

El sujeto en el discurso penal

Julio González*

RESUMEN

En las diferentes doctrinas penales subyacen distintas imágenes de “hombre” que obedecen a las especificidades del ámbito social, cultural y político en que las mismas se desarrollan. La presencia de una cierta idea de hombre no obedece, según el autor, a razones arbitrarias sino que, más bien, responde a las necesidades de los sistemas penales así desde la escuela clásica italiana, pasando por el positivismo antropológico, el finalismo y el funcionalismo, para terminar caracterizando al hombre del derecho penal liberal.

ABSTRACT

Different individual concepts are under the penal doctrines according to the social, cultural and politics fields where it is developed. The reason why is chosen any certain “individual” idea is not because an arbitrary reason, on the contrary, it has responded to an specific penal system needs; since classic Italian school, through anthropologic positivism, finalism and functionalism trying to characterize the idea of “individual” under the liberal penal law.

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

PALABRAS CLAVE

Doctrinas penales; escuela clásica italiana; positivismo antropológico; finalismo; funcionalismo; concepto de hombre; necesidades del sistema penal; derecho penal liberal.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN; I. PUNTO DE PARTIDA; II. EL DERECHO PENAL DEL ANTIGUO RÉGIMEN; III. LA PROPUESTA DE UNA NUEVO DERECHO PENAL; IV. LA ESCUELA CLÁSICA ITALIANA; V. LA ESCUELA POSITIVISTA ITALIANA; VI. AMBIENTE CIENTÍFICO Y POLÍTICO; VII. EL DERECHO PENAL NAZI; VIII. EL FINALISMO; IX. EL FUNCIONALISMO; X. PROYECTO ALTERNATIVO; XI. EL FUNCIONALISMO RADICAL; XII. EL FUNCIONALISMO RADICAL, LA SOCIEDAD DE RIESGO Y LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL.

“En todo caso una cosa es cierta: que el hombre no es el problema más antiguo ni el más constante que se haya planteado el saber humano. Al tomar una cronología relativamente breve y un corte geográfico restringido –la cultura europea a partir del siglo XVI– puede estarse seguro de que el hombre es una invención reciente (...). Si [las disposiciones que organizaron el saber desde hace un siglo y medio] desaparecen tal como aparecieron, si, por cualquier acontecimiento cuya posibilidad podemos cuando mucho presentir, pero cuya forma y promesa no conocemos por ahora, oscilaran, como lo hizo, a fines del siglo XVIII el suelo del pensamiento clásico, entonces podría apostarse a que el hombre se borraría, como en los límites del mar un rostro de arena”¹.

INTRODUCCIÓN

Este escrito se propone presentar someramente cuatro doctrinas penales (la escuela clásica italiana, el positivismo antropológico, el finalismo y el funcionalismo) enfatizando en cada una de ellas el entorno político y

¹ FOUCAULT, MICHEL, *Las Palabras y las cosas*, 7ª ed. Trad. de Elsa Cecilia Frost, México, Siglo XXI, 1976, p. 375.

cultural en donde surgen y tratando de concretar la idea de “hombre”² que elaboran o sobre la cual se asientan. Se pretende mostrar que la imagen del “hombre” no ha sido constante en todas las teorías o escuelas penales, sino, al contrario, que cada una de ellas se ha forjado su propia idea y en cada momento esa idea ha correspondido a un ambiente cultural y político específico, a un cierto saber sobre la conducta de los hombres, sus posibilidades y limitaciones; ha servido, además, para satisfacer las necesidades reales o supuestas del sistema penal en cada momento. Es un intento por hacer un ejercicio concreto sobre los procesos de subjetivización tal como han operado en el derecho penal a partir de la conformación del derecho penal liberal². Se pretende mostrar que la imagen del “hombre” no ha sido constante en todas las teorías o escuelas penales, sino, al contrario, que cada una de ellas se ha forjado su propia idea y en cada momento esa idea ha correspondido a un ambiente cultural y político específico, a un cierto saber sobre la conducta de los hombres, sus posibilidades y limitaciones; ha servido, además, para satisfacer las necesidades reales o supuestas del sistema penal en cada momento. Es un intento por hacer un ejercicio concreto sobre los procesos de subjetivización tal como han operado en el derecho penal a partir de la conformación del derecho penal liberal³.

² Contra una creencia muy generalizada en nuestro medio e inclusive aceptada por la Carta Política, en este escrito no se parte de la idea de un “hombre” o una persona con existencia previa a las relaciones de poder, ni por fuera del entorno socio-político. Al contrario, se considera que el “sujeto” es el producto de las fuerzas sociales y políticas y que en esa construcción del sujeto, lo jurídico y particularmente, las prácticas judiciales – la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de occidente, se concibió y definió la manera en que podrían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de alguna de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia –creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas (FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*. Trad. Enrique Lynch, Barcelona, 1980, p. 17). El sujeto, en los términos de este documento, no es un concepto asimilable a persona, humano, hombre, etc. Se entiende el sujeto, básicamente como una sustanciación del verbo sujetar: dominar, señalar, identificar, y en el tema que nos ocupa, por lo jurídico, lo político y lo social y por ciertos saberes.

³ “[...] Foucault habla de los modos de subjetivización como modos de objetización del sujeto, es decir, modos en los que el sujeto aparece como objeto de una determinada relación de conocimiento y de poder”. CASTRO, EDGARDO. *El vocabulario*

I. Punto de partida

“Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a “pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París”, adonde debía ser “llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano”; después, “en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio⁴, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a ceniza y sus cenizas arrojadas al viento.

Finalmente, se le descuartizó, refiere la *Gazette d'Amsterdam*. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle y romperle a hachazos las coyunturas [...]

Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tan sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: ‘Dios mío, tened piedad de mí; Jesús socorredme’. Todos los espectadores quedaron edificadas de la solicitud del párroco de Saint-Paul, que a pesar de su avanzada edad, no deja pasar momento alguno sin consolar al paciente.

de Michel Foucault, *Un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2002, p. 333. Para Foucault hay dos significados de la palabra sujeto: “Existen dos significados de la palabra sujeto: sujeto a alguien por el control y la dependencia, y el de ligado a su propia identidad por una conciencia o autoconocimiento. Ambos significados sugieren una forma de poder que subyuga y crea sujeto para”. FOUCAULT, MICHEL, *El sujeto y el poder*. Trad. María Cecilia Gómez y Juan Camilo Ochoa. Bogotá, Carpe Diem editores, 1991, p. 60. En este escrito interesa la palabra sujeto en el término de sujeción, de objeto de conocimiento y de control.

⁴ Parricidio por ser contra el rey, a quien se equipara al padre.

Y el exento Boutton: “Se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que sólo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación, un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomó unas tenazas de acero hechas para el caso, largas de un pie y medio aproximadamente, y le atenaceó primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo, de ahí pasó a las dos molas del brazo derecho, y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas dos y tres veces del mismo lado, retorciendo, y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras.

Después de estos atenaceamientos (sic), Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenaceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron con soguillas las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquéllas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos.

El señor Le Breton, escribano, se acercó repetidas veces al reo para preguntarle si no tenía algo que decir. Dijo que no; gritaba como representan a los condenados, que no hay cómo se diga, a cada tormento: ¡Perdón, Dios mío! Perdón, Señor. A pesar de todos los sufrimientos dichos, levantaba de cuando en cuando la cabeza y se miraba valientemente. Las sogas, tan apretadas por los hombres que tiraban de los cabos, le hacían sufrir dolores indecibles. El señor Le Breton se le volvió a acercar y le preguntó si no quería decir nada; dijo que no. Unos cuantos confesores se acercaron y le hablaron buen rato. Besaba de buena voluntad el crucifijo que le presentaban; tendía los labios y decía siempre: ¡Perdón, Señor!

Los caballos dieron una arremetida, tirando cada uno de un miembro en derechura, sujeto cada caballo por un oficial. Un cuarto de hora después, vuelta a empezar, y en fin, tras de varios intentos, hubo que hacer tirar a los caballos de esta suerte: los del brazo derecho a la cabeza, y los de los muslos volviéndose del lado de los brazos, con lo que se rompieron los brazos por las coyunturas. Estos tirones se repitieron varias veces sin resultado. El reo levantaba la cabeza y se contemplaba. Fue preciso poner otros caballos delante de los amarrados a los muslos, lo cual hacía seis caballos. Sin resultado.

En fin, el verdugo Samson marchó a decir al señor Le Breton que no había medio ni esperanza de lograr nada, y le pidió que preguntara a los Señores si no querían que lo hiciera cortar en pedazos. El señor Le Breton acudió de la ciudad y dio la orden de hacer nuevos esfuerzos, lo que se cumplió; pero los caballos se impacientaron, y uno de los que tiraban de los muslos del supliciado cayó al suelo. Los confesores volvieron y hablaron de nuevo. Él les decía (yo lo oí): 'Bésenme, señores'. Y como el señor cura de Saint-Paul no se decidiera, el señor de Marsilly pasó por debajo de la sogá del brazo izquierdo y fue a besarlo en la frente. Los verdugos se juntaron y Damiens les decía que no juraran, que desempeñaran su cometido, que él no los recriminaba; les pedía que rogaran a Dios por él, y recomendaba al párroco de Saint-Paul que rezara por él en la primera misa.

Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenaceado sacaron cada uno una cuchilla de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos, a saber: primero el del lado derecho, el otro después; luego se hizo lo mismo con los brazos y en el sitio de los hombros y axilas y en las cuatro partes. Fue preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero, y el otro después.

Una vez retiradas estas cuatro partes, los confesores bajaron para hablarle; pero su verdugo les dijo que había muerto, aunque la verdad era que yo veía al hombre agitarse, y la mandíbula inferior subir y bajar como si hablara. Uno de los oficiales dijo incluso, poco después, que cuando levantaron el tronco del cuerpo para arrojarlo a la hoguera, estaba aún vivo. Los cuatro miembros, desatados de las sogas de los caballos, fueron arrojados a una hoguera dispuesta en el recinto en línea recta del cadalso; luego el tronco y la totalidad fueron en seguida cubiertos de leños y de fájina, y prendido el fuego a la paja mezclada con esta madera.

[...]En cumplimiento de la sentencia, todo quedó reducido a cenizas. El último trozo hallado en las brasas no acabó de consumirse hasta las diez y media de la noche. Los pedazos de carne y el tronco tardaron unas cuatro horas en quemarse. Los oficiales, en cuyo

número me contaba yo, así como mi hijo, con unos arqueros a modo de destacamento, permanecemos en la plaza hasta cerca de las once [...]”⁵

En esta escena no sólo podemos ver un determinado ejercicio penal, del que quizá nuestra sensiblería hoy se avergüenza y nuestra prepotencia intelectual la considera superada, sino que es una invitación, lacerante si se quiere, a hacer una parte de la historia del derecho penal presente.

Esta escena retrata de cuerpo entero una práctica penal: la del *Antiguo Régimen*. Es necesario retenerla, no como un mero ejercicio de sadismo intelectual, sino por la crítica que se le hizo no sólo a lo que ella tiene de visible, sino básicamente por la concepción sobre el poder, el derecho penal y el “hombre”⁶ que ella encierra; un hombre y unas prácticas penales que irían a cuestionarse radicalmente y a transformarse lentamente, a la luz de la Ilustración y con el nacimiento del derecho penal liberal.

