

*La estructura del delito en el nuevo código penal.  
Introducción a los esquemas clásico y positivista  
a la definición dogmática*

Nódir Agudelo Betancur:  
Medellín, Ediciones Nuevo Foro, 2000.

Cuando empecé a leer este libro sentí un extraño entusiasmo. Dedicado hace años al campo más ligero y si se quiere más poético de la criminología y del control social, no fui capaz de interrumpir su lectura hasta la página final. Los temas no me eran completamente desconocidos ni resultaba sorprendente el estilo coloquial del autor: “El nuevo código penal es un torrente que se compone de varios afluentes, ...” (p.111); “como decían nuestros abuelos y padres amieros, ‘hagamos toldas’, ... “ (p.126); “..., así como para poderseme sacar mil pesos del bolsillo, previamente debo tener esos mil pesos en el bolsillo!!!” (p.201). Y aún, tanto la Introducción como la Conclusión conservan frases que el autor ha hecho familiares: en el comienzo invoca permiso a la vida (p.100) y en el final señala una pelea con el tiempo (p.226).

¿Cuál es entonces la causa del entusiasmo?

Una primera razón, muy seria para mí, es el tono juguetón del título: “La estructura del delito en el nuevo código penal”.

Del nuevo código penal apenas si se habla en la Introducción, y en la Conclusión se nos advierte que por ahora él es apenas “un vaso que puede contener leche, miel o cerveza”. Ojalá, que tenga el tiempo para que nos ayude desentrañar los sabores de ese vaso que, por sus antecedentes, sus promotores y las circunstancias de su pro-

ducción, anuncia contenidos menos alegres, más ácidos y amargos. Pero este escrito no es sobre el código penal, sino sobre un trabajo que dice abordarlo.

Otra razón de aquel entusiasmo radica en los objetivos del libro, que están señalados en dos partes distintas: en la página 13, cuando promete ser una base para iniciar el estudio de nuestra doctrina y al final, cuando señala que el objetivo del: “presente trabajo fue solamente el de caminar desde la influencia clásica y positivista de los códigos penales de 1890 y 1936 a la definición dogmática...” (p. 226).

Yo creo que estos objetivos se han cumplido a cabalidad. El libro hace un recorrido casi exhaustivo por la doctrina colombiana, hasta la década de 1980. Y ese recorrido, para quien lo sepa leer, puede servir de antídoto contra esa creencia tan en boga que hace pensar a los incautos y le permite decir a los calculadores que cuando nos pusieron a hablar de neoliberalismo, todo se volvió nuevo: Hay un “nuevo derecho”, una “nueva dogmática”, una “nueva universidad” y en fin, “una sociedad nueva”. El libro de Nódier, para usar uno de los dichos de nuestros mayores –que le son tan caros– es una invitación argumentada para que no nos creamos que hemos descubierto o podemos inventar el agua tibia. Es claro que del derecho penal se *pueden hacer* usos a la moda, pero *él* nunca será tanto una moda como una amarga realidad, que si bien no es eterna, llegó a su mayoría de edad, por lo menos desde el siglo XIX.

El autor, por otro lado, es consciente de que el estudio de una ciencia o por lo menos de su historia, no puede hacerse en términos de autocomplacencia con el presente ni de nostalgia por el pasado: “con lo que acabo de decir significo que la doctrina y jurisprudencia, hay que estudiarlas en el contexto de nuestra evolución cultural jurídica, siendo equivocado, a mi manera de ver, limitarse a hacer la crítica con las categorías que manejamos ahora, después de larga evolución” (p.128).

Acostumbrados a leer en nuestros manuales y tratados de derecho penal la “historia” del derecho penal como un gran relato que se

inicia con la barbarie y que lenta y dolorosamente, con el protagonismo de la razón, llega a nuestros días de civilización y humanidad, el libro de Nódier, muchas veces sin proponérselo, sienta unas bases imprescindibles para que finalmente podamos iniciar un acercamiento a la historia del derecho penal colombiano en unos términos en que “la historia de una ciencia ya no será la simple memoria de sus errores pasados, o de sus verdades a medias, sino que será el análisis de sus condiciones de existencia, de sus leyes de funcionamiento y de sus reglas de transformación”.<sup>1</sup>

Y digo que sin proponérselo, por varias razones:

a) Cuando se aprecian los distintos aportes de la doctrina estudiada, si exceptuamos a Juan Fernández Carrasquilla, para ninguno de los otros autores el derecho penal representa un problema que tenga que ver con el poder. Resulta casi milagroso que en cien años de doctrina no se hubiese tratado ese “problemilla”.

En efecto, de acuerdo con el libro, uno podría decir que son dos las grandes discusiones que permiten separar y clasificar, como clásicos o positivistas, a los doctrinantes colombianos: por un lado, la discusión sobre el fundamento de la responsabilidad penal y por otro, el problema de la responsabilidad de los inimputables.

En palabras de Alessandro Baratta, sin embargo, estas dos discusiones reflejan simples posturas ideológicas<sup>2</sup> frente al derecho penal. De hecho, la doctrina colombiana, con la notable excepción ya mencionada, asume sin discusión *el principio de legitimidad* del derecho penal (el Estado, como expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad de la cual son responsables determinados individuos, por medio de las instancias sociales de control:

<sup>1</sup> Foucault, Michel. *La vida de los hombres infames*, trad. Julia Varela y Fernando Alvarez Uría, Madrid, Ediciones de la Piqueta. 1990, p.27.

<sup>2</sup> Baratta, usa el término “ideológico” en el sentido de legitimar instituciones sociales atribuyéndoles funciones ideales diversas de las que realmente ejercen. Alessandro Baratta. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, México, Siglo XXI editores, 1986, p.35.

legislación, policía, magistratura, instituciones penitenciarias)<sup>3</sup> y *el principio de culpabilidad* (el delito es expresión de una actitud interior reprochable, porque es contrario a los valores y a las normas presentes en la sociedad aun antes de ser sancionadas por el legislador).<sup>4</sup>

b) El mismo Nódier, trata de profundizar en esa línea de pensamiento, cuando afirma: “es cierto que él (el nuevo Código Penal) implica muchas corrientes de pensamiento en coexistencia y por esto la lectura del articulado es apenas el inicio de la tarea de sistematización que estamos obligados a llevar a cabo para una aplicación coherente de los principios que lo informan en orden a que cumplan sus finalidades” (p.10).

c) A riesgo de ser impertinente (leer un libro con la esperanza de encontrar “algo” y no simplemente –como la honestidad intelectual lo exige– dejarse llevar por la aventura intelectual que el autor nos plantea), hago la siguiente observación: conociendo el alma de maestro del autor, frente a sus alumnos pasados, actuales y futuros, no puede seguirse aceptando que el código, si lo estudiamos adecuadamente, podrá cumplir sus finalidades. Probablemente, aquí hay un problema que sobrepasa el simple estudio del código. Es posible que el camino sea tan opuesto como el que le atribuyen al maestro Fernando Meza, algunos de sus alumnos: “que nos enseñó a mirar el derecho penal, primero, con el código cerrado”.<sup>5</sup>

Pero esas son impertinencias que no desdicen de un trabajo que es apenas una parte de lo que con toda razón ya se insinúa como una Obra, cuyos efectos apreciamos hace años. Sin duda, el grupo que se formó alrededor de Nuevo Foro Penal, tendrá que ser tenido en cuenta al momento de hacer el inventario del derecho penal co-

<sup>3</sup> Baratta, ob. cit. p.36.

<sup>4</sup> Baratta, ob. cit. p.37.

<sup>5</sup> William Fredy Pérez Toro, Alba Lucía Vanegas Yepes y Carlos Mario Alvarez Martínez. *Estado de Derecho y Sistema Penal. La emergencia permanente de la reacción penal en Colombia*. Biblioteca Jurídica Diké, Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, Medellín, 1997.

lombiano de la década de los noventa en adelante. Igualmente habría que tener en cuenta que un libro como el de Fernando Velásquez Velásquez, es también impensable sin la inicial tutoría del maestro.

Pero tal vez la prueba más fehaciente de que el trabajo comentado tiene raíces más profundas, es que en una reciente tesis de Maestría, una de sus alumnas,<sup>6</sup> ya pueda formular como hipótesis lo siguiente:

1. El derecho penal –como todo derecho– transporta un interés político. El análisis político de las reformas, más que los ejercicios dogmáticos, permite desentrañar el sentido de las transformaciones de los textos jurídicos.
2. El derecho penal expresa lógicas políticas más que transformaciones teóricas de una disciplina. El Código Penal de 1936 da cuenta de un pretexto y de una intención: la puesta a tono con los avances teóricos del derecho penal y la necesidad de hacer la legislación penal coherente con un modelo económico y político.
3. Una escuela penal asumida como una directriz de legislación tiene la utilidad de un recurso metodológico para entender instituciones jurídicas, pero la comprensión del funcionamiento y sentido de un sistema penal no puede prescindir de una visión política.
4. En la reforma integral de un código penal se presenta un cambio de estrategias de dominación y en la ineficacia de la nueva legislación de 1936 se evidencia el recurrente carácter simbólico de ese orden normativo.

<sup>6</sup> Adarve Calle, Lina. *El Código Penal Colombiano de 1936: Una Herramienta Política para una Coyuntura Histórica*. Tesis de Grado en la Maestría en Ciencias Políticas. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 1999. Sin publicar.

En este caso, el trabajo de Maestro y de la discípula nos muestran que entre la dogmática y el estudio extrajurídico de las normas hay un complemento imprescindible. Y el hecho de que las obras aparezcan casi simultáneamente, son las pruebas de que el trabajo de Nódier constituye, además, toda una Escuela.

