

Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*

Juan Bustos Ramírez**

1. En noviembre de 1963 se celebró en Santiago de Chile la Primera Reunión Plenaria de la *Comisión Redactora* de un Código Penal Tipo para Latinoamérica. Ella dio término a la parte general en São Paulo en 1971; la parte especial se inició, pero no logró terminarse. Estos trabajos de la Comisión Redactora, en especial los de la parte general, promovieron un fuerte movimiento de reforma legislativa en Latinoamérica y en muchos países dejó su huella el articulado propuesto como modelo. El Salvador fue uno de esos países, y es por eso por lo que el actual Código vigente, promulgado por el decreto 270 de 1973, recoge no solo la discusión que se desarrolló en el seno de dicha Comisión en sus diferentes sesiones a lo largo de la geografía latinoamericana, sino también el trasfondo doctrinario que inspiró al Código Penal Tipo.

Ya hacía tiempo que la obra de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y su peregrinar académico por Latinoamérica había logrado cerrar el paso a la influencia del positivismo naturalista imponiendo, cada vez con más fuerza, y sobre todo en las nuevas generaciones, *la corriente dogmática de origen alemán*. El Código Penal Tipo para Latinoamérica vino a culminar esta etapa y a sellar definitivamente en las reuniones de la Comisión Redactora el predominio total de dicha orientación, que por lo demás había alcanzado también su culminación en el llamado "Proyecto oficial alemán de 1962", cuyos trabajos preparatorios y su articulado estuvieron siempre presentes en la Comisión Redactora.

* Ponencia presentada durante la "II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal (fase B: Derecho Penal)", celebrada en San Salvador, del 1º al 3 de septiembre de 1992.

** Catedrático de derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona.

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LATINOAMÉRICA

2. La reacción frente al positivismo naturalista llevó a una posición dogmática radical que no dejó lugar a la política criminal, razón por la cual quedaron en el vacío aquellas intenciones primeras de la Comisión Redactora de establecer las realidades sociales y culturales de los diferentes países latinoamericanos y conforme a ello llevar a cabo una revisión de la legislación vigente.

Sin embargo, el pensamiento *dogmático puro* y *autosuficiente* había llegado a su término al momento mismo de su culminación con el dicho proyecto alemán del 62, a cuya sombra se alzó el Proyecto Alternativo alemán de 1966, de claro corte *político-criminal*. En todos los países resurgió un fuerte movimiento que buscaba desentrañar el porqué de la intervención punitiva del Estado y al mismo tiempo sus límites, con lo cual ya el análisis lógico formal de la norma no era suficiente en modo alguno, sino que resultaba imprescindible un análisis político de cada sistema jurídico y, por tanto, de su imbricación con la realidad. De ahí el gran resurgimiento de la criminología, la aparición de la *victimología* y el desarrollo de nuevas orientaciones en el campo de derecho penal, como el *derecho penal mínimo*. Y aun la *revitalización* de antiguas quimeras, como es el caso del abolicionismo penal.

3. Es evidente, y así aparece hoy en la mayoría de los países latinoamericanos, que no nos podemos contentar con los esquemas que hasta ahora ha desarrollado la dogmática, sin negar, sin embargo, la importancia que ella tiene, vista en especial desde un plano *político-criminal*, esto es, como garantía o límite frente al poder punitivo del Estado, en cuanto pone de relieve características de precisión, determinación, claridad en la complejidad, diferenciación de manifestaciones conceptuales y coherencia en la teoría del delito.

Pero lo anterior no basta, pues precisamente la pretendida suficiencia ha llevado al errado planteamiento de una *realidad normativa transespacial* y que por tanto bastaría con copiar el mejor código existente, en *principio europeo*. Lo cual, naturalmente, no significa negar la importancia del trabajo de derecho comparado, especialmente en cuanto permite recoger la *experiencia* y las *soluciones* surgidas de y para cuestiones semejantes, en especial la profundización y ampliación de los derechos humanos, acervo cultural que le ha costado mucho a toda la humanidad. Sin embargo, la preocupación básica que ha de informar y subordinar toda elaboración dogmática es la de definir *cuáles son los objetivos perseguidos*. Y en este sentido sí que aparecen, en un sistema democrático, en relación con el poder punitivo, determinados principios básicos, que precisamente son consecuencia de la elección de tal sistema democrático.