Es importante detenerse en algunos de los símbolos de esta escena: a quien llaman parricida, realmente no mató a su padre, sino que intentó matar al rey. La presencia de la iglesia se visualiza con la intervención de los sacerdotes, y además, con el constante eco de la confesión. Si los curas están presentes en esta imagen tan sangrienta de suministro tan fríamente calculado de dolor, no desdice del supuesto “humanismo” de la iglesia

⁵ FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, Trad. Aurelio del Camino, Editorial Siglo XXI, 26ª edición, México, 1998, pp. 11-13.

⁶ Tal vez sea necesario repetir, para no seguir utilizando comillas que pueden cansar al lector, que no estamos hablando de ese hombre trascendental, ahistórico, ese sujeto inmortal que estaría esperando la oportunidad histórica para aparecer con todo su esplendor, sino de un hombre construido en medio de las redes del poder y del saber de cada situación concreta. Es importante, entonces, mantener ciertos escrúpulos frente a la idea de tomar al hombre como un pretexto para hablar del humanismo. “Responderé que la utilización del humanismo es una provocación. De hecho –y me refiero a un panorama que usted probablemente conoce muy bien, porque lo habrá seguido como yo– usted ya sabe lo que fue este humanismo, el que en 1948 justificó a la vez el estalinismo y la hegemonía de la democracia cristiana, el mismo humanismo que hallamos en Camus o en el existencialismo de Sartre, etc., etc. Bien mirado, este humanismo ha sido el elemento prostituidor de todo el pensamiento, de toda la moral, de toda la política en los últimos veinte años: para mí, lo que resulta una provocación es que se quiera proponer como ejemplo de virtud”. FOUCAULT, MICHEL, en PAOLO CARUSO, *Conversaciones con Lévi-Strauss, Foucault y Lacan*, Trad. F. Serra Cantarell, Editorial Anagrama, Barcelona, 1969. p. 85.

católica, sino que confirma una vieja doctrina cristiana: con el sufrimiento del cuerpo se garantiza la salvación del alma⁷.

De esta imagen podemos sacar, cuando menos, una trinidad indivisible: Dios, Rey, dolor. El derecho penal se aplica en nombre del rey como representante de Dios en la tierra y básicamente para producir dolor, un dolor que además de garantizar la salvación del alma, sirva de escarmiento para toda la población, como una muestra viva del poder del monarca. No es gratuito que las ejecuciones se realicen en la plaza pública, los días de fiesta o de mercado, para que todos puedan presenciar el espectáculo.

Obviamente el sistema penal no se reduce a estos ejercicios teatrales; tiene una cobertura mayor, otra clase de penas, supone un determinado ejercicio investigativo (una forma de adquirir la verdad), pero interesa sobre todo rastrear qué tipo de poder, qué clase de sociedad y sobre todo, qué concepción del hombre sostiene este tipo de prácticas. Si queremos simplificar, diremos que allí vemos representado el estado absolutista premoderno, una sociedad feudal y un hombre entendido como una mera criatura de Dios, disponible para todos los antojos del monarca, a quien se supone representante de Dios en la tierra. El monarca tiene derecho absoluto sobre la vida y los bienes de los súbditos.

Contra esta idea de poder, de estado y de hombre, será contra la que se construirá el ideario ilustrado. La Ilustración es una crítica radical al estado de cosas existentes y, sobre todo, una propuesta de un mundo nuevo, que de acuerdo con el optimismo de sus forjadores, permitiría a la humanidad llegar a niveles de felicidad y de progreso, nunca antes imaginados.

Pero no vamos a detenernos en la Ilustración, en todo lo que significó como fenómeno político, social, jurídico, sino que pretendo mirar los efectos que ella tuvo en la práctica penal de su tiempo y en la formación del discurso penal que ha surgido de allí y que llega hasta nosotros.

Un dato ineludible en esa crítica del sistema penal del antiguo régimen y el diseño de uno nuevo, es la obra de César Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Publicado en forma anónima, por temor a las represalias de las autoridades, en 1764, este pequeño libro se irá a convertir en un punto de referencia necesario para hablar del derecho penal de la modernidad y

⁷ "[...] se cree que el dolor, que es una sensación, limpiará la infamia, que es una relación moral". César Beccaria, citado por Héctor Gallo: "Del sujeto en su relación con el crimen como objeto social", Universidad de Antioquia, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Centro de Investigaciones Sociales y Humanas, Medellín, 2004, p. 7

de contera, para deducir el tipo de estado que se acomoda a ese tipo de sistema penal.

II. El derecho penal del antiguo régimen

Las características del derecho penal del régimen absolutista, extraídas a contrapunto de la exposición de César Beccaria y explícitamente señaladas por Tomás y Valiente –en una de las más acabadas presentaciones del libro de Beccaria–, serían las siguientes:

1. La Monarquía incurrió siempre en un exceso de leyes penales: regular la calidad y hechura de los tejidos a fabricar, o autorizar determinados actos y objetos lujosos y prohibir otros⁸. No hay que creer, sin embargo, que existiera un sistema penal que controlara de una manera omnicompreensiva a toda la sociedad; al contrario, era un derecho penal lleno de baches, disperso, que operaba más con el criterio de dar ejemplo, que de una regularidad⁹.
2. Subsistían los delitos religiosos de procedencia medieval como herejía, magia, sacrilegio. Ésta es una prueba de lo que habrían de llamar la gran alianza de la cruz y la espada¹⁰. Muchas veces, la justicia civil no ejercía sino el papel de servir de mano armada de la justicia eclesiástica.
3. El procedimiento penal era inquisitorial, esto es, un mismo juez investiga y decide, en secreto, con clara desigualdad entre las partes, en perjuicio del presunto delincuente. En todo el proceso está latente

⁸ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE EN BECCARIA, CÉSAR, *De los delitos y de las penas*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1969, pp. 25-33.

⁹ En el siglo XIX esta regularidad se pretende obtener a través de un dispositivo específico: el panóptico, idea de Jeremías Bentham. Es un diseño arquitectónico que debería posibilitar una vigilancia permanente sobre los sujetos de tal manera que la sola vigilancia impidiera la realización de cualquier falta. De la vigilancia continua, añadida a las funciones de normalización y clasificación, nacería lo que Foucault llama la sociedad disciplinaria. Ver, sobre este punto, FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, especialmente el capítulo sobre la disciplina, pp. 139-233 y DEL MISMO autor, "El ojo del poder" en JEREMÍAS BENTHAM, *El panóptico*. s. t. Madrid, Las ediciones de la Piqueta, 1979.

¹⁰ "Alianza del Trono y del Altar" la llama Francisco Marsal, según cita que hace JUAN BUSTOS RAMÍREZ en *Pensamiento Criminológico*, Vol. I. Bogotá, Editorial Temis, 1983, p. 16.

La idea de que el delincuente es un pecador y, por ello, así como en el Sacramento de la Penitencia, el pecador debe acusarse de sus propias culpas; se considera que también ante el Tribunal de la justicia humana la actitud obligada por parte del delincuente-pecador es la confesión de su delito. Así, la confesión pasa a ser la reina de las pruebas, entendida siempre como confesión de culpabilidad, pero careciendo de todo valor la afirmación de inocencia por parte del reo, entendiéndose que la "verdad" quedaba revelada cuando el reo atormentado confesaba su culpabilidad, pero no si afirmaba insistentemente su inocencia durante el tormento.

4. Uno de los privilegios más importantes de la nobleza era que no podrían ser sometidos a tortura, salvo en procesos por delitos de lesa majestad divina o humana y ciertas penas (las corporales o afflictivas) no se les podían imponer.
5. Los jueces disponían de un gran margen de discrecionalidad al aplicar la ley penal. El secreto del proceso los hacía temibles, entre otras razones, porque, en la mayoría de los casos, sus numerosos desmanes permanecían en la sombra, y no eran conocidos sino por quien los sufría.
6. Los delitos no estaban perfilados o "tipificados" merced a definiciones legales precisas y, por lo tanto, eran susceptibles de interpretación extensiva por analogía. Igualmente, se podían deducir delitos y penas a través de la costumbre y aún extraerse de las enseñanzas de los "prácticos" (doctrinantes).
7. El repertorio de penas legales era muy escaso en cuanto a las leves y muy amplio respecto a las de mayor dureza.
8. La gran cantidad de delitos castigados con la pena de muerte eliminaba toda posible proporcionalidad entre delitos y penas. De hecho, muchas personas eran condenadas a muerte por pequeños hurtos a sus amos.
9. La cercanía entre las ideas de delito y pecado, existente en las mentes y las obras de teólogos, juristas y legisladores, hacía ver en el delincuente -como ya se dijo- un pecador.
10. Se pensaba que cuanto más temor produjera una pena, era más ejemplar; y, por consiguiente, más eficaz.

Como podrá deducirse de esta caracterización del derecho penal del Antiguo Régimen, lo que se nos ofrece a la vista es un poder absoluto, ilimitado, sin ningún control, frente a un sujeto considerado como un mero objeto de persecución, escarmiento y dolor.

"El derecho a castigar será, pues, como un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos: castigar pertenece a ese 'derecho de guerra', a ese poder absoluto de vida y muerte de que habla el derecho romano en el nombre de *merum imperium*, derecho en virtud del cual el príncipe hace ejecutar su ley ordenando el castigo del crimen"¹¹.

III. La propuesta de un nuevo derecho penal

El derecho penal que propone Beccaria debería fundarse en los siguientes puntos básicos:

1. Racionalidad. El derecho penal debería ser construido como un producto de la razón; deberían desecharse, por lo tanto, la tradición y la autoridad de los doctrinantes¹². El cuerpo conceptual del derecho penal de esa época estaba formado por unas cuantas normas generales, pero, básicamente, por una serie de prácticas inveteradas y la opinión de los sabios. Beccaria propone hacer tabla rasa de todo ese derecho penal y construir uno nuevo, que se extraería racionalmente.
2. Legalidad del Derecho penal. Éste es, tal vez, uno de los aportes más importantes de Beccaria para el desarrollo del derecho penal posterior. Sólo la ley puede definir los delitos, las penas y los procedimientos, y lo debe hacer la ley porque es ella la manifestación de la voluntad popular. El legislador, como representante del pueblo, es el depositario de la libertad a la que han renunciado las personas mediante el contrato social y sólo él, como administrador de ese depósito, puede disponer sobre el la.
3. La justicia penal debe ser pública, y el proceso acusatorio, público y meramente informativo. La tortura judicial debe ser eliminada, junto

¹¹ FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, cit., p. 53.

¹² No es gratuito que posteriormente, cuando se expidieron los primeros códigos del siglo XIX, se prohibiera hacer cualquier comentario sobre ellos.

con todo el proceso inquisitivo. Esta propuesta es otra manifestación del racionalismo beccariano: la tortura no se rechaza tanto por razones humanitarias, como usualmente se ha entendido, sino porque desdice del carácter científico que debería tener la búsqueda de la verdad en el proceso penal. La tortura es un método de buscar la verdad, que se basa en el dolor: el más fuerte puede resistirla y entonces, siendo culpable, no podrá ser condenado y el débil y pusilánime, confesará, aun siendo inocente. Por lo tanto, nunca podremos estar seguros de una "verdad" así obtenida. Como sustituto de la tortura, Beccaria propone hacer del proceso penal un perfecto silogismo: la premisa mayor es la ley, la premisa menor son los hechos, y la conclusión sería la inocencia o la culpabilidad del reo. Un ejercicio evidente de racionalidad¹³.

