

METODOLOGIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL*

Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS
Magistrado del Tribunal Superior de Cali

"Ni el mundo permanece estático ni la vida detiene su curso tan solo porque algunos hombres, ayudados por instituciones dispuestas para ello, quieran ahogar la dinámica de la historia. Una continua movilidad y cambio impulsan, más allá de cualquier voluntad conservadora, un proceso de creación cultural que pugna por expresarse en variaciones y revisiones de las formas de vida social, aun cuando para ello sea menester desbordar los marcos que quieran contenerlo".

EDUARDO NOVOA MONREAL

Es un hecho histórico comprobado que vivimos en un mundo que nos presenta, en rápida sucesión, modificaciones o transformaciones culturales, tecnológicas y científicas, que nos llevan día a día a realizar nuevos replanteamientos en cuanto a lo que era conocido y aceptado tradicionalmente. No creemos equivocarnos si afirmamos que en las últimas cinco décadas los cambios presenciados por la sociedad contemporánea, superan el ciclo evolutivo de la humanidad en el resto de su larga historia. Son tan acelerados, que difícilmente nos adaptamos a las nuevas situaciones creadas por el desarrollo tecnológico. Con razón ese extraordinario jurista chileno que es NOVOA MONREAL, nos dice que "en los últimos cincuenta años la humanidad ha hecho adelantos técnicos que superan lo ocurrido en todas las épocas pretéritas", denuncia que la tecnología se alimenta a sí misma; en forma de que a más tecnología sobreviene una tecnología aún más intensa y compleja, de manera inevitable. Esto lo lleva a sugerir que es necesario que los hombres aprendan a moderar al ritmo del cambio, porque de otro modo toda la humanidad podría verse condenada a un fracaso masivo de adaptación. Agrega que las instituciones normales de nuestra sociedad no podrán resistir ese ritmo, si este no se modera. Podría llegarse, por consiguiente, a límites no alcanzables de adaptabilidad humana e institucional. Llama *futur shock* a esta súbita desorientación por la llegada veloz y acelerada de un futuro inasimilable e insoportable en razón de sus novedades inauditas. "Esa desorientación podría llegar a convertirse en una verdadera anemia social"¹.

* El presente trabajo constituye el capítulo 1 del libro en preparación del autor que aparecerá con el título *Teoría y práctica del derecho penal general y penal especial*. Para su realización conté con la asistencia permanente de Enrique Castillo, de Costa Rica, Marcela Márquez de Villalobos, de Panamá, Alfonso Reyes y Emiro Sandoval, de Colombia, al igual que el grupo de la Universidad San Buenaventura, y muchos más cuyos nombres se me escapan.

¹ EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Editorial Siglo XXI, 1980, pág. 44.

"Anomia significa ausencia de normas, pero también desorganización social, por incapacidad de estas normas de imponerse eficazmente sobre las conductas y se produce cuando los grupos son tan variados, que aunque parezca contradictorio, hay un exceso de normas que convergen a solucionar un caso determinado. LOLA ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la reacción social*, pág. 31, Instituto de Criminología, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1977, pág. 31.

La situación histórica anterior plantea un problema dramático con el derecho, porque esos rápidos cambios contrastan con su casi absoluta inmovilidad, forjando la gran crisis por la que atraviesa la ciencia de lo jurídico; la ley se dicta para regir en el futuro de manera permanente; o por lo menos durante un largo periodo, para dar estabilidad al medio social y a sus instituciones; esa característica de la normatividad conspira el derecho como la efectiva herramienta del cambio y desarrollo social, y lo convierte en un medio conservante y tradicional, preocupado de preservar las más obsoletas instituciones. Hoy vemos con asombro en los países latinoamericanos, influidos por el derecho europeo continental, cómo subsisten las viejas codificaciones que surgieron bajo el influjo del fervor liberal en la gran Revolución de 1789. Esa brecha todos los días creciente, entre realidad y derecho desprestigia las instituciones, merma el valor social de lo jurídico y de sus cultores, haciendo que la ley y sus formalismos sean vistos por la masa como un obstáculo y traba del desarrollo social armónico. Es nuevamente NOVOA MONREAL quien con su certero juicio piensa que la "nota más deprimente reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no solo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para este. Mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil, determinado por el progreso científico y tecnológico, por el crecimiento económico e industrial, por el influjo de nuevas concepciones sociales y políticas y por modificaciones culturales, el derecho tiende a conservar formas que, en su mayor parte, se originan en los siglos XVIII y XIX, cuando no en el derecho de la antigua Roma, y se manifiesta enteramente incapaz de adecuarse eficientemente a las aspiraciones normativas de la sociedad actual"².

El también chileno JORGE WITKER, igualmente comparte los criterios expresados cuando afirma que "el derecho y sus cultores, paulatinamente, han ido quedando atrás en el camino del progreso social, a espaldas de los cambios vertiginosos y, a veces, opuestos en sus inclinaciones lógico-formales, a la corriente de la historia. No es, entonces, erróneo llegar a pensar en la existencia de un verdadero dualismo, en el cual la institucionalidad y la norma jurídica rigen bajo el principio "se acata pero no se cumple" desconectándose de la vida real o de lo que los sociólogos del derecho norteamericano llaman el *law in action*"³.