Julio González Z.  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad de Antioquia

*Lecciones de derecho penal, Vol. II*

Juan Bustos Ramírez - Hernán Hormazábal Malaree  
Madrid, Ed. Trotta, 1999.

El presente libro constituye la continuación del primer volumen de esta obra, aparecido también en la editorial Trotta en 1997, con el que se completa lo que tradicionalmente se denomina la Parte General del Derecho Penal. La estructuración de los volúmenes se debe a las exigencias del nuevo plan de estudios de la carrera de derecho en la mayoría de universidades de España, que divide el estudio de la asignatura en semestres. De esta manera, el primer volumen, destinado al primer semestre de estudio de la disciplina del Derecho Penal aborda los fundamentos del sistema penal y la teoría de la determinación de la pena, junto a un esquema de la posición personal de los autores sobre la Teoría del Delito. Esta, según se expone ya en este primer volumen de la obra, es sometida a una revisión crítica por parte de los autores que les lleva a distinguir tres ámbitos claramente diferenciados: el de la teoría del delito o del injusto, la teoría del sujeto responsable y la teoría de la determinación de la pena. Ello se debe a que cada una de estas teorías tiene fundamentos político-criminales propios, que condicionan sus diferentes estructuras. El segundo volumen de la obra va destinado, consecuentemente, al estudio detallado de la teoría del injusto y la teoría del sujeto responsable.

Este objeto de estudio, que tradicionalmente recibe el nombre de dogmática penal, es considerado por los autores como una disciplina instrumental al servicio de la política criminal, que permite sistemati-

zar las reglas jurídicas bajo categorías, en función de su aplicación práctica, para facilitar el análisis jurídico de supuestos de hecho y poder así determinar si tienen relevancia penal.

Partiendo, pues, de los presupuestos político-criminales que los autores estiman más acordes con el reconocimiento constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, se propone una teoría del delito o del injusto en cuya base está el bien jurídico, y no, como así ha sucedido tradicionalmente, el concepto de acción (que según los autores es un elemento valorativo más dentro de la tipicidad). Pero un concepto de bien jurídico *dinámico* (pues se entiende como realidad social concreta que surge como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática) y por ello *crítico*, y no únicamente legitimador de la intervención penal, porque está en permanente discusión y revisión. Ello conduce finalmente a los autores a dar fundamento a la tipicidad en el desvalor de acto y a la antijuridicidad en el desvalor de resultado. Ambos desvalores, pues, constituyen el fundamento del injusto.

De este modo, la tipicidad se considera como el primer elemento del delito. El tipo penal engloba un proceso desvalorativo de vinculación interactiva entre sujetos, que puede revestir la forma de una acción o una omisión. No existe una sola estructura delictiva, sino cuatro diferentes. Hay una para los tipos de acción y otra para los tipos de omisión. Dentro de éstos, hay que distinguir entre los tipos dolosos y culposos.

Partiendo de fundamentos de la teoría de las normas, se considera que el tipo penal es expresión de un desvalor de la acción, puesto que las normas no pueden prohibir o mandar resultados. El bien jurídico es el referente para comprobar tal desvalor de acción, que para ser penalmente relevante, debe significar un riesgo o peligro para el mismo. De este manera, el tipo penal se considera como la expresión de un ámbito situacional de vinculación entre sujetos que tiene un significado social desvalorativo ya que posee capacidad de generar un riesgo para el bien jurídico protegido.

La afirmación del desvalor social de acto con sede en la tipicidad no significa desconocer el desvalor de resultado, esto es, los efectos socialmente constatables que produce la realización típica al afectar a un bien jurídico. Por eso, junto a la tipicidad, sede de valoración del desvalor social de acto, hay que considerar también a la antijuridicidad, cuyo contenido material viene también dado por el bien jurídico. En el ámbito de la antijuridicidad cabe considerar el desvalor de resultado, como afección del bien jurídico producida por la realización típica. Para que pueda concretarse la antijuridicidad de un hecho típico es necesario, pues, que desvalorativamente a ese acto se le pueda imputar una afección real al bien jurídico. Afección que puede consistir en su lesión o bien en su puesta en peligro.

De esta forma, la antijuridicidad no es sólo la constatación de la ausencia de una norma permisiva que bajo ciertas condiciones permite la realización de una conducta típica (causa de justificación), sino que, más globalmente, se considera como la contravención del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico en virtud de una afectación efectiva del bien jurídico.

Existen, pues, a juicio de los autores, dos momentos valorativos básicos en sede del injusto. El que tiene lugar en la tipicidad, que es un *juicio valorativo de atribución*, que trata de constatar si la realización concreta dada se puede incluir en el ámbito situacional abstracto y genérico contemplado en el tipo penal. Y el que se examina en la antijuridicidad, que es un juicio valorativo de *imputación objetiva*, con el que trata de establecerse si la afección al bien jurídico que pudo haber tenido es la plasmación de dicha realización típica.

Sin duda es éste uno de los aspectos más originales de la construcción de los profesores Bustos y Hormazábal, ya que la doctrina tradicional aún dentro del examen de la tipicidad de la conducta los momentos valorativos del desvalor de la acción y del desvalor de resultado. Ello se plasma en la conocida doctrina de la imputación objetiva que, teniendo su sede en la tipicidad (y no como los autores proponen: en la antijuridicidad), analiza si la persona con su acción

(primero) creó un riesgo penalmente relevante (desvalor de acción) que (segundo) se plasmó en el resultado causado (desvalor de resultado). A diferencia de este enfoque, pues, en la obra los autores clasifican las causas que la doctrina mayoritaria considera como elementos integrantes del juicio de imputación objetiva, en sede de tipicidad o antijuridicidad en función de si ellas afectan al desvalor de acción o resultado.

Junto a ello, y también en sede de tipicidad, debe remarcarse la igualmente original concepción de los autores sobre la naturaleza y estructura del dolo eventual, que les lleva a estudiarlo como un problema propio de la punición de la imprudencia (“el llamado dolo eventual –afirman en la p. 187– es un caso especial del delito imprudente con representación en el que el predominio de los elementos subjetivos es manifiesto”, y que por razones político-criminales se equipara en pena a delito doloso), en la línea ya desarrollada por Bustos en su artículo “*Dolo eventual y política criminal*”. Ello tiene consecuencias prácticas importantes como sería la imposibilidad del castigo de la tentativa por dolo eventual (p. 269), contrariamente a lo que defiende la doctrina penal mayoritaria.

Especial consideración merece también el detallado análisis que los autores, a raíz de la introducción de una cláusula expresa sobre este tema en el código penal español de 1995 (art. 11), realizan sobre la categoría de la omisión impropia.

A la teoría del delito o del injusto los autores añaden la teoría del sujeto responsable, como continente de aquellos aspectos que tradicionalmente se han comprendido dentro de la categoría de la culpabilidad. Los autores realizan esta original diferenciación porque consideran que la culpabilidad no puede ser entendida simplemente como un predicado reductor de la acción a igual nivel que la tipicidad y la antijuridicidad, porque en último término ello significaría que se está cosificando a la persona, no respetando con ello su dignidad y autonomía frente al Estado. Por eso, plantean en lugar de la culpabilidad una teoría independiente del sujeto responsable en la que no es la

persona en los supuestos de inculpabilidad la que debe demostrar su incapacidad de dar respuesta conforme a la norma frente al conflicto, sino el Estado el que debe demostrar en cada caso a esa persona en particular que está en condiciones de exigirle responsabilidad. En consecuencia, culpabilidad es igual a exigibilidad, lo que les permite orillar la tradicional discusión entre libre albedrío y determinismo.

Al igual que sucede en sede de la teoría del injusto por merced del concepto y funciones del bien jurídico, esta caracterización de la culpabilidad como exigibilidad dota a la dogmática penal en sede de la teoría del sujeto responsable, de una relevante flexibilidad. Ello le permitiría afrontar nuevos retos teóricos como sería, por ejemplo, el examen de una eximente o atenuante debida a la privación social de medios que padezca una persona. El lector podrá apreciar el potencial de esta concepción de la culpabilidad especialmente en el análisis de la eximente contenida en el art. 20.6 del código penal español: la eximente de miedo insuperable, que es interpretada como un vehículo para dar cabida, en el derecho penal, a la legítima preferencia por los propios intereses (pág. 379 y ss.).

En resumen, el lector se enfrenta ante un re-elaboración de la dogmática penal a partir de presupuestos metodológicos propios, cuyos ejes fundamentales son el reconocimiento de la autonomía y dignidad de la persona y la limitación del *ius puniendi* estatal. De esta manera, la dogmática penal pasa de configurarse como un fin en sí mismo, a un instrumento que debe contribuir a la consecución de tales finalidades.

*Daniel Varona*  
Profesor titular de derecho penal  
U. de Girona

*Derecho penal y control social, 2º ed.*

Francisco Muñoz Conde  
Bogotá, Temis, 1999

En la colección monografías jurídicas No.98 de la Editorial Temis, es presentada la segunda edición de *Derecho penal y control social*, realizada por el profesor Francisco Muñoz Conde, reconocido doctrinante español, que desarrolla aquí temas de gran interés actual en el campo jurídico penal, de manera clara y amena, valiéndose para ello de la ejemplificación, el abundante sustento doctrinario y la confrontación con el derecho positivo español.