4. Igualdad de nobles, burgueses y plebeyos. La igualdad de todos los hombres ante la ley, será uno de los mecanismos de inclusión más importante dentro del pensamiento liberal y va a ser el sustento de la universalización del sistema penal. El jurado debería estar integrado por pares del sindicado (de su misma clase) o por lo menos la mitad, cuando el ofendido pertenecía a otra clase social.
5. El criterio para medir la gravedad de los delitos debe ser el daño social producido por cada uno de ellos. Este criterio permitirá, por un lado, construir la separación entre derecho y moral, tan importante en el pensamiento liberal y por otro lado, redefinirá el concepto de delito: éste ya no será más la ofensa a Dios o al Monarca, sino básicamente, un daño social. Éste, además, será un principio fundamental para desarrollar la idea de proporcionalidad entre el delito y la pena, tan caro al pensamiento liberal.
6. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces. Hay, pues, que combinar la utilidad y la justicia. Así se expresa una de las características más importantes del pensamiento ilustrado: el pragmatismo. Las penas, más que drásticas, deben ser, sobre todo, útiles, ciertas y prontas. Esta propuesta indica que el derecho penal de aquella época no era tan eficaz y que, probablemente, la impunidad estuviera

¹³ Ver FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas Jurídicas*. Trad. Enrique Linch, Barcelona, Gedisa, 1980.

bastante extendida o que, básicamente se tuviera un sistema penal lleno de "lagunas".

Es siguiendo esta línea, y no un supuesto humanismo, que Beccaria va a sustentar su oposición, en principio, a la pena de muerte, porque considera que la sociedad saca mayor utilidad del reo¹⁴ condenándolo a lo que él llama esclavitud civil (trabajando de por vida al servicio de la comunidad), que condenándolo a pena de muerte.

7. La pena no debe perseguir tanto el castigo del delincuente como la represión de otros posibles futuros delincuentes, a los que ella debe disuadir de su potencial inclinación a delinquir. Beccaria toma partido por una de las grandes tesis que sobre la pena se han formulado a lo largo de la historia del derecho penal: la pena debe ser preventiva pero no renuncia a la función retributiva.
8. Hay que lograr una rigurosa proporcionalidad entre delitos y penas. Este criterio señala un punto importante en lo que será el derecho penal posterior: la pena debe ser un correlato al daño causado por el delito ya no la ofensa a Dios o al Soberano y tampoco, la respuesta a las meras intenciones o las malas inclinaciones del delincuente. Permite, al derecho penal, colocarse en el terreno de cierta racionalidad objetiva para determinar las penas.
9. La pena de muerte es injusta, innecesaria y menos eficaz que otras menos crueles, más benignas. Hay que suprimirla casi por

¹⁴ "Incluso prescindiendo de las jurisdicciones religiosas, hay que tener en cuenta las discontinuidades, las imbricaciones, los conflictos entre las diferentes justicias: de los señores, importante todavía para la represión de los delitos leves; las del rey, numerosas y mal coordinadas (los tribunales soberanos están en conflicto frecuente con las baillías y sobre todo con los presidiales recientemente creados como instancias intermedias); las funciones de justicia que, de hecho o de derecho, han sido otorgadas a instancias administrativas (como los intendentes) o policiales (como los probostes y los tenientes de policía), a lo cual habría que agregar todavía el derecho que poseen el rey o sus representantes de tomar decisiones de internamiento o de exilio al margen de todo procedimiento regular. Estas instancias múltiples, a causa de misma plétora, se neutralizan y son incapaces de cubrir el cuerpo social en toda su extensión. *Su imbricación hace que la justicia penal esté, paradójicamente, llena de lagunas*". FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, cit. p. 83. Sin resaltos en el original.

¹⁵ Beccaria establecía dos excepciones: "La muerte de un ciudadano no se puede creer necesaria más que por dos motivos. El primero cuando, aún

completo¹⁵. Es injusta porque los hombres, mediante el pacto social, sólo han renunciado a una parte de su libertad y no han entregado la administración de la vida al legislador y es innecesaria e inútil, porque el hombre puede ser mejor utilizado vivo, que muerto. Una sociedad que demanda una gran cantidad de mano de obra, no se puede dar el lujo de matar a una parte considerable de su población. “[...]resulta poco sabio ejecutar a quienes han violado la ley, en razón de que su trabajo es más beneficioso que su muerte”¹⁶.

10. Hay que considerar siempre que es preferible y más justo prevenir que penar, evitar el delito por medios disuasivos no punitivos que castigar al delincuente.

IV. La escuela clásica italiana

El “librito” de Beccaria tuvo una repercusión difícilmente superable por cualquier otro libro. “Tal vez ningún libro, sobre cualquier materia, había sido recibido nunca con más avidez, más leído y más universalmente aplaudido”¹⁷. Las legislaciones europeas, después de la Revolución Francesa en 1789, se transformaron acogiendo, casi en su integridad, los postulados del Marqués Milanés y también se empezó a construir, sobre esos postulados, una nueva ciencia del derecho penal.

En la misma Italia florecía un pensamiento penal sobre la línea de Beccaria que se llamaría Escuela Clásica del derecho penal¹⁸. En esta escuela se agrupan penalistas tan importantes como: G. Romagnosi (1761-

privado de la libertad, tenga todavía tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad de la nación: cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. La muerte de algún ciudadano viene a ser, pues, necesaria cuando la nación recupera o pierde su libertad, o en tiempo de la anarquía cuando los desórdenes mismos hacen las veces de leyes; pero durante el tranquilo reinado de las leyes, en una forma de gobierno por la que los votos de la nación estén reunidos, bien provista hacia el exterior y en su interior de la fuerza de la opinión, más eficaz acaso que la fuerza misma; donde el mando no está más que en el verdadero soberano; donde las riquezas comprenden placeres y no autoridad, no veo yo necesidad de destruir a un ciudadano, sino cuando su muerte fuera el verdadero y único freno para retener a los demás de cometer delitos, segundo motivo éste, por el que se puede creer justa y necesaria la pena de muerte”. CESARE BECCARIA. *De los delitos y de las penas*. 3ª Ed. Bogotá, Editorial Temis, 2000. pp. 41-42.

¹⁶ THOMAS MORO, *Utopía*, citado en GEORGE RUSHE Y OTTO KIRCHHEIMER. *Pena y estructura social*. Trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, Temis, 1984, p. 119.

¹⁷ VOLD, GEORGE B. and Others, *Theoretical Criminology*. New York, Oxford Press University, 1998.

1835), G. Filangieri (1752-1788), M. Pagano (1748-1799), P. Rossi (1787-1848), G. Carmignani (1768-1847), E. Pessina (1828-1917) y sobre todo, Francesco Carrara (1805-1888), quienes escribieron y publicaron en el siglo XIX¹⁹.

Se reconoce en Francesco Carrara el más grande pensador de esta escuela y uno de los mayores penalistas de la modernidad. Por su gran representatividad, tomaremos su obra como base para exponer el concepto del sujeto en esta escuela y nos limitaremos a puntualizar de su doctrina: el fundamento de la responsabilidad penal, la concepción de la pena y la función que se le atribuye al derecho penal.

Para Carrara, el fundamento de la responsabilidad penal es el libre albedrío: la facultad que tiene el hombre de determinarse libre y voluntariamente. Una voluntad inteligente, diría él. Sólo el hombre que tiene la posibilidad de escoger entre el bien y el mal y optar por el mal, puede ser responsabilizado por sus actos. Aquellas personas que no tienen libre albedrío, que no saben lo que hacen o no pueden determinarse libremente, quedan por fuera del derecho penal. No pueden ser sancionadas. En esta categoría se incluye a los niños, a los locos, a los intoxicados, etc.

Por lo tanto, el hombre que puede ser sujeto del derecho penal es el hombre libre, pensante, racional.

La pena para Carrara sólo es justa en cuanto es proporcional al daño ocasionado con el delito. El delito es un mal que el delincuente hace a la sociedad y la pena es el mal que, como reacción, le inflige la sociedad al delincuente. Por lo tanto las penas deben corresponderse con una escala de gravedad de los delitos: a los delitos más graves, las mayores penas y a los delitos menos graves, las penas más leves.

También es importante considerar el papel que Carrara le adjudica al derecho penal: refrenar el poder punitivo en su tarea de definir los delitos, señalar la pena e investigar a los culpables.

¹⁸ Esta denominación se la daría ENRIQUE FERRI, pero para significar lo viejo, lo anacrónico, lo pasado de moda, porque los autores así llamados, nunca actuaron con la consciencia de pertenecer a una escuela, a una misma línea de pensamiento, ni cosa parecida.

¹⁹ Según afirma JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA “los clásicos, desde César Beccaria, pretenden [...] atacar el derecho penal del Antiguo Régimen denunciando su inhumanidad, la crueldad de las penas, la tortura, la incriminación de hechos que no deberían constituir delito, y consiguen que esas ideas penetren en la legislación inaugurando el derecho penal moderno”, citado por SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2ª ed., p. 156.

“El programa de derecho criminal debía resumir, en la fórmula más sencilla, la verdad reguladora de toda esa ciencia, y contener en sí el germen de la resolución de todos los problemas que el criminalista tiene el deber de estudiar, y todos los preceptos que gobiernan la vida práctica de dicha ciencia, en los tres grandes temas que constituyen el objeto de ella, en cuanto tiene por misión refrenar las aberraciones de la autoridad social en la prohibición, en la represión y en el juicio, para que esa autoridad se mantenga en las vías de la justicia y no degenera en tiranía”²⁰.

Este es el derecho penal que se corresponde al pensamiento liberal, que resumiendo, podríamos decir que se funda en el libre albedrío, se aplica, en consecuencia, sólo a personas que actúan con voluntad libre; la pena debe ser proporcional al daño causado con el delito y el derecho penal tiene como razón de ser, ponerle límite al poder estatal.

Es claro que esta escuela tiene una concepción optimista sobre la naturaleza humana. El hombre es un ser libre, igual, fraternal y dueño de su propio destino. Sólo en cuanto el hombre en concreto reproduzca ese ideal humano, puede ser sujeto del derecho penal.

Como puede verse, aquí aparece un hombre completamente distinto al del que dibujaba el Antiguo Régimen: es un hombre libre, con capacidad para entender y determinarse; y, sus relaciones con el derecho penal, se presentarían a partir del mal uso de su libertad. Ya no se trata del poder frente a un sujeto-objeto, del cual puede disponerse libremente, sino de un sujeto con una órbita de libertad autónoma corporal e intelectual²¹, que sólo puede ser invadida bajo ciertas condiciones: un hecho previamente definido como delito, un procedimiento previamente señalado y por un juez competente (natural) y su culpabilidad sólo puede establecerse mediante unos juegos de verdad que permitan establecer controles y poner en pleno juego la racionalidad iluminista (juicio).