4. Hay pues un primer nivel de análisis cuando se plantea el sentido del poder punitivo del Estado en un sistema democrático, cual es el de los principios inherentes a un derecho penal democrático. Es esta la primera perspectiva y el primer desafío con el cual se enfrenta la política criminal en Latinoamérica.

Ahora bien: estos principios o garantías, propios de un derecho penal democrático, requieren de una revisión, precisamente en razón de su utilización concreta en una realidad dada. También una idea dogmática transespacial tiene la pretensión de confundir la pura formalidad de la enunciación del principio con su materialidad de realización.

Así, por ejemplo, resulta principio básico y elemental garantista de un derecho penal democrático la *igualdad ante la ley*, en la medida en que ya desde la revolución francesa —y así en todas las constituciones actuales— el principio de legalidad de los delitos y las penas es la carta Magna del ciudadano moderno en materia penal. Puesto que ya los planteamientos criminológicos en los países desarrollados han señalado el carácter esencialmente selectivo y estigmatizador del derecho penal, baste citar al respecto la teoría del “etiquetamiento” o *label approach*, y que, como ha resaltado la criminología crítica, así como hay una desigual distribución de bienes, también hay una desigual distribución de la función punitiva. Ahora bien, ello resulta aún más patente en nuestros países, por múltiples razones económicas, sociales y culturales.

Es por ello por lo que la perspectiva político-criminal de igualdad ante la ley penal se transforma en un desafío, esto es, en lograr establecer conforme a cada realidad concreta el máximo de garantías posibles con el fin político de que la desigualdad y la discriminación frente a la ley penal sea la menor posible. En otras palabras, es cierto que se puede reconocer un principio inherente a todo derecho penal democrático, sea de un país desarrollado o no, y en ese sentido es importante recoger la experiencia de otros países, con una historia más larga y rica en la profundización teórica. Pero no es menos cierto que ello no basta, pues los principios no son autosuficientes y más bien son programas de acción, que necesariamente implican tener en cuenta la realidad y, consecuentemente, la realidad concreta de cada país en que se van a aplicar.

Así, por ejemplo, la perspectiva y el desafío del principio de igualdad ante la ley penal en nuestros países obliga a considerar, en la mayoría de ellos, la existencia de grupos culturales totalmente diferenciados, como es el caso de las culturas indígenas, lo que sucede aun en países que resaltaban su homogeneidad cultural, como es el caso de Chile, pero en los cuales en verdad la cuestión radicaba en una indiferencia u ocultamiento respecto de los otros grupos culturales. Y ello tiene repercusión no solo en el ámbito del sujeto responsable, esto es, respecto de las definiciones de inimputabilidad, sino además ya en el injusto o delito, en cuanto ello puede influir, por ejemplo en la comprensión de un elemento normativo del tipo, como cuando algo es ajeno o no tiene dueño determinado, o bien, en cuáles son los derechos defendibles en la legítima defensa.

Por otra parte, la gran dimensión que alcanza la pobreza en nuestros países, que implica marginalidad en todo sentido, educativa, económica, laboral, etc., entraña también un desafío político-criminal respecto del principio de igualdad, pues evidentemente los hechos que surgen en el entorno de la pobreza tiñen de una determinada manera tanto al injusto como al sujeto responsable.

Es decir, tampoco basta con garantías puntuales, sino que se requiere establecer garantías globalizadoras, esto es, referidas a todo el sistema penal, que abarquen tanto a los operadores del sistema como a los propios organismos, así a los de seguridad pública, a la organización judicial, al régimen penitenciario y de aplicación de penas en general, etc. Por lo tanto, no solo son necesarias garantías que impliquen

una mayor profundidad y complejidad en la fundamentación de las estructuras dogmáticas, sino también de la acción y organización de los aparatos y operadores del sistema.