La obra presenta cuatro temas fundamentales sutilmente relacionados, que se desarrollan en capítulos independientes. En el capítulo I, titulado la norma jurídica penal se desarrolla una crítica a la teoría sistémica del derecho penal, para lo cual Muñoz Conde, de manera inicial da por sentada la naturaleza conflictiva de la coexistencia humana, lo que en aras de posibilitar la convivencia justifica, en tanto medio necesario, el orden jurídico; aclarando que la realización del delito determinado en la norma jurídica penal, no debe ser entendida como simple expresión simbólica de falta de fidelidad al sistema social, ya que ello desplaza el centro de gravedad, del individuo hacia el sistema, con lo que de paso se sustituye el concepto de bien jurídico por el de "funcionalidad del sistema social" y lo más importante, se pierde el punto de apoyo para la crítica del derecho penal positivo.

En el capítulo II, que tiene por título el mismo de la obra, respecto a la función motivadora de la norma jurídica penal, el autor esta-

blece que la no motivación del individuo con la amenaza de pena por parte de la norma penal no obedece a una contraposición entre éste y la sociedad, sino entre los diversos sistemas sociales que inciden en el individuo, por lo que más adelante concluye que "un derecho penal sin esa base social previa (y clara) sería tan ineficaz como insoportable" (p.29); poniendo de presente que esta forma de motivación integradora del consenso, beneficia la producción de un sistema de valores, marginando y reprimiendo a quienes puedan atacarlo.

El monismo en contraposición con el dualismo de las penas y medidas de seguridad es el tema del que se ocupa Muñoz Conde en el tercer capítulo, respecto de lo cual, a manera de crítica del sistema dualista, afirma que las penas y medidas de seguridad tienen la misma finalidad y contenido y cumplen el mismo papel práctico, aunque teóricamente sean diferenciables; a lo que agrega que la existencia de sanciones limitadas por principios diferentes a los de la pena, se constituye en un peligro para las garantías y libertades del individuo frente al poder sancionatorio del Estado, pues "con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran fraude de etiquetas" (p.51). A su vez establece los principios que a su juicio deben iluminar un derecho de medidas, como son:

- Se puede aplicar la medida cuando el autor del injusto es inculpable, pero peligroso, rigiéndose siempre por los principios de intervención mínima y proporcionalidad.
- La medida, excepcionalmente, puede ser impuesta junto con la pena, cuando además de la culpabilidad el autor del delito es relativamente peligroso y la pena por sí misma no pueda cumplir la función preventiva, caso en que propone que se abone el tiempo de duración de la medida (que se ejecuta preferentemente) al de la pena, y si una vez cumplido el tiempo de ejecución de la primera se estima que con la ejecución de la segunda se pueden poner en peligro los efectos conseguidos entonces no debe aplicarse el resto de la pena.

- Se aplicará una medida no privativa de la libertad cuando desde el punto de vista preventivo especial ello sea aconsejable.

Francisco Muñoz Conde establece así que es posible mantener un derecho penal de culpabilidad al lado de una mayor eficacia preventiva general y especial.

“La prisión como problema” es el título del capítulo cuarto y es allí donde el autor español plantea la contraposición existente entre resocialización y desocialización al interior de los centros penitenciarios, no sin antes recordarnos el carácter de “espejismo engañoso al que nunca se podrá llegar” (p.89), que tiene la resocialización por la indeterminación del término, al que cada uno atribuye “un contenido y finalidad distintas de acuerdo con su personal ideología” (p.91) y por la indeterminación de la idea misma, ya que no tiene sentido hablar de resocialización del individuo en una sociedad que produce ella misma su delincuencia y que carece de un orden social y jurídico justos, haciéndose más adecuado así hablar de una resocialización de la sociedad. Citando a Müller-Dietz nos recuerda que “Es desde luego, muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad” (p.97) por razones como:

- Las condiciones de vida existentes en una prisión; donde una subcultura de la realidad carcelaria conocida como prisionalización impone hábitos de comer, vestir, dormir, etc. que tienen efectos negativos para la resocialización, difícilmente evitables con el tratamiento.
- Los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición de un tratamiento, ya que si éste es un derecho, también hay “derecho a no ser tratado”, entendido como parte integrante del derecho a ser diferente.
- La falta de los medios e instalaciones adecuadas y del personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz.

Muñoz Conde es enfático al afirmar que el delincuente que ingresa a una cárcel tiene derecho, por lo menos, a que cuando salga un día liberado no lo haga peor de lo que ingresó o en peores condiciones para llevar una vida digna en libertad.

El quinto y último capítulo a la vez que presenta las conclusiones del trabajo, ofrece una breve anotación acerca de la contraposición existente entre prevención especial y prevención general; advirtiendo que lo único que se puede hacer, si es que ha de prevalecer la prevención general, es intentar que su finalidad no se “pervierta” y sea lo más justa, racional y controlable posible.

Es pues la obra del profesor Muñoz Conde un libro de pequeño formato y agradable lectura, que se constituye en un valioso aporte doctrinario para mantener viva la llama que nos iluminará en la inacabable tarea de descubrir las evasiones al control y la crítica que va desarrollando el sistema penal.

*Juan David Posada Segura*  
Abogado Universidad de Antioquia

*Derecho Penal. Parte General*

Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia,  
Alejandro - Slokar, Alejandro  
Buenos Aires, Ediar, 2000\*

No seré yo quien, a estas alturas, intente presentar la figura, la obra y el pensamiento penal de Eugenio Raúl Zaffaroni a los penalistas de habla castellana. Me corresponde, por el contrario, la más modesta tarea de dar noticia aquí acerca de los contenidos y –especialmente– las novedades que la, hasta ahora, última obra magna de aquél, su *Derecho Penal. Parte General* (concluido con la colaboración de Alejandro Alagia y de Alejandro Slokar), pretenden aportar a la discusión jurídico-penal contemporánea. Y, desde luego, no son pocos los contenidos y las novedades que se recogen en las algo más de mil páginas de las que consta el volumen.

En este sentido, tal vez convenga comenzar destacando dos afirmaciones que el autor realiza en el prefacio de la obra y que resultan capitales para enmarcarla. La primera es que la misma pretende sustituir al *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (y a las más tempranas *Teoría del delito* –1973– y *Manual de Derecho Penal. Parte General* –1977, aunque con ediciones posteriores–) que entre 1980 y 1983 apareció, en cinco volúmenes, exponiendo globalmente su

pensamiento por aquel entonces. La segunda es que dicha sustitución tiene que ver (además de con los lógicos efectos que el transcurso del tiempo ocasionan en el pensamiento de cualquier pensador que aún ejerza de tal) con el conjunto de reflexiones que aparecieron compiladas y expuestas en su ensayo –así lo denominó– *En busca de las penas perdidas* (1989), acerca de la legitimidad (o ilegitimidad), de la eficacia y de la funcionalidad del sistema penal en las realidades sociales contemporáneas, especialmente en los países política y económicamente “periféricos”, y muy especialmente en América Latina.

Ha de hacerse hincapié en estos datos porque son los que determinan el sentido que posee, a estas alturas, la publicación de la obra. En efecto, si ella existe, es porque Eugenio Zaffaroni deseaba someter sus anteriores posiciones teóricas a una honda revisión, a la luz de sus nuevas ideas acerca de la forma en la que se inserta el sistema penal –el “poder punitivo”, dirá él– en nuestra realidad social. No ha sido, pues, un cambio en las posiciones acerca de la teoría del delito, sobre los fundamentos filosóficos de la dogmática penal o en relación con la estructura de las normas jurídico-penales lo que ha motivado el paso. No, la preocupación nueva que alienta en este *Derecho Penal. Parte General*, en comparación con su anterior *Tratado*, es eminentemente política (político-criminal). Más aún, es la preocupación de quien, partiendo de convicciones humanistas (de respeto a los derechos humanos), conociendo la problemática realidad socio-política que anida en nuestras sociedades –especialmente en las más empobrecidas– y habiéndose paseado por los parajes de la criminología crítica y de las exploraciones de Michel Foucault acerca de la práctica del poder punitivo, se pregunta para qué sirve, más allá de la estética constructiva y del recubrimiento ideológico de la realidad, la labor dogmática. Y no se conforma con responder, al modo usual, que sirve para evitar males peores, los de la más completa irracionalidad en la aplicación de dicho poder punitivo, pues recuerda que en demasiadas ocasiones esas interpretaciones dogmáticas se han plegado a los intereses del poder.

\* Recensión publicada originalmente en el número 10 (2002) de la Revista de Derecho Penal y Criminología (Madrid, España).

Hercúlea tarea, por tanto, la que se propone el autor: redescubrir el sentido de la dogmática jurídico-penal, enfrentada a la realidad de la política criminal que impera en nuestros Estados y a un sistema penal tendencialmente irracional y confiscador de los derechos y de la dignidad de quienes –delinquentes, pero también víctimas– se ven sometidos a sus actuaciones. Y es, precisamente, desde el punto de vista de este objetivo autoimpuesto desde el que hay que enjuiciar los resultados obtenidos. Quiere ello decir que no es tanto en los detalles (y en una obra tan amplia son innumerables tales detalles) donde hay que buscar el éxito o el fracaso de la pretensión del autor: como no podía ser de otro modo, en los mismos –señaladamente, en la teoría del delito– predomina la continuidad respecto del *Tratado* de la década de los ochenta. Antes al contrario, a mi entender, importa más decidir si la finalidad principal perseguida ha podido ser llevada a cabo; y si lo ha sido de un modo que resulte metodológicamente aceptable y no contradictorio y, al tiempo, satisfactorio en términos éticos y políticos.