El hombre, además, debería ser protegido de los abusos del poder y en el ejercicio de esta función era que podía encontrar el derecho penal su legitimidad.

²⁰ FRANCESCO CARRARA. *Programa de derecho criminal. Parte general. Volumen I*. trad. José J. Ortega Torres y José Guerrero, Bogotá, Editorial Temis, Reimpresión 1983, p. 3.

²¹ El cuerpo humano existe en y a través de un sistema político. El poder político proporciona cierto espacio al individuo: un espacio donde comportarse, donde adoptar una postura particular, sentarse de una determinada forma o trabajar continuamente. FOUCAULT, MICHEL, *Estética, Ética y hermenéutica. Diálogo sobre el poder*. p. 65.

V. La escuela positivista italiana

En 1876 aparece un libro que iría a producir otro cambio profundo en el derecho penal: *El hombre delincuente* de CÉSAR LOMBROSO (1836-1909).

César Lombroso era un médico que se dedicó a estudiar sistemáticamente a los detenidos con el fin de extraer los rasgos que tuvieran en común y que los harían diferentes a los demás hombres. Creyó haber encontrado los rasgos que permitían hablar de un delincuente nato: un hombre que nacía predispuesto al delito.

Para entender la obra de Lombroso es necesario tener en cuenta, así sea muy brevemente, el contexto científico y político en el cual se produce.

La segunda mitad del siglo XIX presenció el triunfo del positivismo como pensamiento científico. La verdad no puede producirse sino por medio del método experimental. Sólo la constatación, la comparación y la confrontación pueden producir proposiciones científicas válidas.

Y eso es lo que hizo Lombroso. extrajo la verdad sobre el delincuente, no de la razón, ni de la ley sino de los hechos. Es decir, usando el método positivista: la inducción.

Las ideas de Lombroso tuvieron gran acogida en su momento y ENRIQUE FERRI (1856-1929)²², se encargaría de recibir las en el derecho penal. En su tesis de grado de 1880, *Un nuevo horizonte del derecho penal*, se encargaría de señalarle unos nuevos rumbos al derecho penal.

Los hallazgos de Lombroso y la recepción que de ellos hiciera Ferri, significaron un cambio profundo del derecho penal tal como lo construyeron los pensadores clásicos.

Ferri, para diferenciarse de los autores anteriores a él, algunos de los cuales habían sido sus maestros, en términos despectivos los denominó, los clásicos; con lo cual los quería separar de la nueva doctrina que estaban forjando él y sus colegas, a la cual llamó la escuela positivista. Lo clásico, en Ferri, es lo antiguo, lo pasado de moda.

No sobra anotar que para los positivistas la escuela clásica era responsable de la gran impunidad que reinaba en Italia en su momento²³,

²² Otro importante representante de esta escuela fue RAFAEL GARÓFALO (1851-1934).

²³ Ha sido siempre una característica del autoritarismo penal presentarse, inicialmente, como un instrumento contra la impunidad y obviamente, esta escuela no fue la excepción: “Estos principios y criterios generales de la justicia penal en los siglos XIX y XX (se refiere a la Escuela Clásica), cimiento de

porque la doctrina estaba completamente desligada de la realidad y sobre todo, porque había dejado por fuera al delincuente de carne y hueso, que según Ferri, es el verdadero "protagonista de la justicia penal".

Tomar en consideración al delincuente de carne y hueso, daría al derecho penal ese toque de realidad que requería, pero además, es a partir de ese delincuente, de la consideración pormenorizada de él, que se habla de un segundo "humanismo" en el derecho penal.

Las críticas que le hicieron los positivistas a los clásicos se centraron en lo siguiente:

Sobre el fundamento de la responsabilidad penal. El libre albedrío es un concepto indemostrable científicamente. Más que un concepto, hay que considerarlo un acto de fe. Es una verdadera entelequia intelectual. Lo que la ciencia demostraba, en lugar del libre albedrío, es que el hombre es un ser determinado²⁴. Por lo tanto, la responsabilidad penal no se puede fundar en el libre albedrío, sino que va a tener un fundamento distinto: el hombre responde de sus actos por el solo hecho de vivir en sociedad. A esto se le llama responsabilidad legal.

Ferri no llegó hasta el extremo de considerar que todos los delincuentes eran natos, es decir, que nacían como tales, sino que había que considerar un conjunto de factores, tantos exógenos como endógenos, que determinan

las aplicaciones prácticas, dieron resultados desastrosos, a saber: aumento continuo de la criminalidad y de la reincidencia con formas o asociaciones de delincuencia habitual y profesional en los centros urbanos o en los latifundios aislados, aumento progresivo de la delincuencia de los menores y de las mujeres, prisiones con frecuencia más cómodas que las casas de los pobres y honrados, agravación financiera de los contribuyentes, defensa ineficaz frente a los criminales más peligrosos y pérdida de muchos condenados menos peligrosos, que podrían haber sido utilizables como ciudadanos aptos para el trabajo". ENRIQUE FERRI, *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia de la legislación y en la jurisprudencia*. Trad. J. A. Rodríguez Devesa, Madrid, 1933, p. 37.

²⁴ "Según el positivismo naturalista, que invadió los espíritus en la segunda mitad del siglo XIX a nivel general de las ideas, 'los acontecimientos naturales', sus 'causas', están totalmente determinados por ellas. La ciencia tiene la misión de encontrar las leyes especiales según las cuales se realiza en sus detalles la determinación y después, 'explicar' los acontecimientos. Según la concepción del positivismo, no existe ninguna diferencia, de principio, entre el enlace causal en la naturaleza inanimada, en los procesos orgánicos de desarrollo, y la determinación psíquica, la motivación. En todas partes rige el principio de que todo cambio perceptible en el tiempo ha de tener su causa precedente, en el tiempo, la cual, a su vez, tiene como consecuencia necesariamente, conforme a las leyes de la naturaleza, el efecto". SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, cit., p. 161.

la conducta de los hombres: el sexo, la familia, la edad, la raza, la cultura, la religión, la forma de gobierno, el sistema tributario, la política de inmigración, etc. Todos estos factores, en su conjunto, determinaban la conducta del hombre²⁵.

Hay que tener en cuenta todos estos factores al momento de evaluar al delincuente, y de la correcta apreciación de estos factores se puede deducir la temibilidad o la peligrosidad de la persona. Esa peligrosidad o temibilidad debe ser el verdadero criterio para señalar políticas frente a la delincuencia.

Si la peligrosidad es el verdadero criterio que debe determinar la repuesta criminal del estado, y dicha peligrosidad se puede detectar a partir del estudio del sujeto, no es necesario ni políticamente recomendable, que se espere hasta cuando el sujeto delinca, para tomar medidas contra él. La lucha contra la delincuencia se asume en términos de un problema de salud pública: las enfermedades hay que prevenirlas y extirparlas en sus causas, antes de que se desarrollen y se extiendan por toda la sociedad, como epidemias.

"En las escuelas populares, obligatorias, por las que tiene que pasar toda la población de muchachos de ambos sexos, el Estado, sirviéndose de los médicos escolares, puede formar el censo bio-psíquico (por medio de la cartilla de cada alumno). Entonces, no sólo cada individuo podrá ser mejor utilizado y valorizado según sus aptitudes para el trabajo manual e intelectual, sino que, y esto es lo más importante, se podrán distinguir y separar los escolares normales de los anormales o deficientes. Ya dado que existen deficientes intelectuales y deficientes morales (*candidatos a la delincuencia*), éstos, sobre todo, deberán ser vigilados o educados en colonias agrícolas especiales, buque-escuela, etc., restringiendo y eliminando así los semilleros de delincuentes que en los centros urbanos están constituidos por menores moralmente abandonados por sus familias. Esto ya lo indiqué en la defensa del regicida d'Alba, quien en las escuelas elementales de Roma se había revelado como un sujeto deficiente"²⁶.

²⁵ Esta mirada de Ferri hacia otros factores (sociales) en la explicación de la conducta del delincuente, se puede apreciar en el hecho de que su tesis doctoral, denominada *Un nuevo horizonte en el derecho*, fue denominada, a partir de su tercera edición, como *Sociología Criminal*. SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 164.

²⁶ ENRIQUE FERRI, *Principios de derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid, Editorial Reus, 1933, p. 13.

Las sanciones penales no son una respuesta al daño causado por el delito sino una respuesta a la peligrosidad del delincuente; y, por consiguiente, también tendrán el carácter de indefinidas y predelictivas.

Los positivistas criticarían, entonces, no sólo el fundamento de la pena como lo entendían los clásicos (el libre albedrío) sino que se opondrían al mismo concepto de pena por considerarlo un criterio anticuado, que corresponde más a la idea de venganza que a un verdadero instrumento con el cual la sociedad se pudiera defender de los delincuentes. Llegarían a afirmar no sólo que hay que desterrar el concepto de pena, sino que al delincuente, más que castigarlo, hay que curarlo.

Si la peligrosidad se puede deducir de la personalidad y del entorno del delincuente, la sanción tiene que tener por objeto, no reaccionar frente al delito que se haya cometido (como vimos no era necesario que efectivamente la persona considerada peligrosa efectivamente delinquiera), sino modificar ese sujeto de tal manera que se le neutralice su peligrosidad, si es posible, o se le inmunice si pertenece a la categoría de los sujetos incorregibles²⁷.

Este planteamiento del positivismo va a sustentar lo que se ha llamado la ideología *re* sobre la pena: la pena tiene por objeto resocializar, rehabilitar o reinsertar al delincuente.

Pero estrictamente, los positivistas no hablaron de sanción penal y siempre se mostraron renuentes a admitir el concepto de pena; en su lugar, hablaron de medidas y no fueron pocos a la hora de imaginárselas: buques-escuela para niños mal inclinados, manicomios para delincuentes locos, granjas agrícolas y talleres industriales para desadaptados sociales

²⁷ En Alemania, por la misma época del surgimiento de la Escuela Positivista italiana, von Liszt, había hecho una clasificación de los delincuentes para efectos de determinar la función que tendría la pena. "Liszt, que refutó la concepción retributiva y defendió la prevención especial como finalidad de la pena, defendió la inocuización (la incapacitación mediante el encierro indeterminado y, si fuese necesario, el castigo físico) de los delincuentes inimputables (los incorregibles, los degenerados física o psíquicamente mendigos, vagabundos, alcohólicos, enfermos mentales, prostituidos de ambos sexos, etc.). En definitiva, cuando Liszt diseñó su sistema de sanciones penales, pensó en su carácter admonitorio y atemorizador para el delincuente ocasional, como correctivas para el delincuente peligroso pero recuperable y como un castigo indeterminado para el criminal peligroso e irrecuperable". FRANCISCA CANO LÓPEZ. "La influencia del positivismo en la criminología y penología españolas: orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición" en: IÑAKI RIVERA BIERAS (coordinador) *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona, Anthropos, 2004, pp. 73-74.

e intervenciones quirúrgicas, como lobotomía y castración, para los delincuentes violentos y los delincuentes sexuales.