Ello no quiere decir que debamos dejar de lado situaciones concretas de discriminación, que pueden revestir tanto o más significación que las globales. Así, por ejemplo, nos encontramos con una realidad social muy difundida en nuestros países latinoamericanos: *la institución de la convivencia marital*, es decir, la unión sin que haya un matrimonio legal. Sin embargo la ley penal en general solo se refiere a la familia legal y no considera ni para atenuar o agravar la pena ni para eximir de ella la vinculación fáctica, que puede ser igual o aun más fuerte que la puramente legal.

También, como una situación concreta grave de discriminación frente a los aparatos del sistema penal, está la posición en que se encuentran la mujer y los niños. Es así como el maltrato del marido a la mujer casada no es visto como una falta o delito de lesión, salvo en casos de extrema gravedad, y por tanto a pesar de la ley no hay persecución alguna. Del mismo modo el delito de violación, dada la forma como se contempla en nuestros países, *que implica una nueva victimización de la mujer*, no tiene el grado de persecución que debiera tener, en especial en el caso de mujeres jóvenes, pues estas prefieren no pasar por la "segunda violación" de su dignidad como persona, que es lo que implica para ellas el curso del sistema penal.

Consecuencia del principio de igualdad es el de proporcionalidad, en cuanto la pena ha de estar en proporción con la gravedad del hecho, tanto por la jerarquía de los bienes jurídicos afectados como por la intensidad del ataque a ellos, es decir, deben excluirse penas iguales para hechos diferentes, pues eso implica discriminación.

Es un desafío político-criminal no fácil de superar para nuestros países el ir desmontando todo el sinnúmero de desigualdades y discriminaciones frente a la ley penal. Y ello porque, dado que el derecho penal es *extrema ratio*, y, por tanto, su eficacia es muy relativa para la superación de la cuestión criminal, y más bien es el derecho penal el que la *define* políticamente, también la eficacia de la eliminación de discriminaciones globales o puntuales es muy relativa. En otras palabras, no es que desconozcamos la función evidentemente simbólica del desmonte de discriminaciones, y por ello muy significativa desde un punto de vista político-criminal, ya que los símbolos tienen una gran fuerza real; pero es necesario dotar de más y mejores elementos instrumentales a los órganos y operadores del sistema penal, y más aún, llevar a cabo las correspondientes políticas económicas, sociales y culturales. Si no se da cumplimiento también a esto último, caeríamos en el grave error de creer que la política criminal va a reemplazar o ser una alternativa a todo el entramado político-social.

5. Otro principio básico garantista de un derecho penal democrático es el de lesividad, esto es, conforme al cual solo se persiguen hechos que atenten contra un bien jurídico, ya que es el principio básico que, en procura de los objetivos del sistema, determina qué es un injusto o un delito. En un sistema democrático el

principio básico de la igualdad ante la ley, que desde un aspecto formal implica el de legalidad de los delitos y las penas, desde una consideración material envuelve el de lesividad de los bienes jurídicos. No hay duda entonces de que no se puede sino estar de acuerdo hoy, como elemental en un sistema democrático, con que los delitos han de *definirse* desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los *fines* (que por tanto definen) del sistema. En consecuencia, ello quiere decir que la cuestión del delito o del injusto no es en modo alguno, en primer término, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada político-criminalmente.

Ahora bien, como ya señalábamos anteriormente, la simple enunciación del principio no significa su consagración real, pues el principio como tal es solo un programa de acción. Más aún, hay que tener en cuenta desde un punto de vista conceptual que un principio material puede ser desvirtuado en su eficacia o como programa de acción, en cuanto sea formalizado. Y es así como el principio de lesividad, desde tal orientación formalista, puede llegar a confundirse o subsumirse en el principio de legalidad de los delitos y las penas. Tal es el caso de todas aquellas posiciones que sostienen que el bien jurídico es inmanente a la norma, esto es, que toda norma de por sí tiene su propio bien jurídico. Es la dogmatización del bien jurídico, no hay posibilidad alguna de discusión ni de participación democrática, se parte de un dogma o presunción de derecho en favor de la ley. De ahí la importancia de desterrar completamente todo tipo de presunciones del sistema penal y de señalar que el principio de lesividad es de carácter político-criminal; es una garantía al ciudadano y un límite a la intervención punitiva del Estado.

