¹⁶ Los datos biográficos y la cita de VOLTAIRE los he tomado de MICHEL DE SERVAN, un *Magistrat Réformateur*, de CHARLES PRUD'HOMME librairie de la Société du Recueil Général des lois et des Arrêts, L. Larose y L. Tenin, Directores, París, 1905, págs. 5 y ss. Las expresiones de VOLTAIRE están en la página 14.

jamás cesaré de respetarlas, como ciudadano; no dejaré jamás de hacerlas respetar a los otros, como magistrado; pero como amigo de la humanidad, yo desearé siempre su reforma"¹⁷.

El *Discurso sobre la administración de justicia criminal* es quizá su trabajo fundamental y en el que, para los efectos de este trabajo, podemos señalar más estrechamente la gran influencia de BECCARIA, lo cual puede comprobarse si se repara en la utilización que se hace de los mismos conceptos, a los que se les da el mismo alcance. Como el maestro italiano, el magistrado francés parte del contrato social para explicar el origen y fundamento del poder y del derecho de punir: "Desde que el hombre se ha despojado de su libertad para someterse a las leyes, desde que ha cedido una parte de sus derechos para asegurar el goce del resto ..."18; recordemos las palabras del italiano: Los hombres resuelven superar el estado de guerra: "sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad"¹⁹; más adelante, SERVAN dice: "es necesario que el ciudadano vea el crimen sancionado tan pronto como se ha cometido"²⁰, lo que recuerda a BECCARIA: "Cuando la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será"²¹; y sobre la separación entre legislación y juzgamiento, SERVAN manifiesta: En todo juzgamiento veo dos cosas: "... allí se afirma quién es el autor del crimen y cuál castigo se le imputa: Una afirmación corresponde al juez, la otra solo a la ley le corresponde"²². En *De los delitos y de las penas* se lee: "Solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esa autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social"²³.

La influencia del autor italiano sobre el francés es algo constatable no sólo mediante un análisis conceptual, sino también a partir del reconocimiento inmediato que hace al tratar ciertos temas. Así, cuando va a abordar el problema de la pena de muerte, dice: "Gracias a algunos hombres sabios, tenemos ya sobre este importante tema una buena obra y mejores puede ser que estén por publicarse; porque una buena obra es una llama que alumbrá mil otras, y multiplica la luz sin perder su resplandor"²⁴.

B) *En los doctrinantes Voltaire y Marat*. La anterior es una remisión bastante abreviada a la magistratura. Pero es en la doctrina en donde más va a influir BECCARIA, como quiero señalarlo con estos dos autores, advirtiendo que ellos no pue-

¹⁷ *Discours sur l'Administration de la Justice Criminelle, Oeuvres Choieses de Servan*, t. II, edición a cargo de X. DE PORTES, París, Chez les Éditeurs, 1825, pág. 91.

¹⁸ SERVAN, ob. cit., t. II, pág. 6.

¹⁹ BECCARIA, ob. cit., pág. 4.

²⁰ SERVAN, ob. cit., pág. 23.

²¹ BECCARIA, ob. cit., pág. 45.

²² SERVAN, ob. cit., pág. 34.

²³ BECCARIA, ob. cit., pág. 6.

²⁴ SERVAN, ob. cit., pág. 94.

den catalogarse de doctrinantes del derecho penal tal como hoy por hoy se entiende tal calificativo. En efecto, el objeto de su atención no era ni un sistema penal determinado, ni el derecho penal como un todo sistemático, en orden a la elaboración de un cuerpo de conceptos en tal campo de la actividad cultural. De manera fragmentaria abordaron puntos que entonces, como hoy, eran candentes y ocupaban la atención de los filósofos sobre el origen y fundamento de la función punitiva, sobre la pena, su fundamento y sus límites, su humanización, la crítica y propuesta de formas más racionales en los procedimientos, etc. En otras palabras dicho: el derecho penal no fue el objeto principal de sus actividades y elaboraciones, pero no por ello su importancia es menor.

Abordemos en primer lugar a VOLTAIRE. Este filósofo tomó parte activísima en ciertos procesos que tuvieron gran repercusión en su época. Aquí vamos solo a mencionar el "affaire" Calas y el del Caballero de La Barre, aunque de manera breve.

Juan Calas, comerciante protestante de Tolosa, fue acusado de matar a su hijo porque este, queriendo convertirse a la religión católica, debía ser muerto antes que se le permitiera dicha conversión, según se suponía era norma de comportamiento de los protestantes. En realidad todo comenzó porque la familia, sabiendo que el hijo se había suicidado, de manera inocente trató de ocultar el hecho de que aquel había acabado con sus días por temor a las vejaciones de que eran objeto los que apostataban de sus creencias religiosas. Encarcelado el padre con su mujer, sus otros hijos y la empleada del servicio, después de muchas arbitrariedades, insinuadas ellas por el fanatismo y la superstición, es ejecutado el viejo Calas, torturado antes de manera inmisericorde, pero se le dio libertad al resto de la familia, en un "juicio tan cruel como estúpido, porque o todos estaban complicados o todos eran inocentes", como dice ANDRÉ MAUROIS²⁵.

El caso del Caballero de La Barre consistió en lo siguiente: el 13 de agosto de 1765, seis testigos dicen que los jóvenes de La Barre y d'Étalon no se quitaron el sombrero cuando, a treinta pasos de ellos, pasó una procesión; después se dijo que él le había manifestado a una monja, delante de un cuadro de San Nicolás, que si por ventura este cuadro lo había conseguido para tener tan siquiera la figura de un hombre en casa; también se dijo que dicho individuo había pronunciado palabras impías sobre la Virgen María; otro manifestó que él había dicho que los mandamientos habían sido dictados por los curas; en fin, se dijo de él que acostumbraba cantar canciones indecentes y a ser "malhablado". La sentencia fue pronunciada el 28 de febrero de 1766: se le condenó a serle arrancada la lengua y a la decapitación para luego ser quemado, no sin antes haber sido sometido a la tortura ordinaria y extraordinaria en orden a arrancarle acusaciones contra otros presuntos

²⁵ ANDRÉ MAUROIS, *Voltaire*, Barcelona, Edit. Plaza y Janés, S. A., Colección Clásicos del Siglo XX, t. III, 1966, págs. 1314 y 1315. Este proceso también puede verse en *Anales dramáticos del crimen o causas célebres españolas y extranjeras* de don JOSÉ VICENTE CARAVANTES, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1860, págs. 353 a 388.

cómplices. Debe agregarse que el joven de 19 años fue ejecutado a la vez que se quemaba el *Diccionario Filosófico* de VOLTAIRE.

VOLTAIRE narra las incidencias del caso a BECCARIA en un escrito de 1768, con fecha de 15 de julio de 1766²⁶. Este le respondió, pero desafortunadamente dicha carta se ha perdido. VOLTAIRE le escribe de nuevo al milanés en los siguientes términos, el 30 de mayo de 1768:

"Mis enfermedades, señor, me imposibilitan daros las gracias de mi puño y letra, pero seguro, yo os agradezco de todo corazón.

"Estos sentimientos deben ser los de toda Europa. Vos habéis allanado el camino de la equidad por el cual tantos hombres todavía transitan como bárbaros. Vuestra obra ha hecho bien y lo seguirá haciendo. Vos trabajáis por la razón y la humanidad, todas dos tan largo tiempo maceradas. Levantáis a estas dos hermanas abatidas desde hace aproximadamente mil seiscientos años. Ellas comienzan por fin a caminar y a hablar; pero desde que hablan, el fanatismo aúlla. Se tiene miedo de ser humano en la medida en que se debiera temer ser cruel. La muerte del Caballero de la Barre, la cual vos calificáis de asesinato, excita el horror y la piedad. Yo no puedo sino bendecir la memoria del abogado del Consejo que os dirigió, Señor, la historia verdadera del funesto proceso. Él es más horrible que el de Calas: Porque el Parlamento de Tolosa solo se engañó, tomó falsas apariencias por pruebas, y prejuicios por razones; Calas merecía su suplicio si la acusación hubiese sido probada; pero los jueces del Caballero de la Barre de ninguna manera obraron por error. Ellos han castigado con una muerte cruel, precedida de la tortura, aquello que no merecía más que seis meses de prisión. Han cometido un crimen jurídico. ¡Qué abominable jurisprudencia la de sostener la religión por medio de verdugos! ¡Hé aquí lo que se llama una religión de dulzura y caridad! Los hombres de bien depositan su dolor en vuestro pecho como en el del vengador de la humanidad.

"¡Que no haya podido yo, Señor, tener el honor de veros, de abrazaros, me atrevo a decirlo, de llorar con vos! Me queda al menos el consuelo de deciros hasta qué punto yo os estimo, os amo y os respeto.

"Aquel que habéis honrado con vuestra carta"²⁷.

Finalmente se debe anotar que VOLTAIRE hizo un *Comentario* al libro *De los delitos y de las penas*, lo que prueba la gran influencia que tuvo dicha obra en la "vuelta" de sus ideas a Francia. MORELLET había publicado la traducción de la obra de BECCARIA en 1766, traducción conocida por VOLTAIRE, quien, impresionado por su contenido, entre los meses de junio y julio escribió el dicho *Comentario*, que se publicó en septiembre del mismo año; para su elaboración fue ayudado en la parte técnica y jurídica por CHRISTIAN DE SAINT CLAUDE, de Besanzón, abogado del filósofo en algunos asuntos financieros. Este *Comentario* aparecería regularmente acompañando la edición del libro de BECCARIA, lo que iría a aumentar todavía

²⁶ La narración del caso, con las acusaciones que se le hicieron, puede verse en la edición del libro *De los delitos y de las penas*, a cargo de FRANCO VENTURI, cit., págs. 438 a 450, en la que se transcribe una carta de VOLTAIRE que tenía por objeto narrarle el caso a BECCARIA.

²⁷ La carta puede verse a págs. 450 y 451.

más su éxito, dado el prestigio del polemista VOLTAIRE²⁸. Fue escrito en una época bien particular, dada la posición frontal que tenía el autor en contra de la magistratura francesa, pues, como se ha dicho, desde 1762 había librado la gran lucha en favor de Calas, y en 1766 había tomado partido en favor de la causa de La Barre. Esta posición existencial, angustiosa y crítica frente al sistema de administración de justicia, explica que comience el *Comentario* así: "Estaba yo lleno de la lectura del librito *De los delitos y de las penas*, que en punto a moral es lo mismo que los pocos remedios que podrían aliviar nuestras dolencias, en punto a la medicina ..."²⁹.

Pues bien, sobra decir que las ideas del *Comentario* van en la misma dirección de las del libro de BECCARIA: VOLTAIRE critica el fanatismo, la superstición, critica la desproporción entre las faltas y la sanción, la inhumanidad de las penas, la proliferación de la pena de muerte, en fin, hace un verdadero "proceso al procedimiento": critica las condenas en contumacia, sin posibilidad de defensa; aboga por la necesidad de esta; pugna por la motivación de las sentencias, defiende la confrontación del acusado con los testigos de cargo, critica el secreto en la recepción de las pruebas, etc.

2. CONCLUSIONES

Para terminar este punto, miremos de manera breve a MARAT: La Sociedad económica de Berna³⁰, en 1777 abrió un concurso, con cincuenta luses de premio para la mejor memoria sobre la "mejor manera de diseñar un plan completo y detallado de legislación criminal bajo los siguientes puntos de vista: 1) Los delitos y las penas proporcionadas a aplicarles; 2) De la naturaleza y de la fuerza de las presunciones; 3) De la manera de adquirir las pruebas y presunciones por la vía del procedimiento criminal, de suerte que la suavidad de la instrucción del proceso y de las penas sea compatible con la certeza del castigo pronto y ejemplar, de

²⁸ Aparece en la edición de FRANCO VENTURI, de págs. 371 a 379, pero solo parcialmente. En español puede verse el *Comentario* en su integridad en la edición de *De los delitos y de las penas* hecha por Alianza Editorial, Madrid, 1968, págs. 113 a 160. Esta edición, con presentación y notas, estuvo a cargo de JUAN ANTONIO DEL VAL.

²⁹ *Comentarios*, edición española citada, pág. 115.

³⁰ La *Sociedad de Ciudadanos de Berna*, era una empresa dedicada al servicio de los ideales de la libertad y la igualdad. La abanderaba entre otros, VINCENT BERNARD DE TSCHARNER, patricio cultivado, "a quien nada de lo que se publicaba en Europa se le escapaba". Él, con DANIEL FELLENER, fundó la *Sociedad* para ponerse al servicio de la cultura. Precisamente, en 1765 había coronado la obra de BECCARIA (como se sabe la obra del autor italiano había aparecido anónima) y lo invitaban a darse a conocer para recibir el premio, lo que en efecto sucedió. Era una sociedad más o menos secreta, a causa del riesgo que corría por sus ideas de avanzada. Sobre esto véase a JEAN GRAVEN, *Le livre "Des Delits et des Peines" et son influence en suisse*, en *Secondo centenario della pubblicazione dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, actas de la celebración del Congreso realizado en Roma en 1964. La publicación estuvo a cargo de la Accademia Nazionale dei Lincei, 1965. El artículo de GRAVEN está de págs. 81 a 112.

tal forma que la sociedad civil encuentre la mayor seguridad posible para la libertad y la humanidad"³¹. JEAN GRAVEN dice que se sospecha que el autor de las ideas-marco propuestas como contenido del concurso fue VOLTAIRE, y agrega que algunos las han llegado a atribuir al mismo BECCARIA. Pues bien: autores se presentaron entre los cuales se destacaban MARAT y BRISOT de WARVILLE, el célebre girondino, el primero con la obra *Plan de legislación criminal*, y el segundo con *Teoría de las leyes criminales*. El mismo VOLTAIRE escribió con motivo del concurso un trabajo corto titulado *Prix de la justice et de l'humanité*³², y ajustó otros cincuenta luses al premio inicialmente ofrecido. La adjudicación del premio se postergó algunos años, hasta que en 1782 se le otorgó a VON GLOBIG y HUSLER (*Abhandlungen von der Kriminalgesetzgebung*), obra a la que, a pesar del premio, no se le ha dado mayor importancia. MARAT por su parte no esperó, y publicó en Neuchatel el *Plan de legislación criminal*³³.

FRIEDRICH LOHMAN dice, en relación con la posible influencia de MARAT en el campo del derecho penal, que ella fue casi "nula"; en el mismo sentido se pronuncia MICHEL VOVELLE quien, sin embargo, atribuye la cuestión a que en realidad para aquel tiempo "el programa de MARAT está mucho más avanzado que la madurez de la opinión pública"³⁴. Personalmente pienso que el *Plan de legislación* tiene sobre todo un sentido de panfleto de combate político, y ese es precisamente su mérito: tenía la pretensión de demoler la vieja maquinaria de la barbarie oficial; es una crítica a la ley como instrumento de dominación y a la justicia como manera de sojuzgar y avasallar al desvalido en beneficio de los poderosos.

Sea de ello lo que fuere, una referencia —así sea ella somera— a algunas ideas fundamentales del *Plan* resultan beneficiosas en orden a la pretensión de establecer el influjo recíproco entre BECCARIA y los iluministas: "Castigar el crimen sin herir a la justicia, esto es, reprimir a los malos, proteger a la inocencia, sustraer la debilidad a la opresión, arrancar el cuchillo a la tiranía, mantener el orden en la sociedad y asegurar la tranquilidad de sus miembros", he aquí lo que se propone

³¹ JEAN GRAVEN, trabajo citado, pág. 90.

³² VOLTAIRE, *Prix de la Justice et de l'humanité* en la edición de *Dei delitti e delle pene*, a cargo de FRANCO VENTURI, cit., págs. 489 a 499.

³³ Manejo la traducción española realizada en Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1981, hecha por alguien cuyas iniciales eran A. E. L. En la explicación de la dedicatoria que hace de la traducción se limita a expresar que "me repugna el anónimo, que empleo por razones de prudencia y respecto a especiales circunstancias; entiendo que no me he dedicado a rehabilitar a MARAT, al apologista del Terror, aún tratándose de un trabajo jurídico, pero no desconozco la repulsión a su nombre, y aún siendo honrada mi intención, es sabido que a la mujer del César, no le basta serlo, sino que lo ha de parecer". En verdad, no hacía falta que advirtiera que no pretendía rehabilitar a MARAT, el gran luchador: la descripción y estigmatización que hace de sus facciones, imbuido él, el traductor, de ideas lombrosianas, dejan a las claras que el autor Jacobino le causaba repugnancia. De todas formas, la traducción tiene el mérito de dar a conocer una obra de difícil adquisición.

³⁴ FRIEDRICH LOHMANN, *Jean Paul Marat und das Strafrecht in der französischen Revolution*, Bonn, Ludwig Rhorscheid Verlag, 1963, pág. 4; MICHEL VOVELLE, *Introducción a Jean Paul Marat, Textos Escogidos*, Barcelona, Edit. Labor, 1973, pág. 24.

como programa por tratar. Como BECCARIA, comienza discutiendo sobre el origen y fundamento del poder, y como él se adscribe al "modelo contractualista": postula el pacto social, pero dándole, me parece, un uso eminentemente axiológico.

Me explico: como lo ha señalado BOBBIO, a la dicotomía planteada por los que siguen el modelo mencionado, estado de naturaleza-estado civil, a veces se le da un uso *sistemático*, *historiográfico*, o *axiológico*, según que ella se oriente a comprender la vida social del hombre, o a explicar la transición histórica de la humanidad del estado natural al estado de sociedad civil; o bien, según que se le dé a cada uno de los términos de la relación dicotómica (estado de naturaleza-sociedad civil) un valor antitético respecto al otro: es posible que se le asigne un valor positivo o negativo a un estado respecto del otro, constituyéndose aquí un punto de comparación³⁵. Más claro aún: si se concibe la *sociedad civil* como una superación del *estado natural*, si es superación respecto de este, insisto, el estado de cosas resultante debe ser mejor, pues de lo contrario no hubiese valido la pena superarlo. Entonces; si la convivencia en la sociedad civil resulta desastrosa por las injusticias e ignominias resultantes de las relaciones sociales, tal sociedad queda deslegitimada para exigir al ciudadano un comportamiento correcto, y este regresa al *estado de naturaleza* que le es más propicio. Tal es el esquema del que parte MARAT: "Examinando los lazos de la sociedad, es preciso admitir un convenio entre sus miembros: derechos iguales, ventajas recíprocas, socorros mutuos, he aquí cuáles deben ser sus fundamentos; libertad, justicia, paz, concordia, felicidad, he aquí cuáles deben ser sus frutos"³⁶. Pero ¿de qué se percata? "Cuando consulto los anales de los pueblos, tiranía por un lado, servidumbre por otro, son las únicas cosas que bajo todas las formas posibles se presentan ante mis ojos. Contemplad la mayoría de los pueblos de la tierra: Y ¿qué veis sino viles esclavos y amos opresores? Las leyes, ¿no son los decretos de lo que mandan? ... se doblegan ante el fuerte, y únicamente para el débil son inflexibles. Su imperio no es más que una encubierta opresión ejercida por unos pocos contra la multitud"³⁷. Pero no se contenta con la crítica, sino que propone: "Para que sean justas las leyes de la sociedad, no deben estar en oposición con las de la naturaleza, las primeras de todas las leyes. Esto no basta si no tienden al bien general; es decir, si no son comunes a todos los miembros del Estado; porque desde el momento en que se prescinde de una parte de la nación vienen a ser parciales: y la sociedad no es, en este caso, más que un estado de opresión donde el hombre tiraniza al hombre. Perezcan, pues, estas leyes arbitrarias, hechas para la felicidad de algunos individuos en perjuicio del género humano y acaben también estas distinciones odiosas que vuelven a cierta parte del pueblo enemiga de la otra, que hacen que la multitud se aflija con la felicidad de los pocos y que estos se aterroricen de la felicidad de la multitud"³⁸.

³⁵ NORBERTO BOBBIO, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo Iusnaturalista y el modelo Hegeliano-Marxiano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, págs. 53 y 54.

³⁶ JEAN PAUL MARAT, *Principios de legislación penal*, cit., pág. 8.

³⁷ JEAN PAUL MARAT, ob. cit., págs. 8, 9 y 10.

³⁸ JEAN PAUL MARAT, ob. cit., págs. 11 y 12.

Más adelante, MARAT enseña cuándo hay que someterse a las leyes, cuándo hay legitimidad en el ejercicio de la función punitiva. Si los hombres renuncian al estado de naturaleza es en aras de lograr un estado mejor, el de sociedad civil. Y corresponde a esta posibilidad el desarrollo de los miembros que la conforman. Pero "en una tierra que toda es posesión de otro y en la cual no se pueden apropiarse de nada, quedan reducidos a morir de hambre. Entonces, no conociendo la sociedad más que por sus desventajas, ¿están obligados a respetar las leyes? No, sin género de duda; si la sociedad los abandona, vuelven al estado natural, y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga a ello es tiránica, y el juez que los condene a muerte, no es más que un vil asesino ... (Los hombres) no pueden renunciar a los derechos naturales, en tanto que la sociedad no haga preferible este estado al natural. Solamente después de haber cumplido todas las obligaciones con sus miembros es cuando tiene derecho a castigar a los que violan sus leyes"³⁹.

MARAT, al igual que BECCARIA, quien pone a discursar a un marginado social sobre la pena de muerte, plantea el ejemplo de un menesteroso que habla a sus jueces con palabras que en mucho se asemejan:

"... desesperado por vuestras negativas, falto de todo y hambriento, he aprovechado la oscuridad de la noche para arrancar a un transeúnte el débil socorro que su dureza de corazón me rehusaba, y porque he usado de los derechos de la naturaleza, me enviáis al suplicio. ¡Jueces inicuos! Acordaos que la humanidad es la primera de las virtudes y la justicia la primera de las leyes"⁴⁰.

Compárese el discurso anterior con el que BECCARIA pone en boca del marginado y se verá de inmediato la semejanza y, por ende, la influencia del milanés sobre MARAT:

"¿Cuáles son esas leyes que debo yo respetar, y que una tan gran separación interponen entre el rico y yo? Él me niega unos céntimos que le pido, y se excusa con encomendarme un trabajo que él no conoce. ¿Quién ha hecho esas leyes? Hombres ricos y poderosos que jamás se han dignado visitar las tristes chozas de los pobres, que jamás han partido un enmohecido pan entre los inocentes gritos de sus hambrientos hijitos y las lágrimas de su esposa. Rompamos esos vínculos fatales para la mayor parte y provechosos para unos pocos e indolentes tiranos. Ataquemos la injusticia en su fuente ..."⁴¹.

Como puede verse, la obra de MARAT se inserta en el ámbito más amplio de la *crítica social*, o de manera más concreta dentro de la *crítica al poder*. Es una obra de combate, como lo indica el hecho de haberla reproducido durante el mes de agosto de 1789 en su *Constitución o Proyecto de declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, seguido de un Plan de Constitución justa, sabia y libre*. La obra del autor que nos ocupa muestra el carácter ideológico del derecho, y del derecho penal en particular. Por ello dice, con razón, MICHEL VOVELLE: "an-

³⁹ JEAN PAUL MARAT, ob. cit., pág. 14.

⁴⁰ JEAN PAUL MARAT, ob. cit., pág. 19.

⁴¹ CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, edición de la Editorial Temis, cit., pág. 39.

tes del panfleto de Marat, raramente había sido afirmado con tanta violencia el carácter clasista de la legislación"⁴². Critica el sistema de justicia y el carácter de la ley que de hecho existe, y a la vez plantea enmiendas en el campo del procedimiento y del derecho penal: propone la pena no con finalidad de expiación, sino como medio de prevenir los delitos; la pena proporcional y sin degradaciones para el hombre, es decir, una pena humanitaria. Y la confluencia en él de sistemas filosóficos no siempre compatibles se explica por su ubicación histórica y social. Como afirma BUSTOS RAMÍREZ, si bien por partir de diversos supuestos filosóficos y éticos, aparentemente resultan posiciones contradictorias, ello no es así, "para aquellos que (como MARAT) están destruyendo un mundo y creando uno nuevo y, por tanto, pretenden evitar caer en extremos y recoger lo positivo que representa cada tendencia. Se trata de una posición integradora en lo fundamental"⁴³.

III

BECCARIA EN LAS PETICIONES DE LOS "ESTADOS GENERALES" Y EN LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

En los "cuadernos de quejas" o "memoriales de agravios" (para usar una expresión que nos dice más a nosotros), se deja ver la gran influencia de BECCARIA. Debe advertirse que ya desde el reinado de Luis XVI había comenzado un proceso de humanización de la pena y del proceso en general. Así, desde el 18 de agosto de 1775 se prohibió utilizar como prueba las cartas interceptadas; el 13 de diciembre de ese mismo año se dispone la moderación de las penas contra los desertores y se concreta una amnistía para los que estaban en el momento en estado de desertión⁴⁴; por edicto de julio de 1778 se abolió la pena de muerte por robo de caballos en la competencia del Parlamento de Flandre; el 24 de agosto de 1780, Luis XVI suprimió la *Questio* (tortura) *preparatoria* durante la instrucción y antes del juzgamiento⁴⁵; el 30 de agosto, es decir, seis días después, se toman disposiciones tendentes a mejorar la disciplina y el régimen carcelarios. En fin, las siguientes palabras aparecen en el preámbulo de la Declaración Real sobre la Reforma Penal:⁴⁶

"Nuestro objetivo invariable en la revisión de nuestras leyes penales, es el de prevenir los delitos por la certidumbre y el ejemplo de los suplicios, de asegurar

⁴² MICHEL VOVELLE, *Introducción a los Textos Escogidos*, cit., pág. 21.

⁴³ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 109. El paréntesis es agregado mío.

⁴⁴ En este capítulo he consultado fundamentalmente la clásica obra de ALBERT DESJARDINS, *Les Cahiers des États Généraux en 1789 et la Législation Criminelle*, Paris, A. Durand et Penone-Lauriel, Éditeurs, 1983.

⁴⁵ DESJARDINS, *Les Cahiers...*, cit., pág. XIX.

⁴⁶ En la obra de MUYART DE VOUGLANS citada en la nota 14, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, aparece transcrito el mandato real.

la inocencia protegiéndola por las formas más propias a manifestarla; de hacer los castigos inevitables, descartando de la pena el exceso de rigor que puede llevar a tolerar el crimen antes que denunciarlo ante los tribunales, y el de castigar a los delinquentes con toda la moderación que la humanidad reclama y que el interés de la sociedad puede permitir a la ley"⁴⁷.

Si no se recordaran las ideas de BECCARIA, bastaría con citar solo algunas de sus sentencias para ver que los pensamientos de la monarquía misma no eran sino casi transcripciones de su obra: "Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas ..."; "... la impunidad misma nace de la atrocidad de los suplicios"; "cuanto la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será"; "Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad ..."⁴⁸. Abreviando, citemos la *Conclusión* a que BECCARIA llega en su libro: "para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibles en las circunstancias de que se trate, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes"⁴⁹.

Ahora bien: los *Estados Generales* reclamaban un código penal, la clasificación y determinación de los delitos, la determinación de las penas, la igualdad de ellas, la proporcionalidad entre los delitos y las sanciones, la humanización (moderación y suavización) de las penas, la individualidad de las consecuencias del delito, es decir, la personalidad de la pena. Por ejemplo, una petición decía que se quería "un código penal tan suave, tan preciso como sea posible y que concilie los derechos de la humanidad con los de la justicia ... proporcionando las penas al delito ..."⁵⁰; por París, *intra muros*, se hacían las siguientes consideraciones: Que el exceso de las penas tiende "a endurecer las almas y a hacer crueles las costumbres, familiarizando la imaginación con espectáculos atroces; disminuye el horror del crimen y favorece a menudo la impunidad, excitando la compasión en favor del criminal"⁵¹.

Y bien, leamos unas líneas de *De los delitos y de las penas*, para que veamos la semejanza:

"A medida que los suplicios llegan a ser más crueles, los ánimos humanos, que como los fluidos se ponen siempre a nivel con los objetos que les rodean, se encallecen; y la fuerza siempre viva de las pasiones hará que, después de cien años de crueles suplicios, la rueda atemorice exactamente tanto como antes la prisión"⁵².

⁴⁷ Citada por DESJARDINS, *Les Cahiers...*, cit., pág. 13.

⁴⁸ CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., págs. 5, 34, 45 y 47.

⁴⁹ CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., pág. 87.

⁵⁰ DESJARDINS, *Les Cahiers...*, cit., pág. 20.

⁵¹ DESJARDINS, *Les Cahiers...*, cit., pág. 23.

⁵² DESJARDINS, *Les Cahiers...*, cit., pág. 33.

Para no alargarnos, pensemos en la pena de muerte: como se sabe, BECCARIA no fue un abolicionista total, pues dejaba la posibilidad de que se aplicara en casos excepcionales. Este es el mismo criterio que se observa en las peticiones de los *Estados Generales*. Así, se pedía que "sea abolida en tanto que sea posible"; que sea "raramente" pronunciada; "infinitamente más rara"; "reducida a pocos casos" y que en cambio fuera cambiada por la prisión perpetua o temporal, por el trabajo de por vida. De idéntica manera se pedía, para los casos excepcionales en que ella fuese aplicada, que se ejecutara sin ocasionar otros dolores, sin la tortura, como antaño se practicaba. "Que en lo sucesivo no haya otro suplicio distinto a cortársele al sujeto la cabeza", se pide por el distrito de Autun⁵³.

En fin, quiero señalar solo algunos puntos relacionados con la materia del procedimiento, los cuales considero de importancia, ya que ellos todavía hoy siguen siendo tema de discusión. Lo admirable es que ya aparezcan en las *Peticiones de los Cahiers*. Principio fundamental era la *presunción de inocencia*. Y de aquí se desgranaban consecuencias fundamentales. Si esto es cierto, si el hombre se presume inocente, se decía por el distrito de Montpellier, es necesario que el reo "no sea expuesto a ninguna humillación, y que sea tratado con cuidado y sin rigor por parte de los jueces y guardianes". Pero además, si es inocente, hay que reconocerle derechos: "Que la instrucción en descarga marche a la par con la instrucción en carga", o, como se dice hoy, que se investigue tanto lo desfavorable como lo favorable (distritos de Caen, Evreux y Montpellier); además, debe existir igualdad de las partes en el proceso, de tal forma que el acusado tenga tantos medios de justificarse como el otro los tenga para vencerlo", se reclama por el distrito de Alenzón; en fin, el procesado debe tener derecho a que se le comuniquen los cargos, a presentar testigos y, en todo caso, a deducir desde el principio razones que excluyan su responsabilidad⁵⁴.

Para terminar, destaquemos la importancia actual del pensamiento de BECCARIA: los principios relativos al debido proceso, a la defensa adecuada, a la legalidad del delito y de la pena, a la humanización de esta, etc., quedaron plasmados como exigencia en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, dictada por la Asamblea Nacional en las sesiones de los días 21, 23, 24 y 26 de agosto de 1789:

Artículo 5º: "La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena".

Artículo 6º: La ley "... debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que se castigue ...".

Artículo 7º: "Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades prescritas por ella. Aquellos que soliciten, expidan o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o arrestado por la ley debe obedecer al instante, y si resiste se hace culpable".

Artículo 8º: "La ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida anteriormente al delito y legalmente aplicada".

Artículo 9º: "Debiendo todo hombre presumirse inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo todo rigor innecesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

De los diecisiete artículos que la Declaración contiene, obsérvese cuántos corresponden a problemas relacionados con el derecho penal. Esto prueba que los problemas del ejercicio de la función punitiva, ayer como hoy, siguen siendo candentes.

Si miramos hacia el pasado, nos percatamos del largo camino recorrido, iniciado por BECCARIA bebiendo en las fuentes del Iluminismo, y la dura lucha por su instauración. A cada generación está encomendada una tarea histórica: ellos lucharon por postularlos cuando el solo hablar de principios humanitarios resultaba riesgoso. Nosotros estamos obligados hoy a luchar por su efectiva vigencia si no queremos avergonzarnos de nuestra existencia.

⁵³ DESJARDINS, *Les Cahiers...*, cit., págs. 52, 53, 54.

⁵⁴ DESJARDINS, *Les Cahiers...*, cit., págs. 263 y 264.

Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho *

Sergio Politoff

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Erasmus de Rotterdam, Países Bajos.

1. LA LEGITIMACIÓN DE LA VIOLENCIA DEL ESTADO

“Todo Estado tiene su fundamento en la violencia”, les espetó TROTSKY a los irritados representantes alemanes y austriacos ante la Conferencia de Paz de Brest-Litovsk, de 1918, que no se esperaban una arenga de teoría política. MAX WEBER recogió con aprobación esas palabras en un trabajo escrito algunos meses más tarde: la violencia *no es el normal o exclusivo medio con que cuenta el Estado*, pero sí su medio específico. El Estado es la relación de dominación de unas personas sobre otras, que se sostiene por medio de una violencia física considerada legítima. En otros términos, “el Estado pretende para sí el monopolio de la violencia física legítima”¹.

Es evidente que esa pretensión de legitimidad de la violencia estatal concierne sobre todo a la táctica del Estado en materia de control social y, dentro de dicho ámbito, a su parte formalizada: el sistema penal. Los límites de la pretensión de legitimidad de la violencia se

* Ponencia presentada a las Segundas Jornadas sobre Criminalización en Euskadi: “Derechos humanos de los presos y alternativas a la cárcel”. Vitoria, mayo 18, 19 y 20 de 1989.

¹ MAX WEBER, “Politik als Beruf”, en *Gesammelte politische Schriften*, Drei Markten Verlag, Munich, 1921, págs. 397 y ss.

hacen más o menos extensos, según sea el modelo de "racionalidad material" que se proponga como base de la táctica política del Estado. En ese sentido es útil confrontar dos tradiciones ideológicas opuestas sobre legitimación de la violencia y la resonancia de ellas en el sistema penal.

2. EL MODELO AMIGO-ENEMIGO

La más explícita formulación del paradigma bélico de la política se encuentra en la obra de CARL SCHMITT. Este escribía en 1927: "La distinción propiamente política es la distinción entre el *amigo* y el *enemigo*". Añadía que "el enemigo es, en un sentido singularmente intenso, existencialmente, otro distinto, un extranjero, con el cual caben, en caso extremo, conflictos *existenciales*"². No se crea que el conflicto "existencial" está pensado por SCHMITT como una suerte de contienda simbólica: los conceptos amigo, enemigo y guerra adquieren su acepción real —dice— cuando se refieren a la posibilidad real y mantenida de matar *físicamente*, y es "ese poder sobre la vida física del hombre (lo que) eleva a la comunidad política sobre todas las demás comunidades y sociedades humanas". Dicho poder se justifica por la "afirmación existencial de la propia forma de existencia frente a una negación también existencial de esa forma". La necesidad de "pacificación interna" conduce al Estado (el que "como unidad esencialmente política corresponde al *ius belli*") a decidir "por sí mismo, mientras subsista, quién es el enemigo interno".

SCHMITT cita con beneplácito "el magnífico radicalismo" del clásico del integrismo católico español, JUAN DONOSO CORTÉS, quien en 1851 reprochaba a la burguesía liberal el hecho de ser una "clase discutidora". DONOSO había escrito que "toda afirmación relativa a la sociedad o al gobierno supone una afirmación relativa a Dios" y que en la "sangrienta y decisiva batalla que hoy se riñe entre el catolicismo y el socialismo ateo... se trata de escoger entre la dictadura que viene de arriba" y la dictadura que viene de abajo y la "clase discutidora" y la *teoría pluralista del Estado* —agrega SCHMITT— las únicas realidades son "el individuo" y, como conjunto, "la humanidad" (ese "típico instrumento del imperialismo económico"), con lo que se prescinde de la raíz metafísica de la política". La peor de las confusiones se produce —afirma— cuando se abusa de las palabras "derecho" y "paz", ya que un mundo sin la distinción del amigo y del enemigo sería un mundo sin política.

En su obra *Teología política* hace SCHMITT un parangón entre el estado excepcional, en el derecho, y el milagro en la teología: "el caso excepcional transparente de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho", y a

² CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933, págs. 7 y ss.

³ JUAN DONOSO CORTÉS, "Ensayos sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo", en *Textos políticos*, Madrid, Ed. Rialp, 1954, págs. 233 y ss.

eso se reduce el problema de la soberanía —dice—, ya que "soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción"⁴.

3. EL AUTORITARISMO DE DERECHA

Pienso que las ideas de CARL SCHMITT y de otros "espantosos juristas" (para usar una denominación propuesta por INGO MÜLLER⁵ son inseparables de la tradición autoritaria que ha dominado la teoría jurídica en Alemania, en forma más o menos continuada hasta hoy, con no escasa influencia en la doctrina de otros países.

Hay quienes sostienen que, sobre la base de la Constitución de Weimar, de 1919, que ofrecía un marco "neutral" para la acción política, se habría desarrollado en Alemania una teoría del Estado caracterizada por un "exagerado liberalismo" y una "tolerancia relativista" (KELSEN, THOMA, etc.), que proclamaba el principio —se cita sarcásticamente— de que "la democracia ha de tratar a sus enemigos de la misma manera que a sus amigos y (que) mejor es hundirse flameando al aire la bandera que ser infiel a sí misma"⁶. Si un grupo antidemocrático se hallaba en condiciones de conquistar una mayoría en el parlamento, por la vía legal, "tenía la Constitución a su entera disposición"⁷. Se suele afirmar que SCHMITT, en cambio, habría tenido la lucidez de distinguir una Constitución material intangible, de los aspectos puramente legales de ella.