El derecho penal, como una rama más del derecho, no escapa a este sino, por el contrario, sigue influido por las viejas corrientes de la filosofía liberal; las leyes latinoamericanas continúan siendo trasplantes inadecuados de instituciones que fueron funcionales en sociedades, desarrolladas bajo el influjo de un sistema capitalista en plena expansión⁴, sometidas a las teorizaciones de los cultores del derecho europeo, quienes reflexionan conforme a su realidad histórica y, obviamente, trasplantan estos conceptos a nuestros códigos, sin

² EDUARDO NOVOA MONREAL, "Algunos aspectos sobre contenido de una enseñanza moderna del derecho", en *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Unam, México, 1976.

³ JORGE WITKER V., "El derecho en América Latina", en *Antología...*, cit., pág. 265.

⁴ JORGE WITKER V., "El derecho en América Latina", en *Antología...*, cit., pág. 262.

beneficio de inventario con resultados negativos. Nuestro Código Penal sigue siendo rabiosamente individualista, fruto de una sociedad profundamente influida por la burguesía liberal, pero que no constituye obstáculo que impida adecuar sus normas a las concepciones del derecho social, que ha irrumpido de manera poderosa en todos los países del mundo. "Es un hecho irrefragable e incontenible la tendencia más o menos acentuada de los hombres hacia formas de vida más solidarias, en las que los intereses del mayor número empiezan a hacerse presentes y en las que se tiende a una mayor igualdad de las condiciones reales de vida de los hombres"⁵, porque todos los días es mayor la injerencia del Estado en la economía, su planificación cubre áreas antes reservadas a la iniciativa privada, cada día se socializan más las profesiones, los servicios y los derechos, tales como la medicina, el transporte, la seguridad social, la asistencia a los desvalidos, el comercio exterior, etc.

Hoy más que nunca el interés público prima sobre el interés particular, los derechos individuales de carácter subjetivo y absoluto que se predicaron en épocas pasadas y cuyos rezagos aún encontramos, son relativos ante la mayor socialización de las actividades humanas en la comunidad.

Nuestro Código Penal sigue dando prelación a la defensa y protección de los derechos individuales, y apenas hoy, tímidamente, se trata de dar adecuada protección a los derechos sociales con la aparición de títulos tendientes a la conservación del orden económico o a la protección de la ecología. Otros derechos sociales de más vieja data, con protección penal, tales como la seguridad pública, la libertad de trabajo y de asociación, apenas si son constancias románticas de nuestra legislación, pues ha preocupado más la vigencia de la ley, que su eficacia⁶.

La estadística criminal refleja que los jueces se dedican íntegramente a aplicar los tipos que protegen derechos individuales, cuales son el patrimonio económico, la vida e integridad personal, la libertad, etc., mientras que aquellos tipos de amplio contenido social apenas si existen en los reticulados de la estadística criminal⁷.

Lo anterior no significa que estos delitos no se presenten como fenómenos sociales de nuestra comunidad, sino que la ley está alejada de la realidad y se convierte en una constancia literal, que rige, pero no se cumple, sin que a nadie le preocupe realizar una investigación jurídico-criminológica que detecte las razones de su ausencia en la estadística criminal, para formular proyectos de modificación que actualicen la ley. Asiste razón a KAPLAN cuando afirma que "los grandes filósofos del derecho elaboraron sistemas totales de vida humana, teorías del hombre, de la sociedad, de la historia, buscaron formular grandes principios, sustentándose en problemas fundamentales y realidades concretas y teniendo a ofrecer soluciones; de ahí su resonancia histórica"⁸.

⁵ EDUARDO NOVOA MONREAL, "Algunos aspectos sobre contenido de una enseñanza moderna del derecho", ob. cit., pág. 69.

⁶ HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 187.

⁷ *Criminalidad*, 1980, Policía Nacional, Bogotá, 1981.

⁸ Citado por JORGE WITKER, "El derecho en América Latina", ob. cit., pág. 265.

Con los nuevos delitos contra el orden económico social ocurrirá algo más o menos similar, porque su elaboración no es el resultado de una investigación jurídica y empírica, sino de formulaciones teóricas surgidas del criterio personal de los encargados de elaborar la ley. Posteriormente, al comentar estos delitos, se plantean algunas reflexiones sobre el tema. Pero, a modo de ejemplo que valide esta afirmación es bueno analizar brevemente algunos aspectos técnicos relativos al acaparamiento y la especulación que, en nuestro concepto, los hará inaplicables. Efectivamente, en los arts. 229 y 230 del C. P. se crean tipos penales en blanco, al mencionar "artículos de primera necesidad", pero al revisar de manera cuidadosa la legislación administrativa al respecto, se dan vagas definiciones de lo que debe entenderse por artículos de primera necesidad o se alude a conceptos diferentes a los establecidos en la ley penal. La ley 7ª de 1943, en el inciso segundo del art. 1º dice: "Se entiende como artículos de primera necesidad los víveres, drogas y mercancías de ordinario consumo entre las clases populares". Los decretos 149 de 1976, art. 2º; 2562 de 1968, art. 10; 201 de 1974, art. 1º y 87 de 1967, hablan de bienes y servicios sometidos a control; otras normas hablan de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales y extranjeros (ley 155 de 1959, art. 10; decreto 3307 de 1963); otros, por el contrario, aluden a géneros esenciales de primera necesidad (decreto 1590 de 1963), pero sin determinar qué debe entenderse por tales; otros aluden a artículos de primera necesidad, de consumo popular o de uso doméstico, y no los discriminan (decreto 1479 de 1963); el 2145 de 1974 habla de alimentos y artículos básicos (art. 11).