También desde un punto de vista conceptual se puede desvirtuar el principio de lesividad sobre la base de una diferenciación sustancial entre los bienes jurídicos a los cuales está referido. Esto es, al distinguirse entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, o bien, entre bienes jurídicos por naturaleza o por razones puramente político-criminales. En otras palabras, todas estas clasificaciones tienden a señalar que unos bienes jurídicos son propios o reales y los otros son impropios o artificiales. De ahí que planteamientos neoliberales extremos sostengan que la intervención punitiva del Estado debe limitarse solo a los primeros, esto es, afecciones a la vida, salud individual, libertad, honor, patrimonio, dejando fuera, por ejemplo, la salud pública, la seguridad común, los ingresos y egresos del Estado, etc. Resulta, sin embargo, que tanto uno como otros *son reales y están referidos a la persona*, pues nada se saca con proteger la salud individual si al mismo tiempo no se protege la calidad de los alimentos, de los medicamentos o el consumo en general, si no se protegen las condiciones del medio ambiente, etc. Es decir, hay una serie de bienes que están ligados al funcionamiento del sistema y que son indispensables para que este permita a la persona su total y pleno desarrollo en todas sus dimensiones. No hay fundamento, por tanto, para aquella clasificación, que lo único que pretende es negar conceptualmente la existencia de bienes jurídicos que están referidos a todas y cada una de las personas de una colectividad o un sistema, y de este modo desproteger discriminatoriamente a grandes mayorías, y

reducir la lesividad solo a determinados sectores. Otra cosa diferente —que es el argumento falaz que se emplea en dichas clasificaciones— es que los bienes jurídicos, político-criminalmente en un sistema democrático están determinados por el objetivo del desarrollo de las personas. Esto es, no hay bienes jurídicos por razones de Estado o por razón social, planteamientos que siempre esconden el interés político, económico, cultural o social de un determinado sector, y no el desarrollo de la persona como tal.

Pero, más allá de estas disputas conceptuales, resulta que la implementación del principio de lesividad lleva nuevamente a considerar las realidades concretas en que se va a aplicar y a recalcar que es solo un programa de acción y que su eficacia para que sea efectiva requiere ser garantizada. Como ya señalamos anteriormente la distribución de bienes es desigual, y más aún en nuestros países. Hay grandes capas de la población que no gozan de determinados bienes o que disponen de ellos en forma muy precaria, y que por ello mismo no quedan abarcados por el sistema penal en su protección y *más bien serán alcanzados o perseguidos por él*, ya que de entre ellas saldrán en gran medida los que afecten a aquellos que gozan de todos los bienes, o bien, de ellos en forma plena. Es una consecuencia lógica de la distribución desigual de los bienes. Con lo cual de partida entonces habrá un gran sector de la población que quede al margen del principio de lesividad, y que más bien será aquel sobre el cual recaiga el sistema penal en razón de ese principio de lesividad, un extraño sofisma diabólico. Pero no solo eso, sino que la exigüidad del disfrute de los bienes produce a su vez la desigual repartición de la intervención punitiva. No entraña la misma lesividad detener por horas o días a un vagabundo o poblador que a un profesional o un empresario; no trae la misma lesividad el asalto a un banco que la destrucción de la cabaña o choza de un poblador. Luego también por este aspecto se produce la marginalidad de un gran sector de población, que no aparece cubierto por el principio político-criminal de la lesividad. Más aún, esta misma desigual distribución y selectividad punitiva lleva a que no se atienda a los bienes pertenecientes a las grandes mayorías, y por otra parte se acentúa la protección de bienes por razones ajenas a una participación igualitaria, esto es, que en definitiva solo protege a sectores de la ciudadanía por razones políticas, económicas, sociales o culturales. En otras palabras, se contradice un planteamiento de derecho penal mínimo y de deslegitimación del derecho penal, que son las consecuencias inherentes a un efectivo principio de lesividad. La intimidad, la libertad sexual, la diversidad cultural, la ecología, la educación, la salud, el consumo, etc., no aparecen suficientemente considerados en nuestros códigos penales, por nombrar solo algunos casos, con lo cual se aumenta la marginalidad de grandes sectores de la población, *que solo tienen posibilidad de ser ofensores, pero nunca víctimas*.