¿Puede hacerse el reproche a la teoría positivista de KELSEN y otros, que en la República de Weimar formaban el grupo de pensamiento opuesto al que representaban CARL SCHMITT y su escuela, de haber ayudado con su inocencia al triunfo de la dictadura de Hitler? ¿O fueron, por la inversa, SCHMITT y sus secuaces —sobre la base del paradigma amigo-enemigo—, los que en el plano jurídico ayudaron al desarrollo autoritario en Alemania?

Es verdad que KELSEN, en 1920, quería dejar abierta la posibilidad de una "transformación legal de la democracia capitalista en una democracia proletaria"⁸ y que SCHMITT consideraba que "la propiedad privada pertenecía a la sustancia inviolable de la Constitución"⁹. Pero justamente por ello es por lo que la doctrina

⁴ CARL SCHMITT, "Teología política", en *Estudios políticos*, Madrid, Ed. Doncel, 1975, págs. 65 y ss.

⁵ INGO MÜLLER, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Kindler Verlag, Munich, 1987.

⁶ Cf. la opinión de QUARITSCH, en E. DENNINGER y otros, *Verfassungstreue und Schutz der Verfassung... Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler in Bonn vom 4 - 7. Oktober 1978*, Berlín, Nueva York, 1979, pág. 141.

⁷ G. JASPER, cit. por Th. L. BELLEKOM, "Verfassungsfeinde" en *openbare dienst*, N.J.C.M. Boekerij 9, 1987, pág. 41. Cf. S.I. Politoff, en "Geharnaste" Rechtstraditie: vriend/vijand paradigma en "Gesinnungsschnüffelei" —syndroom", en *Nederlands Juristenblad*, Jaargang 64, 14, 1989, págs. 451 y ss.

⁸ Cf. HANS KELSEN, *Sozialismus und Staat* (1920), Viena, 1965, pág. 57, cit. por INGBORG MAUS, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, Munich, 1976, págs. 32 y 112.

⁹ Vid. M. KRAFT-FUCHS, *Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre*, en *ZÖR* 9 (1830), págs. 511 y ss., cit. por INGBORG MAUS, ob. cit., pág. 112.

de SCHMITT no debe interpretarse como base teórica de la inviolabilidad de determinados principios jurídicos esenciales para el evento de una modificación constitucional, sino —según señala INGBORG MAUS— “como expresión de intenciones políticas enteramente contrarias respecto de la posibilidad, constantemente discutida en el período de Weimar, de una «socialización fría» a través del Parlamento”¹⁰. SCHMITT estaba dispuesto a aceptar *cualquier* forma de ejercicio del poder que llevara a ejecución su modelo amigo-enemigo. Por el contrario —escribe con razón ULRICH STOROST— “no podía SCHMITT atribuir la calidad estatal a un sistema de forma relativista, que no es capaz de reconocer y definir al enemigo, porque desconoce la esencia existencial de lo político”. Así pasó a ser SCHMITT el protagonista de una corriente en la ciencia jurídica de la República de Weimar que, deliberadamente, colocó la teoría del Estado y del derecho al servicio de una conspiración política contra la vigencia efectiva de los elementos democráticos y parlamentarios de la Constitución de Weimar¹¹. En caso de conflicto —según esa doctrina— tenía siempre primacía la llamada “Constitución material”. Para resolver la cuestión de “cómo sin violar la Constitución podía esta ser liquidada... prestó un servicio decisivo la teoría constitucional de CARL SCHMITT de 1928”¹². No es, pues, la supuesta “neutralidad valorativa” de la Constitución de Weimar lo que permitió la conquista del poder por los nazis: “lo que faltaba a la República de Weimar eran verdaderos demócratas, que realmente creyeran que valía la pena luchar por los principios democráticos, tomarlos en serio y realizarlos”¹³.

Si se comparan los escritos de SCHMITT y sus seguidores *después* del 30 de enero de 1933 con sus pronunciamientos durante la República de Weimar, no se advierte una modificación, sino una explicitación del modelo amigo-enemigo: “El actual Estado alemán (tiene) la fuerza y la voluntad... de hacer la distinción entre amigo y enemigo”, escribe SCHMITT en 1934, en un artículo para justificar el asesinato de RÖHM y sus partidarios. “En verdad —dice— fue el acto del *Führer* auténtica administración de justicia. No está subordinado a la justicia, sino que es la más elevada justicia”¹⁴. Para los casos en que el *Führer* no “crea derecho directamente”¹⁵, propone SCHMITT la supresión de la presunción de inocencia en el proceso penal. SCHMITT quería —dice STEFAN KÖNIG— otorgar derechos procesales únicamente a los inculpados a quienes se “reconociera” la calidad de “connacionales”

¹⁰ Cf. INGBORG MAUS, ob. y loc. cit.

¹¹ ULRICH STOROST, *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, Frankfurt am Main/Berna/Las Vegas, 1979, pág. 35.

¹² DIETER GRIMM, “Die «Neue Rechtswissenschaft». Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz”, en *Wissenschaft im Dritten Reich*, Ed. por Peter Lundgreen, Frankfurt am Main, 1985, pág. 47.

¹³ A. GROSSER, “Vorwort”, en F. DUVE/W. KOPITZCH, *Weimar ist kein Argument, oder, brachten «Radikale in öffentlichem Dienst» Hitler an die Macht?* Reinbek bei Hamburg, 1977, pág. 7, cit. por BELLEKOM, ob. cit., pág. 49.

¹⁴ CARL SCHMITT, “Der Führer schützt das Recht”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 39, Jahrgang, 1934, págs. 146 y ss.

¹⁵ *Ibid.*

[*Volksgenossen*]. No decía quiénes eran estos. Para el resto disponía la policía de suficientes medios¹⁶. También proponía SCHMITT una forma extrema de muerte civil para los científicos “ajenos a la raza” [*artfremden*]: es necesario —escribía en 1936— “que se establezca lo más exactamente posible quién es judío y quién no es judío. El más pequeño error en ese sentido puede... dar fáciles triunfos a los enemigos del nacionalsocialismo”. Para proteger de la confusión a los estudiantes, los autores judíos (como “la escuela de Viena del judío Kelsen”) no deben citarse y hay que proceder a la “limpieza de las bibliotecas”¹⁷.

Los conceptos de “democracia combatiente” [*streitbare Demokratie*] y de “enemigos de la Constitución” [*Verfassungsfeinde*], que la doctrina y la jurisprudencia dominantes en la RFA presentan como garantía contra la supuesta vulnerabilidad de la visión liberal del Estado de derecho, así como la leyenda del “neutralismo valorativo” de la Constitución de Weimar que se opone a una vigente “democracia material” y a un concepto de “orden valorativo objetivo”, responden en buena medida, según pienso, a la persistencia y continuidad de la tradición autoritaria inspirada en las ideas de CARL SCHMITT y en el modelo amigo-enemigo.

“Aprobación entusiasta” [*Epirrhosis*] se llama el tercero y más voluminoso de los tres libros de homenaje [*Festschriften*], a CARL SCHMITT “en que aparece reunido lo más granado del derecho público de la postguerra”¹⁸, incluyendo a una importante figura del marxismo español.

4. EL AUTORITARISMO DE IZQUIERDA

¿Cómo explicarse la atracción que todavía ejercen las ideas de un escritor ultraconservador y ultraautoritario como SCHMITT en algunos sectores de la izquierda? Grupos marxistas en los Estados Unidos y en Italia le han dedicado estudios especiales¹⁹, sin escatimar elogios y sin demasiadas inhibiciones ante la idea de aparecer unidos en la apología con los “espantosos juristas” del más reaccionario autoritarismo de derecha.

Por supuesto que la imagen obsesiva del “enemigo del pueblo” o del ‘enemigo de clase’ ha estado en la base del *Gulag* y del terror en los países en que ha imperado el stalinismo. Pero aun en algunas corrientes intelectuales del marxismo “sofisticado” de Occidente prevalece una actitud desdénosa frente a la idea del Estado de derecho, y se prefiere la definición de la política como relación amigo-enemigo, lo que lleva consigo la legitimación de la violencia física como recurso *normal*

¹⁶ Cf. CARL SCHMITT, *Stellungnahme der wissenschaftlichen Abteilung des NRSB*, pág. 108, cit. por STEFAN KÖNIG, *Vom Dienst am Recht. Rechtsanwälte als Strafverteidiger im Nationalsozialismus*, Berlín, Nueva York, 1987, pág. 149.

¹⁷ CARL SCHMITT, “Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist”, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41, Jahrgang, 1936, págs. 1194 y ss.

¹⁸ INGO MÜLLER, ob. cit., pág. 53.

¹⁹ Cf., p.e., PAUL PICCONE y otros, *Carl Schmitt: enemy or foe*, Special issue of *Telos*, Nueva York, 1987, núm. 72.

de la política. La ortodoxia se remite a “documentos auténticos” procedentes de los “clásicos” (“La Crítica del Programa de Gotha”, etc.), a menudo separados de su contexto histórico, para demostrar el carácter contrarrevolucionario de las ilusiones reformistas y revisionistas. ¿No adhería ENGELS al enunciado de CLAUSEWITZ de que “la guerra es la continuación de la política por otros medios”? ¿No había afirmado LENIN, en 1920, que “nuestra moralidad está subordinada por completo a los intereses de la lucha de clase del proletariado” y que “la moralidad es lo que sirve para destruir la antigua sociedad explotadora...”²⁰.

Tal vez sería mejor preguntarse, visto el asunto de otro modo, ¿No son los “peligrosos lados de la herencia de Hegel” esto es, como escribe LUKACS, el hecho de que “el sistema de Hegel carece de una ética”²¹, lo que permite la coincidencia en la concepción amigo-enemigo, mirada ahora, por así decir, “desde la otra orilla”? El propio SCHMITT parecía entenderlo así cuando escribía, en 1933, que “Hegel, a través de Carlos Marx, pasando por Lenin, ha ido a parar a Moscú”²² y reclamaba, en respuesta, el Estado total y la guerra total contra el “enemigo”.

La admisión por LUKACS del “dilema moral” en la opción entre la violencia y el método democrático y el reconocimiento por autores como ERNST BLOCH de la existencia de un derecho natural, no obstan a la merecida autocritica de la izquierda “solo en los últimos años ha descubierto los derechos de la persona y los derechos civiles, a los que ha añadido nuevos elementos”²³.

5. EL SISTEMA PENAL AL SERVICIO DEL MODELO AMIGO-ENEMIGO: EL “RASTREO DEL ÁNIMO” [*Gesinnungsschnüffelei*]

HANS WELZEL —que todavía en 1944, en plena concordancia con la tesis de SCHMITT sobre el milagro en la teología política, sostenía que “el Estado queda dispensado, en las situaciones de excepción, de hasta las últimas ataduras jurídicas, como la de la tipicidad de las normas del derecho penal”²⁴— ha prestado, antes y después de 1945, una importante contribución al autoritarismo y al modelo amigo-enemigo al trasladar el centro de gravedad del derecho penal a la “comprobación de un ánimo conforme al derecho” [*Bewährung rechtlicher Gesinnung*]²⁵. Cuando los autores democráticos expresan hoy en Alemania su alarma porque “las fronteras se borran entre el hecho y la *Gesinnung* (el ánimo, el modo de pensar) y entre

²⁰ V. I. LENIN, “Tareas de las juventudes comunistas”, discurso pronunciado en el III Congreso de la Unión de Juventudes Comunistas de Rusia, el 2 de octubre de 1920, en *Obras escogidas*, tomo 3º, Moscú, Edic. Progreso, 1961, págs. 485-486.

²¹ GEORG LUKACS, “Taktik und Ethik”, en *Politische Aufsätze*, Luchterhand Verlag, 1975, pág. 48.

²² CARL SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburgo, 1933, pág. 32.

²³ ULRICH K. PREUSS, “Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie”, en *Kritische Justiz*, Jahrgang, 22, pág. 12.

²⁴ HANS WELZEL, *Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*, en *Probleme der Strafrechtsentwicklung*, Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht, Walter de Gruyter, Berlin, 1944, pág. 118.

²⁵ *Ibidem*, págs. 111 y ss.

la normalidad y la situación de excepción”²⁶, reviven una muy antigua polémica. Reconociendo la íntima relación entre la *Gesinnungstrafe* y el modelo político amigo-enemigo, el joven MARX —en su época de crítica al autoritarismo de la burocracia alemana— escribía con elegancia: “Las leyes que, no la acción en cuanto tal, sino la *Gesinnung* del que actúa la convierten en el criterio fundamental, no son otra cosa que las sanciones positivas de la falta de ley, es decir, un insulto al honor de los ciudadanos, una ley vejatoria de mi existencia. Mi existencia se hace sospechosa, mi esencia interna, mi individualidad es considerada reprobable y por esa opinión soy castigado. La ley fundada en la *Gesinnung* no es una ley del Estado para sus ciudadanos, sino la ley de un partido contra otro partido” (el subrayado es mío)²⁷.

Desde lo que WELZEL llamó “la revolución espiritual del 30 de enero de 1933”²⁸ (fecha en que los nazis tomaron el poder en Alemania), pierde significación la tradicional diferenciación en el hecho punible entre una parte objetiva y una parte subjetiva²⁹. El hecho en cuanto tal queda reducido a un síntoma, a un signo de que el autor no se siente ya vinculado a los “valores” del sistema. La importancia del elemento subjetivo la ilustra WELZEL —en 1941— al afirmar que “los hechos punibles que provienen de una *Gesinnung* que contiene el germen de destrucción de la férrea unidad del pueblo tienen que ser castigados... con todo el rigor del derecho penal”³⁰. ¡Todo el rigor! ¡en 1941! Tiene razón MONIKA FROMMEL cuando escribe que “el derecho penal de la voluntad [*Willensstrafrecht*] y la fundamentación del derecho penal en la filosofía de los valores, como pretendía WELZEL en 1934, no era sino la extrema consecuencia de un clima político que exigía «más dureza», pero en la que los juristas no tenían que preocuparse por las consecuencias de semejante política criminal”; ellas quedaban confiadas a otros escalones del aparato. Hay que convenir, asimismo, en el hecho de que la popularidad de WELZEL a partir de los años 50 muestra —como señala también MONIKA FROMMEL —que “ha cambiado muy poco el desinterés de muchos juristas por las consecuencias de esa doctrina para la política criminal”³¹.

En 1941 había escrito WELZEL que la culpabilidad consiste en que nuestros impulsos no arrancan de los valores, esto es, de los deberes que el derecho nos

²⁶ PREUSS, ob. cit., pág. 3.

²⁷ Cf. FRANZ MEHRING, *Aus dem literar. Nachlass von Karl Marx, Friedrich Engels und Ferdinand Lasalle*, 1, págs. 153/4, cit. por KARL BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. II, reedición de la 2ª ed., Scientia Verlag Aalen/Utrecht, 1975, pág. 284.

²⁸ HANS WELZEL, “Naturalismus und Wertphilosophie” (1935), en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, págs. 105 y ss.

²⁹ Cf. HANS ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldhere*, Berlin, 1974, págs. 209-210.

³⁰ HANS WELZEL, “Persönlichkeit und Schuld”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 61, 1941, pág. 461.

³¹ MONIKA FROMMEL, “Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht - oder die Legende von der Überwindung des Wertneutralismus im Strafrecht”, en UDO REIFNER, BERND-RÜDIGER SONNEN (Hg.) *Straf justiz und Polizei im Dritten Reich*, Frankfurt/Nueva York, 1984, pág. 93.

impone³². Tales valores eran entonces, entre otros, “la lealtad con respecto al pueblo, al Estado, al *Führer*, la obediencia al poder coactivo del Estado, la disposición para servir en las fuerzas armadas...”³³. INGO MÜLLER observa certeramente que “la teoría final de la acción del profesor de derecho penal HANS WELZEL, que orientada por la representación de valores conservadores, implicaba la disolución de la racionalidad del derecho penal (liberal) —y que resultó con ello muy adecuada al Tercer Reich— pudo abrirse paso en los años 50”³⁴. WELZEL seguía sosteniendo que al derecho penal incumbe un papel formativo de ética, pero los valores habían cambiado. Esto no parecía tener mayor importancia, ya que en un artículo publicado en 1969 sostiene que el contenido de sentido de nuestra vida reposa en tareas obligatorias que nos impone “la situación histórica cambiante”. Añade: “a ellas corresponden también las normas de un derecho histórico”³⁵ (En 1935 veía él “las necesidades de la situación histórica concreta” expresadas jurídicamente en “la voluntad del *Führer*”³⁶ (¡Ay del que no sepa reconocer y obedecer las tareas obligatorias que nos impone “la situación histórica cambiante”! ¡A él habrá que castigarlo “con todo el rigor del derecho penal”!).

WELZEL dice: “la simple tutela de bienes jurídicos tiene solamente un propósito negativo de precaución, policial-preventivo”. Agrega: “Más que el actual resultado positivo de la acción, lo que al Derecho Penal le importa es la *permanente tendencia positiva* de los súbditos del derecho [*Rechtsgenossen*]” (el subrayado es mío)³⁷. Los *Volksgenossen* han pasado a ser *Rechtsgenossen*, pero la idea esencial permanece: se castiga el “injusto personal”, es decir, *de Abfall von der Rechtsgesinnung*, la pérdida del credo jurídico que nos impone la situación histórica³⁸.

De la misma manera que CARL SCHMITT se las arregló para echar sobre los hombros del positivismo de Kelsen el favorecimiento y legitimación del nazismo, WELZEL acusó al positivismo de RADBRUCH de haber favorecido “la entrega del

derecho al poder” (a ello contribuyó, sin proponérselo, el propio RADBRUCH con su inmerecida autocrítica). Así nació la leyenda de la superación de la neutralidad valorativa en el derecho penal.

No es del caso ocuparse aquí de las objeciones técnicas al finalismo en el plano de la dogmática. Armado —como dice HASSEMER con gracia— “de artillería pesada” (HARTMANN, SCHELER)³⁹, se empeña WELZEL en dar una base “ontológica” a su teoría. En rigor se trata —a nuestro juicio— de una de las tantas retóricas posibles de la teoría penal, la que mejor se adapta a la pesquisa del modo de pensar y del modo de ser de las personas. Los seguidores de WELZEL en Alemania ven la antijuridicidad, no en la lesión de bienes jurídicos, sino en la “falta de motivación jurídica dominante”⁴⁰ o en el “daño en la confianza de los ciudadanos, que surge por la manifestación del propósito de lesionar un bien jurídico”⁴¹ y la culpabilidad es, sin ambages, la “falta de lealtad hacia el derecho”⁴².

No es por casualidad que VISHINSKY acusara a los eminentes juristas soviéticos PACHUKANIS y KRILENKO de ser “saboteadores derechistas-trotzkistas (sic) en el campo del derecho (porque)... querían echar por la borda el concepto de culpabilidad”⁴³. A través de ese concepto la represión penal puede adquirir un significado moralmente descalificador: “una pena es justa —escribe el profesor Piontkovsky— cuando responde a las exigencias de la moral comunista”⁴⁴. Explícitamente lo admite el sistema penal de la RDA: “La culpabilidad penal contiene siempre también elementos moralmente descalificadores, que deben ser tomados en cuenta para la reeducación del hechor”⁴⁵.

Tales doctrinas jurídicas reposan en la idea de la lealtad de los ciudadanos, esta vez hacia los valores del régimen estatal socialista. Al derecho penal se le asigna, como lo quieren SCHMITT y WELZEL, “desde la otra orilla”, la tarea de conformar en los ciudadanos una *Gesinnung* que les permita distinguir al amigo del enemigo y reconocer los deberes que se asignan a cada uno en “la situación histórica cambiante”.

Mediante el rastreo de la *Gesinnung*, el derecho penal de autor va al encuentro de la peligrosidad como criterio de represión penal. Fundados en una tradición de pensamiento de origen muy diverso, sostienen los partidarios de las llamadas *protective sentences* que, sobre la base de un pronóstico de peligrosidad, sean puestos

³² HANS WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, cit., págs. 428-475.

³³ HANS WELZEL, ob. cit., en *Kohlrausch-Festschrift*, loc. cit.

³⁴ INGO MÜLLER, ob. cit., pág. 239.

³⁵ HANS WELZEL, “Gedanken zur Willensfreiheit”, en *Festschrift zum 70. Geburtstag von Karl Engisch*, Frankfurt am Main, 1969, pág. 100.

³⁶ HANS WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, cit., loc. cit.

³⁷ HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. 7. Auflage, Berlin, 1960, págs. 2 y ss.; ver también pág. 57.

³⁸ Cf. la crítica de JÜRGEN BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1977, pág. 18. Citando a GEORG LUKACS: “no hay ninguna ideología inocente” (*El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*. México, Fondo de Cultura Económica, 1959, pág. 4), yo objetaba con circunspección en 1965: “De ahí que nos resistamos a aceptar concepciones que tienden a subordinar en todo caso la antijuridicidad material a la ética, porque de esto al derecho penal del carácter hay un paso” (SERGIO POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1965, pág. 57). No conocíamos entonces, sin embargo, todos los antecedentes históricos de la gestación de esa doctrina. WELZEL había escrito en 1941: “No solamente la teoría final de la acción obliga a una nueva manera de ver la esencia y la posición de la culpabilidad en el organismo total de la acción, sino también la teoría moderna de la culpabilidad de autor que al hechor le hace un reproche penal por ser como es (*für sein Sosein*)” (*Persönlichkeit und Schuld*, cit., pág. 428).

³⁹ WINFRIED HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munich, 1981, pág. 211.

⁴⁰ Vid. GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlage und die Zurechnungslehre*, Berlin/Nueva York, 1983, pág. 385.

⁴¹ Vid. HARRO OTTO, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 87, pág. 562.

⁴² JAKOBS, ob. y loc. cit.

⁴³ Cit. por F. J. M. FELDBRUGGE, *Schuld in het Sovjet Strafrecht*, Utrecht/Nijmegen, 1959, pág. 76.

⁴⁴ Cf. REINHART MAURACH, “Neuere Kriminalpolitische Tendenzen im Sovjetischen Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 82, págs. 239 y ss.

⁴⁵ JOHN LEKSCHAS / JOACHIM RENNEBERG (ed.), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Berlin, 1978, pág. 270.

“fuera de circulación por un período sustancial en el interés de la seguridad pública” algunos individuos “Who are likely to cause further serious harm”; entre esos delincuentes peligrosos se cuentan también —según JEAN FLOUD— los que representen un serio peligro para el Estado⁴⁶.

6. EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La reflexión política “después de Auschwitz” y “después del Gulag” hace intolerable cualquier concepción que se aparte del principio de que el ser humano, su autonomía y su dignidad, no pueden ceder ante ningún proyecto social. Los derechos humanos (y el llamado derecho natural concreto), como primera prioridad, son la respuesta a la realidad de los campos de exterminio. El hombre y la mujer de nuestro tiempo tienen razón de encogerse de hombros frente a las supuestas exigencias de “los pueblos portadores de historia” u otras mitologías. A diferencia del paradigma amigo-enemigo, la concepción del Estado de derecho presupone la legitimidad del pluralismo y de la “clase discutidora”.

El asunto no puede reducirse, con todo, a la aceptación del conflicto (que no se “suprime” mediante la supresión del opositor), sino que abarca también la pregunta sobre el papel del Estado frente a la violencia real o potencial de los grupos hegemónicos particulares. La cuestión fue formulada por WOLFGANG ABENDROTH en los siguientes términos: “o se somete a la gran masa de los miembros de la sociedad a la violencia privada (que se orienta, por ende, por los intereses particulares y no por el bien común) de aquellos miembros que pueden disponer de las posiciones de poder económico decisivo, o se quita a la contingencia de la disposición privada de pequeños grupos la necesaria e inevitable planificación de la vida social, sometiendo a todos los miembros de la sociedad participantes en los procesos colectivos de producción a un control común, cuya unidad superior de decisión es el Estado”⁴⁷. La respuesta es que la realización del Estado de derecho no puede limitarse a garantizar la libertad de autodeterminación de los individuos y la previsibilidad y seguridad de las consecuencias de sus acciones, sino que exige una ampliación de las competencias de la voluntad ciudadana expresada democráticamente, de manera que pueden alcanzar hasta “aquellas esferas en que se decide sobre las reales condiciones de existencia de la masa del pueblo”, esto es, “los puestos de comando de la economía capitalista”⁴⁸. En otros términos, la realización del Estado de derecho exige el perfeccionamiento y ampliación crecientes de la democracia. La pretensión del discurso ortodoxo de que ello es imposible por la lógica “autodestructiva del capitalismo” en relación con los aspectos democráticos, solidarios y participativos de la sociedad y del Estado y su evidente tendencia a marginalizar a sectores cada vez mayores de la población, está contradicha por

⁴⁶ JEAN FLOUD, “Dangerousness and criminal justice”, en *British Journal of Criminology*, vol. 22, July 1982, núm. 3, págs. 216 y ss.

⁴⁷ Cit. por ULRICH K. PREUSS, ob. cit., pág. 2.

⁴⁸ PREUSS, ob. y loc. cit.

las experiencias positivas en diversos países en que la solidaridad ha conseguido llegar a ser una de las preocupaciones básicas de la programación política: una extensa red de organizaciones de intermediación (su movilización y su lucha) permite a grupos de intereses y de opinión muy numerosos hacerse escuchar antes de adoptarse las decisiones por los órganos de la democracia representativa. En esos países los órganos del Estado aparecen generalmente dispuestos a rechazar criterios sectarios y a favorecer el compromiso. Las tensiones se dan, por cierto, de manera muy diversa en sectores conflictivos diferentes. Es cierto que, en ocasiones, el derecho aparece como un “tigre de papel”, incapaz de proteger al hombre y su medio de la “irresponsabilidad organizada”, como expresara W. PAUL en un reciente foro⁴⁹. Pero el Estado democrático de derecho parece hallar en su historia traumática la fuente de su preservación y de su eficacia para evitar nuevas catástrofes.

7. EL DERECHO PENAL LIBERAL: EL MODELO HOLANDÉS

La crítica del sistema penal a la luz de las exigencias del moderno Estado democrático de derecho no comienza con la impugnación, sino con la reivindicación de aspectos importantes de la teoría penal liberal. Solo la recuperación de una concepción del derecho penal liberal, “que no sea anacrónica y utópica”, crea los presupuestos para la crítica ulterior de sus “fallas estructurales” y de sus “flancos abiertos”⁵⁰. Dicho de otra forma: las perspectivas reduccionistas y emancipadoras de política criminal —inherentes a una consecuente interpretación de los derechos de la persona— deben tener como punto de partida el rescate del discurso “clásico” de la teoría penal liberal, en el sentido de la “Magna Carta”, que fija con precisión y objetividad los límites de los hechos punibles y no punibles. Ello implica la depuración del discurso jurídico-penal dominante de los supuestos autoritarios que se le injertaron a partir de los años 30, con “el traslado de las ideas de la revolución conservadora del ámbito político al derecho penal”⁵¹. Las concepciones que transfieren el centro de gravedad del sistema penal desde la tutela de bienes jurídicos contra un daño o peligro concreto hacia la *Gesinnung* y el desvalor del acto (indiciario de una “motivación jurídica insuficiente”) han ido ganando terreno, no solo por la vistosa pretensión “ontológica”, sino por el desconocimiento del derecho a motivarse como a uno le plazca, en una sociedad pluralista. El desconocimiento de la libertad de motivación es coherente con las tradiciones de las burocracias autoritarias de derecha y de izquierda e incompatible con el Estado democrático de derecho.

El modelo holandés es todavía —a pesar de no raras inconsecuencias— un buen ejemplo de la teoría y la práctica del derecho penal liberal. Ya en 1917 caracterizaba el jurista neerlandés TRAPMAN la teoría penal “típicamente holandesa” del

⁴⁹ W. PAUL, Ponencia leída en las Jornadas sobre la Función Simbólica del Derecho Penal, organizadas por la Universidad Autónoma de Barcelona (11, 12 y 13 de mayo de 1989) (inéd.).

⁵⁰ Cf. KLAUS MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*, Duncker Humboldt, Berlin, 1975, pág. 263.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 247.

siguiente modo: "El espíritu moderado, práctico por excelencia en contraste con el ingenio constructivista; el método que ve el sistema como medio auxiliar, la práctica como pauta, en contra de la doctrina que por encima y fuera de la realidad atribuye la significación primaria al sistema"⁵². De ahí que, mientras autores alemanes, como ENGISCH, proclaman que "los juristas tienen que considerarse satisfechos cuando hallan una justificación para la racionalidad y necesidad de la pena"⁵³, el ministro de justicia holandés Modderman, al presentar al Parlamento, hace algo más de cien años, el proyecto de Código Penal, formulara la advertencia de que "la pena no debe ser un remedio peor que la enfermedad". Ese criterio explica que la crítica autoritaria hable con impaciencia del "clima penal indulgente" de los Países Bajos: la pena mínima general de un día de privación de libertad aun para los más graves delitos; la pena de multa, a partir del mínimo general de cinco florines, en vez de penas privativas de libertad, también posible para cualquier delito; la posibilidad del perdón judicial respecto, asimismo, de todos los hechos punibles: la existencia de amplias posibilidades de suspensión de la pena o de su reemplazo mediante "transacción" por penas alternativas, tales como la reparación del daño causado, etc. Pero todavía más significativa es la forma original como se ha desarrollado el principio de oportunidad, según el cual, para poder proceder a la persecución penal, es preciso que "el interés general lo haga necesario" (arts. 167, inc. 2º; 242, inc. 2º; 244 y 245 del Código de Procedimiento Penal), de donde se sigue que el ministerio público puede decidir no ejercer la acción penal y sobreseer con respecto a cualquier delito, cualquiera que sea la pena que la ley le asigne, cuyo castigo no se considere oportuno. En última instancia, el ministro de justicia es responsable ante el Parlamento por la decisión de perseguir o no un hecho punible. Lejos de favorecer la arbitrariedad, ese sistema admite abiertamente que la aplicación de pena no responde a necesidades ontológicas o axiológicas, sino a la táctica política del Estado en materia de control social. El Estado democrático de derecho debe asumir la responsabilidad, a través de sus órganos políticos, de la decisión —abierta al debate público— de encerrar o no en cárceles a determinados individuos por hechos juzgados como socialmente dañosos, en vez de escudarse en el prestigio y el misterio de la necesidad metafísica de la pena⁵⁴. Por supuesto que en un sistema tan abierto y pragmático pierden gran parte de su importancia las sutilezas de la dogmática penal: El "mundo de la vida" precede siempre, y en ocasiones se sustituye, al "mundo del sistema". La tendencia dominante en Holanda mira con poca simpatía el concepto de expiación, considerado como una idea curiosa que no puede armonizarse con las tareas de la autoridad en una democracia pluralista. Pero aun frente a las preguntas de la dogmática se refleja la moderación de la visión liberal. Así, por ejemplo, frente a la extensión de las justificantes,

⁵² P. M. TRAPMAN, "Het bewustzijn der wederrechtelijkheid", en *Tijdschrift voor Strafrecht*, 36, pág. 80.

⁵³ KARL ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 1963, pág. 65.

⁵⁴ Cf. S. I. POLITOFF/F.A.J. KOOPMANS, *Schuld*, Gouda Quint, Arnhem, 1988, págs. 43 y ss.

con razón observa GÜNTHER SPENDEL que si uno se queja de la hipertrofia del derecho penal y quiere reducir su alcance, no puede a la vez reducir el campo de aplicación de la impunidad exigiendo elementos subjetivos en las causales de justificación. En tal caso, las miras de la voluntad "malévola" o "enemiga del derecho" pasan a tener la primacía sobre la exclusión objetiva de la punibilidad⁵⁵. A diferencia del finalismo, que exige un elemento subjetivo especial en todas las causales de justificación⁵⁶, la doctrina en Holanda prescinde de la "voluntad de obrar conforme a derecho" para aceptar la justificación. Lo mismo cabe decir a propósito de la tentativa: WELZEL sigue una línea consistente con su teoría cuando reclama el castigo de la tentativa inidónea "sin consideración de la ausencia objetiva de peligrosidad de la tentativa con medios inidóneos o respecto de un objeto inidóneo", ya que —dice—, "como el orden jurídico, en sentido amplio, es un poder espiritual que da forma a la vida del pueblo... la realidad y vigencia de ese poder espiritual es también lesionado por una voluntad que emprende acciones que tiene por acciones de ejecución idóneas para la comisión de un delito"⁵⁷. La doctrina admitida por los juristas holandeses —que, con arreglo a una visión liberal, no se proponen usar al derecho penal como "poder espiritual que da forma a la vida del pueblo"— ha optado, en cambio, por la teoría objetiva y rechaza la punibilidad de la tentativa inidónea. Por razones parecidas, mientras que para WELZEL hay delito consumado en la *aberratio ictus* y en la hipótesis del llamado *dolus generalis*⁵⁸, la doctrina dominante en Holanda opta por la tentativa⁵⁹.

No es del caso hacer aquí el parangón de todos los terrenos del discurso dogmático en que la interpretación liberal y la teoría fundada en la *Gesinnung* se separan. Particularmente notorias son esas diferencias, como se sabe, respecto de la importancia del resultado en los delitos culposos y sobre el alcance de la comisión por omisión. Lo esencial es, con todo, decidir si el delito se concibe como lesión de bienes jurídicos o como lesión de un deber. Ese diferente enfoque determinará —como apunta BAUMANN— que el derecho penal se ocupe de conductas dañosas de bienes jurídicos o de conductas "falsamente dirigidas"⁶⁰. Las cuestiones de simetría sistemática (como la situación del dolo en la "topografía" del esquema delictivo) carecen de verdadera importancia. Sobre el asunto de la ubicación del dolo, como dice risueñamente HASSEMER⁶¹, bien podríamos hacer una votación.

En el plano de las garantías procesales —que tampoco podemos detallar ahora— es de toda evidencia que la visión política sobre la relación entre el Estado y los

⁵⁵ GÜNTHER SPENDEL, "Gegen den «Verteidigungswillen» als Notwehrerfordernis", en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, Munich, 1970, pág. 260.

⁵⁶ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, parte general (trad. de J. Córdoba Roda), Barcelona, 1962, pág. 368.

⁵⁷ HANS WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 171.

⁵⁸ Cf. *Ibid.*, págs. 66-67.

⁵⁹ Vid. POLITOFF/KOOPMANS, ob. cit., págs. 108 y ss.

⁶⁰ JÜRGEN BAUMANN, ob. cit., pág. 214.

⁶¹ WINFRIED HASSEMER, ob. cit., pág. 212.

individuos fija la mayor o menor extensión del respeto a los derechos individuales, ya que los criterios autoritarios tienden naturalmente a restringirlos.

La teoría y la práctica liberales son un buen punto de partida para cualquier avance en la perspectiva reduccionista o descriminalizadora. La suposición de que la criminología crítica es un pensamiento exclusivo de sectores radicales de la izquierda desconoce el pragmatismo del "establishment" liberal, que, hace ya mucho tiempo ha ido abandonando la criminología etiológica (la que predominaba, por lo demás, en la concepción de los clásicos marxistas sobre el "lumpenproletariado" y en la sociología progresista de comienzos de siglo)⁶². El régimen liberal-capitalista se muestra ahora a menudo dispuesto a oír de buen grado cualquier fórmula alternativa que le proponga para zafarse de acciones que dañen el sistema, sin aferrarse necesariamente a las viejas experiencias de la represión penal. Los riesgos que entraña ese pragmatismo surgen cuando las opciones propuestas son peores para los derechos humanos y para el Estado de derecho que la violencia formalizada del sistema penal.

La tendencia en Holanda, en materia de política criminal, muestra una cierta ambigüedad, dentro y fuera del gobierno. Mientras que, por una parte, las tesis abolicionistas gozan de influencia y consiguen progresos en la descriminalización *de jure* y *de facto*, sobre todo de la llamada "pequeña criminalidad", suelen oírse todavía voces que deploran el clima penal demasiado benigno y buscan apoyo en ideas autoritarias ajenas a su tradición.

8. HACIA UNA LEGITIMACIÓN PROVISIONAL DEL SISTEMA PENAL EN CONTEXTOS VARIABLES: "ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD" Y "ÉTICA DEL CREDO"

Al modelo autoritario le interesa descalificar moralmente y estigmatizar al enemigo, por lo que no le basta la legitimación "sociológica" de la pena. Al fundamentar la necesidad de la pena en la culpabilidad —un concepto unido al prestigio de KANT y HEGEL— se procura suscitar la imagen de que la violencia del Estado se aplica a quien la merece. Al despedirse de KANT y HEGEL⁶³, en cambio, el sistema penal pierde majestad y soberbia metafísicas, con lo cual queda reducido a inciertas hipótesis de prevención general. La noción de culpabilidad permanece, entonces, solo como garantía para fundamentar la exclusión de la pena, si el hechor no estaba subjetivamente vinculado con el hecho dañoso que se le imputa o no le era socialmente exigible obrar de manera distinta de como lo hizo, o para limitar, en su caso, sobre la base de esos criterios, la medida de la pena.