A este respecto, he de reconocer que, al leer aquellas páginas de la obra que más vívidamente describen lo que se presenta como un perverso –por irracional y por discriminatorio– funcionamiento del sistema penal, muchas afirmaciones de E. Zaffaroni me parecieron difíciles de aceptar como generalizaciones válidas sobre lo que está pasando en todos los sistemas penales. De cualquier forma, y pese a ello, me parece evidente que, incluso si la diferente situación en cada momento y en cada lugar puede hacer variar algo el diagnóstico, hay una cuestión –la esencial, en mi opinión– a la que él apunta y que debe ser afrontada, pese a la incomodidad que suscita: se trata, claro está, de la vieja pregunta acerca de si las penas sirven en realidad para algo; y, de paso, la de qué criterios, qué dogmática, hemos de construir para que sirvan (o, diría Zaffaroni, para que no sean demasiado perniciosas). Se convendrá conmigo en que, hasta si pensamos que la situación no es tan desesperada, la reflexión habría valido la pena, dado que obviamente la dificultad para otorgar legiti-

dad a las penas, lo problemático de resolver conflictos sociales e interpersonales mediante soluciones jurídico-penales y la dudosa justicia de muchos criterios de atribución de responsabilidad son temas que deben estar a la orden del día, más aún en un tiempo en el que tanto la derecha como la izquierda del espectro político parecen haberse puesto de acuerdo acerca de la bondad irrestricta que tiene siempre y en todos los casos recurrir a la intervención jurídico-penal.

Así pues, en lo que sigue centraré mi atención primordialmente en aquellas partes de la obra objeto de la recensión que resultan, a un tiempo, más novedosas y más centrales en la construcción teórica del autor: las relativas a la misión del sistema penal, a la metodología y el papel de la dogmática, a los fines de las penas y a los criterios de responsabilidad.

## II

1. *La situación del sistema penal.* Comienza su construcción Zaffaroni constatando que:

1º) No es posible identificar al conjunto del poder punitivo con el contenido del Derecho Penal positivo: de hecho, éste sólo reflejaría un primer proceso de selección de las conductas punibles (proceso de criminalización primaria).

2º) No es posible asumir que entre el proceso de criminalización primaria y el de criminalización secundaria (selección de conductas y de sujetos concretos como criminales) exista una correspondencia. Antes al contrario, la criminalización secundaria tiene lugar de un modo altamente selectivo. Esto es: ni todas las conductas primariamente criminalizadas son perseguidas ni, cuando lo son, la persecución se lleva a cabo por igual.

3º) De hecho, la selección que tiene lugar en el proceso de criminalización secundaria depende fundamentalmente de la condición personal del sujeto de que se trate, puesto que las personas, en atención a la posición social (en el amplio sentido del término: na-

cionalidad, etnia, género, orientación sexual, clase,...) que ocupan, resultan vulnerables en mayor o menor medida a dicha criminalización secundaria. Dicha vulnerabilidad consiste, precisamente, en la probabilidad –mayor o menor– de que el poder punitivo (que opera sobre la base de estereotipos de criminal y de desviado social) seleccione a ese sujeto para perseguir su conducta como delictiva; o, como el mismo Zaffaroni dice gráficamente, en una “tipicidad social negativa”.

4º) En este proceso de criminalización secundaria, no sólo interesa lo que hacen los órganos formalmente encargados de aplicar la ley (los órganos jurisdiccionales), sino también lo que hacen otras agencias con poder punitivo: la policía, el sistema penitenciario, otros subsistemas (como el psiquiátrico, el de la atención de menores, etc.) cuando intervienen con funciones de represión de la desviación social. Pues, en efecto, las actuaciones de todas estas agencias determinan en buena medida –a veces, más que la de los órganos jurisdiccionales propiamente dichos– el carácter altamente selectivo del proceso.

En suma, Zaffaroni describe una situación en la que el poder punitivo (mejor: las agencias a las que, estatal y/o socialmente, les es atribuido su ejercicio) actúa, tendencialmente al menos, preferentemente en atención a estereotipos acerca de los sujetos, antes que en atención a la gravedad objetiva de lo que se haya hecho. Es decir, el poder punitivo aparece así antes como un mecanismo disciplinario –en el sentido que le otorga Foucault– que como una técnica objetiva de resolución de conflictos (administración de justicia): como “Estado de policía”. Y, por lo tanto, como mero poder, potencialmente irracional y carente de justificación racional en su praxis.

2. *La lucha por la racionalización del poder punitivo:* Hasta aquí la descripción que realiza de la situación. La originalidad de la propuesta de Zaffaroni para hacerle frente estriba en que, contra lo que podría esperarse, no reclama a continuación la abolición del poder punitivo. Por el contrario, entiende que la opción abolicionista en-

tronca con el pensamiento posmoderno, en la medida en que renuncia *ab initio* a la realización plena del proyecto moderno, ilustrado, que en el campo penal se traduciría en la idea de “Estado de Derecho”; vale decir, de un poder punitivo racional. En sentido similar, piensa también que la mera reutilización con finalidades políticamente distintas –“progresistas”, en vez de “conservadoras”– de los instrumentos que obran en el arsenal del poder punitivo (que sería la propuesta de los partidarios del “uso alternativo del Derecho” y de los *critical legal studies*) supondría ignorar la naturaleza esencialmente irracional de dicho poder punitivo, así como un triunfo del irracionalismo jurídico (lo denomina “la actitud de la escuela de Kiel invertida”), también contrario a las pretensiones de la modernidad. Y, por ello, él opta más bien por una estrategia de “crítica de la modernidad” tal y como la misma se ha venido realizando en el ámbito penal; y por continuar, en definitiva, el proyecto ilustrado, de la racionalización del ejercicio del poder punitivo.

Precisamente, es ésta la tarea que le asigna a la dogmática jurídico-penal: la de contener al poder punitivo, dotarle de una mínima racionalidad. O, por mejor decir, la de reducir en lo posible su irracionalidad constitutiva. Pues, en efecto, si algo caracteriza la opinión de Zaffaroni al respecto es, me parece, su hondo pesimismo (pesimismo de la razón, pero optimismo de la voluntad): el poder, en tanto que poder (también el punitivo), es irreductiblemente irracional y arbitrario; no cabe, pues, más que un esfuerzo ímprobo para limitar y reducir en lo posible sus efectos más perversos, reconociendo al tiempo que dicha tarea, en todo su alcance, está necesariamente abocada al fracaso, ya que el poder punitivo racional es un ideal imposible de ser realizado plenamente (una *contradictio in adiecto*, diríamos). En definitiva, si hubiera que buscar una etiqueta para la construcción teórica que el autor nos propone, ésta sería la de *una vuelta, en el ámbito penal, a los valores y al talante –moralista, racionalizador y limitador– de la Ilustración, pero siendo conscientes de cuántos errores e infamias fueron cometidas ya en su nombre; esto es, una vuelta, en el plano moral, a los valores de la Ilustración que se vea combina-*

da con un sano realismo político (criminológico), atento a la inserción del discurso ilustrado en las estructuras reales del poder punitivo en nuestras sociedades desiguales, a la hora de aplicar dichos valores. No es casualidad que sean los pensadores ilustrados y liberales de los siglos XVIII y XIX, así como sus seguidores en la dogmática penal del XIX, quienes más reiteradamente resultan citados en apoyo de sus tesis constructivas. Y, así, mientras que la primera vertiente –la ilustración– impera en la articulación de los principios limitadores en el ejercicio del poder punitivo, la segunda –el realismo– lo hace en la configuración de las sanciones a imponer por el mismo.

3. *Tareas y método de la Dogmática jurídico-penal:* A tenor de lo anterior se presenta luego una propuesta acerca del estatus y del método de la dogmática jurídico-penal. Los contenidos de la misma son fundamentalmente tres. El primero es la sistematicidad: fiel a su propósito racionalizador, Zaffaroni propugna que la sistemática jurídica, adecuadamente construida y empleada, sirve o puede servir para reducir la irracionalidad del poder punitivo y limitar su ejercicio. La segunda característica es el recurso al método teleológico: la dogmática penal no es ciencia pura, sino un instrumento social con una finalidad (social) específica, a saber, entrar en colisión –y, de este modo, controlar en la medida de lo posible– con el poder punitivo. Y, por ello, ha de elaborarse teniendo siempre a la vista los valores y objetivos que se persiguen: en la propuesta crítica del autor, el respeto a los derechos humanos y la limitación del poder. La tercera característica de la dogmática crítica sería su vinculación ontológica: una dogmática racionalizadora y limitadora debe mantenerse siempre estrictamente vinculada a la realidad; debe negarse, por ende, a aceptar la introducción en sus razonamientos de datos falsos (porque no se correspondan con la realidad o porque constituyan reconstrucciones ideológicas de la misma).

4. *¿Para qué sirven las penas?* Mas el carácter crítico de la propuesta se refleja, más que en la metodología, en la teleología sub-

yacente. Pues, en efecto, Zaffaroni preserva una de las ideas clave de las sistemáticas teleológicas, cual es la vinculación de los criterios constructivos e interpretativos de la dogmática jurídico-penal con sus consecuencias jurídicas; y, más específicamente, con los fines de las penas. Sólo que, aquí, tiene lugar una inversión significativa respecto de lo que es habitual, por cuanto nuestro autor pretende partir, a estos efectos constructivos e interpretativos, de una “teoría negativa” acerca de los fines de las penas. Teoría que se podría sintetizar en las siguientes tesis:

1ª) La descripción usual en el discurso dogmático –conforme a la que el mismo es elaborado en las construcciones de índole teleológica– de las funciones manifiestas que poseen las penas (retribución, prevención general positiva, prevención general negativa, prevención especial) es incorrecta, dado que tales funciones no se verifican nunca o casi nunca en la realidad. O, en el mejor de los casos, dicha descripción carece de la capacidad suficiente para explicar todo el contenido y efectos de aquellas.