También se puede distorsionar el principio de lesividad en razón de la amplitud que toma o puede tomar en nuestros países el objetivo de seguridad ciudadana o pública, que sobre todo al ser, por una parte y a menudo, especialmente en momentos de transición, sobredimensionado desde un punto de vista subjetivo, lo

que no es desconocer la realidad y significación de lo subjetivo, y por otra, unilateralizado solo a la violencia callejera, lleva también a que todo el sistema penal y el principio de lesividad se contemple y/o defina desde esta perspectiva. Con lo cual se reduce el ámbito del principio de lesividad, que solo abarcará a determinado sector y dejará solo como posibles trasgresores a grandes mayorías, que quedan siempre como “presuntos peligrosos”, por lo que se aumentan las facultades de la policía y de los tribunales respecto de ellos. Esto puede ser especialmente grave en momentos de transición, dado que la llamada “inseguridad subjetiva” es muy fácil de manipular y, por tanto, crearse un clima propicio para exacerbar la función represiva selectiva y discriminatoria, con lo cual entonces se entorpece o perjudica gravemente la profundización democrática del sistema, porque se pone la seguridad del *orden* por encima de la seguridad de la *persona* y de su desarrollo como tal. Luego, también la perspectiva político-criminal, en relación con el principio de lesividad, se vuelve un desafío; igualmente hay que tener en cuenta que la política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, etc.; más aún, que estará supeditada a ellas y que en el principio de lesividad, por su propio contenido de referencia, ello aparece más patente todavía, pues este puede quedar restringido o desvirtuado en grado sumo si son muy pocos los que disfrutan de los bienes y más pocos aún los que tienen un disfrute pleno de ellos.

6. Otro principio básico político-criminal es el de responsabilidad o culpabilidad que proviene del principio democrático elemental de la dignidad de la persona humana. Si la persona en un sistema democrático *es un ente autónomo respecto del Estado, con capacidad propia y por tanto no sometido a la tutela de este*, necesariamente la intervención del Estado ha de considerar *como límite y deslegitimación la responsabilidad de la persona*. Esto significa consecuentemente que toda persona tiene responsabilidad; *no hay personas irresponsables sobre las cuales, por tanto, el Estado tenga un derecho*, una tutela inmanente, como se ha pretendido respecto de los niños, los enfermos mentales, y en general, de los inimputables. Ahora bien, el principio de responsabilidad lleva no solo a excluir la llamada “responsabilidad objetiva”, que por tanto no es personal en el injusto o delito, sino también a considerar qué respuesta era exigible a ese sujeto por el sistema, lo cual implica entonces la corresponsabilidad del sistema, pues para exigir es necesario que se hayan otorgado las condiciones correspondientes para tal exigencia. Se trata entonces de la discusión de la *responsabilidad del sujeto por su hecho* o la llamada *culpabilidad por el hecho*.

Asimismo es este un principio material que requiere de su adecuación, y que en un análisis en el solo aspecto conceptual puede ser formalizado, como sucedió en el pensamiento puramente dogmático, que partió del dogma o presunción de derecho del libre albedrío, y por tanto en que la intervención punitiva del Estado sobre el sujeto tenía una fundamentación absoluta y no era una cuestión de definición desde objetivos político-criminales en un sistema democrático. Formalización que también se produce con la llamada “prevención general positiva”, que al partir de la presunción de derecho que la pena integra sobre la base del reafianzamiento de

la conciencia jurídica, reduce a la persona a un puro ente jurídico y por tanto es inmanente a él su infidelidad, al derecho, luego ese es el fundamento absoluto de la intervención punitiva del Estado.