La lógica del Estado democrático de derecho no puede sino apuntar a la reducción del sistema penal: "la criminalización solo es admisible —escribe el profesor sueco THORNSTEDT— cuando aparezca inevitable"⁶⁴. El Consejo de Europa propo-

ne criterios precisos y razonables para proceder a la descriminalización⁶⁵. Las ideas abolicionistas de HULSMAN y otros autores han dejado de motejarse de "utopismo"⁶⁶. Como asevera el jurista belga DUPONT: "no es preciso estar de acuerdo con todas las ideas abolicionistas, ni se requiere suscribir sin reservas sus objetivos de política criminal, para comprender que se trata de un paradigma extremadamente fructífero para enfocar problemas y soluciones de una manera diversa a los modos corrientes"⁶⁷.

No hay ninguna razón para que el Estado de derecho desestime otras vías de tutela jurídica que reemplacen a una a menudo innecesaria estigmatización. Sin embargo, no en todas las circunstancias la descriminalización debe ser valorada positivamente: hay países en que la descriminalización ocurre de manera regular porque los poderosos no tienen interés en proteger determinados bienes jurídicos⁶⁸. La descriminalización *de facto* del crimen organizado, a través de corrupción y colusión con las autoridades, no es un fenómeno excepcional. La exigencia de justicia respecto del abuso de poder se convierte entonces en parte de la lucha por la ampliación de la democracia y por el desarrollo de un Estado de derecho formal hacia un Estado de derecho efectivo. Circunstancias sociales y políticas pueden hacer que la exigencia de justicia aparezca colocada en el primer plano. Una "ética del credo" [*Gesinnungsethiek*], para usar la terminología de MAX WEBER, nos haría reclamar, sin más, la abolición del sistema penal. Una "ética de la responsabilidad" [*Verantwortungsethiek*] que tome en cuenta los resultados previsibles en aspectos diferentes del empleo de la violencia formalizada del Estado, se conforma con la legitimación provisional del sistema penal —que es también la legitimación de sus garantías— en aquellos casos en que su retórica simbólica y su práctica instrumental puedan servir todavía para proteger a los débiles contra la violencia privada y favorezcan el aseguramiento de la vigencia y extensión de los derechos humanos.

⁶⁵ Cf. *Rapport sur la Décriminalisation*. Comité restreint d'experts sur la décriminalisation. Strasbourg, 1979, págs. 3 y ss.

⁶⁶ Vid. S. I. POLITOFF, "Giving chances to the «impossibles»", en *The criminal justice system as a social problem: an abolitionist perspective*. Liber Amicorum Louk Hulsmán. John R. Blad, Hans van Mastrigt, Niels A. Uildriks (eds.), Rotterdam, 1987, págs. 93 y ss.

⁶⁷ L. DUPONT, "Polemische bespiegelingen over strafrechtshervorming", en *Panopticon*, jaargang 8, núms. 5-6, sept/dec. 1987, pág. 391.

⁶⁸ Cf. ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Criminología*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 374. Cf., asimismo, S. I. POLITOFF, "Decriminalisering en rechtsbescherming in wisselende contexten", en *Recht en Critiek*, jaargang 13, núm. 2, 1987, págs. 159 y ss.

⁶² Cf. JOCK YOUNG, "Radical Criminology in Britain", en *British Journal of Criminology*, 1988.

⁶³ Cf. ULRICH KLUG, "Abschied von Kant und Hegel", en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, Frankfurt am Main, 1968.

⁶⁴ HANS THORNSTEDT, "Die Strafrechtsreform der skandinavischen Staaten in Vergleich der Strafrechtsreform der BRD", en *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*. Berlin/Nueva York, 1979, pág. 72.

La protección jurídica del concebido. El feto como paciente

Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal Universidad de La Laguna (España)

I. Tradicionalmente la protección del concebido, ya sea un embrión o un feto, se ha considerado suficiente mediante la sanción del delito de aborto y de la utilización de los demás instrumentos jurídicos que proporcionan otras ramas del Derecho. Sin embargo, el derecho a la vida, con todas sus connotaciones de calidad, de vida digna, de individualidad e igualdad (dejando a salvo la diferente valoración jurídica que merezcan la vida humana dependiente e independiente), son asimismo predicables respecto de la vida del embrión o del feto, sin perjuicio del reconocimiento del derecho al aborto y de su plasmación legal, y precisamente con independencia de que ese embrión o feto vaya a llegar a término (llegue a convertirse en vida humana independiente, en persona desde el punto de vista jurídico) o vaya a producirse su destrucción espontánea o amparada en la ley.

Determinadas nuevas situaciones, propiciadas en la mayor parte de los casos, una vez más, por los adelantos científicos, muestran que tal derecho no es o no puede ser siempre realizado plenamente en favor del feto, y que los instrumentos tradicionales de protección del mismo a través del delito de aborto son claramente insuficientes para enfrentarse a esa doble vertiente, casi siempre inherente a los progresos de las ciencias biomédicas en los últimos tiempos: junto a sus innegables ventajas para el bien de la humanidad nos encontramos con nuevos peligros que la misma debe arrastrar y medir, particularmente cuando afectan al concebido, mucho más vulnerable por

la protección limitada de que suele gozar. Ello ha de conducir a la fijación de un estatuto jurídico del embrión y del feto¹.

II. Los descubrimientos en genética humana están permitiendo la determinación del patrimonio genético fetal, y gracias a ellos, en parte, se están abriendo por este camino las puertas a medidas terapéuticas de diversa incidencia también en el feto. A ello está contribuyendo la técnica conocida como "diagnóstico prenatal". Por diagnóstico prenatal podemos entender el conjunto de procedimientos de que dispone la medicina para recoger elementos de información sobre el feto². Por medio de esta técnica se puede detectar la presencia de una enfermedad o una malformación en el feto, e incluso predecir el sexo del mismo, lo que, por otro lado, tiene también interés para descubrir enfermedades hereditarias vinculadas al sexo. Cuando se trata de parejas con alto riesgo de descendencia con anomalías, sirve al mismo tiempo para confirmar o descartar la presencia de alguna de ellas en el feto. El feto es, en consecuencia, el sujeto del diagnóstico prenatal, a diferencia del diagnóstico preconcepcivo, utilizado para establecer la presencia de una indicación de esterilización por razones eugenésicas, en el que los sujetos del mismo son los miembros de la pareja consultante³. El diagnóstico prenatal conduce por lo general, al igual que aquel, al consejo genético.

Son diversas las técnicas de que dispone hoy la medicina para detectar precozmente anomalías fetales de diferente naturaleza: ecografía, fetoscopia, embrioscopia, radiografías, coricentesis, extracción directa de sangre fetal, amniocentesis⁴.

La amniocentesis es la que permite en la actualidad diagnosticar un mayor número de enfermedades congénitas, debidas o aberraciones cromosómicas, desequilibrios metabólicos, enfermedades genéticas no hereditarias, vinculadas al sexo, situaciones de predisposición de enfermedades que aparecerán en la infancia o en la edad adulta, etc.

Las principales manifestaciones de esta naturaleza son el mongolismo, alteraciones en el tubo neural (espinas bifidas), de la alfa-proteína (muerte del feto, isoimmunización, etc.).

El procedimiento consiste en la extracción de líquido amniótico, normalmente a partir de la decimosexta semana del embarazo, mediante una punción lumbar en la cavidad abdominal y el subsiguiente cultivo de las células fetales contenidas en dicho líquido. Esta técnica presenta ciertos riesgos, como son el aborto espontáneo, perturbaciones neonatales, complicaciones al término del embarazo (desprendimiento prematuro de la placenta, ruptura precoz de aguas, hemorragia *postpartum*). No obstante, se va perfeccionando constantemente y reduciendo progresivamente estos peligros inherentes a la prueba⁵.

Dado el amplio campo de posibilidades diagnósticas que cubre o está en vías de ofrecer el diagnóstico prenatal, señalemos las siguientes finalidades a que puede servir principalmente: a) tranquilizar a los padres con alto riesgo, en cuanto a que el feto no presenta malformación o enfermedad alguna; b) permitir el tratamiento (quirúrgico, medicamentoso) del feto para curar o paliar ciertas anomalías que presente, o terapia fetal; c) indicar el modo de realizar el parto, de acuerdo con las malformaciones que presente el feto (p. ej., una cesárea); d) determinar el tratamiento que se deba seguir con el recién nacido una vez que se haya producido el parto; e) adoptar la decisión del aborto eugenésico cuando esté permitido por la ley, como lo está en el derecho español (art. 417 bis núm. 1. 3ª del Código Penal) y en aquellos países que han adoptado el sistema de las indicaciones o el de los plazos o una combinación de ambos; f) decidir el aborto como método de selección del sexo, si está permitido por la ley (no lo está en el derecho español, pero es compatible con el sistema de los plazos); g) asumir el hijo que probablemente presentará anomalías, o preparar los trámites legales para su adopción por terceros o su ingreso en una institución para niños abandonados⁶. La decisión sobre estas opciones dependerá de las convicciones personales de los padres y de la situación legal en relación con alguna de ellas, en concreto, del aborto, según las condiciones vigentes en nuestra legislación⁷.

No hay inconveniente en calificar el diagnóstico prenatal como medida terapéutica, al igual que cualquier otro procedimiento diagnóstico, desde el momento en que va encaminado al *tratamiento* del feto en la medida de lo posible⁸. Habrá que considerarlo, por consiguiente, penalmente atípico, en el sentido de que no se dan los elementos —del tipo— del delito de lesiones corporales en relación con las posibles actuaciones en el cuerpo de la madre o del embrión para obtener el diagnóstico, en cuanto suponen un beneficio potencial para aquella o este, o para

¹ Aunque para evitar confusiones por lo general se utilizan en el texto ambas expresiones de forma conjunta, cuando no se procede así la palabra feto cubre también al embrión, salvo otra indicación. Por el contrario, la palabra embrión empleada aisladamente, se refiere únicamente a esta realidad biológica.

² Véase a JOSÉ M. CARRERA (ed.) y otros, *Diagnóstico prenatal*, Instituto Dexeus, Barcelona, Salvat Editores, 1987, págs. 1 y ss.; a CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, en "La Ley", núm. 1751, 6 (1987); y a MARIE CHOQUETTE, *Nouvelles technologies de la reproduction (Étude des principales législations et recommandations)*, Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, Québec, 1986, pág. 29.

³ Cf. ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit., págs. 1 y ss.

⁴ Véase más ampliamente, sobre todo, a J. M. CARRERA, *Diagnóstico prenatal*, cit., págs. 161 y ss.; Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et la Santé, *Rapport: le diagnostic prénatal et perinatal. Le diagnostic d'une prédisposition*, Paris, 1985, págs. 4 y ss.; a CLARKE FRASER, *Diagnostic prénatal des désordres génétiques* en "Cahiers de Bioéthique", núm. 2, Québec 1980, págs. 3 y ss.; y a JOSÉ A. USANDIZAGA, *Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos*, en "Dilemas éticos de la medicina actual", Madrid, 1986, págs. 301 y ss.

⁵ Véanse sobre estos aspectos las citas de la nota anterior.

⁶ Cf. TABITHA M. POWLEDGE / JOHN FLETCHER, *Recommandations concernant les problèmes moraux, sociaux et juridiques relatifs au diagnostic prénatal*, en "Cahiers de Bioéthique", núm. 2, Québec, 1980, pág. 92.

⁷ Véase sobre ellas, a LUIS ARROYO ZAPATERO, *La indicación eugenésica*, en "Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 12, págs. 47 y ss. (1986), y a ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit., págs. 6 y ss.

⁸ En este sentido, ALBIN ESER, *Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 351 (1985).

ambos. Para ello será necesaria la comprobación de la indicación del diagnóstico, con la correspondiente ponderación de riesgos y ventajas, y la actuación conforme a la *lex artis*. Dentro de esta noción se entienden incluidas las técnicas diagnósticas que poseen todavía un cierto componente experimental (experimentación terapéutica), como pudiera suceder hasta cierto punto con la amniocentesis, en consideración a los riesgos ya descritos que todavía implica.

III. El previsible desarrollo futuro de las posibilidades terapéuticas en el feto abre nuevas perspectivas, como la de que disminuyan los abortos por razones eugenésicas, al poder ser corregidas ciertas anomalías que padece el feto⁹, lo que nos lleva de la mano a la singular situación de encontrarse los médicos entonces ante un nuevo 'paciente' que, a diferencia de los enfermos habituales, presenta la particularidad de hallarse en el cuerpo de otra persona: el de la madre; por ello, de un modo u otro las acciones terapéuticas fetales deberán practicarse inevitablemente siempre a través del cuerpo de ella¹⁰. De ahí que el significado de *paciente* aplicado al feto tenga unas implicaciones jurídicas muy peculiares y distintas, en particular en lo relativo a las lesiones corporales que se infligen a la madre (p. ej., si hay que practicar una cesárea u otra intervención quirúrgica en ella para llegar al feto; pero también si se le administran medicamentos), o a los riesgos que este tratamiento puede acarrear para su vida o su salud, y en el consentimiento de esta en un tratamiento que no la beneficia a ella directamente (aunque no es infrecuente que la madre presente a su vez algún cuadro patológico), sino al ser que alberga en su seno. Y no hay que olvidar tampoco que la terapia fetal puede dar lugar a lesiones en el feto, que se manifestarán después del nacimiento, o que, incluso, como consecuencia de ellas el niño nazca muerto o fallezca poco después de nacer.

En cualquier caso, y con independencia de cuál sea la solución más adecuada a estos problemas, no cabe la menor duda de la licitud de cualquier acción terapéutica en el feto que le ofrezca razonables perspectivas de mejora, al igual que decíamos respecto a las pruebas diagnósticas previas a ella.

Aunque en la actualidad son situaciones todavía excepcionales, en el futuro habrán de irse presentando con toda seguridad. En los últimos años se han descrito algunas de las terapias fetales ya disponibles: administración de medicamentos a la madre durante el embarazo (p. ej., de glucocorticoides dados a la madre antes del nacimiento en el caso de deficiencia pulmonar surfactante, que conduce a inmadurez pulmonar y posible muerte tras el nacimiento: *distress* respiratorio del recién nacido), inducción del parto y corrección del defecto *ex utero* (p. ej., hidronefrosis obstructiva, hidrocefalia obstructiva, gastrosquisis), provocación del parto mediante

cesárea (p. ej., gemelos unidos, hidrocefalia severa, linfagioma quístico grande, onfalocele gigante o roto), intervención quirúrgica *in utero* (hidronefrosis bilateral)¹¹.

La particularidad de la situación salta a la vista, pues el mero hecho del nacimiento modifica radicalmente los presupuestos: los riesgos para la madre desaparecen por completo y el consentimiento en el tratamiento se verá regido por las reglas generales aplicables en los supuestos de las personas sin capacidad para consentir; en ellos serán los padres quienes deban decidir, siempre en el mejor interés del niño, y si hubiera un rechazo abusivo al tratamiento por parte de ello, terceras personas podrán intervenir (la autoridad judicial requerida por el médico), también en el mejor interés del paciente menor¹².

IV. Como sabemos, la vida del concebido es un bien protegido por el derecho con independencia de la madre, en concreto, castigando como delito el aborto doloso (y en algún caso también el culposo, art. 412 del C. P.), aunque admite las consabidas excepciones legales que permiten la interrupción del embarazo y la consecuente destrucción del feto. Sin embargo, en sentido estricto el derecho penal no protege la salud o la integridad corporal del feto (salvo que afecte a su viabilidad, es decir, a su vida en cuanto tal), lo que condicionará la respuesta jurídica a los conflictos que puedan originarse al pretender iniciar una terapia fetal. No obstante, convendrá recordar que en el plano internacional ha habido algún pronunciamiento al respecto, como la *Declaración de los Derechos del Niño*, de 1959, que, con su alcance jurídico limitado, reconoce el derecho al tratamiento, incluso antes del nacimiento (art. 4º).

Por otro lado, la indicación eugenésica del aborto requiere en nuestro país la presunción de que el feto nazca con *graves taras* físicas o psíquicas (art. 417 bis núm. 1.3ª del C. P.). Pues bien, en mi opinión su sentido hay que encontrarlo en la importancia y perdurabilidad de esas graves taras, así como en el grado de su reparabilidad, es decir, que no deban ser fácilmente reparables, lo que se refiere no solo a la acción curativa dirigida al feto en sí mismo, sino, además, que no suponga graves riesgos para la madre. Si existe tal reparabilidad en el sentido apuntado, no concurrirá la indicación del aborto, aunque las taras sean materialmente graves en sí mismas; mientras que si el tratamiento fetal implica graves riesgos existirá la indicación y la madre podrá solicitar el aborto. Sin embargo, hay que convenir que en este punto existe una mayor flexibilidad interpretativa en la regulación española que la utilizada por la de otros países, como, por ejemplo, en el Código Penal alemán (§218 a 11 núm. 1)¹³, que requiere expresamente la no eliminabilidad del daño, condición no establecida de modo expreso en nuestro estatuto punitivo.

⁹ Algún autor señala, incluso, que en el futuro desaparecerán las indicaciones del aborto, al poder ser tratado fuera del cuerpo de la madre, al igual que si el embarazo implica un peligro para esta, cuando se desarrollen las placentas artificiales, a donde se trasladarán los fetos, de forma que la interrupción del embarazo podrá ser lícita siempre, al no implicar ya necesariamente la interrupción de la vida del concebido. Véase a LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Bioetica, potere, diritto*, en "Giustizia", 21 (1984).

¹⁰ Cf. V. WOLFGANG KAPP, *¿Der fötus als Patient?*, en "Medizinrecht", 276 (1986).

¹¹ Cf. JOHN A. ROBERTSON, *The right to procreate and in utero fetal therapy* en "The Journal of Legal Medicine", 343 (1982); CARRERA, *Diagnóstico prenatal*, cit.

¹² Véase al respecto a CARLOS M. ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal, 1. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, 1981, págs. 314 y ss.

¹³ Véase al respecto a ALBIN ESER, *Indikation zum Schwangerschaftsabbruch*, en "Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch", Stuttgart, 1980, pág. 157.

Los problemas empiezan cuando se ha superado el plazo para abortar de acuerdo con la indicación eugenésica (veintidós semanas), por ejemplo, si las anomalías de las que es portador el feto se detectan o se producen después de ese momento (situación no querida o tal vez no prevista por el legislador español), o cuando tales anomalías no son calificables de graves —pero también si se entiende incorrecto el criterio propuesto de reparabilidad—, pues en ambos casos están ausentes los presupuestos de la indicación que permite acogerse al aborto. De todas formas, lo normal, lo frecuente, es que la madre, una vez que ha excluido voluntaria o forzosamente el camino del aborto, desee hacer todo lo posible para que su hijo nazca en condiciones óptimas de salud y quiera colaborar en todo lo necesario para conseguirlo; pero no hay que descartar la hipótesis de que lo rechace, como podría suceder si, por ejemplo, aparte de su propia salud se ven amenazadas sus convicciones religiosas. En cualquier caso, resulta complejo proponer una solución jurídica adecuada para cada situación (piénsese, p. ej., hasta dónde puede llegar la dificultad, si el tratamiento no ofrece muchas garantías de éxito e implica al mismo tiempo grandes riesgos para la madre), y deberé conformarme por tal motivo con sugerir unas directrices provisionales plenamente abiertas a discusión.

En cuanto a la primera situación, que las anomalías sean graves (partiendo ya siempre de la hipótesis acabada de plantear de que el aborto eugenésico está descartado), es fundamental valorar la existencia de riesgos para la madre. Si estos son médicamente confirmados, la decisión debería quedar en manos de esta, sin imponerle coactivamente el tratamiento¹⁴, que podría dar lugar a un delito de lesiones corporales, apoyándonos en que precisamente el conflicto actual¹⁵ entre la salud de la madre y la vida del feto lo resuelve el derecho español en favor de aquella (indicación terapéutica del aborto, art. 417 bis núm. 1. 1ª del C. P.); en este grupo se encontrarían determinadas intervenciones quirúrgicas en la madre para acceder al feto y los tratamientos todavía en fase experimental, de los que no resultara fácilmente prever las consecuencias tanto para el feto como para la propia madre. En el caso de que no envuelvan peligro alguno para ella y, por el contrario, se halle en peligro la vida del feto, se podría alegar estado de necesidad (art. 8º núm. 7 del C. P.) para intervenir en favor de este. De todas formas, no sé hasta qué punto esta solución sería compatible con la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia sobre el aborto, de 11 de abril de 1985, la cual, por supuesto, no se ocupa en absoluto de esta cuestión, pero sí establece un rango ya conocido entre los intereses en conflicto que afectan a madre y concebido, en especial la

¹⁴ En este sentido, KAPP (*Der Fetus als Patient?*), cit., pág. 280), aunque no descarta la intervención del Tribunal Tutelar de Menores apoyado en el estado de necesidad.

¹⁵ Entendiendo por 'actual', en sus justos términos, no solo que se haya manifestado ya la enfermedad en la madre, sino el riesgo concreto y determinado de que en un futuro más o menos próximo se produzca un menoscabo grave en la salud de la embarazada, según se deduce de la expresión "grave peligro" que utiliza el C. P. en el art. 417 bis núm. 1. 1ª. Por otro lado, en la hipótesis planteada en el texto el conflicto surgirá únicamente desde el momento en que se inicie la terapia fetal peligrosa para la salud o la vida de la madre.

intimidad y la dignidad de la madre frente a la vida del feto, que en la situación que estamos comentando pueden estar también presentes.

Falta por ver, por último, si no existe un peligro de semejante entidad para el feto ni riesgos para la madre. En esta hipótesis resulta conflictivo imponerle a la madre acceder al tratamiento, puesto que 'solo' se halla en juego la salud del feto, aunque la acción curativa sea decisiva y adecuada para corregir los defectos que se hayan diagnosticado, y aunque el sentido común la debiera imponer. En efecto, si bien tampoco está en principio descartado en este caso la entrada en juego de la eximente de estado de necesidad, al bastar para su apreciación la existencia de un conflicto de intereses (la libertad personal o de conciencia de la madre y la salud del feto) protegidos por la Constitución o por cualquier rama del derecho¹⁶, la solución de tal conflicto no es fácil. Por lo pronto, creo que puede entenderse que la Constitución española garantiza no solo la protección de la vida del feto, a la vista de lo declarado por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada, sino también su salud, pues no olvidemos que el art. 15 de nuestra Ley Fundamental señala que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral ..."; si la primera parte (la vida) de tal reconocimiento comprende tanto a los nacidos como a los concebidos según la interpretación del Tribunal Constitucional, lógicamente esta segunda (la integridad en sentido amplio, incluyendo también la salud) debe abarcar del mismo modo a unos y otros, aceptando no obstante también en este caso las diferencias valorativas ya conocidas, según se trate de vida humana independiente o dependiente. Sin embargo, esta diferenciación valorativa la encontramos plasmada en otros sectores del ordenamiento jurídico y resuelta en favor de la madre, pues solo los intereses de esta se hallan protegidos penalmente (los del feto lo estarían por el Código Civil, art. 29: "... el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables ..."), por lo que el mal causado sería mayor que el que se trata de evitar, es decir, el atentado contra la libertad de la madre sería más grave que los daños diagnosticados en la salud del feto, cuya producción se quiere evitar; en consecuencia, no se darían los presupuestos de aplicación del estado de necesidad exigidos por la ley.

V. Pudieran parecer exóticas, por improbables, las hipótesis planteadas. Sin embargo, contamos ya con ejemplos en derecho comparado. Así, los tribunales de justicia de los Estados Unidos de América han conocido y decidido sobre algún caso relacionado con estos problemas. En el primero de ellos (caso *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital versus Anderson*) el tribunal ordenó someter a la madre a una transfusión de sangre con el fin de preservar la vida del concebido y de la propia madre, quien rechazaba la transfusión dada su pertenencia al grupo religioso de los "Testigos de Jehová". En el segundo caso (*Jefferson versus Griffin Spalding County Hospital Authority*), la madre, embarazada de treinta y nueve semanas, padecía de caída de placenta que obstruía la salida del feto, con un riesgo de un 99% de muerte para este si se intentaba un parto natural y de un 55%

¹⁶ En este sentido, JOSÉ CERREZO MIR, *La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español*, en "Estudios Penales y Criminológicos", X, Santiago de Compostela, págs. 58 y ss. (1987).

para la madre; por el contrario, las perspectivas eran excelentes para ambos si se practicaba una cesárea, a la que se oponía la madre por motivos religiosos. El Tribunal Supremo del Estado de Georgia, asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo Federal sobre el aborto (s. de 22 de enero de 1973), afirmó que el Estado tiene un interés especial en la vida del concebido a partir del momento de su viabilidad, lo que permite la intromisión en los derechos de la madre con el fin de proteger al feto, y ordenó consecuentemente las acciones terapéuticas solicitadas por los médicos (cesárea, sonograma y transfusión de sangre)¹⁷.

De todas formas, ninguno de los dos casos refleja con toda nitidez el problema planteado —aunque es importante resaltar que el segundo basa claramente su argumento en la protección del feto—, pues si bien se ordena la intervención en beneficio del feto, también se encontraba en peligro la vida de la madre, que hubo de contar asimismo en la decisión judicial.

VI. Me quiero referir a continuación a la posible responsabilidad del médico (u otros especialistas o profesionales sanitarios) por su deficiente actuación en la realización del diagnóstico prenatal o en la apreciación de la indicación del mismo en su paciente, así como en relación con otros supuestos, tales como someter a la madre en gestación a tratamiento medicamentoso nocivo para el feto, sea con fines curativos o de realización de ensayos clínicos (experimentaciones), o a radiaciones o intervenciones quirúrgicas; o, por último, cuando es sometido a tratamiento o a experimentación del embrión o feto. En concreto, cuando ello es debido al incumplimiento de los deberes de cuidado que son exigibles a la actividad desarrollada por estos profesionales. Con este análisis se pretende poner de relieve no tanto esos aspectos específicos de responsabilidad como ciertas situaciones vinculadas con ella, en las que el concebido (embrión o feto) se encuentra desprotegido y en qué medida parece aceptable, así como comprobar la particular incidencia de lesiones en el feto que, no afectando a su viabilidad, se manifestarán en el niño una vez ocurrido el nacimiento¹⁸.

Veamos qué sucede si, como consecuencia de la toma de muestras o de las pruebas realizadas por el especialista para elaborar el diagnóstico, o del tratamiento o de la experimentación fetal, se produce la muerte del feto. Los peligros derivados de la propia naturaleza de la prueba (p. ej., la amniocentesis) hay que entenderlos incluidos dentro del riesgo permitido —siempre que se haya procedido a la adecuada ponderación de riesgos y ventajas que incidan en el caso concreto—, y no se habrá producido la inobservancia del deber de cuidado objetivo, elemento que configura el —tipo del— delito culposo. Si el facultativo actuó, por el contrario, infringiendo tal deber de cuidado (por actuación negligente o falta de preparación para realizar las pruebas) se plantea la cuestión de un aborto culposo.

¹⁷ Cf. ROBERTSON, *The right to procreate and in utero fetal therapy*, cit., págs. 355 y ss.; JEFFREY LENOW, *The Fetus as a Patient. Emerging Rights as a Person?*, en "American Journal of Law and Medicine", vol. 9, núm. 1, págs. 1 y ss. (1983).

¹⁸ Cf. HANS LÜTTGER, *Geburtsbeginn und prenatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen*, en "Vorträge und Abhandlungen", Berlín, 1986, pág. 139.

Como es sabido, el Código Penal español, al igual que sucede en derecho comparado, no prevé la punición del aborto culposo más que en supuestos excepcionales, en concreto, el ocasionado violentamente, a sabiendas del estado del embarazo de la mujer, cuando no haya habido propósito de causarlo (art. 412). Si no concurren los elementos (del tipo) de esta modalidad de aborto culposo, y presumiblemente no se darán en la hipótesis que estamos contemplando, la respuesta jurídica será la absolución por atipicidad de la conducta, pues se entiende por la doctrina que la existencia de esta figura especial de aborto culposo implica la exclusión de la aplicación de las cláusulas generales de imprudencia del art. 565 y concordantes del Código Penal¹⁹.

También puede suceder que el feto no muera, pero que se le causen lesiones, las cuales se manifestarán una vez que haya nacido, o incluso que este muera al poco de nacer. Del mismo modo que se expuso más arriba, debemos decir que se trata de una conducta impune por atípica —es decir, no prevista como delito en el C. P.—, pues los delitos de lesiones corporales y de homicidio requieren en el Código Penal que se hayan infligido a una persona²⁰⁻²¹. Téngase en cuenta que el resultado *se manifiesta* o se produce después del nacimiento, pero la *agresión* —la acción— recae en el feto, que es un bien jurídico distinto; la singularidad de que hay una evolución, un tránsito de un bien jurídico a otro, no debe apartarnos de quién es en realidad el que sufre la agresión, pues el momento del nacimiento, en el que se produce el cambio del objeto de la agresión (del feto al individuo), determina un corte en cuanto a la consideración del bien jurídico protegido (vida humana dependiente e independiente, respectivamente). Se plantea en esta hipótesis, como en la anterior (la del aborto culposo), la cuestión de la oportunidad, como consideración *de lege ferenda*, de su incriminación para eliminar esta laguna o vacío legal²². Por razones de política criminal evidentes la punición del aborto culposo con carácter general debe de ser descartada, puesto que la primera perjudicada sería la madre, que se vería constreñida a limitar sustancialmente su modo de vida durante todo el proceso del embarazo, pero creo que debería reflexionarse sobre ello en relación con el aborto y con las lesiones permanentes o muerte del recién nacido como consecuencia de una grave o burda infracción del deber de cuidado

¹⁹ Véase, por ejemplo, a MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal, parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1986, pág. 147; y a FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 6ª ed., Sevilla, 1985, pág. 73.

²⁰ Pues en este sentido se interpreta unánimemente la palabra "otro" que utiliza la ley, y no solo en el delito de lesiones corporales (art. 420 del C. P.: "El que hieriere, golpear o maltratase de obra a otro"), sino también en el de homicidio, donde es más claro.

²¹ Cf. HANS LÜTTGER, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, en "Medicina y Derecho Penal", Madrid, 1984, págs. 76 y ss.

²² Del mismo parecer, ARMIN KAUFMANN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan Verfahren*, en "Juristenzeitung", págs. 571 y ss. (1971); LÜTTGER, *La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan"*, cit., pág. 80; ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, 1, cit., págs. 269 y ss. y 279 y ss.; TEPPERWIEN, *Pränatale Einwirkungen als Tötung oder Korperverletzung?*, Tübingen, 1973, págs. 143 y ss.

por parte de los profesionales médicos o sanitarios²³, si tenemos en cuenta, por un lado, que el diagnóstico prenatal (y por tanto, las exploraciones y pruebas fetales que implica su obtención) está en vías de convertirse en un recurso generalizado, sobre todo cuando se abarate su costo y aumente su fiabilidad, y, por otro lado, que las experimentaciones en el feto requieren una mayor ponderación de los riesgos y las ventajas que pueden afectarle. Si llegamos a esta conclusión, en sentido afirmativo, sobre la penalización de esas lesiones o muerte producidas culposamente, con mayor razón deberían castigarse si las mismas se producen dolosamente²⁴, y en este caso sin admitir, en mi opinión, excepción alguna por razón del autor. Y a pesar de que son hipótesis todavía infrecuentes en la vida real, no debe ser obstáculo para que queden cubiertas por la ley penal.

Un suceso de gran magnitud y trascendencia —el llamado 'caso Contergán'—, tanto para el ámbito del derecho (pues se pusieron de manifiesto sus insuficiencias, pero gracias a ello se suscitó una viva y fructífera discusión entre los especialistas) como para el de la biomedicina (se constató una vez más la ambivalencia de sus progresos, en este caso, en el área de la farmacología), corroboró —por desgracia— en la vida real que no es ocioso tratar estos problemas. Aunque conocido, tiene interés recordarlo en este contexto: en los años sesenta se suministró a numerosas mujeres embarazadas de Europa y Norteamérica un analgésico —talidomida—, supuestamente inocuo para el estado de preñez. Sin embargo, miles de niños nacieron con terribles deformidades, que en muchos casos llegaban a la carencia o atrofia de las extremidades superiores o inferiores. Hubo varios procesos, algunos de ellos dramáticos (como el de Lieja, Bélgica, en el que cuatro miembros de una familia y su médico fueron acusados y absueltos de eutanasia practicada a un recién nacido con anomalías de esta clase). De todas formas, las cuestiones jurídico-penales más importantes cuando se planteó el caso en Alemania fueron establecer la relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, probar que el referido medicamento había sido la causa real de esas taras que presentaron los niños (al igual que hoy se plantea semejante problema en nuestro país en relación con el llamado 'síndrome tóxico', en el proceso contra los implicados en las adulteraciones del aceite de colza), y la tipicidad de esas conductas, esto es, si eran susceptibles de castigo por algunos de los delitos existentes en el Código Penal alemán. El Tribunal de Aquisgrán, de la República Federal Alemana, se ocupó de este asunto, y determinó la subsunción en el delito de homicidio culposo (§ 222 del C. P. alemán) de las acciones prenatales imprudentes con el resultado de muerte postnatal, y en el delito de lesiones corporales culposas (§ 230 del C. P.) los daños culposos prenatales en el feto con efectos postnatales subsistentes²⁵. Como fácilmente se deduce de las reflexiones anteriores, esta sentencia fue muy criticada por los autores. Sin embargo, en una sentencia muy posterior (22 de abril de 1983) del Tribunal Supremo Federal de ese mismo

país, se llega a la conclusión, en un caso semejante, de la impunidad, debido a la existencia de una laguna legal, únicamente subsanable mediante la intervención del legislador²⁶.

VII. De la misma naturaleza son los problemas derivados de la realización del diagnóstico prenatal que da unos resultados equivocados. Si el error consiste en no detectar anomalías que realmente presenta el feto y la madre decide continuar el embarazo (si aceptamos la hipótesis de que en caso contrario habría decidido acogerse al aborto eugenésico), pero aquel nace con taras importantes, queda excluida la imputación de cualquier clase de responsabilidad penal. Debe recordarse de todas formas que al médico se le reconoce en su actividad diagnóstica un margen de error mayor (y debe admitirse más aún en el diagnóstico prenatal), y aunque se equivoque no podrá sostenerse en un buen número de casos que ha infringido sus deberes de cuidado. La responsabilidad civil en esta clase de negligencia enlaza con lo que se conoce en la praxis jurídica norteamericana como *wrongful life* (cuando el hijo nacido deforme reclama al médico porque su negligencia en informar adecuadamente a los padres ha causado su nacimiento) y *wrongful birth* (cuando los padres reclaman al médico por haberles informado erróneamente sobre los riesgos considerables de tener un hijo con anomalías genéticas)²⁷. Si, finalmente, el error diagnóstico consiste en asegurar la presencia de malformaciones realmente inexistentes que conducen a que otro médico practique el aborto de acuerdo con el art. 417 bis 1. 3ª (hipótesis infrecuente, puesto que el dictamen ha de ser emitido por dos especialistas), la solución será nuevamente la impunidad del que emitió el dictamen por ser atípico el aborto culposo. En cualquier caso, del propio art. 417 bis se deduce el reconocimiento implícito de un cierto margen de error y no solo de incerteza, al decir "que se presume"²⁸.

VIII. En algunos de los casos analizados quedaría de todos modos abierta la posibilidad de responsabilidad civil contractual o extracontractual (a tenor de lo dispuesto en los arts. 1101 y ss. y 1902 y ss. del Código Civil, respectivamente), al igual que en el supuesto de no ofrecer la opción del diagnóstico prenatal a mujeres embarazadas con alto riesgo conocido —en ellas mismas o en su pareja—, impidiendo así adoptar medidas preventivas o curativas en favor del concebido o la decisión del aborto eugenésico.

IX. Las anteriores reflexiones y otras relativas a determinadas acciones no terapéuticas que pueden ser practicadas en el concebido (o que le afectan a él) de la mano del progreso científico y en ocasiones precisamente como soporte de dicho progreso, deben llevarnos a la conclusión de que es necesaria una mayor protección

²³ También restrictivo en cuanto a los sujetos activos del delito, KAPP, *Der Fötus als Patient?*, cit., pág. 280.

²⁴ Sobre la cuestión, véase a TEPPERWIEN, *Prönatale Einwirkungen als Totung oder Körperverletzung?*, cit.

²⁵ Según relata LÜTTGER, *Geburtsbeginn und prönatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen*, cit., pág. 150.

²⁶ Cf. LÜTTGER, últ. lug. cit., págs. 139 y ss.

²⁷ Cf. THOMAS DE WITT ROGERS, *Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing*, en "South Carolina Law Review", vol. 33, págs. 713 y ss. (1982).

²⁸ Véase a ROMEO CASABONA, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit.

jurídica del feto²⁹, incluida la penal, y establecer lo que se ha llamado “un estatuto jurídico del embrión y del feto”³⁰. Esta orientación, aunque de modo parcial, está ya presente de forma indudable en los proyectos de ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos” y sobre “técnicas de reproducción humana asistida”, presentados en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista, que está siendo objeto de discusión parlamentaria en estos momentos, y prevé también la protección del embrión fruto de las técnicas de reproducción humana asistida antes de su implantación en una mujer, asunto del máximo interés, pero que desborda los planteamientos de esta exposición.

²⁹ De las situaciones que revelan una clara desprotección jurídica de la vida humana no nacida me he ocupado en otro lugar: *El derecho a la vida*, Madrid, Ed. Alhambra, (en prensa); y en *El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales*, cit., págs. 8 y ss.