2ª) Por lo demás, tampoco es posible concebir las penas por referencia a sus funciones latentes, dado que las mismas son muy diversas y, al menos en parte, incognoscibles.

3ª) Por todo ello, sólo es posible definir el concepto de pena a partir de la realidad (criminológica): son penas aquellas acciones –estatales– que afrontan de una determinada forma el conflicto social. Concretamente, y por exclusión, aquellas que constituyen una coerción estatal que, imponiendo privaciones de derechos, no reparan, restituyen ni detienen lesiones en curso o peligros inminentes.

4ª) Más allá de la minimalista definición acabada de exponer, nada es posible añadir. Lo que, en definitiva, significa que la racionalidad teleológica o instrumental de la imposición de penas ha de quedar cuando menos en suspenso, si no claramente cuestionada: no es posible estipular qué funciones cumplen las mismas en cada caso, porque varían y/o porque no resultan cognoscibles en toda su extensión.

De este modo, entiende Zaffaroni, se priva a la dogmática jurídica de uno de los bastiones principales de su legitimidad (la legitimidad de las consecuencias jurídicas que el poder punitivo impone), se la obliga a reconocer la irracionalidad esencial de dicho poder. Y, consiguientemente, a permanecer atenta a su obligación de limitar dicho poder: la labor de la dogmática sería, ante todo, proveer de seguridad jurídica; pero no tanto la seguridad de los bienes jurídicos de las víctimas de los delitos, cuanto la seguridad de todos los ciudadanos (y especialmente de los más vulnerables) frente al riesgo de su criminalización secundaria a manos de las agencias que ejercen el poder punitivo.

Sobre esta base, la construcción dogmática, tanto en el ámbito de la teoría del delito como en el de sus consecuencias jurídicas, habrá de regirse por un ideal máximo: deberá ser considerada idónea –o más adecuada– aquella construcción, de entre las racionalmente posibles, que reduzca más el poder punitivo. Si se quiere, una versión radical del principio interpretativo *In dubio pro libertate*. Y esta idea habrá de regir todas las interpretaciones y elaboraciones que se realicen. De hecho, en ello se empeña el propio Zaffaroni, en temas tan diversos como el concepto de acción, el comienzo de la tentativa de delito, la legítima defensa o el propio concepto de tipicidad. Pero, sobre todo, a la hora de presentar su concepto de culpabilidad, así como de interpretar las consecuencias jurídicas del delito.

5. *Culpabilidad por la vulnerabilidad*: Pues, en efecto, en lo que se refiere a las condiciones para la imputación de consecuencias jurídicas del delito, la innovación de la propuesta de Zaffaroni se centra en el nivel de la culpabilidad. Y es que resulta patente que, mientras que es perfectamente imaginable un concepto de antijuridicidad o de injusto que prescindiera de la pena (de hecho, todas las concepciones no teleológicas del delito tienden a hacerlo), en sede de culpabilidad dicha tarea se ha revelado poco menos que imposible. Y, como es lógico, una concepción tan peculiar acerca de los fines y de la legitimidad de las penas como la que Zaffaroni sostiene (y, en gene-

ral, su visión del funcionamiento del sistema penal) tenía que tener consecuencias en el plano de la culpabilidad. En este sentido, lo primero que ha de destacarse es que su punto de partida sistemático es el más tradicional: culpabilidad es el juicio de vinculación personal entre injusto y autor que limita y gradúa la respuesta punitiva. Por consiguiente, no cabe hacer un reproche jurídico-penal al sujeto que delinque sin afirmar previamente dicha vinculación y el reproche consiguiente (principio de culpabilidad). La novedad, por contra, atañe más bien al fundamento material sobre el que reproche ha de apoyarse. En opinión de Zaffaroni, no es posible conformarse con ninguna de las fundamentaciones que tradicionalmente se han venido sosteniendo. En unos casos (concepciones psicológicas), porque no se trata de auténticas concepciones de la culpabilidad, al rehuir la cuestión del reproche moral, siempre inevitable. En otros (concepción del positivismo criminológico –sustitución de la culpabilidad por la peligrosidad criminal– y concepciones funcionalistas), por supeditar el juicio de reproche a intereses colectivos o estatales; en suma, a los intereses del propio poder punitivo, al que, sin embargo, el principio de culpabilidad debería precisamente limitar. Y en otros más (concepciones normativas), en fin, porque acaban cayendo en el Derecho Penal de autor (culpabilidad por la conducción de la propia vida, o similares) o, si no, en un enjuiciamiento moral idealista acerca de la decisión delictiva del autor, que aparece desconectado de las condiciones reales en las que la misma es adoptada.

Frente a estas concepciones, Zaffaroni propone descomponer el juicio de culpabilidad en dos partes. La primera correspondería aproximadamente a lo que viene siendo el juicio de reproche en las concepciones normativas de la culpabilidad más respetuosas con el principio de responsabilidad por el hecho: un juicio acerca de la capacidad de autodeterminación del sujeto en el momento de delinquir. Así, entrarían a formar parte de este primer juicio las cuestiones relativas a la capacidad –y la exigibilidad– de comprensión de la antijuridicidad (por incapacidad psíquica o por error) y las referidas

a la inexigibilidad de otra conducta por una situación que reduzca la capacidad de autodeterminación. Mas el juicio de culpabilidad no quedaría con ello aún completado. Pues, en efecto, con lo hasta aquí expuesto no se ha tomado todavía en consideración el hecho, ya señalado, de que los procesos de criminalización secundaria poseen un carácter altamente selectivo y discriminatorio; es decir, el que, de hecho, no todas las personas sean igualmente vulnerables a dicho proceso. No obstante, un juicio de culpabilidad respetuoso con el principio de culpabilidad (y adecuado, por tanto, para limitar racionalmente el poder punitivo) tiene que tener en cuenta este dato de la realidad criminológica. Por ello, la segunda parte del juicio de culpabilidad consiste en juzgar, para reprochárselo en su caso, el esfuerzo realizado por el delincuente para incrementar, en relación con el inicial (el anterior a comenzar su conducta típica), su grado de vulnerabilidad frente a la criminalización secundaria. Descontando, pues, aquel estado de vulnerabilidad a la criminalización que ya existía previamente, antes de empezar a delinquir; y atenuando consiguientemente las consecuencias punitivas. De este modo, aunque será lo más habitual que el delincuente, al delinquir, haya actuado de modo adecuado para aumentar su estado de vulnerabilidad a la criminalización frente a la que le correspondería inicialmente por estatus, puede haber supuestos en los que su esfuerzo haya sido mínimo, o no reprochable, lo que debería disminuir su culpabilidad (y la sanción).

6. *Una interpretación realista y limitadora de las consecuencias jurídicas del delito:* De resultas de todo lo anterior, en el análisis de Zaffaroni en sede de consecuencias jurídicas del delito se introducen igualmente algunas novedades dignas de ser reseñadas:

1ª) La teoría de las consecuencias jurídicas del delito es concebida primariamente como una teoría de la responsabilización del poder punitivo por las sanciones que impone. Se propugna, por lo tanto, un cambio de perspectiva: la materia de la dogmática penal no sería tanto la determinación de la responsabilidad del individuo fren-

te al Estado cuanto la del poder punitivo –de sus agencias– por los procesos de criminalización secundaria que lleva a cabo, así como por las prácticas de punición que ejercita.

2ª) Se opta por un concepto material de pena, que incluya todas las actuaciones estatales que son impuestas coactivamente al individuo, privándole de sus derechos y sin otra finalidad que privarle de ellos (sin finalidad de impedir peligros o lesiones inminentes de bienes jurídicos, ni de reparar daños pasados). De esta forma, se consideran, desde el punto de vista de su efecto (de privación de derechos), como penas acciones estatales que en términos formales no suelen ser consideradas tales: medidas de seguridad post-delictivas para inimputables cuando las mismas se imponen automáticamente a todo inimputable delincuente; prisión preventiva; penas ilícitas; beneficios penitenciarios y sustitutivos penales;...

3ª) Se propugna que, tanto en la determinación de qué penas son admisibles conforme a las normas constitucionales y a las disposiciones sobre derechos humanos, como en la determinación de la cuantía de las mismas (vigencia del principio de proporcionalidad), se tengan en cuenta no sólo los efectos que, a tenor de las definiciones legales, dichas penas habrían de tener, sino también el dato de cómo se produce la ejecución de dichas penas en la realidad social de que se trate. Ello resulta especialmente pertinente para el caso de las penas privativas de libertad, por cuanto, como Zaffaroni señala, las condiciones de régimen y tratamiento penitenciario modifican muy sustancialmente el contenido efectivo de la pena impuesta. Así, las condiciones de encarcelamiento, las “penas naturales” que el propio sujeto o su familia sufran adicionalmente, etc. deberían tenerse en cuenta en la determinación de la pena; y, en el límite, para considerar inaplicable una pena, si es que las condiciones para su cumplimiento efectivo la transforman en una pena diferente (ejemplo: pena de prisión que, en virtud de las condiciones de encarcelamiento, se convierte en una auténtica pena de muerte: SIDA, inseguridad en la prisión, etc.).

4ª) Concretamente, se propone sustituir la ideología resocializadora que –en el mejor de los casos– predomina actualmente en la ejecución de las penas privativas de libertad, y que encubre en realidad una praxis penitenciaria burocratizada, sin objetivos ni resultados efectivos, por una política penitenciaria basada en dos principios básicos: garantía de un trato humano y tratamiento penitenciario orientado a enfrentarse con la vulnerabilidad que el sujeto tiene frente a la criminalización. Este tratamiento penitenciario de la vulnerabilidad no iría orientado hacia el delito ya cometido, ni tampoco a alterar la escala de valores del delincuente condenado, sino más bien a enseñarle a reducir las posibilidades de caer en las garras del poder punitivo.