Si se compara esta visión del hombre de la Escuela Positivista, con la visión del hombre de la Escuela Clásica, los contrastes saltan a la vista:

1. Mientras que en la Escuela Clásica, el derecho penal debe servir para proteger al hombre del Estado, para la Escuela Positivista, el derecho penal debe servir para defender²⁸ la sociedad de los individuos. Mientras la Escuela Clásica conserva la idea de que el hombre es bueno por naturaleza y la sociedad lo corrompe, la Escuela positivista cree que es el hombre quien pone en peligro a la sociedad.
2. La Escuela Clásica reconoce en el hombre un ser libre y dotado de voluntad; la Escuela Positivista sospecha de cada hombre una cierta anormalidad que lo hace, potencialmente, peligroso.

VI. Ambiente científico y político

Ya decíamos que el positivismo penal no es más que la influencia del positivismo científico en general, en esta rama del saber. Pero el positivismo penal coincidiría con el nacimiento de un verdadero arsenal de disciplinas y saberes que, en términos generales y muy provisionales, se podría llamar ciencias sociales y humanas: la sociología, la psiquiatría, la psicología, el psicoanálisis, la criminología, etc., cuyo nacimiento afectaría profundamente el saber penal y dará lugar a ese supuesto segundo humanismo²⁹ en el derecho penal que se hará consistir en un mirada más minuciosa del hombre "concreto", es decir, facilitaría el despliegue de toda esa tecnología disciplinaria que haría del hombre un sujeto cada vez más productivo económicamente y más dócil políticamente. Este nacimiento de las ciencias humanas y su introducción en el discurso penal, se reflejaría en una nueva forma de práctica penal en la cual:

²⁸ Ver, FOUCAULT, MICHEL, *Defender la Sociedad*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires, FCE, 2001. "La influencia del positivismo en la criminología y penología españolas: orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición", cit. p. 66.

²⁹ El primero se habría presentado con Beccaria, al oponerse a las torturas y la pena de muerte. Ver NÓDIER AGUDELO en su estudio preliminar a la tercera edición de *De los Delitos y las penas*, ob. cit.

“La justicia penal va a tener cada vez más miedo de castigar y va a preferir curar. [...] la dislocación interna del poder judicial o al menos de su funcionamiento; cada vez más una dificultad de juzgar, y como una vergüenza de condenar; un furioso deseo de los jueces de aquilatar, de apreciar, de diagnosticar, de reconocer lo normal y lo anormal; y el honor reivindicado de curar o de readaptar. De esto, es inútil hacer crédito a la conciencia buena o mala de los jueces ni aun a su inconsciente. Su inmenso “apetito de medicina” que se manifiesta sin cesar -desde su llamamiento a los expertos psiquiatras hasta su atención al parloteo de la criminología- revela el hecho mayor de que el poder que ejercen ha sido “desnaturalizado”; que se ha halla realmente a cierto nivel regido por las leyes, y que a otro, y más fundamental, funciona como un poder normativo; es la economía del poder que ejercen, y no la de sus escrúpulos o de su humanismo, lo que les hace formular veredictos “terapéuticos”, y decidir encarcelamientos “readaptadores”. Pero inversamente, si los jueces aceptan cada vez peor tener que condenar por condenar, la actividad de juzgar se ha multiplicado en la medida misma en que se ha difundido el poder normalizador”³⁰.

Esto muestra, otra vez más, la íntima relación entre las diversas teorías penales y el ambiente cultural y político que rodea su construcción. Una teoría como el positivismo criminológico³¹, no es pensable sin tener en cuenta el nacimiento de las ciencias humanas.

Esto plantea la necesidad de mirar las funciones que frente al ejercicio del poder, ha desempeñado la ciencia. La criminología, particularmente, ha contribuido a legitimar las prácticas de control de la población³².

De esta íntima relación entre ciencias humanas y prácticas penales, nos ha hablado Michel Foucault:

“En lugar de tratar la historia del derecho penal y la de las ciencias

³⁰ FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, cit., pp. 310-311.

³¹ En este escrito, cuando se alude a positivismo penal, criminología positivista, antropología criminal, con todas las diferencias que esos términos pueden implicar, se usan intercambiamente, para referirnos a la escuela italiana llamada positivista que tuvo en Ferri, Garófalo y Lombroso, sus principales exponentes.

³² Ver sobre este punto: ROSA DEL OLMO, *América Latina y su criminología*. México, Siglo XIX editores, 1986. y MASSIMO PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Muñagorri. México, Siglo XXI editores, 1996.

humanas como dos series separadas cuyo cruce tendría sobre la una o sobre la otra, sobre las dos quizá, un efecto, según se quiera, perturbador o inútil, buscar si no existe una matriz común y si no dependen ambas de un proceso de formación “epistemológico-jurídico”, en suma, situar la tecnología del poder en el principio tanto de la humanización de la penalidad como del conocimiento del hombre”³³.

Así como la escuela clásica italiana es impensable sin la Ilustración, la escuela positivista sólo pudo existir al lado del nacimiento de las llamadas ciencias humanas. Eso podría explicar, también, que la Escuela Clásica tuvo una militancia política expresa (el liberalismo), en cambio la Escuela Positivista pretendió abrigarse en la neutralidad científica para promover la defensa de la sociedad, es decir, implícitamente, para defender el orden establecido.

El positivismo penal italiano, por su gran capacidad para legitimar el control sobre la población, sobre todo, sobre las denominadas clases peligrosas, tuvo una gran acogida, especialmente por dos razones:

En primer lugar, al identificar el delincuente con un ser anormal, inferior, patológico y sobre todo peligroso, concentró el objetivo de la persecución en las capas sociales en donde se concentraba esa imagen del delincuente: el hombre feo, mal vestido³⁴, perteneciente a una minoría racial, mal nutrido, etc.

En segundo lugar, al señalar que las causas del delito provenían del hombre individualmente considerado (el delincuente como protagonista de la justicia penal) descarga de toda responsabilidad en la producción de la delincuencia a la sociedad.

“[...] para el positivismo hay un grupo social y un Estado a consolidar. Los problemas sociales y criminológicos son consecuentemente sólo datos dentro de este contexto y simplemente se trata de acomodarlos a él, buscando la eliminación de los factores que los causan en cada caso. Por eso lo orgánico, lo útil y lo relativo aparecen como sus rasgos característicos. Se trata de la armonización y coherencia del cuerpo social en su totalidad, ya no de criticar sino de organizar y, por eso

³³ FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, cit., p. 30.

³⁴ “El individuo mal vestido siempre es peligroso, porque no tiene sentido de la responsabilidad y es muy probable que tenga poco que perder, pues, de lo contrario, se vestiría con más decencia”. ALEXANDR SOLZHENITSYN. *El pabellón de cáncer en Obras Escogidas*, Trad. Julian Pericacvho. Madrid, Aguilar, 1973, p. 415.

mismo, de reducir todo el análisis a la búsqueda de aquello que es útil para la consolidación del Estado, desechando entonces cualquier otra disquisición o crítica como *irreal* o *metafísica*³⁵.

El positivismo no sólo hay que entenderlo como el producto intelectual de una clase (la burguesía) que buscaba consolidar su poder contra el proletario -a diferencia de la burguesía en la época de la escuela clásica, que buscaba conseguir la hegemonía contra la aristocracia y el clero, y estratégicamente le interesaba contar con el apoyo de las clases bajas-, sino que la ideología del positivismo puede ser un buen recurso para mantener “buenas conciencias” que se descarguen de la pesada tarea de pensar en los problemas sociales.

“Puede ser que la teoría del criminal nato ofrezca una convincente racionalización de las fallas características de la prevención y un escape de las peligrosas implicaciones de que el crimen es esencialmente un producto de nuestra organización social. Puede ser que el público, el cual ha sido molestado por centurias por los reformadores, le dé la bienvenida a la oportunidad de despojarse de su responsabilidad frente a este problema irritante”³⁶.

Radzinowicz hizo un comentario similar:

[...] éste (el positivismo) sirve a los intereses y mitiga la consciencia de quienes desde la cima miran a las clases peligrosas como una categoría independiente, separada de las condiciones sociales prevalentes. Ellas eran retratadas como una raza aparte, moralmente depravada y viciosa, que vive de la violación de la ley fundamental de la sociedad ordenada, la cual es el medio por el cual un hombre puede mantenerse como un trabajador duro y honesto”³⁷.

Es el hombre aislado, con sus factores inmediatos, lo que nos explica las causas del delito y por lo tanto, lo que hay que cambiar es al individuo y no a la sociedad.

No es gratuito, entonces, que el positivismo penal haya tenido tal acogida en los dos modelos políticos más autoritarios del siglo XX: el nazismo y el stalinismo.

³⁵ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *El pensamiento criminológico, un análisis crítico*. Bogotá, Temis, 1983, pp. 17-18.

³⁶ LEON RADZINOWICZ, *Ideology and Crime*, New York, Columbia University Press, 1966, pp. 38-39. Ver también Lindesmith and Levin, op. Cit., p. 655.

³⁷ Citado en GEORGE B. VOLD and OTHERS, *Theoretical Criminology*, Cit., 1998.

El positivismo encajaba perfectamente con el racismo nazi; una doctrina como el positivismo hacía posible no sólo explicar la inferioridad del delincuente, sino también la inferioridad de ciertas razas. En la doctrina positivista se encontraba la base teórica para el genocidio de los gitanos, los judíos, los negros, los tarados, los homosexuales, etc. y para justificar la esterilización de aquellos individuos que podrían transmitir taras a su descendencia.

El nazismo llevó la doctrina del positivismo hasta convertirla en una verdadera biopolítica: un verdadero poder de muerte sobre los otros y los propios³⁸.

VII. El derecho penal nazi

El régimen nazi también significó una profunda revisión del derecho penal. Desde 1933 en Alemania se derogó el principio de legalidad de los delitos y de las penas, por una cláusula que más o menos indicaba que el juez podía considerar delitos no sólo a las infracciones expresamente señaladas en el código penal, sino todas aquellas conductas que atentaran contra el sano sentimiento del pueblo alemán.

El derecho penal nazi fue elaborado “científicamente” por la llamada Escuela de Kiel. Schaffstein, uno de los más sobresalientes autores de esta escuela escribía en 1935:

“En este sentido, la concepción del delito como lesión del deber, da al nuevo concepto de derecho penal de voluntad, ya a menudo mal entendido, su contenido propio. Del mismo modo como de la esencia de la lesión del deber resulta el contenido del delito, así también además la clase de deber y su lesión es línea directriz para la integración de los grupos de delitos individuales constituidos sobre ella”³⁹.

Juan Bustos Ramírez señalará:

³⁸ Ver FOUCAULT, MICHEL, *Defender la sociedad*. El stalinismo utilizando el positivismo permitió, entre otras cosas, la justificación de los campos de trabajo (el trabajo forzado como un instrumento para cambiar las ideas reaccionarias de la gente) y sobre todo, para elaborar una psiquiatría que llegó a considerar que la disidencia política era necesariamente, una muestra de locura. Para una versión literaria ver ALEXANDER SOLZHENITSYN, *El archipiélago GULAG. 1918-1956*. Trad. L. R. Martínez. Barcelona, Plaza y Janes, 1974.