³⁰ Véase, por ejemplo, a BARTHA KNNOPERS, *Le statut juridique du fœtus: du droit comparé au droit en devenir*, en “Cahiers de Bioéthique”, núm. 2, Québec, 1980, págs. 205 y ss.

La descentralización del control social tomada en serio

(Valores, perspectivas y políticas) *

Stanley Cohen

Director del Instituto de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalén

La descentralización del control social debería entenderse como parte de un conjunto complejo de ideologías, teorías y movimientos sociales inspirados en los pensamientos liberal y radical, sobre el control social, de las dos últimas décadas. El objetivo de mi trabajo no lo constituyen el estudio de los orígenes sociales de los mismos, ni tampoco los cambios reales (o supuestos) que los han motivado (o acompañado). En otro lugar [COHEN, 1985a] ya hice tal análisis, y en él expliqué las dos estrategias intelectuales que se han utilizado para exponer los cambios producidos en la teoría del control social y su política. En primer lugar, es necesario precisar los cambios específicos (en la teoría o en la práctica) efectuados en relación con el conjunto de los modelos rectores que han sido diseñados en términos sociológicos, históricos o arqueológicos (progreso, racionalización, extensión de la disciplina, crisis de legitimación, quiebras epistemológicas, u otras). En segundo lugar, hay que concebir estos cambios como la consecuencia de particularizados movimientos de reforma (tales como la derivación**, la antisiquiatría y la descriminali-

* Traducción de Dolores Norris Muñoz y José Ramón Serrano-Piedecasas. Versión original publicada con el título: "Taking decentralization seriously: Values, visions and policies", en *Transcarceration: Essays in the sociology of social control*. John Lowman, Robert J. Menzies, T. S. Palys (eds.), en "Cambridge Studies in Criminology LV, Gower, 1987.

Agradecemos la revisión de esta traducción hecha por la Profesora Doctora Elena Larrauri.

** En inglés original "diversión". Desjudicializar, desviar de los mecanismos normales del procedimiento penal ordinario determinados comportamientos típicos en atención a la personalidad del delincuente (no reincidente, juvenil) o a la naturaleza del hecho delictivo (delitos de poca entidad) N. del T.

zación) y después usar las herramientas proporcionadas por el análisis politicosocial para examinar temas relacionados con la ejecución, consecuencias y evaluación.

Estos son los temas fundamentales que integran la agenda sociológica. Aún estamos lejos de saber por qué el viejo sistema se cuestiona de manera tan radical, cuál es el significado de tales cuestionamientos, qué cambios (si se produjeron) han tenido ocurrencia y cómo explicar el aparente desfase entre las intenciones y los resultados obtenidos.

Este capítulo, sin embargo, no es tanto una contribución a esta literatura analítica, cuanto una ligera y distante reflexión sobre ella. En particular, me interesan las preferencias establecidas o sobreentendidas —valoraciones, previsiones y políticas— hacia las que esta literatura se orienta. Mi método consistirá en hacer el “arduo camino”^{*} que va desde la inspiración, luego la desilusión, hasta llegar a una cautelosa reafirmación.

I. INSPIRADO POR LAS ALTERNATIVAS...

Hay algo genuinamente creativo en el impulso que hace unos veinte años en Norteamérica y en Europa Occidental acaparó la atención de la mayor parte del pensamiento liberal y radical sobre el crimen y el castigo, la desviación y el control social. Por supuesto, hubo precedente (la teoría del etiquetamiento se podría remontar hasta DURKHEIM, la descentralización es la base de la tradición anarquista clásica) y, por supuesto, hubo elementos de confusión, romanticismo y una manifiesta estupidez. Sin embargo, el aspecto creativo de la *deviant imagination* [imaginación desviada] [PEARSON, 1975] tiene sentido al analizar el control social y la desviación como componentes esenciales a la hora de conformar una sociedad sana. Esto es, la teoría y la práctica del control social no se pueden resolver en términos tecnicistas ni positivistas; esas son cuestiones políticas.

Este impulso se expresa de diferentes maneras: en la formación de movimientos cuyo propósito es debilitar, evitar, o incluso abolir las estructuras legales convencionales, el castigo y su aplicación; en la abogacía y en la reciente aparición de alternativas al sistema convencional; en la lucha de diversos grupos marginales, criminales y estigmatizados contra las instituciones y las corrientes de pensamiento que los han encarcelado; en la adaptación de distintas teorías sociológicas e ideas políticas (marxistas, liberales y otras) enfocadas hacia la racionalización de estos movimientos; y en el desarrollo de la criminología, la ley y el trabajo social y la siquiatria de distintas culturas radicales críticas o contraculturas: los intelectuales y activistas dedicados a un replanteamiento de sus especialidades y profesiones.

Estas variadas corrientes de pensamiento y práctica se pueden clasificar de muy diversas formas. Primero, varían en función de su compromiso con lo que he llamado “desestructuración” y lo que en Europa Occidental se conoce como

^{*} En inglés original “*Pilgrim's Progress*”. El autor, aludiendo a la conocida obra de J. BUNYAN (1628-1688), indica que el método de análisis empleado en este artículo se asemeja al fatigoso camino de un peregrino. N. del T.

“aboliciónismo”. Algunas veces el matiz negativo y destructivo era tenue (“Oye, ¿por qué no intentar esto como una alternativa al antiguo sistema?”); otras veces tenía un contenido moderadamente utópico (“primero suprime y después hablemos de alternativas”); otras, el aboliciónismo se proclama como un valor en sí mismo.

Segundo, estas corrientes proceden de movimientos reformistas liberales que eran la continuación del progresismo, del fabianismo y otras tendencias intermedias hacia otras más radicales y teóricamente mejor formuladas —esbozos de un orden social alternativo y no solo una muestra de distintos métodos de control social. En parte pragmática y en parte visionaria—.

Y tercero, se pone un énfasis distinto en lo que debería ser abolido o desestructurado. Algunos dan prioridad a los aspectos institucionales (prisiones, tribunales de justicia, hospitales mentales), otros quieren acabar con los mecanismos convencionales de pensamiento y las categorías cognitivas (criminología positivista, el concepto de delito, y el concepto médico de enfermedad mental). Esto corresponde más o menos a la distinción que hace FOUCAULT entre prácticas no discursivas y discursivas.

Tales variaciones —aboliciónista, radical, e idealista— aparecen en cada uno de los distintos componentes del conjunto desestructurador. Estos componentes se pueden identificar fácilmente en la terminología negativa del “des”, “anti”, o “no”.

1. *Descarcelación* (desinstitucionalización, abolición de la cárcel): cerrar o restringir el uso de las instituciones de reclusión (prisiones, asilos) y establecer un control local, un tratamiento y un cuidado en la comunidad abierta.

2. *Derivación*: sustraer a ciertos delincuentes del ámbito judicial ordinario y confiarlos a la tutela de instituciones surgidas en las bases de la comunidad que no formen parte del sistema oficial.

3. *Descategorización* (también desetiquetación y desestigmatización): para acabar con las distintas discusiones y sistemas cognitivos que crean categorías de desviación social. Así, la descriminalización intenta reducir el ámbito del poder estatal a la hora de calificar como delictivo un determinado comportamiento; el aboliciónismo pretende acabar con el concepto de delito; la antisiquiatría cuestiona totalmente la categoría de enfermedad mental como enfermedad.

4. *Deslegalización* (desformalización, justicia informal y justicia privada): para encontrar nuevas y rescatar antiguas formas de hacer justicia, dirimir conflictos y disputas fuera del sistema penal convencional.

5. *Desprofesionalización*: en lugar del monopolio ejercido por las estructuras profesionales oficiales (asistentes sociales, funcionarios de justicia y siquiátras) establecer una red de control ciudadano, participación pública, ayuda mutua y control informal.

El núcleo central de estas estrategias solapadas (y a veces incongruentes) está unido a la noción del control ejercido por una comunidad descentralizada. En sus versiones menos ambiciosas, se trata de un proyecto propio del reformismo liberal tradicional manifiesto en los intersticios del Estado social democrático. En la versión más ambiciosa los auténticos sistemas hegemónicos del poder y del conocimiento,

identificados con el centralismo estatal, serían desarticulados volviendo al control del pueblo. De manera idealista —tanto para los pragmáticos como para los visionarios— todo eso debería ocurrir en cada uno de los tres fatídicos niveles a través de los cuales los desviados sociales (delincuentes habituales y criminales) son procesados, es decir: identificación (catalogamiento, etiquetamiento, detección), adjudicación (justicia, sentencia, diagnóstico, asignación), y control (distribución, castigo, tratamiento).

La inspiración, tras la prosaica frase “control ejercido por la comunidad descentralizada” se puede entender de otra forma: una perspectiva de *inclusión* más que de exclusión como modo preferente de control social [COHEN, 1985a]. El modo de exclusión tradicional fue el producto de los proyectos originales de racionalización asociada al nacimiento del Estado moderno: centralización, criminalización, clasificación, segregación y profesionalización. Esos proyectos crearon las grandes estructuras de conocimiento y poder que se conocen como “justicia penal” y otros sistemas. La exclusión significa la separación física —segregación, aislamiento, y encarcelamiento— y también separación social: la distribución de individuos en categorías de desviación hacia el proceso que FOUCAULT llama “normalización” (1957).

Los movimientos de desestructuración-abolicionismo, por otra parte, representan el momento en que el impulso inclusivo dominaba la teoría del control social. La estructura del conocimiento y del poder que permite la exclusión están en la actualidad en proceso de debilitamiento, superación o desaparición. Inclusión significa: incorporación, integración, y asimilación. A los desviados se les retiene físicamente el máximo tiempo posible dentro de las instituciones convencionales (familia, escuela, vecindario, lugar de trabajo) y conceptualmente dentro de las barreras del conocimiento establecido. Esto es, “normalización” no según la definición de FOUCAULT (distribución en concordancia con los parámetros de normalidad), sino según la definición contraria del mismo término, dada por LEMERT (1964): acomodación al incumplimiento de las reglas antes de poner en marcha los rituales de la exclusión.

Estas son algunas formas de visualizar las ideas y alternativas de los años sesenta: movimientos reformistas, ataques abolicionistas, ideologías desestructuradoras, visiones de inclusión. El análisis, como dije, continúa: buscar las raíces históricas, los antecedentes, la genealogía de las ideas y la estrategia política.

Pero este peregrinaje sociológico que discurre directamente desde esta observación del pasado a la contemplación de la situación actual del control social se encuentra con problemas de diversa índole. En el discurso de la criminología convencional parece que nada ha cambiado. Ciertamente, hay nuevos cursos y libros sobre las funciones “correctivas de la comunidad” y también es verdad que se habla de nuevas instituciones, profesiones y métodos. Pero no se produce ningún cambio real. Las reformas se han asumido e integrado. Así, en el centro de la reflexión, sigue el trabajo de siempre.

Sin embargo, de acuerdo con la literatura crítica sobre la ley, el control social, la justicia y el Estado —literatura que ni siquiera se autodenomina criminología [PEPINSKY, 1986]—, todo va bien.

2. CONFRONTADO POR LA REALIDAD

Si la última mitad de los sesenta era la época de la contracultura, el amanecer de la Edad de Acuario —destruir las rejas, romper las cadenas, defenestrar a los expertos, revelar las posibilidades de un mundo nuevo—, así, una década más tarde, llegó la Edad del Realismo. Examinando los setenta nos encontramos con un negocio de poco futuro, y al mismo tiempo un negocio sofisticado: desmitificación, no solo de las viejas estructuras fosilizadas —siempre objetivos de fácil crítica— sino también de las alternativas y previsiones que los radicales ofrecieron en los tiempos de bonanza.

Las ideologías conservadoras no tuvieron mucho que ver con este duro trabajo. Liberales, libertarios civiles y científicos del empirismo social les han ayudado sin querer mostrándoles lo siguiente: las buenas intenciones llevan a malos resultados, el tratamiento benévolo termina en coacción, el hacer poco daño es mejor que hacer el bien, todo cuesta demasiado y, de cualquier modo, nada funciona. Los “nuevos realistas en el control del delito” [PLATT y TAKAGI, 1977] no tuvieron mayores problemas a la hora de afianzar su hegemonía.

El discurso radical se tomó más tiempo para llegar a un acuerdo —los radicales no fueron nunca buenos a la hora de evaluar sus propias intenciones—, aunque a la larga una muestra confusa de conclusiones se pone de manifiesto. Una nueva ortodoxia aparece. Entre los intelectuales de izquierda se toma una postura generalizada de distanciamiento y descrédito hacia los consagrados mentores y sus teorías. Por ello, MARCUSE, LAING, ILLICH y FANON fueron calificados de idealistas, utópicos y románticos. La “New Left” pasó a ser un término despreciativo. Se elabora una teoría y una praxis más dura, más severa y más realista —por ejemplo, con el marxismo estructural de ALTHUSSER y (desde una posición opuesta pero igualmente antagónica a la política visionaria de la nueva izquierda) con la severidad histórica de E. P. THOMPSON.

En el todavía más estrecho mundo de la teoría del control social y de la “Criminología Crítica”, el desencanto no fue tan rápido. Todavía en el pensamiento crítico se tratan los mismos temas sobre descarceración y control comunitario [COHEN, 1979; SCULL, 1977], deslegalización y justicia informal [ABEL, 1982a] y (más concreto) antisiquiatría (SEDGWICK, 1982). El reciente trabajo de CAIN (1985) sobre la crítica radical de la justicia informal puede aplicarse a una parte cualquiera o al todo del movimiento desestructurador:

1. *Es innecesaria*: una nueva infraestructura de instituciones se ha establecido para llevar los conflictos que se hubieran tratado y resuelto, de todas formas, informalmente (aunque fuera “amontonándolos”).

2. *Es un fallo en sí mismo*: la justicia informal no es siempre barata; no funciona según los supuestos prototipos (asamblea, tribunales populares); resuelve los casos equivocados (solo los triviales); ejerce más un papel subsidiario que sustitutivo de la justicia; los que la practican y su práctica no se corresponden con los problemas que “en la realidad” afectan a la comunidad local; se profesionaliza, es cooptada

y depende del sistema oficial como punto referencial. En resumen, se vuelve a formalizar.

3. *Es siniestra*: resuelve los problemas del Estado en torno a la legitimación desviando la potencial crítica de la oposición; neutraliza e individualiza los conflictos; enmascara la coacción; amplía las estructuras estatales de control.

4. *Es en todo caso imposible*: el proyecto de transferencia de modelos de una sociedad o tiempo determinado a otro es lamentablemente idealista; la justicia es una instancia organizada, un sistema centralizado y por tanto la noción de justicia informal es una contradicción en sí misma.

La lista de CAIN sobre descarceramiento, control ejercido por la comunidad y derivación podría reproducirse casi idénticamente en todas las evaluaciones desde el final de los setenta. Así:

a) Las reformas y las alternativas se mantienen por razones equivocadas (crisis fiscal, crisis de legitimación, etc.).

b) Las viejas instituciones (prisiones, instituciones juveniles, monopolios profesionales) todavía se mantienen y se están haciendo más fuertes. A pesar del "control ejercido por la comunidad" aumentan los porcentajes de encarcelamiento; a pesar de la descentralización se amplía el ámbito del centralismo estatal.

c) Las alternativas son cooptadas y absorbidas. Estas reformas no son abolicionistas [según MATHIESEN, 1974] sino legitimadoras: el antiguo régimen más que debilitarse se fortalece.

d) Las nuevas estructuras no son ni más baratas, ni más humanas, ni más efectivas.

e) Surgen toda suerte de inimaginables y peligrosos problemas ("los siniestros" resultados de *Cain*): se intensifican y se amplían las estructuras de control social y se camufla la coacción.

A continuación exponemos otra manera de clasificar el sombrío mensaje de los nuevos evaluadores —por medio de la observación de los supuestos objetos del control social—:

a) Los débiles, los desamparados y los enfermos son objeto de un escaso "control". Privados de ayuda, tratamiento y servicios (bajo los auspicios de los libertarios, de los abanderados de la descarceración y de la antisiquiatría), son abandonados a sufrir silenciosamente o a ser explotados por los intereses comerciales. Deberían, no obstante, ser atendidos.

b) Los delincuentes "potenciales" o de poca monta son sometidos a un control más intensivo o camuflado (ampliación de la red de control), en nombre de la derivación o la prevención. Debería dejárseles solos —como lo estaban antes de que las nuevas alternativas aparecieran—.

c) Los involucrados en conflictos menores y disputas son otra vez objeto de nuevas e ineficaces formas de intervención y resolución de los conflictos, que casi llegan a neutralizar los verdaderos conflictos sociales. Debería dejárseles resolver sus problemas de forma natural (como siempre hicieron), o como alternativa permitirles acceder al sistema legal formal.

d) El núcleo duro, los grandes delincuentes, son blanco de una mayor degradación. Como el sistema aparece cada vez más debilitado y permisivo, este colectivo (habituales y reincidentes) parece más desesperado y se convierte con facilidad en el blanco de tal política de incapacitación selectiva.

e) Los poderosos siguen capacitados para continuar con sus depredaciones. Sus actuaciones deberían estar criminalizadas y por tanto ser objeto de persecución penal.

f) La población común es objeto de una mayor y más sutil intervención de los mecanismos del control social. La vida cotidiana llega a estar "controlada" por la "*Crime Prevention Through Environmental Design*"* [Prevención del crimen a través del diseño del medio ambiente], agentes secretos e informadores, nuevos sistemas de vigilancia del espacio público, y bancos de datos. El conjunto de la población es objeto de un control social preventivo aun antes de que ocurra algún acto desviado.

Una última manera de calificar las conclusiones de estas nuevas valoraciones sería decir que las reformas motivadas por el movimiento de inclusión son erróneas. Fallan precisamente porque conducen a otras formas de exclusión. Así, la decisión de quienes propugnan una clasificación formal consigue una mayor separación; las instituciones de inclusión dependen, en lo que se refiere a clientela y espacio de actuación, del aparato de exclusión estatal, que más adelante los absorbe. Las alternativas de inclusión están en manos de profesionales acreditados por el Estado; la dispersión del control, motivada por la descentralización, termina delineando (esto es, previamente incluida) nuevos colectivos; aún más, la inclusión tolerante lleva a formas de separación ecológica y a distribución en *ghettos* de la población desviada.

Todas estas formas son distintos modos de llegar a un mismo tipo de conclusiones. Las cosas no se resuelven de la manera que se pretendía; las consecuencias imprevistas son siempre negativas; las cosas son peores de lo que parecen y aún serán peores.

Por supuesto, todo esto no es más que una caricatura; la nueva literatura no refleja uniformidad en su tono y en su dirección. Existe una gran diferencia entre la crítica que desde el comienzo considera sus principios equivocados y aquella que conserva al menos algunas de sus previsiones sin ver el fracaso como algo inevitable. A pesar de ello la literatura está llena de incongruencias. Algunas veces las nuevas pautas parecen siniestras por novedosas e incomprensibles, y otras porque parecen una réplica de la misma vieja historia. Las alternativas son denunciadas a la vez por su proliferación y por el hecho de que en la actualidad no están siendo puestas en ejecución. ABEL, por ejemplo, después de demostrar que el informalismo aumenta el control del Estado, neutraliza los conflictos, redistribuye los recursos del Estado entre los privilegiados, aumenta los intereses profesionales y legitima el Estado y el capital. Al respecto dice: "A pesar del actual auge del informalismo, hay relativamente pocos programas y los que existen carecen de fundamento y

* El autor hace referencia al movimiento CPED que propugna una remodelación de los ambientes urbanos a los efectos de reducir las oportunidades en la comisión de delitos. N. del T.

son poco conocidos" [1982a, p. 305]. Algunas "actividades con éxito" —centros de rehabilitación de violados, movimientos gay— son aplaudidas en exceso, para ser luego ignoradas en una evaluación global.

Para ser caritativos con los que tomaron parte en este proceso de desenmascaramiento diremos que la confusión existe en el mundo y no solo en las diferentes teorías de los observadores. El resultado de los movimientos desestructuradores es, en verdad, complicado, ambiguo, contradictorio —y dialéctico. Pero solo se da a conocer la parte más oscura de la dialéctica—. El recorrido desde la literatura radical sobre el control social de la década de los sesenta a su equivalente en los ochenta supone no solo confusión (lo cual estaría bien), sino también un sentido distinto de lo posible.

3. INMOVILIZADOS POR LA DESMITIFICACIÓN

Se han propuesto varias teorías —de diferente nivel de sofisticación y persuasión— para explicar cómo surge este triste estado de cosas. Ellas se pueden clasificar en cuatro grandes grupos:

a) Los valores originales, las visiones y preferencias todavía se recomiendan (o por lo menos no se denuncian), aunque existe un problema político. Los programas no se han aplicado en la forma que deberían haber sido utilizados. Las cosas no marchan bien. Se ponen ideas aceptables al servicio de organizaciones —sin embargo, el plan se desvirtúa por falta de comprensión, por mala distribución de los recursos, o por obstruccionismo político—.

b) Una más sofisticada versión de esta primera teoría no cuestiona los valores originales, aunque culpa del fallo a los profesionales. Actuando (como siempre) por propio interés y tratando de expandirlo a toda costa, los profesionales deforman y embotan cualquier impulso radical, manipulándolo para sus propios fines. Así, la policía toma a su cargo los programas de derivación; los expertos organizan arreglos de conflictos; los sicoanalistas comienzan con las terapias de grupo.

c) Otra versión de las dos primeras teorías (asociada a los relatos ya conocidos de DAVID ROTHMAN [1971, 1980]) dice que existe una tensión histórica repetida entre "conciencia" y "conveniencia". Otra vez, se da un proceso de adaptación y cooptación: las organizaciones y los profesionales asimilan buenas ideas pero las transforman para conseguir el imperativo control de la dirección y un más amplio espacio funcional. Incluso, las ideas mismas —la conciencia, el buen hacer, la reforma humanitaria— parecen sospechosas. Existen límites para la benevolencia.

d) El grupo final de teorías apoya una omnisciencia incorporada a todas las reformas sociales liberales. Dispone del aparato conceptual adecuado, y ve claro desde el principio que nada bueno procede de las visiones de reforma original. Es obvio que estas ideas tienen propósitos ocultos, y es igualmente obvio que fallarán porque se apoyan en procesos históricos falsos (una ampliación de la disciplina, racionalización, o lo que sea), que se revelan con independencia y a pesar de las intenciones y proclamas de los reformadores.

Cada una de estas teorías tiene sentido en su propia trayectoria. Pero en este momento me hallo menos interesado en su adecuación a la explicación causal, que en la prioridad política que se deriva del análisis. Lo que nos encontramos aquí es que los modelos que parecen analíticamente más débiles —aquellos que insisten en la extraña disfunción entre teoría (conocimiento) y práctica (poder)— son los que permiten también una más transparente lectura de valores. Si decimos que una buena idea estuvo mal ejecutada, la idea sigue siendo buena. Pero si afirmamos que todas las buenas intenciones terminan mal o (según las teorías más sofisticadas y radicales) que, de todas formas, las buenas intenciones no importan demasiado, entonces no queda muy claro lo que opinamos de los valores que hay tras estas intenciones.

¿Por qué importa todo esto? Pues porque los proponentes de estas ideas originales desestructuralizantes/abolicionistas no fueron siempre "ellos"; esto es, la gente que critica las teorías; los directivos, los burócratas, los criminólogos, los poderosos. Ellos éramos nosotros. Nosotros éramos los que queríamos abolir las prisiones, debilitar los monopolios profesionales, encontrar formas de justicia y resolución de conflictos fuera del sistema judicial, minar el poder del Estado centralizado, crear posibilidades para el desarrollo de la justicia social y la auténtica comunidad. La investigación crítica ha descubierto la falacia de los planteamientos originales, pero la efectividad de este trabajo desmitificador es un tanto embarazosa. Hay que distanciarse de esta ideología y de estas reformas, disminuir el apoyo entusiasta que se les prestó como resultado de una falsa representación o como producto de un exceso de juvenil exuberancia. La vida parece más complicada con los años; sobre el primer amor se dice: "bueno, no estaba realmente enamorado en aquella ocasión, solo lo pensaba".

Este distanciamiento reviste dos formas. La primera supone una confirmación del papel del intelectual como un extraño y simplemente resume la importancia de la tarea radical de la desmitificación. La teoría crítica continúa denunciando defectos, desvelando y poniendo de manifiesto que las cosas no son como parecen y, por supuesto, nunca son mejores de lo que parecen. En su extremo, esto conduce a un tipo de imposibilismo radical que afirma que todas las reformas están sentenciadas y que desconfía de cualquier proyecto de cambio real que suponga una transformación del orden social. Este *pesimismo radical* se une al pesimismo conservador de "los realistas del control del crimen" (el pueblo y la sociedad están más allá del cambio, conformémonos con las viejas recetas por parciales que sean) y el más reciente pesimismo neo-liberal (la benevolencia conduce invariablemente al mal, más que hacer el bien evita el daño, conformémonos con objetivos más restringidos).

En su conjunto esta es una conocida postura: pesimismo combinado con el miedo al reformismo. La segunda forma de distanciamiento es, sin embargo, bastante extraña: un completo cambio de las primitivas posiciones. Confrontados por un lado con los fallos aparentes de las opiniones radicales de los años sesenta y, por el otro, con la hegemonía de la ideología conservadora, un grupo influyente de criminólogos radicales de Gran Bretaña y Norteamérica ha comenzado un masivo balance de sus primeras teorías y de sus previsiones políticas. El resultado ha sido

la aparición de lo que se ha venido llamando la “izquierda realista”, “socialismo realista”, o “posición radical realista”¹. Con alguna ironía el término “realista” —usado desde hace menos de una década para denunciar la poca prometedora e inimaginativa política de conservadores y neoliberales— ahora se afirma orgullosamente como un valor.

Este no es lugar para un resumen, tampoco para una completa evaluación de este nuevo e importante paradigma, ni para sus implicaciones con la criminología teórica. En un sentido más estricto, lo que sucede con la ideología desestructuralizante es que surgen dos ramas en la postura de la izquierda realista: la primera, en un sentido metateórico, se dirige directamente hacia los cambios de la más amplia cultura intelectual de izquierdas. Las teorías de los años sesenta —etiquetando la primera fase de “la nueva criminología”— se califican como el producto de “los excesos de la *New Left* [Nueva Izquierda]”: son “románticos”, “pequeño burgueses”, “fanonistas”. Sobre todo, las nuevas teorías eran culpables del crimen mental del “idealismo de izquierdas”: ellas han sido elaboradas simplemente por la inversión de los paradigmas del positivismo y del correccionalismo. Pero este proyecto idealista no refleja simplemente la realidad social. El crimen no es un mito sino una amenaza real para los desposeídos del poder (clase trabajadora, mujeres, minorías); los planteamientos positivistas tradicionales de la causalidad siguen pendientes; el tema no es abandonar la ley y el orden, sino construir una versión socialista de la ley y el orden. La lucha debe entablarse en el propio campo conservador —la realidad del delito— y no en una futura tierra prometida.

Esto lleva a una segunda derivación del paradigma realista de izquierdas: la apreciación renovada de ciertos elementos del viejo sistema. La ley penal —criminalización y punición— debería ser conservada para el delito callejero y ampliada en su aplicación para las conductas delictivas de los poderosos²; se debería democratizar y socializar la policía, más que atacarla calificándola de represora; las prisiones deberían seguir subsistiendo; los débiles deberían ser protegidos por la ley. Las zonas vulnerables del sistema —asistencia social, salud, tratamiento y rehabilitación—, en vez de ser atacadas como formas encubiertas de control social, deberían ser defendidas de los frontales ataques de los conservadores en el *Welfare State* [Estado Social].

Estamos presenciando, entonces, la aparición de una *regresión radical*, que CAIN (1985) denomina “formalismo defensivo”. Conscientes de los fallos de las visiones originales (pero demasiado sofisticados como para echarles la culpa de los problemas técnicos que implica su puesta en marcha); contemplando un sistema que aún es opresivo, injusto e ineficaz (para el cual la visión inclusiva no presenta una solución inmediata); enfrentada con ruidosas y organizadas víctimas (tales como las mujeres que sufren de la violencia masculina) que desean una verdadera protec-

¹ Consúltense la Revista *Crime and Social Justice*; por ejemplo, PLATT (1982); TAYLOR (1981); LEA y YOUNG (1984) y, más en concreto, YOUNG (1985).

² En otro lugar (COHEN, 1985 b), me ocupo de cómo la criminalización aparece en el nuevo paradigma crítico.

ción (aunque a través de la plena protección estatal y no por alguna mítica “comunidad”); insatisfecha con un mero desenmascaramiento (y queriendo sugerir cambios que formen parte de un programa político a largo plazo), la izquierda realista ha llegado a una clara meta teórica.

Todo esto es claro y convincente. Afrontando las realidades del control social en las sociedades que presenciaron el impulso desestructuralizante de hace veinte años, la desmitificación, el pesimismo, el formalismo defensivo y la regresión son respuestas perfectamente comprensibles. Desde cualquier punto de vista —la salvaguarda y la seguridad del ciudadano medio, la asistencia personal al delincuente, las necesidades de la víctima, el sentido general de la justicia— las cosas van mal.

Mi duda es si la autodenuncia es la única salida del abatimiento más profundo.

4. ILUSTRADO POR LA MEMORIA

Hay dos salidas alternativas. La primera es política: una prudente reafirmación de los valores originales tras las visiones desestructuralistas/abolicionistas/inclusivas. La otra es analítica: una lectura ligeramente distinta de la literatura sobre control social. Estas soluciones expresan lo que CAIN (1985) denomina con finura “grito de esperanza”. Como ella dice, incluso el coro de pesimistas radicales sobre la justicia informal (el desesperante sentimiento de que el mal que ya conocíamos, la justicia formal, puede ser mejor) “...es ocasionalmente interrumpido por un atenuado grito de esperanza de la izquierda, de que por alguna hazaña dialéctica pudiese surgir una justicia humana y popular genuina” [CAIN, 1985, p. 335].

Por “cauta reafirmación” aludo al reconocimiento de que los valores por los que juzgamos al sistema como negativo son exactamente los mismos que conforman la perspectiva original. Esto es, los ideales inclusivos que entonces parecían atractivos, son igualmente atractivos ahora. Es lógico que se busquen alternativas más humanas, justas y factibles a los mecanismos de detención, juicio y pena del sistema penal. Tiene sentido todavía afirmar que la solidaridad, la buena vecindad y la verdadera comunidad son preferibles a las soluciones burocráticas, profesionales y al centralismo del Estado (y que esta perspectiva afecta a las necesidades síquicas y sociales, y no es solo una maniobra para desviar la atención de los auténticos conflictos sociales). Las críticas a la deshumanización y al irracionalismo de las cárceles son tan válidas hoy como hace veinte años. No es imposible imaginar una forma de terminar con la imparable categorización de los desviados... etc.

De hecho, incluso en alguna de las críticas revisionistas más duras, no se reniega completamente de esos valores originales. ABEL, por ejemplo, después de una crítica demoleadora de lo que pasa por ser “justicia informal”, reconoce que “Es apoyada y adoptada por reformadores y litigantes precisamente porque expresa valores que conllevan una amplia y meritoria lealtad: la preferencia de la armonía sobre el conflicto, por sus mecanismos que ofrecen un acceso igualitario a la mayoría en lugar de un desigual privilegio favorable a la minoría, que opera con mayor rapidez y economía, que permite a todos los ciudadanos participar en la toma de decisiones

en lugar de limitar la autoridad a los profesionales, que es familiar y no esotérica y que se apoya en un sustancial logro de la justicia más que frustrarla por motivos formales" [ABEL, 1982a, p. 310].

Una vez recordados estos valores, parece el momento oportuno de acercarse a las evaluaciones revisionistas (y al resto de la literatura del control social de diferente manera). Esto requiere un abandono consciente de la idea de que en la actualidad se es más radical (¡y más realista!) que en el pasado y que se debería sospechar de las democracias capitalistas cuando pretenden ser benevolentes. Ambas suposiciones se combinan en lo que FOUCAULT denomina "... una amplia y fácil tendencia, que uno debería combatir, la de designar lo que acaba de suceder como enemigo número uno, como si fuere esta la forma más importante de opresión de la cual hay que librarse" (1984, p. 248).

Descartadas estas suposiciones, se debería fomentar en su lugar, primero, una sensibilidad de éxito (aunque sea ambivalente), y segundo, una actitud inductiva y experimental.

Primero, ¿Qué sucederá si buscamos el éxito en lugar de esperar el fracaso, o por lo menos formulamos algún criterio pragmático sobre los que podría significar un éxito relativo? Esta es la estrategia que CAIN (1985) sigue en su reevaluación de la literatura sobre la justicia informal. Ella reconoce un determinado tipo de valores, observa cómo se está actuando y después extrapola el éxito —aunque sea breve, inestable y vulnerable— de las efímeras historias de las "instituciones prefiguradas" desde que surgen hasta el momento en que son cooptadas. Este es el tipo de características del éxito que CAIN encuentra en la historia de la justicia informal: la identificación de clase es abierta y explícita; el destinatario es un sujeto colectivo; de igual forma, se ve la oposición en términos de clase; hay una solución "profiláctica" a largo plazo (por ejemplo, la educación y politización) y no solo una resolución del caso concreto; la institución actúa más allá de la sede del tribunal (por ejemplo, con piquetes, manifestaciones); las organizaciones de trabajadores son responsables de la colectividad para quien trabaja (y no el cliente individual, el empresario, el profesional o el Estado); la organización interna de la institución es democrática y antiespecialistas. CAIN continúa destacando la ausencia de estas características en otras formas de justicia: profesional, populista e incorporada.

Esta es una estrategia recomendada para conseguir que el "grito de esperanza" sea un poco más llamativo —aunque yo esté en total desacuerdo con el sistema de valores que CAIN utiliza—, esto es, lo que es bueno desde un "punto de vista de clase" o para los "intereses de la clase obrera". Preferiría otro tipo de criterios y no uno dependiente de las categorías marxistas (o cualesquiera otras) que se basen en la opinión del intelectual acerca de cuáles son los intereses objetivos de otro grupo. Y este criterio debe tener un sentido ambivalente sobre lo que constituye éxito y fracaso. Por ejemplo: se puede decir que la descentralización y la inclusión han fallado por su gran implicación (en lugar de poca, como se pretendía) en el tema del control de la desviación. Pero hasta el punto de que esta implicación procede de la gente corriente y no de autorizados funcionarios del Estado central, este es el tipo de éxito que debería impulsarse.

Segundo —y más en concreto—, la actitud inductiva no parte de criterios abstractos o intenciones programáticas que tendrían que satisfacer casos particulares, sino más bien al revés, comienza con los casos mismos. No podemos hablar de antemano de formas fijas (autonomía, informalidad, mutua ayuda) que siempre serán "correctas", o de alianzas políticas que siempre serán "equivocadas". El campo político se convierte más bien en el lugar donde se aclaran los valores promovidos.

Hay que cultivar, en otras palabras, la actitud pragmática y experimental. La experimentación y la investigación deberían utilizarse para identificar los modelos que casi funcionan (en el sentido de su aproximación a los valores deseados) y los que fallan claramente (por socavar tales valores). Eso significa examinar los valores preferentes para ver cuáles son los principios implicados en ellos —¿cómo sería el control descentralizado de la comunidad?—, lo cual no quiere decir que se juzguen los resultados solamente en función de su concordancia con los objetivos previstos. La pregunta es: ¿qué está sucediendo?, y no ¿lo que está sucediendo es lo que se intentaba que sucediera? Es esta una postura útil, no solo para el pragmático de la política social sino también para los analistas que están tan atrapados en la retórica de las consecuencias deseadas frente a las no deseadas, que él/ella pasan por alto esos determinantes de la política social que son externos al sistema original de valores.

La siguiente cuestión para ser inductivo es *dónde* buscar el éxito (aunque limitado y ambivalente) y las oportunidades. Para después, una vez localizados estos aspectos, ver cuál es su relación con el orden social en su sentido más amplio. Estas cuestiones se han expuesto, de hecho, en la literatura referente al control social, pero las respuestas han sido parciales. Los simples defensores de la comunidad y de la descentralización se equivocan al imaginar que su proyecto puede permanecer alejado de la estructura del poder, mientras que los desmitificadores y los críticos yerran al pensar que estos proyectos están totalmente contaminados por el mundo exterior y que nunca se podrá vislumbrar a través de ellos un orden social diferente.

Este debate solo tiene sentido en términos de polaridad, lo cual es tan viejo como la misma sociología: micro frente a macro, reforma frente a revolución, autonomía frente a dependencia. En la teoría del control social, las versiones más interesantes de estos debates proceden de, primero, el pluralismo legal —con su teoría de cómo conceptualizar la relación entre los órdenes normativos locales y la más amplia estructura social—; y segundo, de FOUCAULT, con su teoría de los microsistemas de poder, cuya lógica no es reducible a las manipulaciones del capital.

Más tarde volveré a la teoría de FOUCAULT sobre el poder local; sin embargo, paso ahora a perfilar, según la literatura legal pluralista, la noción de "campo semiautónomo" [MOORE, 1978]. Hay unidades sociales que pueden generar reglas, costumbres y símbolos internamente y que disponen de medios para inducir la conformidad, pero que son vulnerables a las reglas y las decisiones del mundo exterior. Este es el terreno en el que se pueden estudiar las diferentes visiones del control comunitario descentralizado; obviamente se trata solo de una relación de temas y no de un examen de los mismos.