### III

Incluso con la apretada síntesis de contenidos que se acaba de formular se comprenderá que el *Derecho Penal. Parte General* de Eugenio Zaffaroni es una de esas obras innovadoras que merecen ser leídas con detenimiento, reflexionando sobre lo que se lee, que siempre es de enjundia. Obviamente, no es posible realizar aquí una valoración detallada y global de la construcción acabada de describir, pues ello exigiría un análisis más detenido de cada una de las cuestiones y, en suma, una toma de posición sobre todos los temas mayores de la dogmática penal, lo que seguramente no está a mi alcance. En todo caso, sí creo pertinente realizar algunas observaciones parciales. Y es que, precisamente sí, como es mi caso, se comparte la preocupación de fondo que late a lo largo de toda la obra, por la ilegitimidad del sistema penal, uno no puede por menos que preguntarse si realmente la construcción dogmática que se propone es la más idónea para sus propósitos.

1. *Sobre el actual estado de los sistemas penales:* Como se ha puesto de manifiesto, la construcción de Zaffaroni parte de la asun-

ción de ciertos hechos que da por buenos y frente a los que considera imperioso reaccionar. Sin embargo, me parece que habría que distinguir: así, parece indudable que el sistema penal lleva a cabo, efectivamente, una selección desigual de los delitos que persigue; como lo es también que en muchas, demasiadas ocasiones, las penas carecen de cualquier eficacia resocializadora, a despecho de la ideología oficial. No obstante, otras afirmaciones resultan más aventuradas. Por ejemplo, la que dice que no es posible constatar en ningún caso de modo coherente y uniforme los efectos de las penas. Pues, en efecto, aun cuando la ideología resocializadora resulte problemática, ello no significa que las penas no cumplan siempre, de hecho, otras funciones: la de inocuización, obviamente, pero también la de tranquilizar y reconfirmar la conciencia jurídica del ciudadano; y, en muchas ocasiones, también la de intimidarle. Diferente asunto es, por supuesto, que dichas funciones sean o no legítimas. Pero su presencia muy generalizada no debería ser negada.

En el mismo sentido, la tesis de que la selectividad de la criminalización secundaria llega hasta al punto de que “*el poder punitivo selecciona a personas y la conducta es sólo el pretexto con que opera*” me parece, como descripción generalizada, excesiva, salvo que demos al término “pretexto” un contenido tan amplio –como equivalente a causa– que lo desnaturalice.

Para acabar, las afirmaciones sobre el fracaso de la prisión, que no pueden ser negadas en toda su extensión por cualquier observador atento, merecerían matizaciones muy sustanciales, según el lugar y el momento del que estemos hablando. Así, por ejemplo, me parece que el término “genocidio”, que Zaffaroni emplea para referirse a las prácticas penitenciarias, ni siquiera a título de metáfora puede ser aceptado como descripción de lo que ocurre –hablando siempre en términos generales– en las prisiones de Europa Occidental o en las de los Estados Unidos de América, aunque desde luego sí que valga (aunque sólo como metáfora, repito) para exponer la gravísima situación de conculcación de los derechos humanos de los reclusos en

otras muchas, la mayoría, de las prisiones del mundo. Y lo mismo habría que decir en relación con la eficacia o ineficacia de la resocialización: aunque se ha demostrado con creces que los Estados no tienen voluntad de invertir lo bastante en tratamiento penitenciario, ello no significa de por sí que la resocialización resulte necesariamente imposible.

Entiéndaseme: la cuestión capital es que, si se elabora una construcción teórica a partir de ciertos hechos, la necesidad de relativizar o de matizar tales hechos obligaría igualmente a relativizar y a matizar dicha construcción. Así, si no fuera cierto que la prisión es siempre “genocida”, o conculcadora de los derechos humanos de los reclusos; si no fuera cierto que es siempre imposible determinar de manera exhaustiva las funciones de las penas; si, en fin, no fuera cierto que la resocialización fracasa siempre, entonces, tal vez no fuera tampoco necesario colocarse siempre en una posición tan crítica frente al poder punitivo. No, al menos, si, como es el caso de Zaffaroni, no se reclama al tiempo su abolición y su sustitución por instituciones alternativas para la resolución de los conflictos sociales, lo que, aun teniendo sin duda sus propias dificultades, podría defenderse autónomamente, sin necesidad de demostrar que el sistema penal fracasa siempre. Pues, en efecto, si los hechos no fueran tan terminantes en todos los casos, habría que colocarse en dicha posición tan crítica sólo cuando circunstancialmente resulte necesario. Con ejemplos: es probable, a tenor de la información de las organizaciones de derechos humanos sobre la situación de las prisiones de América Latina, que allí haya que defender la lucha contra la prisión o, al menos, una consideración realista de sus costes para el condenado; y, sin embargo, tal vez ello no es una cuestión de principio, sino que podría pensarse (repito: en ausencia de alternativas) que en otros contextos sociopolíticos, al ser la situación otra, el recurso a la pena privativa de libertad puede resultar más aconsejable.

2. *¿Es la Dogmática la que tiene que decidir sobre los límites del poder punitivo?*: En este aspecto, creo que lo más destacable es, preci-

samente, el llamamiento de Zaffaroni a retomar el esfuerzo por la racionalización del sistema penal. Nada nuevo, podría pensarse, puesto que cualquier dogmática se reconocería en estas palabras. Sin embargo, hay que reconocer que, como el mismo Zaffaroni apunta, más allá de las palabras que se empleen, no es cierto que todas las dogmáticas se orienten primordialmente por el ideal de racionalidad. Es cierto, desde luego, que no hay dogmática digna de tal nombre que no emplee el razonamiento lógico, retórico, ético y teleológico en sus construcciones: en este sentido, toda dogmática es, por definición, racional. Pero no es este concepto –concepto débil, meramente descriptivo– de racionalidad aquél que Zaffaroni tiene en mente. Antes al contrario, la apuesta de Zaffaroni (y de ahí su interés) es por un concepto fuerte y prescriptivo de racionalidad en la elaboración dogmática: de acuerdo con el mismo una dogmática es racional si, además de emplear los instrumentos propios de la razón (en su sentido débil antes indicado), propugna como criterio supremo de aceptabilidad de sus construcciones el de la conformidad con determinados postulados éticos. Es decir, *a contrario*, si dicho criterio supremo no es la conformidad con el Derecho positivo, entendido en su sentido más limitado, como conjunto de cuerpos legales. En este sentido fuerte, es obvio que no toda dogmática resultaría igualmente racional. Y, así, Zaffaroni se adheriría aquí a una tendencia más amplia (entre cuyos representantes, por ejemplo, se encuentra también Ferrajoli) en pro de imponer límites racionales al voluntarismo del legislador penal contemporáneo.

Me parece, no obstante, que Zaffaroni exagera un tanto aquí la importancia que tiene la racionalidad para el dogmático. Pues, en efecto, no me parece claro que la disyuntiva sea entre racionalidad y no (suficiente) racionalidad. Esto es, me resulta difícil aceptar, contra lo que Zaffaroni entiende, que –por ejemplo– en las dogmáticas de corte funcionalista sólo lata, en el plano moral, la sumisión a la razón de Estado. Por el contrario, tengo la impresión que la disyuntiva es, más que entre racionalidad y voluntarismo, entre distintas raciona-

lidades: o sea, entre diferentes escalas de valores morales. Y ahí es donde, seguramente, Zaffaroni se separaría de (muchos de) los dogmáticos funcionalistas: en los valores morales que cada uno defiende. Pero, si esto es así, no basta con reclamar “más dogmática”, sino que es necesario entrar en las disputas, tanto morales (políticas) como metodológicas, que en el seno de la dogmática se plantean. La cuestión, obviamente, no es nueva: entre los filósofos, hace ya al menos dos décadas que se viene discutiendo bajo las etiquetas de “debate sobre el fin de la modernidad” o de la “posmodernidad”; en suma, sobre la utilidad o inutilidad que posee el concepto de racionalidad que hemos heredado de la Ilustración para afrontar los retos de nuestro tiempo. Y, aunque el debate filosófico sea de contornos difusos y de una conclusión bastante dudosa, lo cierto es que el optimismo racionalista (aquí, plasmado en un “optimismo de la Dogmática”) hoy resulta cuando menos difícil de aceptar como solución a los problemas de nuestra época: en nuestro caso, a los problemas de índole político-criminal. Me temo, pues, que no nos es posible rehuir los debates morales y políticos que subyacen a dichos problemas, imposibles de resolver apelando únicamente al concepto de racionalidad (pues, deberemos reconocerlo, no son debates totalmente racionales). Y que la Dogmática jurídico-penal tendrá que seguir conformándose con recoger los resultados de dichos debates y emplearlos en la interpretación de las normas del Derecho positivo.

3. *Sobre los fines de las penas:* Más arriba he observado que acaso no sea tan imposible, como nuestro autor pretende, la determinación de las funciones que cumple, de hecho, en cada caso una pena. Y, sin embargo, me parece que no es esa la cuestión esencial. Por el contrario, lo fundamental a mi entender es si, desde el punto de vista prescriptivo, es posible atribuir alguna finalidad legítima a las penas. Zaffaroni, con su “teoría negativa” o “escéptica”, parece negarlo. Pero, si esto fuera así, ¿cómo no reclamar inmediatamente la desaparición de las penas? Y, en todo caso, ¿cómo medir la pena justa (o, si se quiere, la pena racional), en proporción a qué hacerlo? Una teoría

coherentemente negativa o escéptica debería ser, creo, una teoría abolicionista (si no de todo el sistema penal, sí de las consecuencias jurídicas que ahora mismo se emplean en él). He de reconocer que este punto de la obra de Zaffaroni me resulta hondamente insatisfactoria. Insatisfacción que posee consecuencias no sólo –lo que ya de por sí sería bastante– en el orden de la Política Criminal, sino que, como intentaré argumentar a continuación, las tiene también en el plano dogmático.