³⁹ Citado por JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*. Segunda edición Temis, Bogotá, p. 155.

“(...) lo que Schaffstein propone es la supresión del concepto garantizador de bien jurídico por el de *deber*, que en verdad significa el deber del individuo con el Estado y, por eso, implica entonces llegar al sacrificio del individuo en aras de la comunidad. Con lo cual, evidentemente, se desmontaban las garantías fundamentales que se habían construido desde el Iluminismo para el reconocimiento y aseguramiento de los derechos del individuo frente al Estado, y por el contrario, quedaba completamente sometido al Estado a través de un “deber absoluto”, que lo comprometía personal y totalmente”⁴⁰.

George Dahm, otro importante autor de la escuela de Kiel, definiría el delito, sintéticamente, como un acto de traición⁴¹.

“En el derecho penal nazi, el individuo desaparece a nombre de la comunidad”⁴².

El individuo sólo tiene deberes, especialmente deberes de fidelidad, que realmente no se espera que los cumplan sino los miembros de la raza escogida. Los demás serán excluidos y Edmund Mezger, uno de los más importantes autores alemanes de ese tiempo, los denominará “extraños a la comunidad”.

VIII. El finalismo

Después de la Segunda Guerra Mundial, y como reacción a los horrores del nazismo, la doctrina penal alemana pretende retomar el camino que se había extraviado en los devaneos autoritarios de la Escuela de Kiel.

Un factor importante en la retoma del camino que se había perdido, es evidentemente político: la proclamación de la Constitución de Bonn de 1949, precedida de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Naciones Unidas en 1948. En ambos documentos, se proclamaba

⁴⁰ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, cit., pp. 155-155.

⁴¹ Ver JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, cit.

⁴² Los autores afines al nazismo, como es apenas obvio, fueron profundamente antifiliberales en el doble sentido de despreciar la libertad y al individuo y por eso se opusieron a las doctrinas que tuvieran en cuenta la libertad personal porque las consideraron: “Un producto de la Ciencia liberal penal incompatible con la pretensión de disponibilidad total del Estado nacionalsocialista sobre todos los ciudadanos”. Citado en: FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo, 4ª edición revisada y ampliada, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, p. 57. sin subrayas en el original.

la dignidad humana como un valor absoluto, inherente a todos los seres humanos con independencia de su raza, su sexo, sus creencias, su religión, su nacionalidad, etc. y como dato previo a cualquier actividad legislativa.

Ese reconocimiento de derechos se hacía con el fin de ponerle talanqueras a los Estados en sus relaciones con los individuos. El Estado tendría unas barreras que no podría superar y esas barreras se levantaban para dejarle nuevamente al individuo un espacio intocable por parte de los poderes establecidos.

Hans Welzel se encargaría de llevar estos postulados políticos al derecho penal y lo haría a través de lo que él llamó *categorías lógico-objetivas*. Estas serían unas categorías que preexisten a cualquier actividad legislativa y que necesariamente tienen que ser respetadas por el legislador por ser de carácter ontológico.

Una de las categorías lógico-objetivas es la *finalidad* como característica de la acción humana. El hombre, a diferencia de la naturaleza (los animales y las cosas) actúa sobre la base de finalidades: el hombre es capaz de anticipar mentalmente un resultado, preparar los medios para obtenerlo y luego poner en ejecución esos medios para conseguir el resultado.

Este esquema tiene que ser respetado por el legislador y equipara su fuerza vinculante a la imposibilidad que tendría un legislador para disponer que los embarazos duraran sólo seis meses o a una disposición que señalara que los niños tendrían que nacer con los ojos azules. El legislador sólo puede sancionar actuaciones finalmente orientadas pero no podría regular meros procesos causales.

El esquema de Welzel, conocido como teoría finalista, logró modificar profunda y duraderamente el esquema del delito⁴³; pero no es ese el interés que nos ocupa ahora, sino explorar la idea de hombre que subyace en su construcción teórica.

Para Welzel, más importante que el resultado, va a ser la acción. Este énfasis va a instaurar en el derecho penal una dicotomía que todavía continúa en discusión: desvalor de acción y desvalor de resultado.

Consecuente con su teoría (la conducta humana es final), apostaría por el desvalor de acción; lo básico son los propósitos, las metas, las

⁴³ Si bien es cierto que muchos penalistas no comparten su idea de acción final, casi todos aceptan las consecuencias que en cuanto al esquema del delito planteó el autor alemán.

finalidades. El resultado tiene un valor más o menos secundario que depende fundamentalmente de la técnica legislativa: el legislador puede escoger entre sancionar las tentativas de producir un resultado y agravar la sanción cuando el resultado efectivamente se produzca o puede optar simplemente por tipificar el resultado y, eventualmente, reducir la pena cuando éste no se consiga.

Welzel reconocería en el hombre un cierto libre albedrío, pero en términos muy diferentes a los de Carrara:

“El libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido. No es como –cree el indeterminismo– la libertad de poder actuar de otra manera (luego, también mal o de modo contrario al sentido), sino la libertad para actuar conforme al sentido. La libertad no es, por eso, la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre el sentido y el contrasentido, entre valor y desvalor ...

Tampoco el derecho penal parte de la tesis indeterminista (...) sino del conocimiento antropológico de que el hombre, como ser determinado a la autorresponsabilidad, está existencialmente en la situación de configurar finalmente (conforme a sentido) la dependencia causal de los impulsos. La culpabilidad no es un acto de libre determinación, sino sentido en un sujeto responsable”⁴⁴.

Como puede verse, es un libre albedrío que se reconoce como valioso, siempre y cuando el hombre actúe de acuerdo con los valores éticos del Estado.

La posición de Welzel, si bien es cierto que le reconoce cierta autonomía al hombre, parece que ésta se redujera a compartir los valores estatalmente reconocidos. Esto explica que en su esquema se haya aceptado y profundizado la idea de Reinhardt Frank sobre el concepto normativo de la culpabilidad⁴⁵. La culpabilidad es un juicio de reproche que el juez le hace al condenado por no haberse comportado de acuerdo con las normas

⁴⁴ HANS WELZEL. *Derecho penal alemán*. pp. 209-210.

⁴⁵ De una manera crítica: “El delito es una expresión de una actitud interior reprochable, porque es contraria a los valores y a las normas presentes en la sociedad aún antes de ser sancionadas por el legislador”. ALESSANDRO BARATTA. *Criminología y Crítica del derecho penal*. Trad. Álvaro Búnster. México, Siglo XXI editores, 1993, p. 36.

jurídicas. La norma en este caso aparece como un valor absoluto⁴⁶ y la vida de hombre adquiere sentido a partir de los valores consagrados en el ordenamiento jurídico.

También se ha dicho, con toda razón, que Welzel ha etizado el derecho penal, porque considera que los valores que encarna el derecho penal son valores que el individuo tiene que interiorizar y por consiguiente no se admiten unos valores distintos a ellos como se pone en evidencia cuando se mira la teoría de Welzel de acuerdo a las teorías subculturales de la delincuencia.

“Al hacer patente, ante todos, la validez inquebrantable de los elementales deberes ético-sociales, (el Estado) proscribiendo y castigando su lesión, modela y refuerza eficazmente el juicio ético y la conciencia jurídica de los ciudadanos. La firmeza del juicio ético-social del individuo depende esencialmente de la firmeza con que el Estado manifiesta e impone sus juicios de valor”⁴⁷.

Como creo que se desprende de lo anterior, del holocausto nazi, aún en la doctrina penal alemana, no resurgió realmente un hombre libre, sino que ahora se levanta atado a otras cadenas: la ética colectiva que finalmente se va a reducir a los valores que se consagran como universales, que aspiran a imponerse a todas las naciones y que no dejan ningún espacio para vivir con valores distintos a los que inspiran las leyes.

IX. El funcionalismo

Es probable que el funcionalismo en un sentido amplio, haya sido utilizado en el derecho penal, desde tiempos inmemoriales. Para estos efectos, llamaremos funcionalistas a aquellas visiones del derecho penal

⁴⁶ Esto no puede producir demasiada extrañeza. Si bien es cierto que con el finalismo se “resucitó”, por lo menos en parte, el hombre que había quedado reducido a meros despojos corporales, bajo el nazismo, esa resurrección se hará con un hombre atado a unos valores éticos definidos estatalmente (los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la misma ley penal) y no se puede olvidar, por otra parte, que “[...] HANS WELZEL, el creador de la teoría final de la acción, que sin haber incidido directamente como MEZGER, en la configuración del Derecho penal nacionalsocialista, desarrolló ya en aquella época una concepción teórica del sistema del Derecho penal afín en algunos aspectos a la ideología nazi”. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger*, cit., p. 34.

⁴⁷ HANS WELZEL, *El nuevo sistema de derecho penal*, pp. 16-17.

que no sólo pretenden preocuparse por la construcción técnica sino por los efectos que se derivan de su aplicación concreta o que aspiran a predecir, en todos sus alcances, los efectos de las normas, sus interpretaciones y sus construcciones teóricas.

Pero cuando hoy en día se habla del funcionalismo en el derecho penal, se alude al desarrollo de la dogmática penal alemana desde los años setenta hasta hoy. Se considera que el funcionalismo en el derecho penal surge como una reacción ante el finalismo y, sobre todo, como el regreso a las ideas de von Liszt.

Von Liszt había propuesto, desde el siglo XIX, la posibilidad de una ciencia penal integrada que comprendería la dogmática, la criminología y la política criminal. Se esperaba que con un estudio comprensivo del delito como fenómeno normativo (la dogmática penal), de la delincuencia como fenómeno social y político (la criminología) y de la política criminal como la respuesta del estado frente al fenómeno de la criminalidad, se pudiera enfrentar el fenómeno criminal de una manera que resultara al mismo tiempo científica y eficaz. De todas maneras, al mencionar a von Liszt como antecedente importante en el funcionalismo alemán, es necesario recordar su estirpe profundamente liberal que lo llevó a acuñar dos frases que fungen hoy como distintivos de su sistema: el derecho penal como la carta magna del delincuente y el derecho penal como barrera infranqueable a la política criminal⁴⁸. Y es conveniente recordarlo porque si algo caracteriza al funcionalismo alemán hoy en día es su profundo antiliberalismo, en la vertiente más radical de Jakobs.

El desarrollo de la dogmática penal alemana, posterior a Liszt, a través de la llamada escuela neoclásica alemana (Mezger, Radbruch, Frank) y el

⁴⁸ "En mi opinión, por muy paradójico que pueda resultar, *el Código Penal es la Charta Magna del delincuente*. No protege él al orden jurídico, ni a la colectividad, sino al individuo que se levanta contra ella. Le otorga el derecho a ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales. El doble aforismo: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* es el bastión del ciudadano frente a la omnipotencia estatal, frente al desconocido poder de la mayoría, frente al "Leviatán". Desde hace años vengo caracterizando el derecho penal como 'el poder punitivo del Estado *jurídicamente limitado*'. Ahora puedo añadir: el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal. Y lo que hoy es, seguirá y deberá seguir siéndolo [...] En el derecho penal defendemos la libertad individual frente a los intereses de la colectividad". Franz von Liszt, citado por SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 199.

finalismo (Welzel, Maurach, Gallas, etc.) se desentendió completamente de ese desarrollo integral que aquél había propuesto y se ocupó, casi de manera exclusiva, de la construcción de la teoría del delito, obteniendo un desarrollo tan acabado, tan fino y tan sutil que en los medios académicos se llegó a pensar que ya no era posible ningún avance pues se había elaborado, sobre todo con Welzel, un sistema que aparte de dos o tres puntos débiles (los delitos de omisión, los delitos culposos, la posición adecuada de la imputabilidad dentro del esquema del delito) parecía incuestionable y hasta insuperable. Los autores no finalistas llegaban a admitir que si bien cuestionaban algunos de los presupuestos de la teoría de la acción (su carácter ontológico básicamente) las consecuencias prácticas del sistema penal eran compartidos por casi toda la doctrina y aún por la jurisprudencia alemana. Algunos consideran que la teoría del delito había llegado a un punto muerto, que ya no ofrecía ninguna posibilidad de desarrollos ulteriores.