El primer y más obvio lugar para la observación es el estado actual de experimentación de las formas descentralizadas de control comunitario y justicia informal. De eso trata la literatura que acabo de mencionar, y solo quiero citar un ejemplo al azar de cómo estos campos deben utilizarse para clarificar los valores.

Así, tenemos la experiencia obtenida en los *Community Boards and Citizens Panels* [Consejos de Comunidad y Comités de Ciudadanos] en San Francisco³. Por una parte, las discusiones que se plantean en el Consejo son las más de las veces triviales, los participantes más débiles parece que se beneficiarían más de los acuerdos legales formales, y el conflicto social se neutraliza en forma prematura. Por otra parte, hay pocas muestras de control estatal directo; el proceso en conjunto es voluntario; los participantes "confían" su problema al *Board* [Consejo] mejor que al Estado; los conflictos se resuelven antes de que se conviertan en "delitos"; se alienta a las partes a responsabilizarse totalmente de sus acciones; no hay ni costas ni profesionales de la abogacía; y existe la posibilidad de encontrar una solución aceptable para ambas partes.

Con respecto a un orden social más amplio, se mantiene la crítica. Pero en sí mismo el campo genera valores y experiencias que tienen su propia autonomía.

El segundo campo se encuentra en las organizaciones que se crearon por víctimas de diversa índole y por colectivos de desviados durante las dos últimas décadas, que se organizan con base en la autoayuda, ayuda mutua y formas similares. Estas modalidades de auto y mutua ayuda —en otro tiempo limitada a grupos étnicos urbanos⁴— han tomado diferentes formas: la de "desviados anónimos" (jugadores, adictos, alcohólicos y asociaciones de obesos). Organizaciones dirigidas, asistidas y controladas por desviados o exdesviados; los métodos de tratamiento no son profesionales y en régimen de cooperación tales como clínicas alternativas, centros para mujeres víctimas de violación o maltratos domésticos y hogares comunales para menores huidos de sus casas.

Sorprendentemente, en la literatura especializada se ha concedido poca atención a este modelo como forma de control social. Como notable excepción, DAVIS y ANDERSON (1983) distinguen por separado la auto y la mutua ayuda como un modo de control junto a la custodia y tutela comunal. Asimismo, dividen este tipo en diversas formas, según los distintos grados de incidencia en la vida de los clientes (o "miembros"), un continuo que va desde las organizaciones sectarias o de culto (religiosas, místicas, antidroga) caracterizadas por un control total y autoritario sobre la vida de sus miembros, a grupos "transformativos" (tales como colectivos feministas), pasando por grupos de mutua ayuda (tales como los *Weight Watchers* [Controladores de peso]).

³ En este punto, manejo información dada por RAYMOND SCHONHOLZ en la Conferencia Internacional sobre "La Abolición de la Prisión". Amsterdam, junio 1985.

⁴ AUERBACH (1983) describe la continuidad entre los sistemas orgánicos de justicia y la autoayuda desarrollada por las minorías étnicas urbanas en los Estados Unidos, y después los experimentos más lúcidos sobre la "justicia sin ley".

Las características de este modelo —como está descrito por DAVIS, ANDERSON y otros observadores simpatizantes— son próximas al criterio seguido por CAIN sobre la justicia informal. Estos incluyen: acuerdo ideológico; politización del lenguaje de la incompetencia, la dependencia y el estigma; los medios no están seleccionados en función de su pragmatismo, burocracia o criterios profesionales de eficacia, sino porque sirven para expresar y representar el punto de vista de sus miembros; un explícito antiprofesionalismo (desmitificación de la experiencia profesional, puesta en común de recursos y conocimientos); defensa de un cambio social más profundo (o, en algunos casos, distanciamiento del orden dominante); organizaciones internas y democráticas (no jerarquías formales o división del trabajo, la autoridad depositada en la colectividad, reglas formales mínimas); una tendencia a personalizar, moralizar y sacralizar el cambio y el compromiso del control social (autocrítica, reforma del pensamiento, uso enfático de mitos tales como "total abstinencia", "total control de las mujeres sobre su cuerpo"); autofinanciación, independencia del Estado... y descentralización.

No es este el lugar para considerar las numerosas objeciones intrínsecas a estas formas de control (tales como los peligros de la irracionalidad autoritaria que condujeron a Jonestown) o su potencial capacidad de cooptación por el aparato del Estado. Insistiremos de nuevo en que estos son los modelos vigentes del control comunitario descentralizado. Si se toma seriamente este punto de vista, esos son los lugares apropiados donde aquellos modelos deben ser examinados.

Un tercer campo, referido a los sistemas de actuación de la justicia privada. En ellos se incluye el tipo de sistemas formales tales como los tribunales laborales, los consejos laborales y las asambleas sindicales, bien documentadas tanto en la literatura sobre las industrias de autogestión, como en los sistemas informales complejos de justicia privada estudiados en las más recientes publicaciones sobre la economía sumergida, el delito laboral y la desviación organizada.

Como sucedía en el ámbito de la ayuda mutua, este campo ofrece grandes posibilidades tanto al estudioso como al defensor del control descentralizado. En la actualidad existe un abundante material factual. También hay grandes debates, por ejemplo, entre los que propugnan perpetuar los controles normativos espontáneos utilizados por los involucrados en la economía sumergida y los que ven peligros en la formalización del autocontrol. Por ello advierten a los trabajadores de la necesidad de dejar abiertas las auténticas vías de resistencia y de proporcionar un medio disciplinario eficaz distinto de la protección dispensada por la norma⁵. También se trata de una literatura sensibilizada con la cuestión de la relación entre campos semiautónomos y el orden social en sentido amplio [cf. HENRY, 1985].

Cuarto, la investigación y la teoría tienen un aliado —mejor investigado por los pluralistas legales en sus trabajos sobre campos autónomos— relacionado con organizaciones que generan sus propios mecanismos internos de justicia, regulación

⁵ Para una revisión —desde el punto de vista de la última postura de este debate— consúltense a SCRATON y SOUTH (1984).

y disciplina. Los más documentados ejemplos incluyen el ejército, asociaciones profesionales e instituciones educativas, tales como universidades.

El quinto grupo de literatura, que se desarrolla por sí mismo pero que los estudiosos del control del delito desatienden desafortunadamente, trabaja con comunas planificadas o efectivas, colectivos de otros tipos de organizaciones sociales utópicas. En la larga historia de este tipo de vida alternativa y el estudio intensivo de experiencias tales como los *kibbutz* israelíes, se da una gran riqueza de material sobre la reglamentación y el control de la desviación. Temas como autonomía, dependencia y cooptación; la importancia preeminente del compromiso ideológico de todo el colectivo sobre el acto aislado; o cuando el control interno toma el carácter de ley; cuando los controles de exclusión (tales como la expulsión) se toman del modelo dominante inclusivo... todos estos son temas muy trillados.

Un sexto grupo de experiencias no está definido y apenas existe como un "campo semiautónomo" separado. Consiste en una serie de formas de vida y trabajo comunal, más o menos espontáneas, que surgieron en los movimientos de la década de los sesenta: feminismo, movimientos antinucleares, defensores del medio ambiente. Hasta el punto de que estos movimientos se basan en las tradiciones utópicas y anarquistas, están próximos a la categoría anterior pero son mucho menos organizados, acompañados y coherentes que, digamos, un *kibbutz* o una comuna. STEINERT —que ve todo esto como un prometedor desarrollo hacia el abolicionismo— se refiere a una "reaparición" en los países europeos durante los últimos veinte años de "... una subcultura con su propia infraestructura de lugares de encuentro, unidades de producción y distribución, actividades culturales, medios diferentes de vida..." [STEINERT, 1986].

Séptimo, y último, existe la posibilidad de estudiar no un tipo particular de campo semiautónomo sino contemplar las sociedades en su totalidad, las que se caracterizan por un control social no estatal y no centralizado (tales como la sociedad acéfala tradicional), o las que permiten que afloren tales tipos de control. En la literatura antropológica⁶ aparecen síntomas estimulantes, aunque velados, de interés criminológico. Asimismo, un creciente interés en China permite el estudio de evoluciones históricas desde el modelo descentralizado, no burocrático, no estatal, hacia una aproximación al modelo occidental.

En este contexto, la totalidad de las sociedades que pretenden poseer una legalidad socialista también interesan. Debería decirse, sin embargo, que sus ejemplos han sido poco estimulantes para los defensores del control comunitario descentralizado: la culpabilidad por asociación; el principio de equivalencia; la privatización del dominio público (ciudadanos que utilizan el sistema oficial para satisfacer cuestiones personales) y la intromisión del Estado en la vida privada; la tendencia hacia una pura instrumentalización.

⁶ Téngase en cuenta especialmente el último libro de MICHALOWSKI (1985), el único que conozco que hace una comparación seria entre "el orden y el conflicto en las sociedades primitivas" y la naturaleza de la ley estatal.

Para cualquiera que quiera acercarse seriamente a la visión de un control comunitario descentralizado, mi sugerencia es que tenga en cuenta estos siete "campos" en su conjunto para llegar a conclusiones generales. En particular: ¿Cuáles son las condiciones para conseguir el éxito (según nuestro criterio y teniendo en cuenta los valores originales) y cuáles son los límites que impiden conseguirlo? El objetivo de este estudio no es mejorar el nivel moral (sociológicamente ya no se requiere más optimismo, ni pesimismo) sino hacer justicia en el terreno de la realidad social.

Mis conclusiones provisionales son bastante simples y previsibles: cuanto más lejos vayamos en el discurso de la justicia penal, más fácilmente encontraremos las condiciones requeridas para conseguir esos logros. Más aún, este tipo de éxito se consigue en los campos donde no se percibe al control social como una función separada.

El único modo de llegar a este tipo de generalización (y sus límites políticos) es evitar las terribles garras de la criminología. FOUCAULT tiene razón cuando dice que esto no es completamente posible —ya que nunca podemos salir de nuestro propio discurso—, pero incluso dentro de los límites de la criminología, mi conclusión sería "conocimiento reconocido". En la primera página de todo libro de texto sobre desviacionismo y delito está la verdad que solo los movimientos abolicionistas han tomado en serio: el hecho de que el sistema penal no es la única forma de control. La izquierda realista acierta al atacar la primera fase del paradigma crítico por su inversión idealista de la criminología positivista/correccionista. Pero volver al terreno del modelo de la justicia penal tradicional —aunque sea justificable en otros campos teóricos y políticos [YOUNG, 1986, 1987]— no significa solo abandonar la opinión del control comunitario descentralizado, sino renunciar a una herramienta más importante para crear una criminología alternativa.

No se pueden tener ambas modalidades, esto es: ley penal y descentralización. Para ser realista con la ley y el orden hay que ser irrealista (esto es, imaginativo) sobre la posibilidad de un orden sin ley. Tomar en serio la descentralización supone ser abolicionista.

Ello no es simplemente porque estos valores sean difícilmente realizables en los intersticios del sistema penal, sino porque la verdadera naturaleza del sistema debe anularlos. Las evaluaciones realista/pesimistas son, otra vez, bastante correctas. Recordemos los valores originales que, en el idealismo de la década de los sesenta, se veían como deseos humanos básicos, frustrados por la cultura. Así:

- 1) El deseo de *comunidad*: deseo de vivir en una entidad colectiva completa y visible de cooperación verdadera y fraternal.
- 2) El deseo de *compromiso*: deseo de llegar a participar directamente en los asuntos sociales e interpersonales...
- 3) El deseo de *dependencia*: deseo de compartir la responsabilidad del control de los impulsos propios y de la dirección de la propia vida [SLATER, 1970, p. 5].

Me parece que estas no son las propuestas acertadas para conseguir "los deseos humanos básicos", y hay buenas razones para rechazarlas como valores absolutos. Pero no hay duda que no pueden satisfacerse por el sistema penal —incluso cuando se intenta, y especialmente cuando se intenta—. La ley penal está caracterizada de

forma correcta por los abolicionistas como una organización que mantiene el monopolio a la hora de definir cierto comportamiento criminal y después castiga ese comportamiento mediante la imposición de una pena deliberada. Si se quiere limitar ese monopolio —y la descentralización es seguramente una forma de hacerlo—, entonces la última cosa que deberíamos hacer es permitir al sistema que se ocupe de la comunidad. Debemos retirarles, no dárselas.

Para expresarnos de otra manera: en el “verdadero” control comunitario descentralizado, no solo encontramos estas características reseñadas en la relación comparativa de esos “campos” (fuertes ataduras a movimientos sociales como el feminismo, una estrategia de educación política, democracia interna, etc.), sino el criterio manido de una relación crítica e independiente del sistema penal. Los realistas de izquierda piensan que este *status* crítico independiente se puede conseguir luchando contra el sistema en su propio terreno. Pero la esencia del poder del Estado no está solamente en la forma como emplea sus recursos de criminalización y castigo, sino en su inicial poder normalizador —es decir, su monopolio radical para definir lo que está bien—. Mientras esto suceda, no es suficiente con exigir control ciudadano de la policía o incluso a patrullas de ciudadanos.

Así “tomarse en serio la descentralización” implica introducir los dos proyectos clásicos abolicionistas. El primero es encontrar alternativas a la ley penal en el campo de la legislación civil, daños y otros tipos de disputa y solución de conflictos. El segundo es especificar, para luego alcanzar el tipo de condiciones estructurales en las cuales se pueda dar el control comunitario verdadero⁷.

Los abolicionistas son criticados precisamente porque son románticos, ingenuos y faltos de capacidad para tomarse con seriedad estos proyectos. Y en realidad, mucha de esta crítica está justificada —aunque dudo si a abolicionistas como CHRISTIE o HULSMAN les importe que se les llame románticos, y si les impresionan los típicos argumentos en favor de la ley penal—. Mi propia postura se encuentra entre la de los abolicionistas y la de los realistas. Mi consejo se orienta hacia una reafirmación prudente de los valores que avalan el control comunitario descentralizado —“prudente” en el sentido de que no los entiendo como valores absolutos que anulan el resto—. Y en lugar de abolición —que es irreal— yo propondría lograr el triunfo por *agotamiento*: un gradual alejamiento de la ley penal, pasando por un proceso de negligencia benigna, hasta que aquella solo sea usada cuando no quede otra alternativa.

Esta prudencia deriva de un serie de viejos problemas, que son demasiado obvios para detallar. Todos ellos son variantes de la falacia de extrapolar valoraciones obtenidas de una pequeña sociedad homogénea a una gran sociedad jerárquica. Así:

⁷ Estas, por ejemplo, son las condiciones de CHRISTIE para un “bajo nivel de imposición de la pena”: un estrecho conocimiento personal; ningún grupo tiene el monopolio sobre el poder; los que dictan sentencias son vulnerables y responsables; los miembros del grupo son interdependientes; los miembros comparten creencias tales como “cada ser humano posee un alma” (CHRISTIE, 1981, págs. 81-91).

a) Existen tipos de daño, pérdida e injusticia infligidos por organizaciones, corporaciones, el Estado y los poderosos, que son difíciles de valorar de otra forma que no sea la “delictual”, y para las cuales hay escasas y efectivas alternativas que no provengan de la ley penal.

b) Los modelos de control informal no estatal, no solo dejan al poder intacto sino que —como los realistas señalaban— dejan a los débiles y a los grupos minoritarios menos protegidos (los abolicionistas dicen que en realidad tampoco ahora están mucho más protegidos, sin embargo ello no es un argumento suficiente en favor del informalismo).

c) Toda la ideología que pretende gobernar formas de control comunitario no es siempre deseable. Solo tenemos que ver el tipo de sagrados juicios hechos —de diferente manera— por diversos cultos religiosos, la criminología positivista y los sistemas políticos autoritarios. En cambio, nosotros quizás preferiríamos el limitado enfoque del modelo que “regresó a la justicia”. El neoclasicismo, como CHRISTIE correctamente señala, da demasiada importancia al aspecto factual, pero algunos actos son demasiado triviales como para tener que preocuparse por el individuo.

d) Contrariamente a lo que los abolicionistas sostienen, no todos los actos calificados como delitos son auténticas formas de conflicto, disputa o desavenencia. Solo mediante la ampliación del sentido de estos conceptos más allá de todo reconocimiento, podríamos traducir el control del delito en esos términos. El que roba a mano armada no está en conflicto con el guardia de seguridad, la industria que vierte sustancias tóxicas no está en disputa con la comunidad, el infractor de las normas de tráfico no está en desavenencia con nadie.

e) En una sociedad en la que el poder del control está en manos no solo del Estado sino del mercado comercial, y en particular en las de los intereses de las grandes empresas, las formas no estatales de descentralización pierden su valor. En ninguna parte se comprueba esto mejor que en la floreciente literatura crítica sobre seguridad ciudadana. A primera vista, lo que sería mejor: autonomía del control estatal, descentralización, enfoque no positivista de las medidas disciplinarias destinadas al individuo, control dimanante de una estructura en apariencia consensual. Pero pon todo esto en práctica, motivado únicamente por el espíritu comercial, y conseguirás todos los horrores que SHEARING y STENNING describen en su atractivo análisis de Disneylandia: control social que es “...preventivo, sutil, cooperativo y aparentemente no coercitivo y consensuado” (1985, pág. 347).

Por supuesto, el problema de Disneylandia (y ejemplos similares de centros comerciales, condominios y otros “dominios feudales” que los estudiosos de la seguridad privada han investigado) solo representa una parte de la comunidad. No requieren conocimientos del individuo, son autoritarios y no están impregnados de una ideología progresista. Estos puntos son obvios —todos comprendemos por qué Disneylandia es diferente de un *Kibbutz*, pero, para ser ecuánimes con la visión de la comunidad, tenemos que partir de la totalidad en su conjunto y no juzgar por los resultados de sus componentes.

En cualquier caso, estas son las típicas objeciones a las reivindicaciones y aspiraciones abolicionistas. Tales objeciones son correctas, hasta el punto de que el total cumplimiento de la ideología del control social descentralizado se hace imposible, indeseable, o ambas cosas.

Sin embargo, esto supone abandonar el debate otra vez en manos de la criminología. De la misma forma que la búsqueda pragmática de la valoración-realización tiene que ir más allá del llamado control social, así ocurre con la teoría de la descentralización. Mi prudente reafirmación de estos valores de la década de los sesenta y del hecho de que son irrealizables sin una total abolición (que sin embargo es un proyecto improbable) necesita fundamentarse en una teoría más amplia. Esto es algo que ni los criminólogos convencionales ni los teóricos del control social radical se han planteado.

La noción de descentralización en sí misma deriva de una metáfora que ve el poder político en términos de centro y periferia. Se nos pide que imaginemos tales cosas como retirar a los desviados del centro, o conceder a la periferia el poder que perteneció al centro. Pero esta metáfora descansa en una inexplorada visión del poder estatal, que a veces se inclina hacia la forma más extrema del centralismo elitista, y otras hacia la forma más amorfa de pluralismo.

Esto produce resultados curiosos en la literatura sobre control social. Por ejemplo, muchos de los estudiosos escépticos de la descarceración, el control comunitario y el informalismo (incluyéndome a mí) han confiado mucho en FOUCAULT para alimentar nuestro pesimismo. Las citas rituales de este autor se hicieron para probar que nada puede escapar al temido poder del Estado. Los poderes legales y disciplinarios en cierta forma "escapan" del centro, se filtran y se dispersan y después colonizan las más lejanas extremidades ("capilares") del orden social. La imagen dominante es la panóptica: un punto central ventajoso que permite la completa vigilancia de cualquier punto periférico.

Pero esta es sin duda una lectura parcial de la teoría cuya máxima aspiración era negar la posición privilegiada dada al aparato central del Estado. FOUCAULT explícitamente se opone tanto al "Leviathan" de HOBBS como a la teoría de LENIN, en la que el ataque al poder centralizado del Estado es el único objetivo político⁸. Para FOUCAULT, se ha decapitado al rey hace tiempo; el poder no es detentado por un único sujeto, el mando no proviene de una fuente única, como tampoco hay un solo centro de vida política. Como WALTZER (1983) y TAYLOR (1984) sugieren, las imágenes de los microsistemas de poder no reducibles a las actividades del Estado o el capital, de alianzas, estrategias y resultados entrecruzados, permite una lectura de FOUCAULT próxima al viejo pluralismo de la ciencia política americana, con esta diferencia: "Foucault está interesado no con la dispersión del poder hacia los extremos del sistema político sino con su ejercicio en las extremidades. Para los americanos el poder se dispersa en los individuos y grupos y después se centraliza de nuevo, esto es, se reconduce otra vez al punto focal de la soberanía. Para FOUCAULT no

⁸ Es esta la lectura de FOUCAULT sugerida recientemente por dos eminentes filósofos de la política: WALTZER (1983) y TAYLOR (1984).

existe un punto focal sino una red interminable de relaciones de poder" [WALTZER, 1983, pág. 483].

No hay duda de que la teoría permite algunas lecturas contradictorias. No obstante, es difícilmente justificable seguir con FOUCAULT para apoyar la sencilla teoría de un poder del Estado centralizado y concentrado que infiltra otras formas locales de control social. Tampoco su teoría política es próxima al centralismo revolucionario tradicional: no hay ningún Estado soberano diferenciado, ni ninguna clase dominante que tomen el relevo. La microfísica del poder puede reproducirse en variados y diferentes sistemas políticos. En este sentido, FOUCAULT es un reformista: cada microsistema no es suficientemente autónomo, pero es "particular" y tiene que ser recusado en sus propios términos⁹. Y en su aparente preferencia por lo acéfalo, andrógono, y precategórico que existe antes del sistema de conocimiento-poder del Estado moderno, él tiene más de abolicionista que de realista¹⁰. Por eso, en vez de acudir a FOUCAULT para dar dignidad teórica al realismo y a la desmitificación, podría igualmente haber sido utilizado en procura de los únicos éxitos posibles: pequeñas victorias en campos limitados.

Sea como fuere, mi propósito aquí es que "tomarse en serio la descentralización" implica no solo una opción por unos valores, sino una teoría más compleja que la que admitimos sobre el ejercicio del poder en el Estado moderno.

5. RESUMEN

Séame dado volver sobre mis pasos a través de la literatura "crítica" sobre el control social de las dos últimas décadas. Mi camino ha sido algo tortuoso, lleno de digresiones y callejones sin salida. Este es el resultado de mi falta de compromiso con ningún plan maestro (como el liberalismo, el realismo de izquierdas o el abolicionismo) —un fallo, me gustaría pensar, no de mi propia mente sino del rechazo del mundo social a acomodarse a cualquier teoría—.

En los años sesenta la mayor parte de los sistemas aceptados y las ideologías del control social de los desviados se convierten en el blanco de los ataques radicales de las organizaciones desestructuralizantes, abolicionistas e inclusivas. Las alternativas deseadas se agrupan bajo la visión del control comunitario descentralizado. Pronto —con diversos grados de entusiasmo, compromiso y fidelidad a la visión original— se llevaron a cabo experimentos y reformas en esta dirección. Cuando, una década después, los resultados de estos intentos fueron evaluados, se encontró una situación invariablemente decepcionante. No se habían establecido bien las reformas, fallaron en sus propias bases, e incluso empeoraron la situación.

⁹ Para TAYLOR y WALTZER, el problema de la teoría política de FOUCAULT no es la ausencia de un sujeto central o la presencia del poder local. Es, más bien, que su explicación sobre la microfísica del poder recurre a la noción de una lógica global, apropiada o "inteligible". Ello desemboca en una forma de funcionalismo.

¹⁰ Sobre FOUCAULT como abolicionista, véase a FOLTER (1986).

En un ambiente generalizado de escepticismo y retraimiento, los críticos radicales elaboraron su propia versión de "realismo" que había llegado a dominar la retórica conservadora y neoliberal del control del delito. Este realismo radical toma dos formas: la primera consistía en continuar desacreditando, denunciando y desmitificando las pretensiones del reformismo contracultural; la segunda era desarrollar una nueva teoría de estrategia política más armoniosa con las realidades actuales del delito. Esto toma la forma de "regresión" y "formalismo defensivo" —es menos un entusiasmo por crear alternativas a los sistemas vigentes de conocimiento y poder (tales como la ley penal) que un intento de explotarla para la justicia social y los intereses de la clase trabajadora—.

El precio que se paga con el realismo es una cierta pérdida de imaginación. Antes de rechazar el proyecto de control comunitario descentralizado, por considerarlo un irremediable rodeo y de volver de nuevo a la senda realista, sugiero un examen serio de los distintos campos del control social en los cuales los principios alternativos se pueden poner en práctica. Esto me llevó a una prudente reafirmación, más que a una denuncia de los principios, y, también, a la conclusión reticente de que no se pueden lograr dentro de los intersticios del modelo estatal de la ley penal. Digo "reticente" porque, por muy atractivo que aparezca el proyecto abolicionista, no ofrece solución realista a todos los problemas del control del delito.

Aunque la teoría puede ayudar, aún sigue vigente la vieja opción entre una política visionaria y la *realpolitik*.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, RICHARD L. (1982): "The Contradictions of Informal Justice", in R. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, vol. 1, New York, Academic Press, págs. 267-320.
- AUERBACH, JEROLD S. (1983): *Justice Without Law?*, New York, Oxford University Press.
- CAIN, MAUREEN (1985): "Beyond Informal Justice", in *Contemporary Crises: Crime, Law and Social Policy*, vol. 9, núm. 4.
- CHRISTIE, NILS (1981): *Limits to Pain*, Oxford, Martin Robertson.
- COHEN, STANLEY (1979): "The Punitive City: Notes on the Dispersal of Social Control", in *Contemporary Crises: Crime, Law and Social Policy*, vol. 3, págs. 339-363.
- COHEN, STANLEY (1985): *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*, Cambridge, Polity Press.
- COHEN, STANLEY (1985): "The Object of Criminology: Reflections on the New Criminalization", San Diego, Paper given at Annual Meeting of American Society of Criminology.
- DAVIS, NANETTE J. and ANDERSON, BO (1983): *Social Control: The Production of Deviance in the Modern State*, New York, Irvington Publishers.
- DE FOLTER, ROLF (1986): "On the Methodological Foundation of the Abolitionist Approach to the Criminal Justice System: A Comparison of the Ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault", in *Contemporary Crises: Crime, Law and Social Policy*, vol. 10, núm. 1.
- FOUCAULT, MICHEL (1984): "Space, knowledge and Power", Interview in *Skyline*, March 1982, reprinted in Paul Rabinow (ed.) *The Foucault Reader*, págs. 239-256 New York: Pantheon Books.

- HENRY, STUART (1985): "Community Justice, Capitalist Society and Human Agency: The Dialectics of Collective Law in the Co-operative", in *Law and Society Review*, vol. 19, págs. 301-25.
- LEA, JOHN and YOUNG, JOCK (1984): *What Is To Be Done About Law and Order?* Harmondsworth, Penguin.
- MICHALOWSKI, RAYMOND J. (1985): *Order, Law and Crime: An Introduction to Criminology*, New York, Random House.
- MOORE, SALLY FALK (1978): *Law As Process*, London, Routledge and Kegan Paul.
- PEARSON, GEOFFREY (1975): *The Deviant Imagination: Psychiatry, Social Work and Social Change*, London, Macmillan.
- PEPINSKY, HAROLD E. (1985): "The Sociology of Justice", in *Annual Review of Sociology*.
- PLATT, TONY and TAKAGI, PAUL (1977): "Intellectuals For Law and Order: A Critique of the New «Realists»", in *Crime and Social Justice*, núm. 8, págs. 1-6.
- PLATT, TONY (1982): "Crime and Punishment in the United States: Immediate and Long Term Reforms from a Marxist Perspective", in *Crime and Social Justice*, núm. 18, págs. 34-45.
- SCRATON, PHIL and SOUTH, NIGEL (1984): "The Ideological Construction of the Hidden Economy: Private Justice and Work-Related Crime", in *Contemporary Crises: Crime, Law and Social Policy*, vol. 8, núm. 1, págs. 1-19.
- SCULL, ANDREW T. (1977): *Decarceration: Community Treatment and the Deviant: A Radical View*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall.
- SEDEGWICK, PETER (1982): *Psychopolitics*, London, Pluto Press.
- SHEARING, CLIFFORD D. and STENNING, PHILIP C. (1985): "From the Panopticon to Disney World: The Development of Discipline", from A. N. Doob and E. L. Greenspan (eds.) *Perspectives in Criminal Law - Essays in Honour of John L. L. J. Edwards*, Aurora, Ontario, Canada Law Book Co., págs. 335-349.
- SLATER, PHILIP (1970): *The Pursuit of Loneliness*, Boston, Beacon Press.
- STEINERT, HEINZ (1986): "Beyond Crime and Punishment", in *Contemporary Crises: Crime, Law and Social Policy*, vol. 10, núm. 1.
- TAYLOR, CHARLES (1984): "Foucault on Freedom and Truth", in *Political Theory*, vol. 12, núm. 2, págs. 152-183.
- TAYLOR, IAN (1981): *Law and Order: Arguments for Socialism*, London, Macmillan.
- WALTZER, MICHAEL (1983): "The Politics of Michel Foucault", in *Dissent*, vol. 30, págs. 381-490.

Apuntes para un enfoque histórico sobre los sistemas punitivos en Colombia *

Jesús Antonio Muñoz Gómez
Profesor de la Universidad Autónoma (Bogotá)

I. HIPÓTESIS Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A) El presupuesto básico de este trabajo consiste en que cada sistema de producción genera conflictos específicos, mas no exclusivos, y a su vez sistemas punitivos que se corresponden con sus relaciones sociales de producción¹. Esta hipótesis, pese a su claridad, requiere sin embargo de por lo menos las dos siguientes precisiones.

1. La conducta humana, tanto "normal" como "desviada" (o lícita y delictiva), encuentra su explicación, en última instancia, cuando se la confronta o relaciona con las formas como el hombre produce socialmente su vida, es decir, con sus condiciones materiales de existencia. Lo mismo sucede con los sistemas punitivos. Estas dos constataciones —que en el fondo constituyen una sola—, no significan, empero, que el nivel superestructural o ideológico no cumpla ninguna función, ni que su única tarea sea legitimar mecánicamente una determinada realidad material. Por el contrario, a medida que una sociedad se hace más compleja o desarrollada, el nivel ideológico se torna cada vez más importante e influyente. Nos parece, concretamente, que es

* Ponencia presentada al III Encuentro de Criminología crítica en América Latina, Managua, Sept. de 1985. Publicado en *Poder y Control*, núm. 1, Barcelona, 1987.

¹ Cfr. GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, trad. de E. García Méndez, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 3-4.

a partir del desarrollo capitalista y en especial desde la revolución industrial —con la introducción de la tecnología en los procesos productivos—, como se aprecia mejor la creciente trascendencia del nivel ideológico y que un impulso posterior en este mismo sentido, ha sido dado por el surgimiento y desarrollo de las ciencias sociales y de la conducta humana².

Ahora bien, en las sociedades altamente industrializadas, donde las condiciones materiales de existencia han sido resueltas para la gran mayoría de la población, existe actualmente un elevadísimo grado de especialización, no solo de las instancias materiales —producción y distribución de bienes y servicios— sino también de las superestructurales. Se tiene, entonces, una diversificación del derecho en múltiples ramas; allí, de otra parte, apareció el manicomio como institución especializada para la llamada “enfermedad mental” y han venido surgiendo diferentes formas de asistencia social y psicológica e, igualmente, surgieron y se desarrollaron otras instituciones como las que integran el sistema educativo en todos sus niveles, los cuarteles y los hospitales. En este tipo de sociedades, donde las instancias superestructurales se encuentran ciertamente hipertrofiadas, el estudio de estas últimas resulta cada vez más indispensable, pero precisamente su gran número y complejidad aumenta las dificultades para revelar las bases reales sobre las que ellas mismas descansan. Esta situación, probablemente, es uno de los motivos por los que, con frecuencia, los estudios sociales en diversos campos se apoyan en concepciones idealistas del mundo —que pretenden comprender los fenómenos sociales como el desarrollo de las ideas acerca del derecho, la moral, las penas, etc.— y el otro motivo influyente provendría, obviamente, de la utilidad política de tales concepciones.

En las sociedades periféricas o con un escaso grado de industrialización, como la nuestra, si bien las condiciones materiales son evidentemente distintas, tenemos un importante fenómeno que inevitablemente ha de ser tomado en consideración: el carácter dependiente, tanto en lo económico como en lo cultural, de nuestras sociedades³.

Al respecto, debemos destacar que en nuestro medio no hemos tenido una tradición de estudios basados en una concepción materialista de la historia. Hasta hace relativamente poco tiempo, todavía predominaban entre nosotros interpretaciones del mundo y teorías acerca del Estado, la sociedad y el hombre, que pudieran ser llamadas teocráticas por la enorme influencia de las explicaciones religiosas observable en ellas. Después fueron reemplazadas por enfoques que si bien han tratado de abordar los fenómenos sociales por fuera del ámbito religioso, tienen de todas formas una marcada tendencia idealista, con el agravante de que trata de estudios esencialmente descriptivos y de poca capacidad explicativa; hacen, en suma, mera historiografía⁴.

² Cfr. ROSA DEL OLMO, *América Latina y su criminología*, México, Siglo XXI, 1981, págs. 22-23.

³ Cfr. JULIO SILVA COLMENARES, *Tras la máscara del subdesarrollo: dependencia y monopolios*, Carlos Valencia, Bogotá, 1983, págs. 75-120.

⁴ Sobre el concepto y las funciones de la historiografía, cfr. VLADIMIRK DEDIJER, *Apuntes sobre la historiografía como instrumento de identificación con el agresor* en FRANCO BASAGLIA y otros, *Los crímenes de la paz*, trad. por J. D. Castillo, México, 1977, págs. 103-132.

Además, los pocos estudios materialistas que se han elaborado frecuentemente han estado sometidos a una excesiva influencia extranjera, la cual muchas veces implica conceptos teóricos que no corresponden íntegramente al desarrollo histórico colombiano. Pero tales estudios también suelen adolecer de simplismo, cuando son enfoques materialistas mecánicos que menosprecian u omiten atender ciertos aspectos importantes por considerar que estos hacen parte del nivel superestructural o ideológico.

Si tenemos en cuenta, de una parte, aquella hipertrofia de las instancias superestructurales en las sociedades altamente industrializadas o centrales —donde al lado de los sistemas directos de represión coexisten los llamados mecanismos difusos de control, que actúan en todos los aspectos de la sociedad— y, de otro lado, el carácter dependiente de nuestras sociedades —que en el ámbito cultural ha llevado a importar en forma acrítica instituciones y modelos explicativos—, pónese de manifiesto entonces la conveniencia de superar los enfoques materialistas mecánicos y empezar a acoger muchos estudios que si bien pueden tener un cariz idealista, debidamente entendidos enriquecerían la explicación de fenómenos tales como la cuestión criminal.

Las anteriores consideraciones, además, muestran que una explicación directa de los fenómenos sociales con base solamente en sus condiciones materiales, no resulta fácil de establecer y que en el caso de intentarse, ella correría el riesgo de acabar siendo una visión pobre y simplista.

2. La afirmación de que cada sistema productivo genera formas características de criminalidad y unos sistemas punitivos correspondientes con sus relaciones de producción, no significa que los ilegalismos existentes en una sociedad con un cierto modo de producción sean exclusivos e incompatibles con los de otra organización social cuya forma productiva sea diferente. Antes bien, determinados tipos de delincuencia son comunes a diversos modelos productivos, aunque, obviamente, su trascendencia cualitativa y cuantitativa en unos y otros resulta también claramente distinta; piénsese, por ejemplo, en el papel secundario que tenía la delincuencia contra la propiedad en las sociedades feudales y en la importancia que ella adquiere en los sistemas capitalistas, donde la principal forma de riqueza es la propiedad mobiliaria. Al respecto, pues, hay que conceder especial atención a las características particulares de cada formación social y a su grado de desarrollo.

Lo mismo sucede con los sistemas punitivos. Si bien algunas sanciones son incompatibles con determinados modos de producción, muchas de ellas pueden coexistir dentro de un mismo modelo productivo. Bajo el capitalismo, por ejemplo, son perfectamente aplicables la pena privativa de libertad y la multa. Sin embargo, también aquí hay necesidad de tomar en consideración los rasgos específicos de las distintas formaciones sociales, aunque tengan un mismo sistema productivo. Así, frente al ejemplo mencionado tiénese que la pena de multa resulta efectivamente viable en el capitalismo central pero no así en el periférico, donde los sectores sociales subordinados y marginados —hacia los cuales se dirige preferencialmente el control penal— carecen de las condiciones materiales que les permitan pagar

las multas; esta situación ha impedido entonces que, en nuestras sociedades, la sanción pecuniaria adquiera una real importancia dentro del catálogo punitivo y constituya una alternativa seria a la pena privativa de libertad⁵.

A su vez, una misma forma punitiva puede subsistir bajo distintos sistemas de producción, pero consecuentemente serán diversas su importancia y su función dentro de la respectiva sociedad. Así, v. gr., la pena de muerte, muy empleada hasta finales de la Edad Media, se conserva bajo el capitalismo aunque con una trascendencia bastante secundaria o coyuntural; y algo semejante puede predicarse del mantenimiento de la pena privativa de libertad en los sistemas socialistas, donde aquella adquiere significados y alcances diferentes⁶.