Por lo demás, y aunque no sea éste el lugar para entrar a fondo en la cuestión, me parece que hay formas de defender la legitimidad de muchas de las penas y consecuencias jurídicas del delito que contemplan nuestros ordenamientos jurídicos (al menos, de ciertas formas de entenderlas y aplicarlas), tanto desde el punto de vista moral (razonabilidad moral del castigo) como desde el instrumental (eficacia del mismo). En todo caso, sí observaré que la caracterización que nuestro autor hace de los diversos intentos de fundamentación de la legitimidad de las penas (retribución, prevención general positiva, prevención general negativa, prevención especial, teorías eclécticas) resulta, en mi opinión, excesivamente esquemática, lo que podría haber redundado en detrimento de las posibilidades de entrar en diálogo con ellas y, consiguientemente, en un excesivo escepticismo respecto de los posibles resultados de dicho diálogo.

4. *Sobre el método de la Dogmática:* Como acabo de señalar, la negación de cualquier racionalidad a la sanción penal tiene también sus efectos para la labor propiamente dogmática. Pues, en efecto, una dogmática teleológica, como la que Zaffaroni propugna (y que yo también considero más adecuada), necesita puntos de apoyo: a saber, necesita de *rationes*, de finalidades, que estén a su vez justificadas y que se constituyan en bases para la labor interpretativa y constructiva. Y finalidades, en el contexto del ejercicio del poder punitivo, no pueden ser otras que aquellas que llevan a ejercerlo, a aplicar sanciones penales. En este sentido, la opción por una “teoría negativa” acerca de los fines de las penas priva, a mi entender, de un ele-

mento clave para llevar a cabo la construcción dogmática. De hecho, como se ha señalado antes, parecería que el único principio teleológico que se puede deducir (más allá de las derivaciones del de seguridad jurídica, asumidas de forma general por casi todos los dogmáticos) es el principio *In dubio pro libertate*. Y, sin embargo, asumido como único postulado del sistema teleológico (junto con el de seguridad jurídica), dicho principio se revela como tremendamente insuficiente. En un ejemplo: si tratamos de determinar a quién se ha de atribuir la condición de autor de un hecho penalmente típico, podremos apoyarnos para ello en argumentos formales (por respeto al principio de legalidad penal y, en último extremo, de seguridad jurídica) y en argumentos teleológicos; pero, en este último caso, para decidirnos por unos o por otros (¿convertir en figura principal a quien más interés tiene en el delito? ¿a quien contribuye de cualquier modo a él? ¿a quien contribuye en fase ejecutiva? ¿a quien contribuye con actos típicos? ¿a quien podía impedir el resultado? ¿a quien posee “dominio funcional” sobre el hecho? ¿a quien lo tiene de modo positivo, aun objetivo?... ) como más pertinentes necesitaremos criterios claros acerca de la función del Derecho Penal y, en definitiva, sobre la finalidad con la que se imponen sus consecuencias jurídicas. En otro caso, nos veremos abocados a manejar un único criterio teleológico: preferiremos siempre el criterio interpretativo que haga –en abstracto o en concreto?– a menos sujetos autores del delito. Lo que, cuando menos, resulta una solución discutible: si, por ejemplo, la concepción de la coautoría como “dominio funcional” puede (y, en mi opinión, debe) ser criticada no será sólo porque es más extensiva de la responsabilidad que otras, sino porque hay razones –razones teleológicas!– para ello. Sin embargo, una teoría negativa o escéptica acerca del sistema penal nos deja inermes para decidir cuáles son y qué peso han de tener. Algo semejante ocurre en otros puntos: léase, si no, lo que nuestro autor dice acerca de la diferente pena para conductas dolosas e imprudentes, reconociendo la imposibilidad –la imposibilidad para él– de fundamentar tal diferencia.

Si se me permite el atrevimiento de especular sobre cuál pudiera ser el trasfondo teórico de estas dificultades (que, en mi opinión, resultan prácticamente inmanejables en la actividad dogmática), apuntaré que acaso el problema de Zaffaroni sea querer compatibilizar una concepción racionalista (y de un racionalismo fuerte) de la Dogmática, como la que vimos antes que sostiene, con un notorio escepticismo ético, derivado sin duda del pensamiento de Foucault y de las diversas “hermenéuticas de la sospecha” (que, a su vez, se apoyan en Nietzsche): si toda la praxis del sistema penal y el discurso en que se sustenta son puros actos de poder, entonces la razón está de más en relación con ellos; y lo estará también por lo que se refiere a la Dogmática. Pues la separación entre objeto de conocimiento y conocimiento sobre el mismo, básica en la ciencia, no puede sostenerse en los mismos términos en el trabajo dogmático: el físico formula sus leyes acerca de las regularidades o relaciones de causalidad en relación con la materia o la energía a despecho de la inextricable variedad de la realidad empírica, pues no pretende cambiar la realidad, sino tan sólo describirla y explicarla; pero el dogmático no se limita a describir el Derecho positivo, sino que propone criterios para aplicarlo, conformando así la realidad jurídica, al tiempo que la describe. Por ello, una teoría sobre el Derecho afecta siempre a la Dogmática, y no será factible mantener dos teorías excesivamente disímiles respecto de lo uno y de lo otro.

Una última observación acerca del método dogmático de Zaffaroni: como antes se señaló, una de las características del mismo es su pretensión de realismo. Sin embargo, en su construcción realismo se hace equivaler prácticamente a ontologismo en su versión finalista. Ello es obvio en diversos lugares de su teoría del delito: concepto de acción, concepto de causalidad, concepto de imprudencia, etc. No está en mi ánimo reabrir aquí el debate sobre si la metodología del finalismo es o no adecuada. No obstante, sí me parece importante aclarar que la vinculación de la Dogmática a la realidad admite versiones muy diferentes de aquella que el finalismo ha propugnado,

puesto que, en definitiva, depende en buena medida de cómo se conciba la realidad y la del finalismo es sólo una de tales concepciones. Un solo ejemplo bastará para ilustrar mi comentario: Zaffaroni viene a defender un concepto de acción muy cercano al de Welzel, sobre la base de que la exigencia de finalidad constituye un elemento de vinculación a la realidad que, al tiempo, produce un efecto restrictivo en el alcance la responsabilidad penal. Pero lo que una metodología dogmática realista exige es tan sólo que el concepto jurídico-penal de acción no se aleje de aquello que social (o filosóficamente) tiene tal sentido. Mas no exige necesariamente identificar “comportamientos con el sentido de acciones” con “comportamientos dotados de finalidad”: así, me parece indudable que, según un determinado punto de vista (sociológico), poseen el sentido de acciones en nuestra vida social contemporánea muchas actuaciones de personas jurídicas, aun cuando la misma no tengan finalidad en sentido psicológico. Con independencia de la cuestión político-criminal de si las personas jurídicas deben o no responder penalmente, me parece difícil aducir que sólo las acciones finales reúnen el carácter de acciones y que sólo una dogmática que reconozca esto se ajusta a la realidad. Se esté o no de acuerdo con mi opinión, se admitirá que la misma tiene al menos tantas pretensiones de vinculación a lo real (aquí, a las convicciones sociales) como el concepto finalista de acción. Así pues, si se quiere sostener éste, harán falta argumentos más sólidos que la necesidad de que la dogmática sea realista.

5. *Sobre el concepto de culpabilidad:* Si hubiera que elegir una parte de la construcción dogmática de Zaffaroni que resulte especialmente sugerente, en mi opinión ésta sería su teoría de la culpabilidad. Sugerente, precisamente por lo mucho que sugiere, aunque no estoy seguro de que las soluciones a las que llega resulten totalmente satisfactorias. En otras palabras, creo que nuestro autor tiene la virtud de poner el dedo en la llaga, en la perpetua herida a las pretensiones de legitimidad del Derecho Penal que aparece siempre cuando se trata de imputar personalmente el delito a la persona. En este

sentido, me parece que su argumentación es impecable en dos aspectos. Primero, cuando argumenta que no es posible fundamentar el concepto de culpabilidad sobre la base de consideraciones preventivas o, más en general, teleológicas, so pena de desvirtuar el concepto y hacerle perder su virtualidad limitadora de la responsabilidad penal: si la culpabilidad es algo que tiene que ver con las necesidades sociales (de punición, de prevención, etc.) y no exclusivamente con las condiciones del delincuente, entonces el riesgo de instrumentalización de delincuentes no suficientemente responsables en aras de dichas necesidades sociales está servido. Del mismo modo, en segundo lugar, Zaffaroni vuelve a poner de manifiesto algo que ha venido siendo, desde hace muchas décadas, el caballo de batalla de todas las luchas por introducir la igualdad material en la actuación del sistema penal, pero que aún no ha sido aceptado en todas sus consecuencias: que efectivamente si, en virtud del principio de igualdad material, tomamos en cuenta las circunstancias personales del delincuente de un modo amplio, no reductivo (por ejemplo: no reduciéndolas al estado psíquico), entonces el juicio sobre su responsabilidad no debería ser tan uniforme, tan automatizado como en la práctica suele serlo, puesto que no hay dos delincuentes iguales. Así, el concepto de “vulnerabilidad” que Zaffaroni desarrolla sirve para destacar esa real selectividad de la criminalización secundaria, ocasionada por factores sociales, económicos, culturales, etc.; en todo caso, por factores que escapan a su control.