X. Proyecto alternativo

En los años sesenta (1962), se discutía en Alemania una reforma al código penal. Un grupo de profesores jóvenes a la cabeza de Claus Roxin, propuso un proyecto de código penal diferente al que estaban discutiendo las comisiones oficiales y que se denominó, precisamente, proyecto alternativo (1966).

Las bases de este proyecto nacían de un cierto malestar contra ese pensamiento tan elaborado sistemáticamente que había llevado, según los autores del proyecto alternativo, a la ciencia del derecho penal a pensar la teoría del delito como un fin en sí mismo, desatendiendo completamente las consecuencias reales de su aplicación.

Al proyecto alternativo se le atribuye, al parecer con razón, el haber servido como referente para lo que se ha llamado el resurgimiento de la política criminal.

Uno de los puntos en los que se concentraron fuertemente las críticas de Roxin y sus colegas, es precisamente contra las penas privativas de la libertad de corta duración, debido a que son suficientes para desocializar por el mero contacto con el mundo carcelario, e incapaces de desempeñar una labor resocializadora en el sujeto, precisamente, por su corta duración.

Otro punto de esa crítica de los "profesores jóvenes" se enfocó hacia los llamados delitos sin víctimas. La criminología crítica los había

cuestionando por su carácter moralizante y los nuevos profesores alemanes por la carencia en ellos de un objeto jurídico, digno de protección penal.

Algunas de esas críticas fueron atendidas por el legislador alemán y efectivamente casi se suprimieron las penas privativas de la libertad hasta de dos años y se eliminaron algunos delitos en el código penal alemán como el homosexualismo entre adultos y algunas otras conductas sexuales, con lo cual se pretendía aflojarle un poco el cinturón moralista a la legislación penal y por consiguiente crear nuevos espacios a la autonomía del sujeto.

En la teoría del delito, si bien es cierto que en gran parte se mantuvo la estructura del delito tal como había sido construida por el finalismo, se hicieron algunos retoques que vale la pena enunciar:

1. Se reintrodujo el concepto de imputación objetiva (y digo que se reintrodujo porque los autores de esta corriente dicen que la retoman de Hegel). Este concepto funcionará como un complemento a la teoría de la causalidad y será muy importante en la reelaboración de los delitos culposos y, sobre todo, en los delitos de omisión, que habían permanecido en la penumbra en un pensamiento, que como la dogmática anterior, era profundamente tributaria de un pensamiento naturalista y ontologista. Por otra parte, en su definición podríamos decir que el pensamiento penal le da la bienvenida al concepto de *la sociedad de riesgo*, porque se construye precisamente a partir del concepto del riesgo. Riesgos permitidos, aumento o disminución de riesgos, conceptos que circularán en el discurso penal posterior, cada vez con mayor intensidad. Como veremos, es a partir de la teoría de la imputación que Jakobs pudo reformular completamente la teoría del delito, como discípulo y sucesor de Hans Welzel.
2. Se reformula el concepto de culpabilidad señalando que en él también hay que considerar el merecimiento de pena y constituyéndose, más allá de una formulación meramente teórica, en su medida.
3. Y, finalmente, se introduce el concepto de injusto pretendiendo unificar las categorías de tipicidad y antijuricidad como lo había formulado el finalismo.

Este concepto de injusto es muy importante porque revela, más allá de las consideraciones meramente teóricas o sistémicas, una profunda fe política en los valores de la constitución. El delito se puede considerar como

injusto porque implica una ofensa a los valores constitucionales (los de la constitución alemana de 1949) a los cuales se les atribuye una vocación universal y una vigencia atemporal.

Al funcionalismo de Roxin se le ha denominado moderado, básicamente, por dos razones: en primer lugar, políticas. Roxin ha construido su obra bajo los parámetros del pensamiento liberal y ha entendido que en el derecho penal hay barreras al *ius puniendi*. Por otro lado, metodológicamente, acepta la existencia de conceptos ontológicos, aun cuando de construcción social como el de bien jurídico, un concepto nuclear en toda su obra.

XI. El funcionalismo radical

Jakobs, un discípulo de Hans Welzel, al parecer fue encargado por su maestro de hacer una actualización de su tratado, pero el alumno rápidamente llegó a la conclusión de que la tarea encomendada debería ser llevada más allá de los propósitos del maestro y que lo que había que hacer era una profunda revisión de la teoría del delito.

La principal crítica que le va a hacer a su maestro, es que su teoría de la acción se reviste de un naturalismo insoportable y anacrónico. Y se propone elaborar una teoría del delito completamente normativista.

Para llevar a cabo su tarea, se vale de algunas categorías de Luhmann pero probablemente lo que hace es simplemente resucitar con nuevas etiquetas el concepto de delito de los autores epígonos del nazismo que consideraron que el delito era básicamente una desobediencia al Führer y que la pena es algo que el delincuente debe soportar para el bien de todos, pero que él lo va a considerar, básicamente, una “defraudación de expectativas normativas”.

A partir de esa premisa normativa se hace una completa revaloración de lo que es el derecho penal, su fundamento, el delito, y de algunas de sus más importantes instituciones. Con el ánimo de visualizar algunas diferencias entre esta nueva forma de concebir el derecho penal y la visión liberal o “anacrónica”, como suele llamársela sin ocultar un gran desdén por ésta⁴⁹; voy a enunciar algunos de esos “nuevos postulados”.

⁴⁹ “A diferencia de lo que sucedía en el pasado, en donde sólo existía una visión de la ciencia jurídica informada por su racionalidad formal o por su deber ser, hoy asistimos a la probabilidad de que el derecho sirva como instrumento

Según *Jakobs*, ya el derecho penal no se limita a sancionar aquellos hechos más perturbadores para la vida social, sino que “debe hacer posible la vida social en su conjunto”⁵⁰; y se debe castigar “para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar (al ciudadano) en el reconocimiento general de la norma”⁵¹; al individuo hay que desconocerle su autonomía y cualquier posibilidad de libertad “[...] pues el derecho no puede soportar en general el riesgo de que una formación de identidad no se lleva a cabo de conformidad a Derecho”⁵².

Con este punto de partida es fácil intuir cómo debe concebirse lo demás.

A diferencia de los clásicos que entendían que la ciencia penal era un mecanismo de control al poder punitivo, hoy se dice que [...] existe un consenso esencial en torno a la idea de que la dogmática no es una actividad limitada a la explicación del funcionamiento de un determinado sistema legal, sino que tiene siempre un componente creador del derecho⁵³.

Y por lo tanto, sería aconsejable que el legislador se abstuviera de establecer disposiciones legales que determinen todo el contenido del sistema del hecho punible; por tanto sería preferible que dejara “constantemente abierto el sistema de la ley”⁵⁴

Debemos acostumbrarnos a dejar de pensar que la antijuricidad tiene como sustento material el daño o por lo menos el peligro al bien jurídico

de transformación de los viejos principios que nos (sic) compadecen con la creación de sociedades pluralistas y democráticas”. EDGARDO MAYA VILLAZÓN, EN *El funcionalismo en derecho penal*. Ob. Cit. pp. 17-18.

⁵⁰ GUNTHER JAKOBS. *Derecho Penal General*. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997, p. 73.

⁵¹ GUNTHER JAKOBS. *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, cit, p. 581.

⁵² GUNTHER JAKOBS. *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, cit, pp. 701-702.

⁵³ MANUEL CANCIO MELIÁ. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito, en MONTEALEGRE LYNETT (COORD.), *El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 2003, p. 108.

⁵⁴ MARCELO A. SANCINETTI. “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, en *El funcionalismo en el derecho penal*, cit., p. 136

tutelado, porque “El bien jurídico no es el daño naturalmente perceptible de cegarle la vida a una persona o de destruir su patrimonio, sino que es un concepto normativo: la vigencia de la norma”, escribe Montealegre Lynett⁵⁵.

Algunas consecuencias de lo anterior es que no deberíamos preocuparnos tanto por la diferencia entre tentativa y consumación “Dado que -según *Jakobs*- tanto la tentativa como la consumación son un ataque a la validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma”⁵⁶. Esto nos ahorra esas fatigantes discusiones acerca de la diferencia entre un acto preparatorio, un acto ejecutivo y una consumación, porque como él mismo lo expone: “Así pues, el homicidio empleando una pistola no se inicia sólo al comenzar a apuntar, la estafa no comienza sólo (y no siempre) al comenzar el propio engaño, sino que el comienzo reside en cada caso en *disponerse a realizar estas acciones*”⁵⁷. O en otras palabras, “[...] estrictamente, el resultado ni siquiera debería incidir en la medición de la pena”⁵⁸.

Igualmente, en nombre de esta nueva “ciencia”, es necesario que empecemos a aceptar que no hay ninguna razón para distinguir entre complicidad y autoría o que, por lo menos, “[...] *de lege ferenda* debería reconocerse la posibilidad de una participación en un hecho no doloso”⁵⁹. Y aún se nos recomienda más audacia para abandonar la vieja idea de que los delitos culposos no admiten la tentativa:

“La tan extendida idea de que no hay tentativa en los delitos imprudentes, o bien constituye un uso, exclusivamente terminológico, de la denominación tentativa del delito doloso, o es incorrecta: Lo que

⁵⁵ EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. “Estudio introductorio a la obra de Gunther Jakobs”, en: MONTEALEGRE LYNETT (COORD.), *El funcionalismo en derecho penal*. cit., p. 26.

⁵⁶ GUNTHER JAKOBS. *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, cit. p. 863.

⁵⁷ GUNTHER JAKOBS. *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, cit, p. 880.

⁵⁸ MARCELO A. SANCINETTI. “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, cit., p. 147.

⁵⁹ GUNTHER JAKOBS, citado por MARCELO A. SANCINETTI, “Exigencias mínimas...”, cit. p. 155.

se puede llevar a cabo también se puede comenzar, y lo que se puede llevar a cabo con éxito también se puede llevar a cabo sin éxito”⁶⁰.

Pero tal vez el punto culminante de toda esta “evolución” dogmática es la nueva concepción de la culpabilidad: “La culpabilidad se denominará, en lo sucesivo, como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al derecho”⁶¹ y correlativamente “[...] no cabe considerar que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber”⁶².