B) El presupuesto básico que ha quedado precisado, conduce necesariamente, de otra parte, a que se caractericen los rasgos esenciales de los modos de producción que han imperado en nuestra sociedad.

Para ello partiremos de la época de la conquista española, mas sin entrar en la controversia teórica acerca del modelo productivo que rigió en América hasta el periodo de la Colonia inclusive, pues consideramos que tal discusión en gran parte desconoce nuestra realidad y responde más a concepciones sobre los modelos de desarrollo europeo. En efecto, en ella se suele omitir los caracteres propios de las sociedades indígenas precolombinas, algunas de las cuales tenían un apreciable grado de desarrollo, y al optar por una única respuesta, se tiende a desconocer que en aquel período concurrían instituciones calificables de feudales —por la relación personal que implicaban— con formas esclavistas de explotación en las minas y la agricultura⁷.

Ahora bien, al declinar posteriormente la encomienda no se pasó a un sistema capitalista, sino a la formación de una economía campesina con base en haciendas y pequeñas parcelas. De relaciones de producción capitalista prácticamente no se puede hablar sino hasta finales del siglo XIX y ello apenas en algunos sectores de la economía (en particular el comercio), porque en otros (como el industrial) tal situación solo se presenta claramente desde la tercera década del presente siglo. Se reconoce, pues, que el desarrollo capitalista en Colombia no ha sido uniforme, como quiera que las relaciones de capital trabajo asalariado no fueron introducidas ni han evolucionado simultáneamente en todos los sectores de la economía y tampoco en todas las regiones del país⁸.

Por consiguiente, se impone aclarar que cuando hablamos del modo de producción imperante en Colombia no aludimos a una forma única e ideal, pues aquel frecuentemente constituye más bien un sistema mixto, en el que en diversas maneras se combinan características de diferentes modelos productivos; y allí, además, que

⁵ Cfr. RUSCHE y KIRCHHEIMER, *Pena ...*, ed. cit., págs. 201-214; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, parte especial, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1984, págs. 319-329.

⁶ Cfr. *Memorias del Primer Simposio Internacional sobre Sistemas Penitenciarios*, La Habana, 1979.

⁷ Cfr. SALOMÓN KALMANOVITZ, *El desarrollo tardío del capitalismo*, Bogotá, 1983, págs. 48-53; GERMÁN COLMENARES, *Historia económica y social de Colombia 1557-1719*, Bogotá, 1983, págs. 114-118.

⁸ Cfr. KALMANOVITZ, *El desarrollo ...*, ed. cit., págs. 49-50 y 72-80.

en ocasiones debemos detenernos a precisar las condiciones materiales existentes en determinados momentos de la historia colombiana.

C) En el examen de los sistemas punitivos, habremos de conceder especial atención a la pena privativa de libertad, ante todo por estas razones: porque en nuestro medio, como en el resto del mundo occidental, constituye la sanción penal por excelencia, y por la necesidad de cuestionar la generalizada creencia de que esa pena es una forma natural y eterna de sanción, cuando en verdad no pasa de ser la medida punitiva más característica del capitalismo, tan armónica con sus relaciones de producción que tiene un origen común con la institución económica de ese sistema: la fábrica⁹.

Respetando las diferencias históricas y culturales, así como los rasgos específicos de las sociedades europeas y norteamericanas en las que se institucionalizó la pena privativa de libertad, podemos anticipar, sin embargo, que también entre nosotros tal sanción adquirió relevancia solamente cuando inició el desarrollo capitalista.

D) En atención a que las más grandes transformaciones en todos los ámbitos de la vida social (incluso, desde luego, en los sistemas punitivos y las formas de criminalidad) fueron producidas por la introducción del capitalismo, nuestro enfoque histórico distingue dos grandes etapas: una a partir de ese momento y hasta la actualidad, y otra que comprende todo el período anterior.

Indudablemente, entre todos los aspectos del sistema colonial y el de economía campesina que lo reemplazó, existen mayores similitudes que entre ellos y los de las relaciones capitalistas. La primera época para nuestro estudio abarca, pues, hasta finales del siglo XIX y comienzos del XX, en tanto que la segunda se extiende desde allí hasta el presente.

A dicha diferenciación histórica se le podría objetar que desconoce —o por lo menos le resta importancia— el hecho de la separación de España. Empero, la distinción enunciada tiene aquí mayor validez, de una parte porque en los fenómenos estudiados la introducción del capitalismo generó los cambios más significativos: la delincuencia contra la propiedad empezó a convertirse en la criminalidad característica de nuestra sociedad y el sistema penal, con la prisión como principal medida punitiva, comenzó a desplazar en importancia a otros sistemas normativos e instituciones de control social; y, de otra parte, por cuanto la separación de España no produjo ninguna transformación apreciable en la organización económica, sino que se trató tan solo de un cambio político —con repercusiones menores a las que comúnmente se le atribuye—, el cual ni siquiera afectó al sistema penal¹⁰.

⁹ Cfr. DARIO MELOSSI y MASSIMO PAVARINI, *Cárcel y fábrica*, trad. X. Massimi, México, 1980, en especial págs. 29-91; MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, trad. de A. Garzón del Camino, México, 1976, págs. 233-251; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, parte general, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1982, págs. 79-84.

¹⁰ Cfr. HUGO RODRÍGUEZ ACOSTA, *Elementos críticos para una nueva interpretación de la historia colombiana*, Bogotá, s. f., págs. 95-123; ALFONSO REYES E., *Derecho penal*, parte general, 9ª ed., Bogotá, U. Externado de Colombia, 1984, pág. 52.

La distinción de las dos etapas mencionadas, no significa, sin embargo, que los elementos característicos de cada una de ellas hayan sido necesariamente constantes.

Por el contrario, el desarrollo social implica que las estructuras e instituciones se vayan transformando. De modo que, por ejemplo, la situación al inicio de la Colonia no será la misma que la de los siglos XVIII y XIX, y, en idéntica forma, las características del capitalismo de comienzos del siglo son diversas de las que presenta en la actualidad. La referida diferenciación histórica, pues, responde a condiciones materiales concretas, a la vez que aporta una pauta organizativa al estudio y permite poner de presente, finalmente, que los cambios estructurales antes que en forma súbita se producen paulatinamente.

II. LOS SISTEMAS PUNITIVOS

A) Durante el primero de los períodos que hemos distinguido, las características más destacadas de los sistemas punitivos eran las siguientes:

1. *Ausencia o subsidiaridad de la pena privativa de libertad*: la privación de libertad, en efecto, no era comúnmente utilizada como forma de sanción, sino —para decirlo en términos contemporáneos— como detención preventiva, esto es, para garantizar la presencia del sujeto en su propio proceso y la efectividad de la pena —usualmente no privativa de libertad— que se le impusiere en el evento de ser condenado. En este aspecto, pues, en nuestro medio no ocurrió nada distinto de lo que sucedió en Europa y Norteamérica, donde igualmente el uso sistemático de la pena privativa de libertad apareció con la introducción del capitalismo¹¹ y extraño habría sido, entonces, que aquí se hubiera dado un empleo precoz de tal sanción.

Aquella situación incluso subsistió expresamente tras la separación de España, como quiera que las leyes de Indias continuaron rigiendo hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1837. En este, que fue la primera codificación penal nacional, se introdujo ciertamente la pena privativa de libertad como principal medida del sistema penal y las disposiciones en ese sentido fueron reiteradas en las distintas legislaciones penales del siglo pasado (entre ellas el Código Penal de 1890). Consideramos, sin embargo, que esa introducción de la sanción privativa de libertad en dicho momento histórico, fue ante todo una importación de instituciones foráneas a nuestro país, motivada por la dependencia cultural, ya que para entonces no existían aquí las condiciones materiales que hacen necesario el empleo de esa pena. Pero igualmente reconocemos que a raíz de esa introducción, comenzó a desarrollarse en Colombia un proceso de adaptación a la nueva institución, durante el cual esta última adquirió una importancia secundaria o subsidiaria y así se mantuvo hasta cuando se presentaron las condiciones materiales que propiciaron su efectiva conversión en la principal institución del control penal.

¹¹ Cfr. Obras citadas en nota 9.

2. *Ausencia o subsidiaridad de la ciencia penal*: de hecho, inicialmente no existía una normatividad penal específica, ni una jurisdicción especializada en su aplicación y el estudio de las disposiciones que hoy llamaríamos penales, quedaba subsumido en el de la ciencia jurídica en general. De modo que para entonces tenía, obviamente, una actividad sancionadora por parte del poder político, pero en ella no se diferenciaba todavía entre diversas ramas del derecho con principios, codificaciones y jurisdicciones propios.

Esa situación experimentó una primera modificación en 1837, con la ya mencionada expedición de nuestro primer Código Penal. Este hecho, empero, también puede ser interpretado como una importación cultural del movimiento codificador que se estaba dando en Europa continental¹², antes que como una medida coherente con el momento histórico que vivía el país y de allí que tanto la creación de la jurisdicción penal, como la introducción de la enseñanza específica del derecho penal en la formación profesional de los abogados, solo tuvieron lugar más de medio siglo después (entre finales del XIX y comienzos del presente). Hasta que se concretaron estas dos modificaciones, la ciencia penal tuvo apenas, pues, una trascendencia secundaria.

3. *Subsidiaridad del control penal*: las normas que en términos actuales denominaríamos penales, jugaban un papel muy secundario en cuanto mecanismo de control social. Esta característica fue mucho más marcada durante los primeros años de la Colonia y provino no solo de la antes aludida ausencia o subsidiaridad de la ciencia penal como disciplina jurídica específica, sino también de la escasa aplicación práctica que se hacía de las disposiciones punitivas. Estimamos que tal característica puede ser comprendida fundamentalmente a partir de las dos siguientes razones:

a) Tras el descubrimiento y conquista de América, para mantener las condiciones materiales entonces existentes, no se requería el empleo de un sistema normativo de control —como el penal—, debido a la estructura productiva implantada por España en sus colonias. Se trataba, en efecto, de una organización simple, basada en la explotación primero del trabajo indígena y luego del de los esclavos negros, para obtener productos naturales —en especial metales— que eran exportados a la metrópoli; y mediante técnicas rudimentarias se explotaban la agricultura y la ganadería, cuya finalidad inicial no era el mercadeo sino el autoabastecimiento de la población y, secundariamente, la ampliación de los asentamientos conquistados. Ahora bien, esas actividades de aquella organización económica se realizaban fundamentalmente con base en dos instituciones: la encomienda y la esclavitud.

La *encomienda* sin embargo, implicaba también otros aspectos importantes de la vida económica y social de la Colonia¹³. De ellos debe mencionarse, en primer término, el tributo en oro o después en otras mercancías que los encomendados debían pagar; su cuantía era fijada arbitrariamente por los encomenderos o por

¹² Cfr. FOUCAULT, *Vigilar ...*, ed. cit., págs. 118-124; SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, parte general, ed. cit., págs. 65-66.

¹³ Cfr. GUILLERMO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De los Chibchas a la Colonia y a la República*, Bogotá, 1975, págs. 225-226.

la Corona española y su importancia está vinculada con la época mercantilista por la que pasaba Europa. Igualmente hay que aludir, de otra parte, a los servicios personales que los encomendados estaban obligados a prestar a los encomenderos; la Corona los prohibió rápidamente pero en la práctica se atendió más bien a la fórmula, característica del derecho indiano¹⁴ "se acata pero no se cumple". En tercer lugar, se tiene que recordar que si bien la encomienda no daba derechos sobre la tierra, de hecho fue el medio por el que los encomenderos se apoderaron de ella. Y, por último, tiénese que era obligación de los encomenderos catequizar a los indígenas.

Aquí nos interesa particularmente ese último aspecto, pues él evidencia que la religión católica fue casi el único sistema de control social utilizado permanente e intensamente por los españoles. Resulta significativo, además, que dicho instrumento ideológico fuera desarrollado precisamente mediante la institución económica clave, la encomienda, ya que ello revela aún más el carácter simple de la organización socio-económica de la Colonia. Una sola institución, por tanto, cumplía la función de asegurar la dominación económica y la hegemonía política, o por lo menos en aquella confluían las demás instituciones. La encomienda, en síntesis, "era la fuente de todas las relaciones de poder y puede decirse que el marco que encuadraba la situación de cada uno en relación a la sociedad entera. De la encomienda se deriva tanto el poder político como el económico, ella estrecha el mundo de alianzas o podía dar lugar a rupturas y rivalidades"¹⁵.

Y la esclavitud, cuya importancia creció notoriamente tras la disminución de la población nativa, tampoco motivaba el desarrollo del control penal, puesto que significaba igualmente un poder absoluto sobre los sujetos sometidos; y

b) En estrecha relación con la anterior, la segunda razón que nos explica la subsidiariedad del control penal consiste en que la actual función de control social del derecho penal era desempeñada en aquella época por la religión. No es de extrañar entonces que la Iglesia concentrara en sus manos tanto poder político como económico; en cuanto al primero, en efecto, muchos clérigos fueron encomenderos y otros ejercieron frecuentemente cargos públicos (incluso los de máxima jerarquía, como el de virrey); y en relación con el segundo, la Iglesia recibió diezmos en cuantías considerables, acaparó tierras y, en fin, por distintas vías acumuló una enorme riqueza¹⁶. Pero lo que más nos interesa destacar aquí, es que a partir de los valores conformistas predicados por la religión católica se avalaba un sistema económico y social jerarquizado, a cuya cabeza se encontraban el clero y los españoles y en cuya base estaban los nativos y los esclavos.

Al conjugar las dos razones explicadas, tiénese así que el poder absoluto de instituciones como la encomienda y la esclavitud, más el poder espiritual profunda-

¹⁴ Cfr. LUIS ALBERTO SÁNCHEZ, *Historia general de América*, t. 1, 11ª ed., Madrid, 1972, pág. 361.

¹⁵ COLMENARES, *Historia ...*, ed. cit., pág. 119.

¹⁶ Cfr. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De los Chibchas ...*, ed. cit., pág. 256; COLMENARES, *Historia ...*, ed. cit., págs. 162-163; ANTONIO GARCÍA, *Los comuneros*, Bogotá, 1981, págs. 169-177.

mente desarrollado por la Iglesia en una sociedad ignorante, constituían garantía más que suficiente para el funcionamiento del elemental aparato productivo colonial.

Ahora bien, al producirse la crisis de la encomienda (siglo XVII) y más tarde la de la esclavitud (siglo XIX), no se pasó inmediatamente a la fase del desarrollo capitalista sino que se estructuró un sistema económico de haciendas y parcelas campesinas libres. De hecho, con el agotamiento de la mano de obra indígena, que hacia el siglo XVII presentaba agudos caracteres, y la presión de otros influyentes sectores sociales (agricultores, comerciantes, mineros) que tenían interés en suprimir el monopolio de la mano de obra, la institución de la encomienda empezó a decaer¹⁷; pero las prerrogativas que significaba la encomienda y el poder que fácticamente generaba, condicionaron en cierta forma el desarrollo posterior. En efecto, si bien la encomienda no otorgaba derechos sobre la tierra, en la práctica el monopolio de la mano de obra implicaba también el de aquella, sobre todo porque el encomendado debía cultivar los terrenos que le indicase el encomendero y buena parte del producido pasaba a manos de este último: por otra parte, si bien era la Corona la que debía distribuir las tierras en América, realmente fueron los cabildos compuestos por encomenderos los que lo hicieron. De modo que teniendo los encomenderos el monopolio de la mano de obra y además la posibilidad de hacerse adjudicar tierras para que se las trabajasen los encomendados, resultaba entendible que ellos mismos monopolizaran también la tierra.

A partir de ese momento, y más aún con el sistema de composiciones de tierras, se dio paso a la creación de grandes propiedades territoriales, que constituyen el origen de las haciendas. En ellas "el monopolio de la tierra les permitía a los terratenientes imponer relaciones de dependencia y servidumbre sobre el campesinado"¹⁸. Efectivamente, a más de que el arrendatario, como condición para la tenencia de la parcela, debía entregar una parte de lo producido, también se le desconocían los derechos de propiedad sobre las mejoras que introdujera (estos solo le fueron reconocidos a partir de la reforma agraria de 1936). Por otro lado, el campesino, no tenía mayor autonomía para concurrir libremente al mercado de trabajo: "las limitaciones que imponía el terrateniente para que sus dependientes no entraran en relación directa con los mercados, se repiten a todo lo largo y ancho del continente. La racionalidad de esta conducta no es extraña. La independencia económica que puede producir en el campesino su libre acceso a los mercados chocará ineludiblemente con las relaciones de servidumbre, pues despertaría crecientemente su oposición a entregar su producto sobrante en forma gratuita"¹⁹. Y el poder del terrateniente era tan grande que abarcaba incluso aspectos de la vida familiar del campesino, como la disponibilidad sexual sobre sus hijas y el reclutamiento de los varones para los ejércitos del partido a que pertenecía el terrateniente.

¹⁷ Cfr. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De los chibchas ...*, ed. cit., págs. 272-274; COLMENARES, *Historia* ed. cit., págs. 135-139.

¹⁸ KALMANOVITZ, ob. cit., pág. 54.

¹⁹ KALMANOVITZ, ob. cit., pág. 57.

En dicha organización productiva también tuvo papel importante la economía parcelaria libre, que se formó por mestizos, blancos, pobres, esclavos o arrendatarios fugados de la explotación en minas o haciendas y algunas comunidades indígenas. Esas unidades productivas se basaron en el trabajo de la unidad familiar y esta, a su vez, se caracterizó por una fuerte autoridad paterna, que dejaba sin libertad a mujeres e hijos. Pero la economía parcelaria no fue totalmente independiente, sino que siempre estuvo vinculada y subordinada a la de los terratenientes²⁰.

En este sistema de haciendas y parcelas, que sustituyó al de encomienda y esclavitud, la Iglesia continuó desempeñando, en todo caso, un papel de primerísimo orden en el control social: "la Iglesia Católica adoctrinaba al campesinado en pueblos y haciendas con la ideología de la sumisión ante la arbitrariedad, enfatizaba la obligación y la ausencia de derechos, la castración sexual y social, el respeto absoluto frente a la propiedad terrateniente y negaba empecinadamente toda racionalidad materialista aplicada al proceso de trabajo. No era, ni lo es, una ideología que propugne la igualdad y libertad entre los hombres, ni por la afirmación del individuo, ni tampoco por poner la razón a dominar la naturaleza y la producción"²¹. Al lado de la institución religiosa, jugaron papel importante en el control social la institución familiar y el vecindario. La primera de ellas, debido a su característica fundamental de fuerte autoridad paterna, que no daba mayor margen de acción para las mujeres y los hijos. La segunda, "dado el aislamiento antes descrito, es lógico que el vecindario en la vida social de la comunidad rural sea de la mayor importancia. La actividad humana en esta sociedad tiene una referencia directa a la localización geográfica. La falta de división del trabajo excluye casi por completo la necesidad de desplazarse a otro lugar. Por lo tanto el vecindario desarrolla con la familia, la institución de control social más eficaz de la sociedad campesina. La sanción aprobatoria o condenatoria del vecindario tiene una gran influencia en la conducta del campesino"²².

Con base en las precedentes consideraciones, podemos afirmar que en el período comprendido entre la Colonia y el ocaso de la economía terrateniente, el poder y el control social se ejercieron fundamentalmente en torno a dos ejes: al comienzo un control directo o físico sobre las personas y después un control espacial o territorial. En efecto, a los encomenderos les era asignado ante todo un poder personal sobre los encomendados; parece lógico que en ese momento histórico el control se efectuara en tal forma y no mediante el control del territorio, si se tiene en cuenta la situación entonces existente de escasez de hombres y abundancia de tierras, en la que, por tanto, lo valioso era la mano de obra y lo barato, la tierra. Desde la misma época de la Conquista, sin embargo, se vislumbró la necesidad de establecer una forma de control espacial sobre los nativos; de allí precisamente la política de poblamientos de los españoles en relación con los indios, a quienes no se habría

²⁰ Cfr. KALMANOVITZ, ob. cit., págs. 63-64.

²¹ KALMANOVITZ, ob. cit., pág. 55.

²² CAMILO TORRES RESTREPO, *La violencia y los cambios socioculturales en las áreas rurales colombianas*, en CEREC, *Once ensayos sobre la violencia*, Bogotá, 1985, pág. 66.

podido manejar fácilmente si hubiesen continuado en la dispersión en que se encontraban antes de la llegada de los conquistadores. Tal política de poblamientos se realizó con el pretexto de las necesidades de la catequización, pero en realidad obedeció más, pues, al propósito de facilitar la determinación del número de tributarios y la recolección de los tributos. Y con el surgimiento de las haciendas tras la crisis de la encomienda, el control espacial pasó a ser el eje del ejercicio del poder; lo que entonces importaba al terrateniente, era retener a los campesinos en su fundo porque de ello aquel derivaba todas sus prerrogativas.

Concluimos, por ende, que si en un principio el control directo y el monopolio de la mano de obra en la encomienda condujeron al monopolio sobre la tierra, con posterioridad fue el control sobre el territorio en la hacienda lo que llevó al control de la fuerza de trabajo, pero no desconocemos que este último ejercicio del poder también implicaba relaciones de tipo personal. Y aquella asignación espacial como forma de ejercer el control social, perduró hasta que se introdujo la organización capitalista, es decir, hasta que se entronizó un sistema productivo con base en la fábrica y la producción en serie, donde lo que importa es controlar el tiempo de trabajo de la mano de obra.

B) El incremento de las importaciones y de las exportaciones hacia finales del siglo XIX, hizo posible la acumulación de capital en manos de comerciantes. De otra parte, como la riqueza exportable que había en Colombia (productos agrícolas) se encontraba en poder de los terratenientes, estos se beneficiaron enormemente y en consecuencia reforzaron su poder, en detrimento de los campesinos, quienes cada vez eran más explotados para obtener mayor cantidad de productos exportables; los terratenientes, pues, no introdujeron nuevas técnicas productivas, sino que el aumento de la producción obedeció a la captación de un mayor número de campesinos o a la más aguda explotación de los que ya tenían²³; y todo ello puede explicar el largo período de hegemonía del poder que tuvieron los terratenientes, así como su posterior resistencia cuando fueron desplazados por otro sector de la clase dominante. A partir de 1930, comienza el desarrollo industrial colombiano. Las tasas de crecimiento más altas que haya alcanzado la industria nacional son precisamente las que van de 1933 a 1939, del 10.8% anual²⁴.

Contribuyen al surgimiento del desarrollo industrial causas tanto internas como externas. Entre las primeras, encontramos fundamentalmente las siguientes:

- a) La acumulación de capital que se produce por la comercialización de productos naturales como el oro, el tabaco y principalmente el café.
- b) El resurgimiento de las políticas proteccionistas.
- c) El desarrollo de las vías de comunicación. Extensión de las redes ferroviarias, de carreteras y el surgimiento de la navegación aérea.
- d) Organización del sistema bancario que hizo posible el crédito para la inversión.

²³ Cfr. KALMANOVITZ, *El desarrollo ...*, ed. cit., págs. 55-60 y 73-77.

²⁴ Cfr. ÁLVARO TIRADO MEJÍA, *Introducción a la historia económica de Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1972, pág. 47.

e) Baja significativa de las tasas de interés.

f) Devaluación que encareció las importaciones y permitió la competencia de las mercancías nacionales.

Entre las causas externas tenemos:

a) Las dos guerras mundiales, en la medida en que las mercancías de las potencias comprometidas en ellas comenzaron a escasear y por consiguiente dieron paso a los productos. En la misma forma, los inconvenientes de la guerra dificultaron el comercio internacional, de suerte que las exigencias de reproducción del capital impusieron la inversión en industrias nacionales.

b) A partir de 1920 se produce una gran afluencia de capitales extranjeros, a través de los empréstitos —recuérdese la expresión “prosperidad al debe”, acuñada en la época— y el pago de la “indemnización” de los US\$ 25.000.000 por la “toma de Panamá”.

c) La crisis del capital de 1929-1930, que cerró las puertas al comercio internacional debido a la falta de divisas para comprar mercancías extranjeras²⁵.

Con el desarrollo del sector industrial a partir de los años 30, se comenzó a emplear maquinaria para la producción en serie, es decir, se introdujo el sistema de fábrica propio del capitalismo. “Como se vio, la acumulación de ganancias comerciales se dio en escala creciente. Pero también se incrementaron los montos de renta acumulados con la apertura de estas economías regionales hacia el mercado mundial. Pero hay que insistir en el hecho de que la acumulación de capital productivo como tal, no se da plenamente hasta que el capital confronte socialmente al trabajo libre asalariado. Este tipo de acumulación bajo el mando del capital comercial y la renta precapitalista del suelo, es mucho más débil y esporádico que el que tiene lugar bajo el comando del capital sobre una amplia masa de trabajadores disciplinados y altamente productivos, sometidos al ritmo y velocidad de las máquinas, quienes arrojan un sobreproducto *per cápita* muchas veces superior al que puede ofrecer un desnutrido arrendatario trabajando en las más primitivas condiciones. Una verdadera acumulación capitalista venía ocurriendo vertiginosamente en las haciendas y en la manufactura promovida por la expansión económica general; pero, la generalización de la acumulación, o por lo menos su extensión a más y más regiones, implica profundos cambios en todos los órdenes de la vida social, y más específicamente en relación con el Estado”²⁶.

Ahora bien, el desarrollo del sistema comercial, de la manufactura y después de la industria, pero especialmente este último, requerían la liberación de la mano de obra que se encontraba en las haciendas. A los arrendatarios, pues, les resultaba entonces cada vez más fácil escapar de las haciendas, porque encontraban un mercado laboral que les ofrecía un mejor nivel salarial y la posibilidad de desarrollar una vida urbana.

Fue en ese contexto histórico-material que hemos esbozado, en el que se produjeron profundas transformaciones de la vida social.

²⁵ Cfr. TIRADO MEJÍA, ob. cit., págs. 231-232 y 242-243.

²⁶ KALMANOVITZ, *El desarrollo ...*, ob. cit., págs. 67-68.

Así, por ejemplo, el desarrollo capitalista requería un organizado y funcional sistema de crédito que hiciera posible la industrialización y la expansión comercial y para ello nada más adecuado que organizar un sistema bancario, propósito con el cual se trajo a la misión Kemmerer. Se necesitaba también una apropiada red de comunicaciones, y fue precisamente en esa época cuando se construyeron gran cantidad de carreteras y vías y apareció poco después la aviación comercial; la producción en fábricas y las relaciones laborales debían ser adecuadamente reguladas, y fue entonces cuando aparecieron las primeras leyes laborales y los primeros sindicatos de la naciente clase obrera; los sectores agrarios presionaban la realización de reformas políticas y económicas concernientes a los derechos de propiedad sobre la tierra, los salarios plenos, las libertades de cultivos y mercados, la libertad personal, etc., y buena parte de ello se hizo en la reforma agraria de 1936. Otro imperativo era la modernización del aparato estatal de tal forma que tuviera una mayor injerencia para racionalizar los procesos económicos, y se realizó entonces la reforma constitucional de 1936, que adoptó el intervencionismo estatal; etc.²⁷.

Así las cosas, a medida que las haciendas iban liberando mayor cantidad de mano de obra, se fueron creando las condiciones necesarias para que se introdujeran formas de producción capitalista —ya que se creaba un mercado de trabajo dispuesto a venderse a cambio de un salario— y se extinguiera el sistema de haciendas. Esa mano de obra recién liberada, de otra parte, cambió su forma de vida rural en urbana. El control social basado apenas en la asignación espacial, se hizo entonces insuficiente debido a que el proceso de industrialización que conduce a la destrucción de las haciendas, trae consigo también la desarticulación de los mecanismos de control social que estas habían establecido.

La institución religiosa empieza a perder influencia entre las masas campesinas; la expulsión de los campesinos de las haciendas desintegra la familia y vecindario y los obliga a entrar en otros contactos culturales²⁸. Se requería cada vez más un sistema de control especializado y diversificado basado ya no en la asignación espacial de los sujetos, sino en el control del tiempo²⁹. Esta nueva forma de control social, tiene como base dos instituciones: la fábrica para la industria económica, y la prisión, eje del sistema penal, dirigido fundamentalmente a la mano de obra cesante que no quiera someterse a las reglas del juego del capitalismo o estorbe los procesos productivos. Ambas instituciones tienen una estructura organizativa similar a pesar de tener cada una su función específica.

De allí que, si bien la legislación penal colombiana desde 1837 establecía penas privativas de libertad, estas solo adquieren real importancia en las primeras décadas del presente siglo, época en la que entre nosotros comenzó a desarrollarse sistemáticamente la economía capitalista. Era pertinente entonces ajustar las normatividades

²⁷ Cfr. KALMANOVITZ, ob. cit., págs. 82-89.

²⁸ Cfr. CAMILO TORRES RESTREPO, ob. cit., pág. 67.

²⁹ Cfr. MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynch, Barcelona, 1980, págs. 129-130.

penales a esas nuevas condiciones histórico-materiales, y entiéndese así que en 1934 se dictara nuestro primer código carcelario (decreto 1405), en el que igualmente se estructuró la llamada en ese momento "División de Prisiones" (hoy Dirección General de Prisiones); que a continuación se expidieran nuevos códigos penal (1936) y de procedimiento penal (1938); que por la misma época entrara en funcionamiento la denominada "Penitenciaría Central de Colombia" ("La Picota") y que, para citar apenas algunos hechos, a mediados del siglo, cuando el desarrollo capitalista ya estaba fuertemente arraigado, se construyera la Cárcel "Modelo" de Bogotá.

Ciertamente, pues, la necesidad de poner a funcionar en toda su intensidad un sistema carcelario, apenas se experimentó en la época mencionada y no antes. De modo que las anteriores legislaciones penales, en cuanto acudían a las sanciones privativas de libertad, eran fundamentalmente copias de códigos extranjeros que, por lo menos en ese aspecto, no se correspondían con el grado de desarrollo económico-social del país y, consecuentemente, tenían poca aplicación.

Desarrollado así el control penal, este desplazó al religioso en cuanto base del control social. Y, de otra parte, debemos destacar que si en Europa y Norteamérica la pena privativa de libertad surgió y se consolidó históricamente con el desarrollo capitalista y en Colombia, conforme ha quedado indicado, se presentó un proceso básicamente similar, ello corrobora aún más el nexo estructural existente entre la prisión y las exigencias funcionales del proceso de producción capitalista.

El impulso capitalista a partir de la década de los treinta, que se identificó con el proyecto político de la "revolución en marcha" del gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo, sufrió un estancamiento casi inmediato. Fue un proyecto que se frustró fundamentalmente por dos razones:

a) El carácter de país dependiente impuso que rápidamente se gestara un sistema altamente monopolizado, principalmente por las grandes empresas extranjeras, las cuales se adueñaron de los sectores económicos más importantes. Esta rápida monopolización impidió que en el país existiera un previo proceso de competencia, que hubiera podido generar medianas industrias, y la formación de una infraestructura necesaria para el posterior desarrollo capitalista.

b) El proyecto de desarrollo del capitalismo en el campo industrial, implicaba reformas que amenazaban los privilegios de los sectores terratenientes. Tal cosa ocurre por ejemplo en la necesidad de que se libere mano de obra de las haciendas, para absorberlas a bajos precios como proletarios urbanos. "El proceso de industrialización impulsado con la coyuntura de la crisis del 30, requería además de seguridad, modificaciones en las estructuras agrarias. Era preciso que algunos sectores del campo se modernizaran y dieran paso a las relaciones capitalistas para suministrar así, no solo alimentos para la población urbana que crecía con la industrialización, sino también materias primas para esa misma industria. Relaciones de trabajo como la aparcería eran inadecuadas para este efecto y su substitución por trabajo asalariado permitía, además, un ensanchamiento del mercado de manufacturas"³⁰.

³⁰ TIRADO MEJÍA, ob. cit., pág. 262.

La reacción de los latifundistas amenazados en sus privilegios no se hizo esperar. Y como se trataba de un sector con mucho poder, ya que nunca fue expropiado porque el capitalismo comercial fue compatible con él, y de otra parte los comerciantes se convirtieron en terratenientes, además de que mantenía una estrecha alianza con la Iglesia, la reacción fue violenta. Es en buena parte el proceso de la llamada "violencia" en Colombia.

La frustración de la industrialización, así como de las reformas políticas y sociales que demandaba, producto de la enérgica reacción del todavía poderoso sector terrateniente, sumió a la sociedad colombiana en una profunda crisis. Ella fue de tal magnitud que las instituciones tradicionales de control social —Iglesia, familia, vecindario— como las más actuales —derecho penal— se mostraron insuficientes para controlar la situación³¹.

Ello influyó en el sistema punitivo. La más moderna forma de control social —prisión— cuando apenas encontraba las condiciones materiales indispensables para entrar a funcionar —desarrollo capitalista—, fue temporalmente reemplazada por sistemas punitivos de hecho, no regulados legalmente, pero que se llegaron a generalizar especialmente en ciertas regiones del país. Nos referimos a las ejecuciones sin fórmula de juicio, ni respaldo legal que se realizaron durante la violencia.

Cuando se empieza a superar esta crisis, con la institucionalización del monopolio del poder político, por parte de los dos partidos tradicional —Frente Nacional— se da un nuevo impulso a las prisiones. Este proceso se puede reflejar en la creación de cárceles como Gorgona y la Modelo y en la expedición de la famosa Ley de Vagos y Maleantes —decreto 014 de 1958—.

De este momento hasta nuestros días, hemos asistido a una hipertrofia del derecho penal y por consiguiente de las prisiones. Gran cantidad de conductas son recogidas por la legislación penal. De otra parte se hace notorio también el incremento punitivo para la mayoría de los ilícitos penales. Los sistemas procesales, en los cuales se ha abusado de la detención preventiva, nos pueden indicar también esta tendencia.

En Colombia, y en general en toda América Latina, no se presentó la coyuntura histórica que hizo posible la aparición de las casas correccionales, las cuales constituyeron el antecedente más inmediato de la prisión. Ni hemos tenido nunca un trabajo penitenciario. De suerte que no podemos predicar que las prisiones en nuestras sociedades contribuyeron al proceso de acumulación de capital, ni al aprendizaje de la disciplina del taller, tal como pudo ocurrir en el ámbito europeo. Cabe entonces preguntarnos: ¿cuál fue la función económica de la cárcel en las economías de capitalismo dependiente? O mejor, ¿cuál el nexo estructural que une a las prisiones y a la organización económica, y que hace posible que solo cuando se desarrolló el capitalismo se crearon las condiciones necesarias para que aquellas pudieran funcionar?

³¹ Cfr. GERMÁN GUZMÁN CAMPOS y otros, *La violencia en Colombia*, 8ª ed., Bogotá, 1977, págs. 239-284.

La explotación de las colonias fue uno de los factores que contribuyeron a la acumulación originaria de capital en las metrópolis. Por consiguiente, desde el sistema colonial estamos marcados por el signo de la dependencia.

Cuando se impusieron en nuestro medio las relaciones capitalistas de producción, en forma ciertamente tardía, las metrópolis se encontraban en la fase del capitalismo monopolista. De manera que es perfectamente comprensible que sus capitales invadieran los países dependientes y se apoderaran de sus principales sectores productivos.

La situación de dependencia implica que los capitales nacionales solo pueden desarrollarse cuando son integrados a las ganancias del capital internacional o cuando no son incompatibles con él, tal como ocurrió entre nosotros con los sectores agro-exportadores. También encuentra ocasiones propicias para su desarrollo en determinadas coyunturas, cuando al capital internacional le es imposible competir con él; tal cosa ocurrió, por ejemplo, con las dos guerras mundiales y la crisis del capitalismo en los años 1929 y 1930, que hicieron posible el despegue industrial colombiano. Pero pasada la coyuntura, el capital extranjero rápidamente se toma las principales industrias y las monopoliza.

Este proceso de concentración de la industria fue importante para nuestro estudio, ya que permite comprender por qué no tuvimos un capitalismo de libre competencia. A su vez, la falta de esa etapa de libre competencia, nos explica en buena forma por qué no se hizo necesario ese proceso de disciplinamiento de las masas trabajadoras para obtener un mayor rendimiento. El otro aspecto que contribuye a explicar por qué no requerimos de ese proceso de disciplinamiento, fue la situación de abundancia en la oferta de mano de obra, lo que implica bajos salarios. En efecto, en economías con una gran población desempleada, que por esta razón gozan de un bajo costo por mano de obra, el capital puede darse el lujo de no ahorrar gastos por este concepto.

De lo anterior se desprende que ni el disciplinamiento de la futura clase obrera, ni la acumulación de capital explican la aparición de la prisión en forma concomitante con el desarrollo capitalista en los países dependientes.

Nos parece entonces que ese estrecho vínculo entre desarrollo capitalista y prisión, se puede explicar a partir del siguiente esquema:

El proceso de industrialización que rompió el sistema de haciendas y liberó mano de obra, creó también la clientela de las prisiones: la población urbana, en la medida en que las cárceles son más aptas para el control de ella que de la población rural. Si bien se podría argumentar que ese proceso de industrialización se frustró, es claro que tuvimos una acelerada urbanización. En 1938 el 29.1% de la población colombiana era urbana y el 70.9% rural. En 1964 el 52% de la población era urbana, al paso que el 48% era rural³².

³² Cfr. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Colombia Estadística 1979*, Bogotá, 1980, pág. 52.

El proceso de concentración de la industria en manos de pocas empresas que emplean alta tecnología, generó gran población urbana cesante. Esta es, en últimas, la clientela favorita de las prisiones.