No obstante, más allá de estas cuestiones conceptuales, es necesario considerar los aspectos propios de la adecuación de este principio. En primer lugar, hay que señalar que nuestro sistema en su conjunto, y específicamente el sistema penal, establece fuertes *estigmatizaciones*, por razones económicas, sociales, culturales, y aun étnicas en ciertos casos, que restringen la autonomía ética de la persona frente al Estado, convirtiéndola más bien en un objeto de instrumentalización, con lo cual entonces se desnaturaliza el principio de responsabilidad, pues se otorga al Estado un derecho sobre el sujeto en razón de sus características económicas, sociales, culturales o étnicas. Es decir, de algún modo emerge la tendencia de un derecho penal de autor, que aparece reafirmado por un predominio vulgar de la idea de *peligrosidad* del positivismo naturalista que, como ya lo hizo en su oportunidad al enunciar su tesis en relación con las personas que *estaban en la cárcel*, predica tal rasgo precisamente respecto de los *marginalizados* por el sistema, con lo cual se da entonces un círculo vicioso diabólico. Es decir, quienes sufren una desigual distribución de bienes, en razón de ese *déficit social* son luego, además, caracterizados como esencialmente peligrosos y, por tanto, se parte de una *presunción de responsabilidad* respecto de ellos en la praxis del sistema penal.

Por otra parte, el sistema penal y sus operadores tienden a desestimar las diferenciaciones existentes en el interior del sistema respecto de los diversos sujetos, lo cual es básico para una real eficacia del principio de igualdad en relación con la dignidad de las personas y con su responsabilidad. Ciertamente el sistema *no puede exigir la misma responsabilidad* a aquellos que se mueven en un mundo de códigos diferentes de los hegemónicos, como es el caso de los indígenas, de los niños, de los enfermos mentales, etc.

Es decir, la perspectiva político-criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad, se convierte en un desafío en la medida en que sea necesario establecer las garantías indispensables para que el sistema y sus operadores den cuenta, por una parte, de qué han hecho para otorgar a una persona las condiciones suficientes que le posibiliten la respuesta que se le está exigiendo y, por otra parte, si las circunstancias en que esa persona se encontraba, a pesar de aquellas condiciones suficientes otorgadas, *permitían exigir dicha respuesta*. Es por eso por lo que siempre *responsabilidad es igual a exigibilidad*, esto es, se trata de determinar y, por tanto, garantizar qué es lo que el sistema y sus operadores pueden exigir de una persona. Y no es ello una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino de resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático.

7. Por último, es también principio elemental de un derecho penal democrático, que proviene igualmente del principio de dignidad de la persona y su autonomía ética, el de la *indemnidad personal*. Es decir, la sanción que se aplique no puede afectar al ciudadano en la esencia de su persona ni de sus derechos. La persona no puede ser instrumentalizada por la sanción ni puede ser medio para fines que

vayan más allá de lo que a ella misma concierne, y tampoco se le pueden cercenar de tal modo sus derechos que ello implique la jibarización de sus capacidades de desarrollo personal.

En tal sentido, en Latinoamérica hay que luchar contra la práctica de sanciones paraestatales que dan lugar a una doble ética. Por una parte, constituciones políticas en las cuales se recogen todas las declaraciones de derechos humanos, y por otra una organización *de facto*, dirigida o apoyada por el Estado, que viola todos estos derechos. Como lo denuncian todos los organismos internacionales, la tortura, el desaparecimiento forzado de personas, las ejecuciones sumarias —por citar aquellas trasgresiones más graves—, son frecuentes en muchos de nuestros países. Es este uno de los primeros y apremiantes problemas que debe afrontar una política criminal democrática, con el objeto de garantizar que ello no suceda o no vuelva a suceder.