No es de extrañar, entonces, que tengamos tanta urgencia en redefinir qué es el deber jurídico y en qué consisten los delitos de infracción al deber⁶³.

Los postulados más importantes de Jakobs los podemos resumir de la siguiente manera:

1. Una repulsa al principio de causalidad, que a diferencia de Roxin, no va a ser completado por la imputación objetiva, sino reemplazado por ésta. Su acentuado antinaturalismo lo llevará a afirmar que finalmente, la causalidad no importa sino que lo que interesa es saber cuándo se puede hacer a alguien cargo de algo. Por esta vía se llegará a afirmar, estrictamente, que todos los delitos son de omisión.
2. Un cuestionamiento del sujeto del derecho penal, como se había entendido anteriormente, profundamente ligado al concepto de persona como una unidad físico-psíquica. En su lugar, hablará de algo muy parecido a los roles de Luhmann. Para el derecho penal no importa la persona como tal, sino el individuo en cuanto encarna sus roles. Esos roles generan unas expectativas y la defraudación de esas expectativas es lo que constituye el delito.

⁶⁰ GUNTHER JAKOBS. *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 869.

⁶¹ GUNTHER JAKOBS. *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 566.

⁶² GUNTHER JAKOBS. *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 53.

⁶³ Ver JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES: “El concepto de deber jurídico” y “Delito de infracción de deber”, en *El funcionalismo en el derecho penal*, cit. pp. 229 y 271.

3. La función del derecho es el mantenimiento de la confianza en esas expectativas y como esas expectativas, en el derecho penal están estrictamente normativizadas (principio de la legalidad), la función del derecho penal es el mantenimiento de la creencia en esas expectativas.

4. La crítica del bien jurídico. Ésta es, tal vez, uno de los apartes más demoledores de la crítica al derecho penal liberal por parte del funcionalismo radical. El bien jurídico, en el pensamiento liberal, había sido la garantía de la separación del derecho penal y la moral y una de las barreras más fuertes contra los excesos del poder punitivo. El derecho penal no se justifica en sus intervenciones sino en la medida en que proteja intereses básicos para vida en comunidad.

Desde Welzel este postulado había empezado a ser puesto en duda al establecer la dicotomía entre desvalor del acto y desvalor de resultado. Cuando se opta, y así lo hizo Welzel, por la prevalencia del desvalor de acto, se acentúan los peligros de un derecho penal profundamente subjetivizado, en el cual resulta más importante la actitud del sujeto que el daño del bien jurídico.

Jakobs acentúa su crítica poniendo en duda, incluso, que el derecho penal pueda proteger bienes jurídicos. Una de sus críticas se basa en el hecho de que no puede proteger bienes jurídicos, pues su mismo funcionamiento hace que no pueda actuar sino de una manera reactiva, cuando el daño al bien jurídico ya está consolidado.

En su lugar, Jakobs coloca como objeto de protección del derecho penal a la norma y de esta manera se le vuelve a dar la vuelta al derecho penal de mera actitud, de mero ánimo del derecho penal nazi. El derecho penal como un ejercicio de fidelidad, en este caso, a las normas jurídicas.

5. Pero, indudablemente, la categoría más problemática que introduce Jakobs, es la de *derecho penal de enemigo*⁶⁴.

⁶⁴ Este concepto se puede rastrear desde las épocas del nazismo: “Ya entonces se hablaba también de un ‘Derecho penal para enemigos’, en el que no cabían ni garantías, ni ninguna otra forma de limitación de los excesos del poder estatal”, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, EDMUND MEZGER y *el Dp de su tiempo*, p. 65.

El derecho penal de enemigo se opone al derecho penal de ciudadano y se caracteriza porque el enemigo es aquél que se ha colocado en abierta rebeldía con la norma y, por lo tanto, se muestra completamente insensible a sus mandatos y el estado no tiene ninguna otra opción que eliminarlo. Esto se hará mediante un procedimiento en el cual no se mantendrán las garantías penales, se adelantará la punición y se parificarán todos los actos a la consumación.

El derecho penal del ciudadano, sería, en oposición, el que se seguiría aplicando a quienes todavía guardan fidelidad al ordenamiento jurídico y allí si se respetan todas las garantías procesales, aun cuando con este tipo de derecho ya se postula la eliminación de algunas figuras que han sido fundamentales en la construcción del derecho penal liberal: la tentativa, la coparticipación y aún la diferencia entre delitos dolosos y culposos.

El derecho penal de enemigo, retrotrae al derecho penal a sus más bárbaros orígenes, porque se entiende que el enemigo es una no persona.

XII. El funcionalismo radical, la sociedad de riesgo y la expansión del derecho penal

Ya se había visto como el funcionalismo, aún en la versión de Roxin, había permitido la introducción del concepto de riesgo a raíz de la imputación objetiva. En Roxin, la imputación objetiva aparece como el complemento y hasta podría decirse, la corrección de la causalidad. Hay muchos casos en los cuales no hay ninguna duda de que se puede establecer una relación de causalidad pero no hay imputación objetiva. Ésta inicialmente se postuló para resolver algunos casos en los cuales tradicionalmente se había mirado actividades justificadas: los "daños" que le hacen los médicos a sus pacientes y los daños causados en las actividades deportivas.

Pero la teoría de la imputación objetiva rápidamente se amplió e introdujo el concepto de riesgo protegido por la norma.

De ahí en adelante, el riesgo ocuparía un lugar destacado en el derecho penal de hoy. Más que reaccionar ante daños, el derecho penal actúa ante riesgos. Y esto tendrá como consecuencia una expansión del derecho penal, antes desconocida.

La conjugación de conceptos como la sociedad del riesgo, con un funcionalismo que le asigna al derecho penal la tarea de proteger la estabilidad del sistema y que admite la existencia de no personas, dibujan el panorama (siniestro) del derecho penal de hoy en día.

El abandono del concepto de bien jurídico, en gran parte, ha ayudado a este proceso mediante la idea de los derechos o intereses difusos. Cada vez se protegen cosas más inaprehensibles y, obviamente, la dogmática opera como una buena cortesana para ayudar en esta tarea expansiva.

La "sociedad del riesgo" es un concepto que ha venido elaborando la sociología en los últimos años, especialmente por autores como Ulrich Beck y Antony Giddens sobre el piso teórico elaborado por Niklas Luhmann y que, de acuerdo con Miriam Alfie Cohen y Luis H. Méndez B, consiste en que:

"Los hombres deben entender su vida, desde ahora en adelante, como estando sometida a los más variados tipos de riesgos, los cuales tienen un alcance personal y global (Beck). Las decisiones personales son arriesgadas, porque no puede seguir con los modelos establecidos, las diferentes acciones sociales vividas en roles tradicionales se convierten en riesgos, mientras que los peligros sociales (flexibilización del trabajo, relaciones laborales), técnicos (alimentos modificados, ingeniería genética) y globales (deforestación, agujero de ozono) son soportados y distribuidos como condición existencial con todas sus contradicciones insolubles"⁶⁵.

La imagen no puede ser más elocuente: el individuo es un ser peligroso del cual hay que prevenirse; la sociedad, la naturaleza, la técnica y la ciencia, son fatalidades a las cuales hay que resignarse.

Las consecuencias de esta forma de ver el mundo, no dejan de reflejarse en la sociedad y en el derecho penal. Los riesgos nos producen miedo y, según Beck, estamos en "*una época en que la solidaridad surge por miedo y se convierte en fuerza política*"⁶⁶. Y agrega Rossana Reguillo:

"Se puede coincidir en que es la amenaza percibida la que ha dado forma a muchos de los llamados nuevos movimientos sociales, que se distinguen principalmente de los movimientos tradicionales por no estar interesados en una toma directa del poder, sino por propiciar otra forma de ejercicio del poder[...] No todos los miedos devienen movimientos sociales, pero todos devienen acción"⁶⁷.

⁶⁵ MIRIAM ALFIE COHEN y LUIS H. MÉNDEZ M. en *Sociológica*. Azcapotzalco. División de Ciencias Sociales y Humanidades. Departamento de Sociología. Universidad Autónoma Metropolitana. Mayo-agosto 2000. Año 15 número 43. p. 176.

⁶⁶ Citado por ROSSANA REGUILLO, cit., p. 67.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 68.

Estos conceptos mezclados (sociedad del riesgo, derecho penal de enemigo, concepto de no persona), la lucha contra el terrorismo, contra el narcotráfico y contra el crimen organizado, categorías que derivan en gran parte su utilidad de su vaguedad, han constituido sociedades cada vez más punitivas⁶⁸ que los políticos de turno aprovechan al máximo gobernando a través de lo que pudiéramos llamar un populismo penalista, con la ayuda insustituible de los medios de comunicación:

“Como la percepción del riesgo nunca es objetiva, sino que es un concepto social y culturalmente construido, el papel de los medios de comunicación para crear una opinión pública temerosa de la delincuencia es de vital importancia en el desarrollo de un sistema de justicia penal basado en principios actuariales o *manageriales*. Los medios de comunicación parecen tener interés en presentar el delito como si de una ‘amenaza social’ se tratara. La manipulación que se lleva a cabo a través de los *mass media* respecto a los riesgos de ser víctima de un delito explicaría cómo la ciudadanía, incluso las clases más humildes, reclama muchas veces más represión y más sistema penal”⁶⁹

Esta mezcla en la cual se debate hoy en día el derecho penal (sociedad de riesgo, derecho penal de enemigo, concepto de no-personas, guerras contra el narcotráfico, contra el terrorismo y contra el crimen organizado), ha producido un nuevo lenguaje para aplicar el derecho penal y la pena:

“A la nueva penología le corresponden nuevos discursos, nuevos objetivos y nuevas técnicas. Su lenguaje es actuarial, de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicables a la población, que proporcionarán una forma de visualizar la población en categorías y sub-poblaciones según criterios de riesgo. El discurso es similar al de

⁶⁸ “Así, se ha producido una expansión formidable del sector penitenciario en el Estado norteamericano, en virtud del cual la cantidad de personas allí encarceladas se cuadruplicó en veinticinco años, pese a que en ese mismo período los niveles delictivos se mantuvieron prácticamente constantes”. MARTÍN POULASTROU, “Desigualdad social y castigo”. Aportes del Iluminismo para una criminología radical”, en: IÑAKI RIVERA BEIRAS, *Mitologías y discursos sobre el castigo*, ob. cit. p. 57.

⁶⁹ IÑAKI RIVERA BEIRAS y GEMMA NICOLÁS LAZO, “La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea” en IÑAKI RIVERA BEIRAS *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos, Barcelona, 2005. p. 231.

la responsabilidad extracontractual; sin principio de culpabilidad y con base al principio de utilidad social”⁷⁰

En este panorama vuelve a desaparecer el hombre y el derecho penal queda reducido a un instrumento para proteger los riesgos de los integrados y exterminar los excluidos⁷¹.

⁷⁰ IÑAKI RIVERA BEIRAS y GEMMA NICOLÁS LAZO, “La crisis del *welfare*”. cit. p. 236.

⁷¹ “La superpoblación de los establecimientos carcelarios indica que la prisión constituye en esencia un depósito de indeseables”. MARTÍN POULASTROU, “Desigualdad social y castigo”, cit. p. 58.