En resumen, la función de la cárcel en sociedades de capitalismo dependiente es la de servir como depósito, como silo de una parte de la población cesante; y solo de una parte de ellas, por las siguientes razones:

a) Gran porcentaje de la población cesante va a ser recogido por otras instituciones que cumplen funciones análogas a la de la cárcel: hospitales psiquiátricos, ejército, ancianatos, centros de menores, conventos, etc.

b) Algunos cesantes subsisten gracias al auxilio de familiares y amigos, de suerte que no necesariamente se ven envueltos en procesos penales.

c) Otra parte subsiste gracias a actividades toleradas, como la prostitución y la mendicidad.

d) Otros entran a formar sistemas informales de subsistencia, como los vendedores ambulantes, emboladores, etc.

e) La capacidad de albergue de las prisiones en los países subdesarrollados tiene un límite, llegado el cual debe liberar reclusos. Esto es más cierto en sociedades como la nuestra, con un agudo déficit fiscal.

f) Algunos son víctimas de ejecuciones ilegales.

g) Muchos cesantes que viven del delito frecuentemente no son objeto de control penal. Al fin y al cabo, en sociedades como la nuestra que no ofrece ningún tipo de seguridad social —seguros de desempleo, subsidios, etc.— la delincuencia convencional contra la propiedad que no afecta a la gran empresa, se ha convertido prácticamente en un ilegalismo vinculado estrechamente a las condiciones de subsistencia de los marginales. Esta es la utilidad de este tipo de criminalidad para los grupos sociales dominantes, sobre todo cuando se la mantiene controlada en determinadas áreas y dentro de ciertas magnitudes³³.

Además, la comparación entre el índice de población cesante y el número de la población reclusa, no proporciona mayor claridad en la medida en que no muestra la cobertura real de la prisión. Recuérdese que la gran mayoría de la población penitenciaria es procesada, y que como tal goza de una amplia movilidad. Esto hace que, por ejemplo, en un año el número de personas que realmente han sufrido captura o detención preventiva sea mucho más grande que el mostrado por el dato de la población reclusa.

El otro nexo estructural entre la prisión y el desarrollo capitalista, lo constituye el hecho de que la institución económica clave, la fábrica, adopta el mismo esquema organizativo de la prisión: el panoptismo³⁴, el cual, a través de sus hilos de vigilancia, crea pequeñas y sutiles relaciones de poder, las cuales constituirían condiciones necesarias, mas no suficientes, para la obtención de la plusvalía en los sistemas capitalistas.

³³ Cfr. MICHEL FOUCAULT, *Vigilar ...*, ed. cit., págs. 277-291; *id.*, *Microfísica del poder*, 2ª ed., trad. de J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, 1979, págs. 87-101.

³⁴ Cfr. FOUCAULT, *Vigilar ...*, ed. cit., págs. 199-230.

JURISPRUDENCIA

Legislación de orden público

Comentario: *Nódir Agudelo Betancur* *

Las decisiones relacionadas con la legislación excepcional o de emergencia siempre han sido objeto de atención por parte de la Sección de Jurisprudencia de la Revista (vid. en los últimos dos años, los números 36, 40, 42 y 44, entre otros). No obstante, en esta oportunidad hemos querido mostrar la reciente evolución de la jurisprudencia en esta materia, especialmente en lo relacionado con la aplicación del decreto 180 de 1988. En este sentido presentamos a continuación apartes de las más importantes providencias de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Medellín.

Corte Suprema de Justicia

1. AUTO DE SEPTIEMBRE 15 DE 1988. MAGISTRADO PONENTE:
DR. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS

TEMA: *Terrorismo y delitos políticos*. Competencia de los jueces de orden público.

CASO: Un grupo de personas se tomó la sede del Consejo Episcopal Latinoamericano (CELAM), manteniendo en su interior por seis días a un grupo de religiosos y seglares, con el fin de promover un pronunciamiento sobre la crisis de la Nación. No se utilizaron armas pre-dispuestas de antemano.

Considera la Corte:

.....
Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del decreto que se comenta no se siguió un tratamiento legislativo uniforme, en ocasiones por decisión política del legislador extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer

parte de este estatuto, así no estuviesen guiadas por finalidades terroristas; y en otras porque la naturaleza de las materias tratadas legislativamente así lo exigían y dentro de esta línea de pensamiento es preciso destacar cómo en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo como es el caso de la conducta descrita en el artículo 29 que se inicia "el que con fines terroristas...": y en

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

una u otra forma gramatical, en un primer grupo de artículos esta exigencia o elemento subjetivo del tipo aparece claramente en las conductas descritas en los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31.

Por el contrario existen dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma, la finalidad o propósito terrorista. En el segundo grupo se encuentran la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta realizada deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ellas; o la prevista en el artículo 18, interceptación de correspondencia oficial, en la que tampoco se exige que la conducta tenga relación con actividades terroristas; la del artículo 19 relacionada con la utilización ilegal de uniformes e insignias donde brilla por ausencia la exigencia que caracteriza la mayoría de las conductas descritas en el decreto legislativo que se analiza; el secuestro tipificado en el artículo 22, en el que se limita a definir la conducta atentatoria contra la libertad individual; y finalmente el artículo 28 que tipifica el secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte, en el que tampoco aparece la finalidad terrorista. En el tercer grupo, aparecen tipos de conducta alternativa, donde se describen dos o tres conductas, unas en las que es indispensable la demostración de la finalidad terrorista para que pueda entenderse que la conducta se consumó conforme a la descripción legal y la otra, en la que no se requiere haber actuado con tan precisa finalidad. Es el caso de la conducta tipificada en el artículo 7º, concierne para delinquir, en la que se describen dos conductas: a) El que forme parte de un grupo de sicarios y b) El que forme parte de una organización terrorista; y las conductas descritas en el artículo 15, sobre "instrucción y entrenamiento" militar, en donde

igualmente se presenta el mismo fenómeno analizado con anterioridad, porque aquí las conductas alternativamente tipificadas son: a) El que sin autorización legal organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares... y b) El que sin autorización legal organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas o procedimientos terroristas... y c)...., o las contrae con fines terroristas".

Finalmente existe una cuarta clase de tipos penales en los cuales la descripción de la conducta no incluye el elemento subjetivo de la finalidad terrorista, pero sí se la agrega en la titulación del artículo, es la situación concreta de los artículos 9 y 27 que respectivamente se titulan "Incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte, por acto terrorista" y "atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones"; normas que si se estudian detenidamente no contienen las exigencias que son características de la mayoría de los tipos que constituyen este ordenamiento legislativo. En realidad de verdad, en relación con estas dos conductas no era estrictamente necesario que se incluyera la exigencia terrorista, porque por la misma modalidad comportamental y circunstancial de la conducta, por sí mismas evocan o constituyen el acto terrorista en su esencia, puesto que se trata de conductas que implican incendiar, destruir, dañar o causar hundimiento, naufragio o encallamiento de nave marítima o fluvial o caída, incendio, o daño de aeronave o destruir vehículo o unidad montada sobre ruedas en el caso del tipo inicialmente mencionado; y en el segundo, es la destrucción o inutilización mediante bombas o explosivos o cualquier medio apto, una serie de complejos industriales, puentes, aeropuertos, terminales portuarios y similares.

¿Por qué, tratándose como se trata de un estatuto con finalidades eminentemente anti-terroristas se encuentran conductas en las que no aparece esta motivación de la conducta? La situación estructural es clara, porque el elemento subjetivo del tipo existe como una

exigencia técnica imprescindible para distinguir una conducta ilícita de una inocua, como sucede con el hurto, porque si no se agrega "el propósito de provecho", es evidente que la conducta consistente en sustraer un bien mueble ajeno constituiría una contravención, una falta civil, o simplemente una conducta inocua, pero no podrá concretarse como un atentado contra el patrimonio económico; en otras ocasiones el elemento subjetivo del tipo sirve para distinguir una conducta ilícita de otra, porque la modalidad comportamental es exactamente la misma y solo se vienen a distinguir por la finalidad perseguida por el sujeto agente, que es lo que sucedía en el secuestro y el rapto en la anterior legislación penal, puesto que es evidente que el comportamiento delictivo en ambas era un atentado contra la libertad individual, pero en el uno, la finalidad era de beneficio patrimonial o de cualquier otra naturaleza, mientras que en el rapto tenía que ser con fines matrimoniales o libidinosos. Realizado el análisis anterior debe concluirse entonces que fue querer del legislador que algunas conductas por su gravedad o trascendencia social fueran incluidas en el estatuto antiterrorista sin ser necesario en relación con ellas que se realizaran con finalidades terroristas.

Las finalidades de política criminal que se advierten para este estatuto son inequívocas y de allí la denominación por el cual se le reconoció: "Estatuto para la defensa de la democracia".

2. AUTO DE OCTUBRE 4 DE 1988.
MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE CARREÑO LUENGAS.

TEMA: *Terrorismo y violencia contra empleado oficial.* Plantea la Corte el concepto de terrorismo y qué medios de comisión hacen que el comportamiento tipifique la figura contemplada en el decreto 180 de 1988.

CASO: En acto de protesta estudiantil, fue herido un miembro de la fuerza

pública. En dicha actuación, hubo empleo de piedras y artefactos explosivos (bombas molotov).

Considera la Corte:

Se entiende por terrorismo un delito de mera conducta que consiste en emplear medios de destrucción colectiva contra personas o cosas, con el propósito de crear un ambiente de zozobra o perturbar el orden público. El tipo penal tutela el bien jurídico de la seguridad pública y la conducta lesiona además al conglomerado social.

El C. P. de 1936 en título VIII, al tratar los delitos contra la salud de integridad colectiva, traía un tipo penal (art. 261) que sancionaba el lanzamiento contra personas o edificios, de explosivos o sustancias inflamables, gases o bombas, pero guardaba silencio sobre el elemento subjetivo que debía mover la conducta del agente.

El C. P. de 1980, subsanando la anterior omisión, sanciona con el *nomen juris* de *terrorismo* y como delito contra la seguridad pública, la conducta de un sujeto activo indeterminado que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público "...emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva..."

3. AUTO DE OCTUBRE 18 DE 1988. MAGISTRADO PONENTE: DR. RODOLFO MANTILLA JÁCOME

TEMA: *Porte de armas por rebeldes.* Se discute si el hecho constituye delito de rebelión o terrorismo.

CASO: Se captura a una persona perteneciente a un grupo guerrillero, que portaba armas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Considera la Corte:

En reciente ocasión tuvo la Sala oportunidad de precisar los alcances del denominado "Estatuto para la defensa de la democracia",

en lo relativo a la competencia del Tribunal de Orden Público y de los jueces pertenecientes a esa jurisdicción especial. En ese momento se sostuvo:

1. La creación de la jurisdicción especial integrada por el Tribunal de Orden Público y los jueces especializados, obedece a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social.

2. Por ello el legislador extraordinario otorgó competencia a esta jurisdicción especial para conocer y fallar, a) de aquellos delitos específicamente terroristas, distinguibles por la finalidad o ingrediente subjetivo —realizado con fines terroristas—, lo cual a contrario sensu, deja dentro de la competencia ordinaria los mismos hechos realizados con distinta finalidad (verbigracia el homicidio con fines terroristas será competencia de la jurisdicción especial, al tiempo que el homicidio con fines pasionales será competencia del juez superior); b) de otros delitos sin consideración a la finalidad o motivo de la delincuencia, con lo cual tales hechos punibles quedan excluidos de la competencia de la justicia ordinaria.

3. Con relación al primer grupo de hechos punibles, esto es, aquellos que solo son de competencia de la jurisdicción especial en cuanto tengan finalidad terrorista, se precisó además que: "En principio, su instrucción le corresponde a los jueces de orden público y solo, luego de que con la investigación se demostrara que las motivaciones del delito fueron diversas a las estrictamente terroristas, se podrá enviar el proceso para que sea conocido por los jueces de la competencia ordinaria".

4. Y que en caso del delito de homicidio con fines terroristas, cuando su conocimiento corresponde a la jurisdicción especial se entiende que el legislador extraordinario eliminó el mecanismo procesal del jurado de conciencia.

5. Con relación al fenómeno de la conexidad, precisa la Corte su criterio de que la

regla general de competencia para conocer de los delitos conexos, fue suspendida por el estatuto para la defensa de la democracia, entendiéndose que prevalece la competencia de la jurisdicción especializada, sobre la ordinaria (artículo 52 decreto 180 de 1988 y artículo 2 numeral 2 del decreto 474 de 1988).

Necesario es resaltar la inconsistencia del ejecutivo como legislador extraordinario, pues por un lado mantiene vigente la estructura básica con tratamiento punitivo benigno de los delitos políticos, tales como la rebelión y la sedición (artículos 125 y 126 del Código Penal) y por otro, con el propósito de defender la democracia, incluye dentro del decreto 180 de 1988, comportamientos no necesariamente terroristas, o tipifica figuras delictivas en las cuales exaspera las penas, pero que hacen parte de la dinámica de los delitos de rebelión y sedición, que por esta razón, y por no haberse previsto específicamente su forma concursal, carecen de aplicación autónoma, llegándose tan solo a la vigencia favorable de los delitos políticos y excluyéndose lo pertinente a la intensificación de pena que comportarían otros conceptos delictuales.

En pocas palabras, se pretende simultáneamente mantener un tratamiento de benevolencia para la rebelión y la sedición, pero se exhibe excepcional dureza para lo que tenga que ver, verbigracia, con armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, o con el adiestramiento de personal para la lucha subversiva, conductas incorporadas a aquellas, llegándose al contrasentido de ser superior la pena de estas si no se vinculan a la rebelión o a la sedición, pero suavizándose hasta el punto de desaparecer cuando constituyen elemento propio de la rebelión o la sedición. Por eso la Corte en este caso, ha tenido que prescindir de la aplicación independiente o concursal de delitos como el descrito en el artículo 13 y considerar solamente lo relacionado con la rebelión.

4. AUTO DE DICIEMBRE 12 DE 1988.

MAGISTRADO PONENTE: DR. GUILLERMO DUQUE RUIZ

TEMA: *Delito de secuestro*. Se dirime la colisión de competencias surgida entre un Juzgado Especializado y uno de Instrucción Criminal.

CASO: Se trata de un caso de corrupción y secuestro simple, del que fue víctima una menor.

Considera la Corte:

¿Cuál es el secuestro previsto en el artículo 2º (no artículo 1º, como dice equivocadamente dicho texto) del decreto 474? El secuestro simple y el secuestro extorsivo cometidos en determinados sujetos pasivos, que el inciso 1º selecciona en atención al cargo que desempeñen, a su profesión, a su liderazgo político o sindical, o a sus ideas políticas. El secuestro que tenga por objeto alguna de estas personas es de competencia de los jueces de orden público, dice expresamente el citado artículo 2º del decreto 474.

Es decir que los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el referido elenco, escapan a la jurisdicción de orden público, para caer en competencia de los juzgados especializados.

Destaca la Sala que en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, acierta el Juzgado treinta y cinco de Instrucción Criminal al sostener que dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del decreto 180 de 1988, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena lo que ellos preveían.

La referencia que a aquellos textos (arts. 268 y 269 del C. P.) se hace en el decreto 474 de 1988 (art. 23-2), no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el gobierno consideró

conveniente mantener la competencia de los jueces especializados para conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del decreto 180 de 1988, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del Código Penal, que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los jueces especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes de entrar a regir el decreto 180 de 1988, cuya tipicidad y pena consagra los artículos 268 y 269 del Código Penal, y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vigencia de tales normas los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referidas del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2º del decreto 474 de 1988, el cual es de competencia de la jurisdicción especial de orden público.

Si el delito de secuestro que aquí se investiga en la persona de la menor M..., no es del ámbito de la jurisdicción de orden público (por falta de "calificación" de la víctima), la Corte resulta ajena a la solución del conflicto de competencias (art. 16 del decreto 474).

La magistrada sustanciadora interpretó mal la providencia de esta Sala en la cual se apoyó para remitir el asunto a la Corte, pues únicamente tuvo en cuenta que "la controversia se presenta entre un juzgado especializado y uno ordinario", pese a que la Corte en dicha oportunidad, y luego en auto de 23 de noviembre (mag. Dr. Duque Ruiz), lo que dijo fue que si bien los juzgados especializados y de instrucción criminal (según el caso) "pertenecen a la jurisdicción ordinaria" (es decir, no son juzgados de orden público), a veces conocen de asuntos que corresponden a la

jurisdicción de orden público, y entonces las colisiones que se presenten frente a estos determinados autos entre un juzgado de la jurisdicción ordinaria y otro de la misma jurisdicción pero que haga las veces de juez de orden público, debe ser decidido por la Corte: este no es desde luego el caso que ahora se encara, pues se reitera que ni el juzgado treinta y seis especializado ni el treinta y cinco de Instrucción Criminal están disputándose el conocimiento de asunto que pertenezca a la jurisdicción de orden público.

5. AUTO DE DICIEMBRE 14 DE 1988.
MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

TEMA: *Homicidio con fines terroristas.*
Competencia de los jueces de orden público.

CASO: Un grupo de personas intentó apoderarse del dinero destinado al pago de la nómina de unas empresas. En los hechos murió un agente de la policía nacional.

Considera la Corte:

Destaca la Sala que, en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, acierta el juzgado treinta y cinco de Instrucción Criminal al sostener que dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del decreto 180 de 1988, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena, lo que ellos preveían.

La referencia que a aquellos textos (arts. 268 y 269 del C. P.) se hace en el decreto 474 de 1988 (art. 23-2), no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el gobierno consideró conveniente mantener la competencia de los jueces especializados para conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del decreto 180 de 1988, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del C. P., que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los jueces especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes de entrar a regir el decreto 180 de 1988, cuya tipicidad y pena consagran los artículos 268 y 269 del Código Penal, y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vigencia de tales normas, los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referidas del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2° del decreto 474/88, el cual es de competencia de la jurisdicción especial de orden público.

6. AUTO DE FEBRERO 24 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS

TEMA: *Delitos contra sujetos pasivos calificados.*

CASO: Se trata del secuestro de un dirigente cívico. Al momento de la entrega del dinero fue capturada una persona, quien manifestó no formar parte de ningún movimiento subversivo.

Considera la Corte:

Se ha dicho, por parte de la jurisprudencia, que las calidades a que se refiere el artículo 2° del decreto 474 de 1988 son categorías de carácter objetivo que permiten la adscripción de la facultad de juzgar a un determinado

grupo de jueces especialmente establecidos para combatir las situaciones que en forma especial afectan al orden público, pero, por lo mismo que se trata de condiciones objetivas, solo cuando ellas aparezcan debidamente comprobadas puede predicarse la competencia de juzgamiento en los funcionarios de la jurisdicción de orden público, debiéndose en consecuencia adelantar el proceso por parte de jueces ordinarios de todos los eventos en que estas calidades no se hayan comprobado o sean objeto de duda dentro de la actuación sumarial.

Debe advertir la Sala, además, que aun cuando esta calidad objetiva se hallara comprobada, en el caso particular sometido a estudio no se podría atribuir la competencia a los jueces de orden público. En efecto, si bien el artículo 2° del decreto 474 de 1988 establece que a tales funcionarios corresponderá el conocimiento en primera instancia de los procesos por delitos de secuestro extorsivo y homicidio, entre otros, que se cometan contra un dirigente de comité cívico, a más de otros cargos o calidades, para que aquellos jueces puedan conservar la competencia de juzgamiento se requiere que el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón a su investidura y no con base en cualquier otra motivación (como se evidencia en el presente caso) —excluido, claro está el motivo de las creencias u opiniones políticas partidistas o no—, porque de otra forma perdería estructura la codificación que recoge tales comportamientos y se contrariaría la filosofía que inspiró la jurisdicción de orden público.

Finalmente, y aun cuando ello no es materia de pronunciamiento al desatar el incidente, la Sala se pronunciará acerca del funcionario que debe calificar el mérito del sumario. De conformidad con los postulados de la ley 2ª de 1984, el artículo 12, inciso 3, corresponde a los jueces especializados la

investigación y fallo de los procesos que se adelantan por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y los conexos con estos. Empero, el inciso 3 del mismo artículo establece que si el delito concurrente con el secuestro extorsivo, extorsión o terrorismo es de competencia del juez superior, una vez instruidas las sumarias pasarán a este para que adelante la calificación y el juzgamiento de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal.

Pues bien, esta disposición fue dictada antes de que entrara en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal que reformó en el aspecto de la calificación la competencia de los funcionarios jurisdiccionales, atribuyendo a los jueces de instrucción la facultad de calificar el mérito del sumario, e impidiendo que esta labor la cumplan los jueces superiores o de circuito a quienes está asignado el conocimiento del proceso únicamente a partir del auto de control de legalidad. Esta modificación, no prevista por la ley 2ª de 1984 porque no era oportuno hacerla, es la que da origen a las confusiones del Juzgado Sexto Especializado en cuanto a este tema.

Sin embargo, debe recordarse que pese a la modificación introducida por el decreto 50 de 1987, los jueces de instrucción criminal deben investigar —y calificar— los procesos que se adelanten por el delito de homicidio y conexos con estos, excepción hecha de aquellas situaciones especiales en las cuales tal facultad corresponda, por ejemplo, a los jueces de orden público. Así las cosas, siendo que la competencia para calificar el mérito del sumario de los procesos por homicidio corresponde al juez de instrucción criminal, y en contrapartida al juez especializado le está vedado entrar en tales campos de acción, en el evento que ocupa la atención de la Sala la calificación deberá hacerla, una vez perfeccionada la investigación para guardar el espíritu de la ley 2ª de 1984, el juzgado de instrucción criminal que en razón del territorio resultare competente para ello.

7. AUTO DE MARZO 2 DE 1989.

MAGISTRADO PONENTE: DR. RODOLFO MANTILLA JÁCOME

TEMA: *Amenazas familiares*: discute la Corte si basta con que ellas existan desde un punto de vista material o si es necesario que tengan ciertas connotaciones como las de causar alarmas, zozobra o terror, en una palabra, si es necesario que tengan dichas amenazas, connotación política.

CASO: A una persona se amenazó, mediante llamadas telefónicas recibidas en la familia, con destruirle su casa si en el término de tres días no informaba sobre el paradero de su sobrino quien había estado alojado en su residencia, luego de salir de un establecimiento de reclusión.

Considera la Corte:

El decreto 180 responde, como lo sostuvo esta Sala en anterior oportunidad, ... a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social.

La sola conducta, consistente en la amenaza, no es suficiente para incriminar al agente, puesto que de la estructura del tipo penal se deduce, que debe producirse efectivamente la alarma, la zozobra o el terror; al fin de cuentas, el tipo penal es de resultado. Lo anterior para fundamentar el hecho, en el caso propuesto, de la falta de seriedad y gravedad que reclama el tipo penal de las amenazas personales o familiares, cuando ellas no responden en manera alguna, a la finalidad política o de orden público, esté contenida de manera expresa o tácitamente se deduzca de ella, del espíritu del legislador extraordinario, para la expedición del decreto mencionado.

La amenaza a que se refiere el artículo 26

del decreto 180 de 1988, si bien tutela la libertad individual como bien personalísimo, debe tener de todas maneras, una connotación política, lo que permite en principio, excluir de la normatividad relativa al orden público, aquellos comportamientos que apuntan fundamentalmente a la vulneración de intereses individuales, sin penetrar en el ámbito de lo colectivo y sin generalizar zozobra, terror o pánico en la comunidad.

Al no existir finalidad económica en la exigencia, se acepta la eventualidad del delito de constreñimiento, adscribiendo la competencia para conocer a la *jurisdicción ordinaria*.

8. AUTO DE ABRIL 25 DE 1989.

MAGISTRADO PONENTE: DR. GUILLERMO DUQUE RUIZ

(Reitera Auto de noviembre 25 de 1988. Magistrado ponente: Dr. Lisandro Martínez Zúñiga).

TEMA: *Porte de armas de dotación oficial por agentes de la policía o militares*. Se discute si el comportamiento de los agentes de policía que portan armas de dotación oficial por fuera del servicio, encaja en el decreto 180 de 1988.

CASO: Un agente de la policía, estando en franquicia, cometió un delito contra la propiedad, valiéndose de su arma de dotación oficial.

Considera la Corte:

Cuando un miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional porte su arma de dotación oficial, en ningún caso se le puede atribuir la conducta del artículo 13 que se acaba de transcribir, por la sencilla y contundente razón de que el citado texto requiere que el cuestionado porte sea "sin permiso de autoridad competente", elemento de no posible predicación en tratándose de un militar o agente de la policía en servicio activo, que,

así esté franco, como el acusado en el presente caso, dispone, por el contrario, de un "permiso permanente" de portar el arma que le ha sido entregada, es decir la de "dotación oficial".

Distinto es el asunto, cuando se trate de arma particular, para cuyo porte los uniformados, al igual que los civiles, sí deben obtener el respectivo salvo conducto.

En casos como el presente, no hay, pues competencia de los jueces de orden público para conocer del asunto.

9. AUTO DE MAYO 11 DE 1989.

MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE CARREÑO LUENGAS.

TEMA: *Tenencia de armas y favorecimiento de actos terroristas*. Discute la Corte si la tenencia de armas, por su sola realización material realiza el tipo del art. 11 del decreto 180 de 1988, o si por el contrario, tal tipo exige un ingrediente subjetivo expresado en la forma lingüística "favorecer".

CASO: Se le encontraron algunas armas a una persona, "armero" de oficio: en su casa de habitación tenía un pequeño taller, con licencia oficial, en el que arreglaba, además, armas del Ejército y de la Policía Nacional.

Considera la Corte:

En todo tipo penal existe una forma verbal que nutre ontológicamente la conducta típica y que hace relación al comportamiento que debe realizar el sujeto activo para obtener el resultado.

En el tipo penal consagrado en el art. 11 del decreto 180 de 1988, el verbo rector no es otro que el de *favorecer* la realización de actos terroristas. Por ello, en la norma se incrimina a quien "favorezca la realización de actos terroristas mediante la fabricación, adquisición, sustracción o almacenamiento de

armas de fuego...". Es indispensable entonces, para que se tipifique la realización de actos terroristas mediante la posesión o el suministro de armas. O en otras palabras, que la posesión de las armas tenga por objeto favorecer la realización de actos que siembren la zozobra, el temor y atenten contra la paz o el orden público.

No estando contemplada la conducta del sujeto ni en el artículo 13, ni en el 11, la competencia la determinó la Corte en los jueces ordinarios y no en el juez de orden público.

10. AUTO DE 18 DE MAYO DE 1989.

MAGISTRADO PONENTE: DR. GUILLERMO DUQUE RUIZ

TEMA: *Amenazas familiares*: Afirma la Corte la necesidad de hacer una interpretación sistemática y teleológica frente al decreto 180 de 1988.

CASO: Se amenazó a una persona con el fin de obligarlo a pagar una suma de dinero prestada a la víctima de la amenaza y por la cual pagaba un interés del 20 por ciento.

Considera la Corte:

Una lectura literal de esa disposición (se refiere la Corte al artículo 26) le daría indudablemente razón al juzgado Treinta y Siete de Instrucción Criminal, pues en ella se lee claramente que la amenaza con esas connotaciones de temor, zozobra o alarma (que, en el fondo, tipifican el terrorismo, según el artículo 1 del decreto 180 y, también en lo pertinente a los verbos rectores usados, el (art. 187 del C. P.) puede perfectamente recaer sobre una sola persona: explícitamente al menos, ese precepto no exige, de suyo, que los efectos de conmoción inherentes a las amenazas desborden tal individualidad para proyectarse sobre personas o grupos, ni que mediante ellas se trastorne el orden.

Ello, repítase, es lo que se saca de una lectura cerrada y literal del precepto, pero esta no es la manera de leer los textos jurídicos, pues su hermenéutica implica necesariamente una aprehensión de toda la normatividad con la cual de una u otra manera, se relacione el precepto objeto de lectura, para así lograr desentrañar su sentido y alcance, su razón de ser en el momento en que fue creado y en el momento en que se le esté aplicando. El Estatuto 180 que contiene ese artículo 26 fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público: dentro de esa realidad y a través de esa dinámica sociopolítica hay que examinar toda esa normatividad de excepción, y entonces, ahí sí aparece explicable y acertado sostener, como lo ha he-

cho esta sala (Autos de 6 de diciembre de 1988 y 29 de marzo de 1989, entre otros) que únicamente encajan en el citado artículo 26 las amenazas que trascienden de algún modo la esfera meramente *personal* o *privada*, y, en ese desbordamiento, alcanzan a afectar intereses sociales o de más amplitud, que pongan en peligro o perturben la vida en común o social, de los coasociados (pocos o muchos) y no de *individualidades aisladas*. En otras palabras, es con base en *sus efectos*, y no solo en consideración a la persona o personas objeto de la amenaza, como se debe dilucidar la naturaleza de la misma, aunque obviamente la calidad o carácter que tenga el amenazado en ocasiones influye en los efectos.

Tribunal Superior de Medellín

11. AUTO DE DICIEMBRE 13 DE 1988.

MAGISTRADA PONENTE: DRA. MARIELA ESPINOSA ARANGO

TEMA: *Secuestro*. La mayoría de la Sala considera que los arts. 268 y 269 del Código Penal se encuentran suspendidos por virtud de la legislación de estado de sitio. Fue rechazada por ello la ponencia original del magistrado Edgar Escobar López, que proponía la aplicación del Código Penal y no del decreto 180/88.

CASO: Un sujeto sustrae durante dos horas a un menor, quien al parecer había hurtado un par de zapatos, con el fin de interrogarlo sobre este hecho.

Considera el Tribunal:

.....
Mas, como se enunciara al principio, la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión no puede conculcar las normas en vigencia de que se hizo caso omiso al proferir medida de aseguramiento consistente en caución. Porque el Estatuto para la defensa de la de-

mocracia (decreto 180 de enero 27 del presente año 1988) mediante el cual se complementan algunas normas del Código Penal, etc., en sus artículos 22 y 23 dentro del capítulo segundo sanciona y agrava el delito de secuestro, llámesele extorsivo o simple como los definen los artículos 268 y 269 del Código Penal y los agrava el artículo 270 *ibídem*.-Inclusive, por virtud del artículo 52 del mismo estatuto o decreto 180 en cita, legislación extraordinaria del gobierno en uso de las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, esas normas ordinarias están en la actualidad *suspendidas*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÉDGAR ESCOBAR LÓPEZ:

.....
1. Me parece un desafuero interpretativo ubicar la conducta descrita en los considerandos de la ponencia dentro de los linderos del artículo 22 del decreto 180 de 1988, no solo por el móvil que animaba su acción (que le contara qué objetos había hurtado de su finca y "reprenderlo" para que en el futuro no continuara por ese camino desviado), sino por

los matices que rodearon la retención momentánea del menor C. G. Por ello la tarea jurisprudencial en el campo de la hermenéutica no debe detenerse en un estatismo conceptual del momento histórico en que nació a la vida jurídica la norma legal, sino que el juzgador debe hacerla cumplir su immanente función de instrumento equilibrador de la justicia social acudiendo a aspectos sociales, políticos, económicos, culturales y éticos que orientan la vida de relación en el momento de aplicarla. Debe buscarse, entonces, la interpretación teleológica partiendo del supuesto de que la ley es solo un medio de que se vale el legislador en busca de determinados fines sociales y, por ello, el intérprete que utilice el medio finalístico no se detiene en el simple texto de la norma sino que va más allá en busca de su real voluntad, del espíritu de las disposiciones, a través de los elementos racional, sistemático, histórico y político. El primero busca desentrañar la razón de ser de la ley o "ratio legis" que se revela en el bien o interés jurídico protegido, en el por qué de su tutela y en la finalidad que con tal protección se persigue. Y el político, que es el otro elemento que nos interesa para los efectos que importa ahora, hace relación a que las normas penales, como cualquiera otra ley—ordinaria o de emergencia— de orden público, reflejan la concepción política vigente en el momento histórico del Estado que les dio origen, lo que sucedió con el llamado ESTATUTO ANTITERRORISTA.

2. El mandato 180 de 1988 y para el caso que nos ocupa el artículo 22 que hace referencia al SECUESTRO, tuvo su inspiración en el considerando tercero tocante con que "los fenómenos de perturbación del orden público se han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, manifestándose en actos que atentan contra la vida e integridad de los funcionarios del Estado, dirigentes políticos y sindicales, intelectuales; el secuestro de candidatos a alcaldías y corporaciones públicas de elección popular, con fines desestabilizadores de las instituciones democráticas" (subrayo). Mírese, pues, cómo aquella norma

—el artículo 22 del decreto 180 de 1988— exige una connotación de carácter social en el sujeto pasivo de la acción atentatoria contra la libertad individual consistente en ser candidato a alcaldías o corporaciones públicas de elección popular, para quienes se pretende una marcada protección, y respecto de ellos se incrementó la penalidad en el dispositivo citado, trátase de secuestro simple o extorsivo, con miras a menguar esa clase de delincuencias. Repárese, de otro lado, que el artículo 2° del decreto 181 de 1988 discernía el conocimiento en primera instancia a los Juzgados de Orden Público, entre otros punibles, del secuestro y secuestro extorsivo que se consumaran en una cualquiera de los personajes que ostentó rango jurídico o social de las que allí enumeraba y "todos los demás tipificados en el decreto 180 de 1988". Esa norma fue modificada por el canon 2° del mandato 474 del 16 de marzo de 1988, reiterando que los jueces de orden público conocerán en primera instancia, entre otros, de los punibles de *secuestro* y *secuestro extorsivo* que se cometan en alguna de las personas allí mencionadas y cuyo número se incrementa respecto de las relacionadas en su homólogo 2° del decreto 181 del 27 de enero de la anualidad citada, pero se continúa exigiendo una connotación jurídica o social en cuanto toca con la víctima de la infracción. Se suprime, eso sí, la remisión genérica para el conocimiento de todos los demás ilícitos consagrados en el decreto 180 de 1988. Obsérvese, en fin, cómo el mandato 474 y su similar 181, no empece haberse consagrado el tipo especial de secuestro" de que habla el artículo 22 del ESTATUTO ANTITERRORISTA, continúan refiriéndose al secuestro simple y al extorsivo que, según el elemento interpretativo racional de las normas jurídicas de que hablamos en principio, se refiere a los personajes del considerando tercero ya que con esa disposición se revela el por qué de su tutela y la finalidad que con tal protección se persigue.

3. No parece cierto, como lo afirma la mayoría de la Sala, que las normas ordinarias

de los artículos 268 y 269 del Código Penal "están en la actualidad *suspendidas*" por virtud del artículo 121 de la Carta Política porque los artículos 2º y 23-2 del decreto 474, insístimos, se refieren a esos tipos delictivos. Y de una cuidadosa lectura de la última norma en cita se desprende que los jueces especializados conocen en primera instancia, en tratándose de delitos afectantes de la libertad individual, del secuestro extorsivo (art. 268) y secuestro simple (art. 269) descritos en el Código Penal que se cometan en cualquiera persona diversa a las enumeradas en el ordinal 1º del artículo 2º del decreto 474, porque el artículo 23-2 de la normatividad lo excepcionalmente expresamente, correspondiendo su conocimiento a los juzgados de orden público.

Insistimos en que el tipo de secuestro descrito en el artículo 22 del decreto núm. 180, que se agrava conforme a las causales del canon 23, sufrió un gran incremento de pena privativa de la libertad y se le adicionó la pecuniaria cuando se trate de sujetos pacientes del mismo que ostenten una posición jurídica (ser funcionario o empleado público) o social (dirigente gremial, profesor universitario, candidato a cualquier cargo público, etc.) y, entonces, cuando se trate de personas víctimas del secuestro que no tengan esas connotaciones, condiciones o calidades, no podrá hablarse de esa clase especial de secuestro sino de uno en su modalidad de simple o extorsivo, según la motivación tercera del decreto 180, como sucedió en el evento que ocupa la atención de la colegiatura tipificante de un secuestro simple.

Se ha cometido un error interpretativo de parte de la mayoría, error que va a llevar a un hombre a la cárcel cuando la medida de aseguramiento que procede es, en sana lógica y estricto derecho, la caución. Mis argumentos, los mismos que ahora expongo por escrito, no fueron convincentes en las discusiones de Sala. Quiera Temis que muy pronto se enmiende el yerro y se ponga fin a una injusticia.

Reitero que, aunque respeto la hermenéutica mayoritaria, no puedo compartirla. Dejo

mi conciencia tranquila pero un corazón más palpitante que de costumbre porque va allí un hombre, a la cárcel, o a ocupar un lugar que no le corresponde.

NOTA: En el proceso anterior, el Juzgado Sexto Especializado de Medellín, siguiendo los criterios trazados por el Tribunal en el auto anterior, condenó al procesado a la pena de 6 años y 8 meses de prisión y multa equivalente a 48 salarios mínimos mensuales, al hallarlo responsable del delito de secuestro consagrado en el art. 22 del decreto 180 de 1988.

La sentencia fue apelada tanto por el defensor como por el fiscal. El Tribunal, en providencia de agosto 3 de 1989 —con ponencia del magistrado Édgar Escobar López, la cual sí fue aceptada en esta oportunidad por los demás integrantes de la Sala de Decisión— decretó la nulidad de lo actuado por incompetencia del juez, pues consideró que no se trataba del delito de secuestro sino de "ejercicio arbitrario de las propias razones" (art. 183 del C. P.), con base en los argumentos esgrimidos por el Tribunal en auto de enero 30 de 1989, cuyas consideraciones más importantes transcribimos a continuación.