Pero no solo en el ámbito paraestatal hay graves trasgresiones al principio de indemnidad personal, sino también en las sanciones propiamente estatales. En ese sentido hay que garantizar que no se aplicará la pena de muerte, ni la de presidio perpetuo ni las penas excesivamente largas de privación de libertad o de privación de derechos, pues todas ellas afectan a la *esencia* de los derechos de la persona, *impidiéndole así su desarrollo*. Más aún, aparece hoy criminológicamente comprobado, principalmente en nuestros países, los efectos despersonalizadores de las penas privativas de libertad. Las penas privativas de libertad implican una *doble violencia*. Por una parte por el efecto desintegrador sobre la persona y, por otra, por ser de carácter discriminatorio, ya que generalmente recaen precisamente sobre personas que han tenido graves déficits sociales, así como porque, de ordinario, los reclusos de nuestras cárceles pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. De ahí que haya de tenderse a aplicar lo menos posible la pena privativa de libertad y a buscar sustitutos, o bien alternativas a ella, con el objeto justamente de evitar sus efectos nocivos para la persona. Más aún, dada la corresponsabilidad del Estado, las sanciones han de contemplar, cuando el caso lo requiera, formas de apoyo a la persona, a fin de que en el futuro pueda resolver sus conflictos sociales de un modo diferente del de los hechos delictivos. La pena o sanción no puede ser *simplemente de castigo*, sino que tiene que ofrecer alternativas diferentes para la solución de los conflictos. Por esta razón las penas tampoco pueden ser rígidas en su mínimo, sino que han de ser abiertas, con el objeto de que el juzgador, llegado el caso y de acuerdo con el principio de necesidad de la pena, íntimamente ligado al de indemnidad personal, pueda prescindir también de ella.

El principio de necesidad de la pena ha de regir todo el sistema penal, ya desde la persecución policial, puesto que a menudo, por ejemplo, en hechos de poca monta la detención de un joven puede ser sumamente perjudicial, cuando bien bastaría con llamar a la familia, al asistente social respectivo o al educador. En el mismo sentido, el proceso penal también ha de verse influido por la necesidad de la pena y, por tanto, en gran cantidad de delitos puede ser preferible terminar el proceso con una conciliación y no con una sentencia condenatoria.

Indemnidad personal y necesidad de la pena son un desafío político-criminal en cuanto requieren de garantización en nuestros sistemas, dado el hecho de que la

mayoría de las personas a quienes se aplica la pena en nuestros países, como ya hemos dicho, pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

En definitiva, perspectiva político-criminal significa determinación de los principios básicos de un derecho penal democrático y dilucidación de su contenido, en tanto que desafío político-criminal significa entender que todo principio es solo un programa de acción que requiere por ello de sustentación en una realidad concreta, la nuestra, latinoamericana, con el objeto de establecer, si no algo diferente del derecho penal, como dijera RADBRUCH, por lo menos un derecho penal más humano, de los hombres únicamente y para los hombres.

Método de resolución de casos penales*

Prof. José Hurtado Pozo
Universidad de Fribourg - Suiza

INTRODUCCIÓN

La enseñanza del derecho requiere, además de la transmisión de conocimientos mediante clases *ex cathedra*, familiarizar al estudiante con la manera como los juristas aplican las leyes a casos concretos. Este aspecto práctico del aprendizaje no debe ser confundido con la "práctica forense", es decir, con la preparación profesional que el futuro abogado, juez, notario, asesor de empresas o de instituciones públicas adquiere, durante un tiempo determinado, bajo la guía de alguno de esos profesionales. Las facultades de derecho no tienen esta finalidad. Se trata más bien de tomar el camino inverso del seguido en las clases teóricas: partiendo de un caso concreto remontarse hasta las disposiciones legales y los criterios teóricos que permiten responder al o los problemas jurídicos que plantea. Si se trata de una sentencia, de determinar los hechos, comprender la decisión adoptada y analizar el razonamiento de los jueces para aprehender la manera como han interpretado las disposiciones legales invocadas.

Los "casos prácticos" son utilizados, en el dominio jurídico, desde hace mucho tiempo y de manera amplia. Entre nosotros, baste recordar que JIMÉNEZ DE ASÚA, inspirándose en los alemanes, difundió esta técnica de enseñanza. Luego ha sido utilizada con desigual fortuna, debido —en parte— a las dificultades materiales y personales (gran número de estudiantes y falta de personal docente capacitado).

En las innumerables sentencias de los órganos judiciales se va concretizando la interpretación "oficial" de las normas legales. Su

* Notas de derecho colombiano a cargo de FERNANDO VELÁSQUEZ V. En adelante CP = Código Penal de 1980. La normatividad citada por el autor corresponde a la legislación penal peruana.