Sin embargo, me resulta más dudoso que la solución que el autor adopta para afrontar el problema sea satisfactoria. Concretamente, no logro ver con claridad el contenido que ha de darse al concepto de “reproche por el esfuerzo para aumentar el grado de vulnerabilidad”, que añadiría, según él, un elemento determinante al concepto tradicional de culpabilidad. Y no alcanzo a verlo, al menos por dos razones. La primera es que la propia idea de un “esfuerzo que aumenta el propio grado de vulnerabilidad a la criminalización” me parece difícil de precisar: o es, como en ocasiones parece sugerir

Zaffaroni, el esfuerzo resultante de haber delinquido, en cuyo caso volvemos al concepto tradicional de culpabilidad (puesto que casi toda acción delictiva sería ese “esfuerzo” para hacerse más vulnerable que se reprocha al delincuente); o, si es otra cosa diferente, entonces me cuesta comprender cuál es. Y es que, en suma, la vulnerabilidad a la criminalización secundaria es una condición de la persona en razón de su posición social (de etnia, de género, de orientación sexual, de clase, nivel cultural, etc.), en principio independiente de su comportamiento en el caso concreto: de lo que se trata, precisamente, es de que, ante comportamientos iguales, la probabilidad de ser inculpatado es mayor o menor según el estatus social. Por ello, el “esfuerzo” que se enjuicia tendría que ser bien la propia acción delictiva, o bien una especie de “juicio sobre la conducción de la propia vida”, sobre cómo se ha llegado a ser tan vulnerable, que no parece procedente (ni, ante un tribunal penal, realmente posible).

La segunda razón, consecuencia de la anterior, es que no veo por qué habría que considerar ese “esfuerzo para incrementar el grado de vulnerabilidad” como objeto de un reproche; o mejor, no veo cómo dicho eventual reproche añadiría racionalidad o justicia a la pena que se impusiera. Pues, en efecto, si la culpabilidad y la pena consiguiente se fundamentaran en tal reproche, no se estaría penando al sujeto (no sólo) por lo que hizo libremente, en condiciones de motivación normal, etc., sino –podríamos decir– por haberse colocado “a los pies de los caballos” (del sistema penal). Mas, ¿qué reproche (legítimo) sería ese? ¿Por qué se podría reprochar a alguien haber aumentado su grado de vulnerabilidad a la criminalización? ¿No se estaría enjuiciando algo distinto de su acto, algo en lo que un sistema penal respetuoso con el principio de responsabilidad por el hecho no debería entrar? Además, la cosa se complica todavía más (y, por ende, se vuelve más discutible) cuando se habla de que sólo el “esfuerzo imputable al sujeto” se le reprocha. Pues, si ello se toma en serio, sería necesario construir toda una teoría de la imputación personal (del esfuerzo que incrementa la situación de vulnerabilidad a la

criminalización secundaria), que delimitara qué esfuerzos son imputables y cuáles no lo son. Lo cual, como he indicado, me parece no sólo complejo, sino también insatisfactorio desde el punto de vista valorativo, a los efectos de seleccionar las conductas antijurídicas que pueden ser penadas.

Lo cierto es que el propio Zaffaroni admite prudentemente que los casos a los que esto se aplique pueden ser muy diversos. Y sólo cita como supuesto concreto que constituiría un supuesto de inculpabilidad por falta de un esfuerzo imputable al sujeto para aumentar su grado de vulnerabilidad, el de los delitos cometidos bajo el influjo de agentes provocadores. Pero, como han defendido opiniones mucho más autorizadas que la mía, este caso particular puede ser resuelto satisfactoriamente por otras vías. Por ello, y salvo que se aduzcan argumentos y ejemplos adicionales, tengo la impresión de que los problemas –indudablemente ciertos– que suscitan las situaciones de desigualdad material frente al sistema penal pueden ser resueltos adecuadamente, mejor que con un concepto de culpabilidad apoyado en el “esfuerzo para incrementar la vulnerabilidad”, mediante la reformulación realista (precisamente, en el sentido reclamado por Zaffaroni) de concepciones clásicas. En concreto, me parece obvio que, como él mismo apunta, no nos es posible prescindir de la idea de libertad (llámese así o de otro modo: autodeterminación, autonomía,...) para establecer los criterios de selección de los delincuentes punibles. Claro que una idea de libertad modesta, no cargada de connotaciones metafísicas, como lo estaba en el tradicional debate sobre el determinismo. Y, si esto es así, entonces puede concebirse la culpabilidad como normal capacidad de motivación por parte de las normas penales, como aseguibilidad del autor a los mensajes normativos; como capacidad para adoptar una decisión, en definitiva, que permite reprochársela. Eso sí, no reduciendo el problema de la motivación al del estado psíquico del delincuente, sino incluyendo otras muchas circunstancias que sin duda influyen en su capacidad de autodeterminación frente a los mandatos normativos: señala-

damente, circunstancias sociales o roles que –con motivo o por mero prejuicio– le son atribuidos en la interacción social y que reducen sus posibilidades de decidir. En mi opinión, con esto sería bastante en el plano conceptual. Lo demás, depende más bien de una modificación de la práctica judicial en relación con el juicio de culpabilidad (modificación que sin duda es imprescindible).

6. *Sobre las consecuencias jurídicas del delito:* Para acabar, solamente dos comentarios sobre el tratamiento de las consecuencias jurídicas del delito en la obra. El primero tiene que ser para destacar la importancia que posee la aplicación de esa visión realista de las consecuencias jurídicas que Zaffaroni aplica. Pues, en efecto, en materia de consecuencias jurídicas estamos cansados de ver cómo se ha venido practicando a lo largo de la historia el fraude de etiquetas (entre penas y medidas de seguridad, entre medidas penales y medidas asistenciales, etc.), que aún hoy nos amenaza. En este sentido, es clarificador acudir al contenido mismo de las acciones estatales que se pretenden etiquetar (al que las normas jurídicas declaran, pero también al que poseen en su aplicación real) y prescindir, como hace nuestro autor, del discurso que las envuelve. Ello nos evitará a todos caer en las trampas que el literalismo y el formalismo nos tienden constantemente a los dogmáticos.

Mi último comentario se refiere al programa de tratamiento y de política penitenciaria que Zaffaroni propugna. Nada tengo, obviamente, que decir sobre la exigencia de un trato humano: por desgracia, la vigencia de los derechos humanos en las prisiones sigue siendo una batalla en curso en todas partes, también aquí. No obstante, el concepto de “tratamiento de la vulnerabilidad” que se propone como alternativa al tratamiento penitenciario resocializador resulta, a mi entender, algo indeterminado en sus perfiles. Tratamiento penitenciario significa, en definitiva, actuación sobre la persona del recluso para modificar su conducta y/o su personalidad. Y, según nos indican las ciencias de la conducta, dicha alteración sólo es posible (dejando aparte posibilidades de más siniestras resonancias e inadmissi-

bles, como las intervenciones físicas sobre el cuerpo o el cerebro del recluso) a través de la alteración de sus esquemas motivacionales (vale decir, sus “esquemas de valores”) o de la alteración de sus capacidades cognitivas (de sus procesos de razonamiento o de la información que emplea en dicho razonamiento). Naturalmente, dicha(s) alteración(es) pueden ser llevadas a cabo de diversos modos: educación, terapia de modificación de conducta, deshabitación respecto de hábitos adictivos, tratamiento psicoanalítico, ... En todo caso, el tratamiento de la vulnerabilidad tendría que dirigirse a cualquiera de ambos objetivos, o a los dos, como lo hace el tratamiento resocializador. Y, si esto es así, surge una duda: ¿qué clase de motivaciones y/o de esquemas cognitivos intentaría fomentar dicho tratamiento penitenciario? Pues, en efecto, el concepto de “tratamiento para enseñar a abstenerse de ofrecerse a la trampa del poder punitivo” (es decir, para enseñar a reducir las propias posibilidades de entrar en un proceso de criminalización secundaria) tiene una ambigüedad esencial: si el tratamiento se centrara en alterar las motivaciones del recluso, la diferencia con el tratamiento resocializador sería escasa; y si, por el contrario, fuera únicamente –como parece sugerir Zaffaroni– un tratamiento de la racionalidad instrumental del recluso, dotándole de habilidades para sustraerse a la acción del sistema penal, hay que observar que es cuando menos discutible que tal actividad deba ser promovida por las instituciones penitenciarias. Una clarificación de esta ambigüedad y la discusión de las objeciones que cada una de las dos versiones del concepto suscita sería, por lo tanto, aconsejable.

#### IV

En una obra tan extensa y sugestiva como la que ahora acabo de comentar, son muchísimas más las cuestiones particulares que merecerían ser discutidas: así, y además de las que ya han sido mencionadas, su concepción de la parte objetiva del tipo, su teoría del error, su concepción de las causas de justificación, de las de exclusión de la

punibilidad o del concurso. Estos y otros muchos son temas sobre los que Zaffaroni toma posición original, con elaboraciones dogmáticas bien fundadas y llenas de interés (aunque también enormemente discutibles, desde luego). Pero quiero creer que, si algo desea él ver resaltado de esta obra suya en una primera lectura, es sobre todo el cambio de paradigma dogmático que en la misma se ensaya. Un cambio que yo he intentado resumir, compartiendo al tiempo con el lector las dudas e incertidumbres que, aun siendo consciente de la loable motivación del autor, a mí me asaltaron en esa lectura.

*José Manuel Paredes Castañón*  
*Universidad de León (España)*