12. AUTO DE ENERO 30 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. HUMBERTO RENDÓN ARANGO.

TEMA: *Secuestro y ejercicio arbitrario de las propias razones*. El Tribunal considera necesario tener en cuenta la licitud o ilicitud de la finalidad perseguida para determinar si el hecho constituye secuestro (art. 22 del decreto 180 de 1988) o ejercicio arbitrario de las propias razones (art. 183 del C. P.).

CASO: Varios sujetos retienen algunas horas a una persona, con el fin de recibir información acerca del paradero de quien les había hurtado una alhaja.

Considera el Tribunal:

.....
Pero, el hombre debe obrar con culpabilidad en cualquiera de sus manifestaciones de dolo, culpa o preterintención. Para el caso de autos con dolo o voluntad orientada a la realización de ese hecho que sabe causará lesión o peligro de lesión a un interés jurídico objeto de tutela penal, en actitud dirigida conscientemente a la realización de la conducta típica y antijurídica. Y para que exista el hecho punible descrito en el artículo 22 del decreto 180 de 1988, se requiere que el sujeto activo voluntariamente no solo arrebatase, sustraiga, retenga u oculte a una persona, sino que lo haga con el propósito de exigir por su rescate un provecho o utilidad o se tenga un propósito distinto pero indebido, y se determine a cumplir ese cometido. La escolástica tiene la feliz expresión de causa final, que en el orden de la intención es el término de la acción como finalidad que se desea alcanzar. En el secuestro, para que no se lo vaya a confundir con otro delito, en el orden de la intención es preciso que en la conciencia del autor, en el momento del hecho, esté presente de modo positivo el específico propósito de obtener un provecho o utilidad ilícitos, pues de exigirse lo debido otra es la calificación que el hecho merece, o se tenga el propósito de lograr otra cosa, eso sí, indebida. La retención, arrebatamiento, etc. está informado de ese elemento subjetivo y a ello no se opone que no aparezca en la descripción típica porque debe entenderse así para no confundirla con otras descripciones típicas en las cuales, con otros fines, puede verse recortada o disminuida o perdida la facultad de locomoción como ocurre en el hurto cuando se maniatada a la víctima o se la encierra, cuando mediante constreñimiento se obliga a alguien a tomar o dejar de tomar una determinada ruta o, como en el caso de autos, cuando con un medio indebido se pretende lo debido: el ejercicio de un derecho que pudo y debió solucionarse por la vía de la Administración de justicia, que en su orden se contemplan en los artículos 350.2, 276 y 103 del C. Penal. En todo caso

es necesario un elemento subjetivo que ya fue mencionado.

13. AUTO DE MARZO 6 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. MARIO SALAZAR MARÍN.

TEMA: *Secuestro*. Se discute si es aplicable al caso el decreto 180 de 1988 o el Código Penal. El Tribunal considera que es necesario tener en cuenta el fin perseguido para determinar si se aplica una u otra normatividad.

CASO: Tres sujetos retienen a una persona con el fin de lograr el pago forzado e ilegítimo de una deuda contraída por la hermana del retenido.

Considera el Tribunal:

.....
1. No cabe duda que formal y objetivamente la conducta de arrebatar, sustraer u ocultar a una persona constituye "secuestro", no importa que el medio utilizado sea violento, abusivo o fraudulento. Así entonces el juez, con tales puntos de vista (formales y objetivos), habría acertado en la ubicación jurídica de la conducta, teniendo en cuenta pues que el legislador extraordinario —a través del decreto 180-88— no contempla expresamente ninguna finalidad en el modelo de conducta que describe en el artículo 22, pues simplemente dice que quien "arrebatase, sustraiga, retenga u oculte a una persona incurrirá en prisión de 15 a 20 años".

2. Cuando esa finalidad se consagra literalmente en la norma la doctrina la denomina "ánimo especial" y es menester obviamente su comprobación para que pueda hablarse de "acción típica". Pero el hecho de que no conste —con mayor razón frente a un legislador improvidente— no significa jamás que las conductas jurídico-penales relevantes, todas, no sean finales, pues es de la esencia del acto humano el móvil que lo impulsa y el fin buscado.

La Sala no pretende afirmar con esto que los sindicatos no hayan querido limitar la libertad de J. E. M., aún en el evento posible de que este hubiera mostrado disposición de que su libertad fuese restringida —real o aparentemente— en orden a lograr la solución forzada de una obligación. Pero sí hace notar que en esta conducta es sobresaliente la finalidad de lograr un lucro legítimo, establecido previamente en un contrato celebrado entre las partes con arreglo a las leyes.

Según esto el fin buscado era lícito, pero el medio no, cuya denominación jurídica ha despertado aquí el debate, pues la defensa estima que ello constituye “constreñimiento ilegal”, que consiste en obligar a otro a “hacer u omitir alguna cosa”, según el artículo 276 del C. P., a diferencia del juez que lo estima “secuestro”, como queda dicho.

3. Pero el derecho penal, con su sistema de garantías individuales, generadora de la consecuente seguridad jurídica, siempre ha rechazado las penas fundadas en meras acciones causales sin miramientos a su contenido subjetivo y por consiguiente a sus fines. Por eso es profundamente preocupante que en opinión de algunos se estime que el decreto 180-88, con severidad mayúscula, por razones políticas conocidas, haya suspendido, de un solo plumazo, la distinción entre el “secuestro extorsivo”, que contempla el fin de un provecho —ilícito se supone—, con pena mínima de 6 años, y el “secuestro simple”, referido a fines diversos, con sanción mínima de 6 meses de prisión, a cambio de una conducta sin fines con prisión mínima de 15 años, algo ilegítimo en cabeza del legislador, por ser ontológicamente absurdo prohibir conductas humanas sin contemplación de fines.

Como tal punto de vista no se puede concebir, así simplemente, sin juicio crítico alguno, pues la pena para que sea legítima tiene que ser el reflejo de la magnitud del injusto, dado que la individualización de la sanción es lo más importante del sistema penal por constituir la esencia del “jus puniendi”, tiene necesariamente que acudir al método teleológico

y sistemático de la interpretación de la ley, de cara fundamentalmente al bien jurídico tutelado. Pues la Sala entiende que el núcleo de toda conducta ilícita es el daño al derecho y tal debe ser el punto de partida del intérprete, junto al examen sistemático del ordenamiento jurídico, para una interpretación sin yerros.

Resulta un violento despropósito hacer tabla rasa y entender que toda conducta de secuestro, sin distinción de fines, por la conducta objetiva y formal en sí, por la mera realización causal del hecho, es ubicable en el referido art. 22 del “Estatuto para la defensa de la democracia”, en la creencia completamente heterodoxa de que para que se estructure este o cualquier delito basta el dolo de realizar el tipo objetivo, como si el tipo no exigiere también y fundamentalmente la consciente voluntad final de realizar un injusto determinado, con sus propias dimensiones objetivas y subjetivas.

Porque, claro: una cosa es comprender y querer retener a una persona para lograr un provecho ilícito (secuestro extorsivo); otra hacer lo mismo con el fin de que se le reconozca, por la fuerza ilegítima o el ejercicio de las propias razones, un derecho tutelado por el Estado, como la acreencia para el caso (secuestro simple); y otra, muy diversa, llevar a cabo eso mismo para desestabilizar el régimen y atacar, como dice el decreto, la democracia.

Como el autor de las leyes, en este caso el poder ejecutivo, convertido permanentemente en legislador extraordinario, no puede invadir sin ningún límite, aún en condiciones de “generalizada excepción”, los espacios jurídico-políticos de las otras dos ramas del poder, le está vedado por eso, a través de ese artículo 22, imponerle al derecho penal y a los jueces que sean injustos y que midan distintos comportamientos, que conlleven diferentes daños y por consiguiente diversos injustos, con un mismo juicio de reprochabilidad y una misma pena. Es como se entiende el ejercicio de la jurisdicción, en esta tarea de interpretación y honrada aplicación de las nor-

mas penales, y se comprende su papel protagónico y político de poder de Estado, para que el juez no sea a todo trance un invitado de piedra como mero aplicador de normas formales, que como tales nunca lo son de verdad.

4. Con ello la Sala quiere llegar a la siguiente conclusión; completamente coherente con un Estado de derecho, en el cual las tareas armónicas de las distintas ramas del poder logran sus fines comunes: Que el art. 22 del decreto 180-88, *no suspende*, por no ser contrarios a su esencia, los artículos 268 y 269 del Código Penal, consagradorios del “secuestro extorsivo” y el “secuestro simple”, y que por consiguiente existen en este momento tres clases de “secuestro”.

Que ello es así, en efecto, lo confirma el decreto 0474 de marzo 16-88, que de nuevo se refiere a los secuestros extorsivo y simple en su artículo 23, cuando dispone que mientras subsista turbado el orden público los jueces especializados conocerán en primera instancia de los delitos descritos en los artículos 268 y 269 del C. P., mientras los jueces de orden público conocerán del secuestro descrito en el artículo 22 del decreto 180, en concordancia con el art. 2º del decreto 0474, o sea cuando el sujeto pasivo es calificado o a la persona se le secuestra por sus creencias ideológicas o partidistas, esto es, cuando tenga por fin atacar el establecimiento político y constituya el injusto que el legislador ha querido sancionar severamente. No nos parece que esa referencia a las dos formas tradicionales de secuestro esté referida a tales ilícitos cometidos con anterioridad.

Ya lo había dicho este Tribunal, en Sala de Decisión encabezada por el magistrado Humberto Rendón Arango, en un caso análogo, con la mera diferencia del tiempo que permaneció retenida la víctima: “La retención, arrebato, etc., está informado de ese elemento subjetivo (propósito de obtener un provecho o utilidad ilícitos) y a ello no se opone que no aparezca en la descripción típica, porque debe entenderse así para no

confundirlas con otras descripciones típicas, en las cuales, con otros fines, puede verse recortada, o disminuida o perdida la facultad de locomoción, como ocurre en el hurto cuando se maniat a la víctima o se le encierra, cuando mediante constreñimiento se obliga a alguien a tomar una determinada ruta o, como en el caso de autos, cuando con un medio indebido se pretende lo debido: el ejercicio de un derecho que pudo y debió solucionarse por la vía de la Administración de Justicia... Entonces, si bien se arrebato y retuvo a una persona, y se la arrebato y retuvo dolosamente, tal comportamiento estuvo enderezado a la recuperación de un bien que había sido objeto de ilícito apoderamiento” (el hurto de una joya valiosa, agrega esta Sala; proveído de Enero 30-89, proceso seguido a G. A. A. y J. E. A.

La administración de justicia no tiene razones para explicar por qué un ilícito que ha tenido una sanción mínima de 6 meses (art. 269 C. P.) resulte de un día para otro con 15 años, sin que de por medio haya desbordamiento de poder.

Solo que en este caso no es “Ejercicio arbitrario de las propias razones” (art. 183 C. P.), porque si bien se quiso ejercer justicia arbitraria y se ofendió con ello a la Administración de Justicia (bien tutelado, título IV, hubo primordialmente una infracción contra la libertad individual, que comportando en sí misma también arbitrariedad privada, es modelo legal (el del art. 269 *ibidem*) que describe con mayor solvencia todos los extremos de la conducta ejecutada.

Tampoco es “Constreñimiento ilegal”, según lo quieren los defensores (art. 276), porque contentiendo también el secuestro la acción de constreñir a otro, con arrebato, sustracción, retención u ocultación de la persona, también es modelo que abarca más y mejor la conducta llevada a cabo, al ir más allá del mero constreñimiento, que es amenaza sin restricción física de la libertad. Obsérvese entonces cómo el aspecto subjetivo de las acciones

humanas influye decisivamente en el campo del derecho penal, pues también la "extorsión", por ejemplo, es objetivamente constreñimiento, pero tiene que estar enderezada al provecho ilícito. Luego a comportamientos formal y objetivamente iguales suelen corresponder adecuaciones típicas bien distintas.

NOTA: En este caso se presentó salvamento de voto de la Magistrada Gema Saldarriaga Agudelo, quien consideró que debía aplicarse el art. 22 del decreto 180 de 1988, con el argumento de que "los hechos ocurrieron bajo su vigencia y el sujeto pasivo... no es de los calificados y taxativamente señalados en el art. 2° del decreto 474 de 1988".

* * *

COMENTARIO

Como puede observarse, la jurisprudencia de la Corte viene evolucionando en la dirección del reconocimiento de elementos subjetivos como requisito de existencia de las diversas figuras delictivas a pesar de que algunos tipos no hagan esa exigencia de manera expresa. Esta dirección viene iluminada por *criterio teleológico de interpretación*. Que es lo que debió haber hecho desde un principio. En efecto: al parecer, en la providencia que puede considerarse fundamental, en cuanto tocó sentar las bases y abrir caminos, la del 13 de septiembre de 1988, se incurrió en una petición de principio, en tanto que se dió por demostrado lo que se tenía que demostrar: que el secuestro, que el porte de armas, que su conservación, que las amenazas, etc., sin más, caían bajo las prescripciones del decreto 180, por el hecho de que tales conductas eran descritas por dicho estatuto, independientemente del elemento subjetivo que precediera, orientara y caracterizara tales comportamientos. Decir que por el hecho de estar en el decreto 180 son siempre conductas del 180 es hacer una interpretación asistemática de tal normatividad, no teniendo en cuenta el brocardo tan antiguo como sabio de los prácticos: *si vis intelligere, lege nigra*, si quieres entender, lee la negrilla. Se aludía a la costumbre que había de retener el nombre del título, del capítulo o del artículo, lo que servía de pauta de interpretación teniendo de presente el interés jurídico tutelado al cual se aludía así. La razón de ser de la norma, el fin del restablecimiento del orden público mediante el enfrentamiento de ciertas formas delictuales particularmente preocupantes como el terrorismo, la motivación de las disposiciones, deben servir de pauta de interpretación.

La importancia de la interpretación teleológica es tal que es precisamente con base en ella como se llega a sostener, a mi manera de ver de forma acertada, que en el caso que se atente contra uno de los sujetos calificados a los cuales se hace mención, por ejemplo, tratándose del delito de homicidio contra un miembro del ejército o de la policía o contra un profesor o un líder sindical etc., se debe considerar que la cualificante existe siempre y cuando en el hecho hubiese habido una motivación política. Con ese mismo criterio teleológico, se descartó la ubicación de la amenaza familiar dentro del decreto 180, a pesar de que en la descripción de dicha tipicidad, no se aluda a ninguna motivación especial o a ninguna connotación política particular.

Por su parte, el Tribunal Superior de Medellín, decide, en contra del criterio de la Corte, tratándose del delito de secuestro, que en dicha tipicidad sí hay que distinguir la motivación última para saberse si estamos en presencia del decreto 180 o si el caso hay que ubicarlo dentro de las diversas tipicidades del Código Penal. La mencionada corporación parte, como puede verse, de una *concepción ontológica de la acción*: esta es lo que es, a partir de su sentido y el sentido de la acción está determinado por el contenido de la voluntad. Ahora bien: se infiere que la estructura de la acción tiene un poder vinculante tanto para quien hace la ley como para quien la aplica: en el primer caso, quien tiene la potestad legisferante no puede regular la conducta humana como le dicte su parecer ya que debe respetar la estructura de la materia de la regulación jurídica; en el caso del intérprete, este no puede decir que un acto es terrorista cuando la pretensión de causar alarma y desestabilizar, están ausentes. Si así fuera, el solo pronunciar una expresión lingüística bastaría para dar por existente una realidad, violentándose esta.

Parece sí profundamente preocupante, desde el punto de vista de una sana política criminal que frente a casos estructuralmente semejantes pero con profundas diferencias en cuanto su repercusión social, se llegue a decisiones tan dispares en cuanto a sus consecuencias: parece aberrante, por decir lo menos, que cuando se retiene a un muchacho por el lio de unas bagatelas perdidas, se hable de 15 años de prisión y que en cambio, con base en otros parámetros de análisis, hechos sensiblemente más graves acarreen 6 meses. En otras palabras: lo grave no es tanto que en el caso más sensible se aplique la pena que dispone el código, sino que en el otro caso, sin darse la motivación que dió origen a la legislación de emergencia, tenga una pena tan desproporcionada. La justicia se convierte entonces en una cosa de azar si se deciden de una manera tan antípoda situaciones que han debido fallarse de manera semejante.

BIBLIOGRAFÍA

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS: *Emergencia y crisis del Estado social (análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación)*, Barcelona, Ed. PPU, 1988, 266 págs.

Dentro de la extensa bibliografía española en materia de legislación excepcional sobre terrorismo¹, es digno de destacarse el presente trabajo, por cuanto se trata de una profunda reflexión criminológica sobre un fenómeno social de tan inquietante actualidad. SERRANO-PIEDECASAS no se detiene en un análisis jurídico-formal de dicha legislación, sino que indaga por los intereses reales que subyacen en la reacción estatal frente a esta especial manifestación de la violencia política, planteando como marco de fondo de su discurso, las disfunciones que en el sistema penal ha generado una tal respuesta normativa, que por sus incultables contornos autoritarios ha sumido en una alarmante crisis los principios garantistas del Estado de derecho demoliberal burgués.

Pero sea lo primero mencionar que el autor de esta obra es actualmente

profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, y la obra que comentamos es compendio de su tesis, con la que obtuvo el doctorado en la misma Universidad. A lo largo de este trabajo se trasluce pues la amplia formación jurídica y la firme coherencia política de su autor, adquiridas no solo en los fríos claustros de la academia, sino por medio de una agitada vivencia de lucha revolucionaria en América Latina.

La obra ha sido incluida en la colección "Sociedad-Estado", dirigida por el profesor ROBERTO BERGALLI, quien además hace una presentación de la obra, bajo el título de "Emergencia: una cultura específica". En ella examina prolijamente el surgimiento, desde la base misma de la infraestructura socioeconómica del Estado actual, de una forma cultural específica que él denomina "cultura de la emergencia", que se caracteriza por la transformación del contenido del concepto de emergencia. Para BERGALLI, la emergencia en los inicios del Estado liberal era un recurso excepcional para el restablecimiento de las garantías; ahora, en cambio, sirve de

¹ Véanse entre otros, CARMEN LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985; JUAN TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y derecho*, Madrid, Edit. Tecnos, 1988; IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS, *Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo*, en "Derecho Penal y Criminología", núm. 34, Bogotá, 1988, págs. 132 y ss.; LUIS ARROYO ZAPATERO, *Terrorismo y sistema penal*, en "Reforma política y derecho", Madrid, 1985, págs. 43 y ss.; JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Crítica a la política criminal del orden público*, en "Cuadernos de Política Criminal", núm. 16, Madrid, 1982, págs. 68 y ss.; F. J. ÁLVAREZ, y M. A. COBOS, *Legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", núm. 68, Madrid, 1983, págs. 161 y ss.

“alimento constante e imprescindible del sistema”. Sostiene, además, que el nuevo contenido ideológico de dicha categoría está vinculado íntimamente con la aparición de nuevas estrategias de control social, necesarias para conjurar la crisis de “governabilidad” que han generado las conflictivas relaciones infraestructurales del presente estadio histórico de desarrollo capitalista y que el sistema político se revela incapaz de canalizar. Finalmente, advierte cómo a raíz de la rápida expansión de la legislación excepcional en Europa en los últimos tres lustros, se presenta un proceso de interiorización de la cultura emergencial, que convierte las excepcionales disposiciones en ordinarias. Claro ejemplo de ello se dio precisamente en España con la inclusión en la legislación ordinaria, mediante las leyes orgánicas 3 y 4 de 1988, de normas pertenecientes a la anterior ley antiterrorista.

Con el objeto de hacer un sucinto bosquejo del contenido del trabajo de SERRANO-PIEDECASAS, es importante señalar el objeto del mismo, las hipótesis de las cuales parte y la metodología que utiliza para demostrarlas. En cuanto a lo primero, la materia tratada se circunscribe a la legislación excepcional antiterrorista expedida por los países que conforman el Consejo de Europa. En razón de que el autor pretende un análisis crítico de dicho objeto, plantea una hipótesis de trabajo en cuya demostración se desenvuelve la obra: “se intenta desvelar, poner de manifiesto, la existencia de una relación causal que va desde la norma de excepción hasta la crisis del Estado social” (pág. 24). En otros términos, como bien lo señala BERDUGO en el prólogo, el autor examina qué hay detrás de la legislación excepcional, qué es lo que ella refleja. Para ello SERRANO-PIEDECASAS adopta los parámetros metodológicos de la criminología

crítica, asumiendo un claro enfoque “macro-sociológico” que permite descubrir cuáles son las funciones reales de la legislación de emergencia en el contexto de la crisis del Estado social burgués. Partiendo de estos lineamientos, divide la obra en cinco capítulos, que engloban tres grandes temas: el económico-social, el político-representativo y el jurídico.

En los dos primeros capítulos se estudia con detenimiento el proceso de surgimiento, evolución y posterior crisis del *Welfare State*². Crisis que atribuye a las disfunciones estructurales del proceso de acumulación capitalista: “existen elementos como para sostener que el Estado social ha llegado a convertirse en una traba al proceso de acumulación del plusvalor. El capital social y el gasto social han generado un proceso contradictorio alimentando la recurrente presencia de la crisis” (pág. 64). El punto de fondo de esta primera parte consiste entonces en plantear la irresoluble contradicción entre las funciones de acumulación del capital, y de legitimación del Estado por medio de la inversión social.

Partiendo de esta base plantea a continuación las consecuencias de la crisis en el Estado de derecho burgués, poniendo de manifiesto las transformaciones ideológicas que en dicho modelo jurídico introduce. Transformaciones que se extienden a dos aspectos principalmente: a) El político-representativo, en cuanto que el paso del Estado liberal al Estado social produce un correlativo desplazamiento del centro de decisión política del parlamento a la administración. Afirma a continuación que por la índole de los conflictos sociales a que se enfrenta el Estado social-intervencionista, se ve precisado a centralizar y tecnificar las decisiones en la administración. Predominio del ejecutivo que se acentúa a medida que la crisis se generaliza. b) En

el plano jurídico, SERRANO-PIEDECASAS examina, desde el punto de vista del control social, las implicaciones ideológicas de la crisis del sistema penal. Para el efecto recoge el agudo análisis que algunos exponentes de la criminología crítica han formulado a las funciones declaradas y reales del sistema punitivo, e igualmente acerca del verdadero contenido ideológico, de defensa y permanencia del sistema que tienen las llamadas teorías relativas de la pena³. Más adelante resalta que a la luz de doctrinas como la de “ley y orden” o la “defensa social” se viene dando todo un proceso involutivo autoritario en el sistema penal; dentro del cual el terrorismo juega un papel justificador de la reacción estatal, reforzada esta por la actitud de una opinión pública sensibilizada y emocional frente a este fenómeno.

En la segunda parte de la obra, el autor aboca el estudio comparado de las disfunciones que la legislación excepcional antiterrorista introduce en el ámbito contitucional, penal, procesal penal y penitenciario. Pero considera como premisa previa la delimitación conceptual del delito de terrorismo. Con el fin de acceder a tal definición deslinda la delincuencia política de la terrorista. En cuanto a la primera, considera que “en los países en donde rige un Estado de derecho el delito político puro, en sentido objetivo, no existe. En la medida que se permite el disenso político y su representación efectiva, todo tipo de violencia política carece de legitimidad” (pág. 154). De igual manera, sostiene que a pesar de la evidente naturaleza política del terrorismo, no es posible equiparlo con el delito político, por dos razones fundamentales: a) “el carácter atroz de los medios empleados deslegitima el uso de la violencia terrorista” (pág. 175); y b) por el proceso de descriminalización del delito político y su subsumición

en el delito de terrorismo, tendencia observable en las actuales legislaciones europeas. Dado que considera el ilícito terrorista como de naturaleza común, se afilia a la definición que de este da BERDUGO, luego complementada por ARROYO ZAPATERO (pág. 178).

En la parte final del libro, SERRANO-PIEDECASAS se dedica a considerar los distintos aspectos político-criminales que orientan las regulaciones antiterroristas, pero es rotundo en manifestar que “la violencia política, incluyendo dentro de ella las manifestaciones terroristas, es una consecuencia del desajuste en el sistema económico y político y no la causa del mismo” (pág. 180). Deduce entonces que son los cambios en la estructura socioeconómica los que deben suprimir las causas materiales de la desigualdad y de esta forma deslegitimar el uso de la violencia. No obstante, según él, las llamadas democracias europeas parecen estar recorriendo el camino contrario, esto es, confiando solo en la “solución penal” del problema terrorista. A continuación, descalifica el endurecimiento de la respuesta punitiva, recurso generalizado de las legislaciones antiterroristas, por cuanto el agravamiento de las sanciones penales no cumple ningún propósito desde el punto de vista de los fines de la pena; afirma que el fin preventivo general se cumple debidamente con la norma ordinaria, y tal “plus” agravatorio solo encontraría su razón de ser en el cumplimiento de una función simbólica⁴. Advierte asimismo sobre el uso “propagandístico de la norma penal” (pág. 203); críticas semejantes le merece el llamado “derecho premial”, otro mecanismo legislativo, ya que en su opinión genera intromisiones policiales intolerables en el proceso penal (págs. 204 a 208).

Tal como podemos observar la presente obra nos introduce en varios de los más destacados y acuciantes temas objeto de discusión

² La bibliografía sobre el Estado social es también muy extensa; en este trabajo son esenciales, CARLOS DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986; JÜRGEN HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Edit. Amorrortu, 1975; NICOS POULANTZAS, *Las clases sociales y el capitalismo maduro*, Madrid, Edit. Siglo XXI, el mismo, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, Madrid, Edit. Siglo XXI, 1978; EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1987.

³ Cfr. ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Edit. Siglo XXI, 1986. En cuanto a la desmitificación de los fines de la pena, LUIGI FERRAJOLLI, *El derecho penal mínimo*, en “Poder y Control”, núm. 0, Barcelona, 1986, págs. 26 y ss.

⁴ En este punto retoma lo dicho en IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS, ob. cit., págs. 97 y ss.

en el ámbito del actual sistema penal. No dudamos, pues, en recomendar su estudio detenido y amplia difusión en nuestro país, ya que precisamente puede aportarnos elementos de análisis para la mejor comprensión de una peculiar "cultura emergencial" que se ha implantado en Colombia, lamentablemente con manifestaciones más represivas y violentas que las aquí mencionadas. Al amparo de la emergencia, en nuestro país, las justas reclamaciones populares han tenido como respuesta, de una parte, la expedición de estatutos autoritarios, los "códigos penales de la emergencia"⁵ que desconocen los más elementales principios garantistas, empezando por el de legalidad. Y de otra, la aparición de formas de control social mucho más duras, el control "subterráneo"⁶ entre ellas. La actuación brutal y directa de grupos, armados paralelos, con la anuencia activa o pasiva de fuerzas gubernamentales, nos ha sumido en el trágico espectro de la guerra sucia, calificada por medios periodísticos internacionales como la peor del mundo⁷. Por ello debemos reclamar con insistencia, para que los derechos humanos se conviertan en intereses prioritarios a proteger y de esta forma se constituyan en una barrera infranqueable al poder punitivo del Estado⁸.

JULIO CÉSAR RODAS MONSALVE
Salamanca, marzo de 1989.

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ: *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*. Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1987, 285 págs.

⁵ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la Defensa de la Democracia*, en "Nuevo Foro Penal", núm. 40, Bogotá, 1988, págs. 211 y ss.

⁶ Véase a LOLA ANÍYAR DE CASTRO, *Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo*, en "Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle", núm. 13, Cali, 1985, págs. 308 y ss.

⁷ Periódico *El País*, Madrid, marzo 13 de 1989.

⁸ Cfr. ROBERTO BERGALLI, *Poder político y derechos humanos en América Latina*, Ponencia presentada al X Congreso Internacional de Criminología, Hamburgo, 1988, ejemplar dactilografiado, pág. 9 (próxima publicación en "Nuevo Foro Penal"); y JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo*, en "Nuevo Foro Penal", núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1987.

zar el sistema, que en una aprobación de las mayorías.

De esta manera se descubre la importancia de la instancia jurídica en el sistema de dominación, que asume unas formas autoritarias de gobierno y que pretende borrar toda delimitación entre Estado y sociedad civil orientándose hacia una dinámica de retroalimentación entre lo jurídico —que se ha consolidado en un desarrollo por etapas que se da en: a) leyes represivas aisladas, b) decretos que suspenden parcialmente la Constitución, c) Nuevas constituciones— y las relaciones sociales, con el objeto de controlar cualquier manifestación de desintegración social tendente a resolver de manera real los problemas por los que atraviesan históricamente las sociedades latinoamericanas, en la actualidad ancladas de manera dependiente al desarrollo del capitalismo mundial.

En la indagación que se sigue en esta obra y en el acercamiento que se hace a la crisis que atraviesa el capitalismo central, ocurre un encuentro con la teoría sociológica de Niklas Luhmann, estructural funcionalista y discípulo aventajado de Talcott Parsons, que en sus tesis pretende hacer una defensa cerrada del sistema vigente y trata por todos los medios de garantizar su reproducción, minimizando y resolviendo los posibles conflictos sociales independientes de los costos humanos, y maximizando la eficiencia de él, entregando como resultado un esquema autoritario para un país de capitalismo central. Y para los países de capitalismo periférico, más concretamente los latinoamericanos, se encuentra la Doctrina de la Seguridad Nacional, que respondiendo a otras condiciones históricamente determinadas, apunta a los mismos objetivos, aunque sea otra la manera de instrumentalizarse; pero que en el fondo y de acuerdo con la evaluación que hace el profesor GARCÍA MÉNDEZ, se halla una gran correspondencia en la Doctrina de la Seguridad Nacional con respecto a los contenidos de la teoría de Luhmann.

Al finalizar el texto que sucintamente rese-

ñamos, se dan ilustraciones sobre la criminología, la política criminal y las prácticas jurídico-penales que se desarrollan en esas sociedades con formas de gobierno de corte de Nuevo Autoritarismo, y se hace por el autor un llamado para que sean críticas y sigan una orientación que en ese sentido han ido apareciendo también a partir de la década del setenta. De acuerdo con el profesor GARCÍA MÉNDEZ, tanto el análisis sobre esos temas, sobre la realidad social latinoamericana en general, como en investigaciones sobre el Estado, debe haber un enfrentamiento con una posición crítica; se deben hacer estudios en todas las disciplinas y ojalá en una perspectiva interdisciplinaria —marginamente hasta ahora han sido los estudios jurídicos hechos críticamente—; y abordando la instancia jurídica dentro de la estructura social, por considerar el peso significativo que tiene, para dar una explicación de estas realidades en estudio.

Considero que la obra *Autoritarismo y control social* merece toda la atención por parte de los estudiosos y de todas aquellas personas que efectivamente estén comprometidas o se quieran comprometer en la búsqueda de una salida verdaderamente democrática, participativa, con justicia social y respetuosa de la dignidad humana, dentro del contexto histórico latinoamericano. Es de destacar la seriedad y rigurosidad teórica y la posición crítica que el profesor GARCÍA MÉNDEZ mantiene en su obra y que lleva a merecerle el calificativo de científica a pesar de algunas limitaciones en el desarrollo, que el autor las tiene muy conscientemente ubicadas. No estamos ante algo acabado, tenemos en frente una propuesta que, bien elaborada, se levanta sobre el cuestionamiento de las diferentes concepciones teóricas que se han presentado sobre el tema y que sirve como base para interpretar realidades sociales como la nuestra.

Ubicados en 1989, parece que hubieran cambiado las condiciones en países como Argentina y Uruguay —entre los analizados— y en otros del ámbito latinoamericano. Pero, en el fondo, las leyes de caducidad de las preten-

siones punitivas del Estado, o las tesis que apuntan hacia un olvido de las acciones militares que llevaron a que se contaran en cifras de miles los desaparecidos, ¿no siguen imbricadas en niveles de autoritarismo? O el que se impulsen tesis de corte neoliberal para el manejo económico de estos países, ¿no están implícitamente justificando una formas autoritarias, negadoras de cualquier posibilidad democrática? Queda una disyuntiva, y así está expresado en el texto analizado: asumir una posición crítica o una legitimadora de la injusticia.

JUAN MARÍA RAMÍREZ VÉLEZ
Medellín, agosto de 1989

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ: *Tratado de derecho procesal penal*, tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1989, 345 páginas.

El primer tomo del *Tratado de derecho procesal penal* de HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, es un aporte valioso a la literatura jurídica colombiana. En esta obra encontramos una excelente síntesis de su larga y decantada trayectoria de humanista. Las categorías del Derecho Procesal son estudiadas desde el punto de vista del jurista que conoce profundamente al ser humano, su cultura y la realidad social. Carece, en consecuencia, de un análisis frío y abstracto del texto legal. La interpretación de las disposiciones procesales está orientada a ceñir la norma con la coyuntura histórica que vivimos.

El tratado del Maestro HERNANDO LONDOÑO tiene un hilo conductor: la defensa de los derechos humanos como principio tutelar. Por esta razón, el estatuto procesal se analiza con base en los tratados que ha suscrito Colombia en el concierto internacional. Postulados que han quedado deshechos por la violencia que consume un supuesto Estado de derecho que se extingue día a día, ante una peligrosa indiferencia oficial que se torna sospechosa.

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ es un hombre de principios; un defensor a ultranza de

la libertad; un luchador que no transige con la barbarie. Esta, que ha sido la indeclinable filosofía de su vida, se proyecta en el análisis coherente y profundo que hace del proceso penal. Al referirse al principio del ámbito de la jurisdicción común, consagrado en el art. 13 del C. de P. P., critica severamente el manejo irresponsable que se le ha venido dando en Colombia al estado de sitio. Muy acertadas resultan sus objeciones a la utilización del artículo 121 de la Carta, en lo que respecta al traslado de competencias de la jurisdicción ordinaria a la militar, pues ello equivalía a decir que "...la justicia ordinaria resultaba ser un estorbo, una especie de atadura legal que le impedía al gobierno cumplir sus fines de prevenir una revuelta, sofocar un movimiento subversivo, combatir la rebelión, la sedición y la asonada...".

En el capítulo IV se estudia lo referente a la jurisdicción y competencia, y se tocan temas como el de la conexidad, la unidad procesal, el conflicto de competencias, la acumulación y el cambio de radicación. En el aparte de la conexidad procesal, LONDOÑO JIMÉNEZ sostiene que esta figura se encuentra regulada implícitamente en el artículo 26 del Código Penal. Posición importante, porque siempre que hay concurso de hechos punibles, hay conexidad procesal. Los delitos deben investigarse conjuntamente para evitar la acumulación aritmética de penas. Si el Código Penal señala que en los casos de concurso, el imputado "...quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto...", es porque los hechos se han investigado en un mismo proceso.

Los capítulos VII a XII, dedicados en general a los sujetos procesales, están escritos con gran rigor científico. La explicación de este complejo tema se aborda técnicamente, sin descuidar en ningún momento la posición democrática que inspira la obra.

El capítulo XII, referente al procesado, contiene un tratamiento novedoso, pues en él se hace un pormenorizado estudio de los derechos del imputado al tenor de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

Debemos destacar el análisis referente al derecho al *habeas corpus*, porque la actual regulación legal está redactada con base en los lineamientos trazados por HERNANDO LONDOÑO en el seno de la Comisión. El cambio radical que en esta materia introdujo el nuevo Código de Procedimiento Penal, tiene su principal antecedente en las iniciativas propuestas por el autor. Fundamentalmente, la de crear mecanismos que impidan la burla al *habeas corpus* y la legalización de las capturas realizadas con violación de las garantías constitucionales.

Se destaca en este capítulo la defensa que hace del derecho que tiene el imputado a guardar silencio. Ninguna consecuencia procesal adversa puede derivarse del silencio. El imputado tiene derecho a no comparecer en juicio, y esta actitud no puede generar indicios en su contra. También resulta importante el análisis que hace de las situaciones que se presentan (nulidad) cuando no se verifican las citas del indagado, o el procesado es vinculado tardíamente al sumario.

En el capítulo XIII se estudia lo atinente a la acción civil. En este tema especialmente, el autor toma posiciones que sin duda van

a suscitar aguda controversia. Por ejemplo, la de que el tercero de buena fe no tiene prelación sobre los derechos de la víctima. Amparado en algunas decisiones de la Sala Penal, critica la decisión de la Corte Suprema de Justicia en la cual se declaró inexecutable la expresión "inmediatamente", contenida en el artículo 53 del estatuto procesal (cancelación de registros falsos). También va a suscitar controversia, la posición que toma con respecto a la obligación que tiene el juez de condenar siempre en concreto (parece que rechaza la condena en abstracto) y, la aplicación de los artículos 106 y 107 del Código Penal, sin intervención de perito.

Las anteriores líneas constituyen una presentación elemental y superficial de la obra de HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ. No podría ser de otra manera, porque un análisis detallado de su profundo pensamiento, nos llevaría cuartillas enteras. En síntesis, excelente el libro. Enriquecedora su lectura. Antes que un detallado texto de Derecho Procesal, es una lección de humanismo.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Esta revista se terminó de imprimir en los
Talleres de Nomos Impresores, Bogotá,
el día 15 de diciembre de 1989.

LABORE ET CONSTANTIA