El decreto 1653 de 1960, art. 2º, utiliza la expresión "artículos de primera necesidad". El decreto 2004 de 1947 alude a artículos y elementos de uso y consumo ordinario en su art. 8º; otros decretos, por el contrario, hacen enumeración de los artículos que deben considerarse como de primera necesidad, tales el 1194 de 1977, art. 1º, el 887 de 1946, art. 2º y el 928 de 1943, art. 1º. En el literal c, del artículo 6º del decreto 149 de 1976 se faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para que determine por medio de resolución los artículos alimenticios de primera necesidad; entonces cabe preguntar: Los no alimenticios, ¿cómo y por quién se determinan?

Como puede observarse, de este maremágnum de disposiciones administrativas no se da una definición precisa de lo que puede entenderse por artículos de primera necesidad, problema que enfrentarán los jueces muy pronto y que generará impunidad, porque no dispondrán de mayores bases para determinar cuáles pueden considerarse como artículos de primera necesidad, puesto que en la actualidad existen solo artículos sometidos a control, muchos de los cuales, creemos, no son en realidad de primera necesidad; tal por ejemplo, los servicios turísticos, de transporte aéreo, y algunos productos químicos industriales.

Bueno es considerar que artículos alimenticios que son de primera necesidad en las regiones andinas (las habas por ejemplo) o de vestir (la ruana), u objetos importantes en regiones menos desarrolladas (las velas de parafina), no podrían ser tenidos como de primera necesidad en las costas y valles tropicales o en regiones con mayor desarrollo y perfectamente electrificadas.

Lo anterior conduce a la conclusión de que aunque estos tipos rijan no serán eficaces en cuanto a la protección del orden económico-social defendido.

Los problemas anotados al derecho en general y al derecho penal en particular, tienen su más remoto y cercano origen en las facultades de derecho y en la metodología de la enseñanza utilizada en ellas.

HÉCTOR FIX ZAMUDIO dice que "La metodología del derecho o metodología jurídica es la disciplina que se ocupa del estudio de los instrumentos técnicos necesarios para conocer, elaborar, aplicar y enseñar ese objeto de conocimiento que denominamos derecho"⁹.

Es problema primordial de cada ciencia determinar su método de investigación, con el propósito de conseguir un mejor conocimiento de su objeto de estudio; también es importante la determinación del método de enseñanza, y este debe escogerse de acuerdo con los fines que se pretenda obtener y fundamentalmente de la calidad del profesional del derecho que se quiere producir. LEONCIO LARA, en relación con este tema, dice: "la función de las escuelas de derecho debe ser: A) Formar «abogados» idóneos, teórico-prácticos, adecuados para ejercer con eficacia dentro del modelo de desarrollo adoptado por el país, sobre la base de una evolución social justa y equitativa. B) Formar «intérpretes aplicadores del derecho» con un alto sentido social y una concepción justa de la vida. C) Formar «investigadores del derecho» que amplíen este y lo sitúen históricamente en su realidad nacional. D) Formar «enseñantes del derecho» como elementos de retroalimentación del proceso educativo"¹⁰.

WITKER con su proverbial acierto hace resaltar las actividades que el abogado tradicionalmente viene desempeñando en América Latina que lo identifican como tal. Ellas son: "a) abogar, es decir, defender un determinado punto de vista ante los que tomen decisiones, sean estos tribunales o agencias administrativas; b) negociar, mediar, arbitrar; c) aconsejar acerca de la legalidad o ilegalidad de una determinada opción; d) estar en posesión de los contactos adecuados para sacar adelante un asunto; e) formular o ayudar a formular el derecho positivo a través de su actividad política o asesora de los órganos creadores del derecho; f) participar en el proceso de planeación informando sobre los marcos legales necesarios para poner en práctica lo acordado, y g) aplicar el derecho como funcionario público o privado"¹¹.

En una escuela de iniciación jurídica debe descartarse como objetivo la formación de investigadores del derecho o profesorado científicamente preparado, pues son especializaciones más refinadas que han de quedar adscritas a las escuelas de posgrado, doctorados, maestrías, etc.; sin que ello sea obstáculo para que en desarrollo de la formación historial de la escuela, se introduzcan conceptos propedéuticos en cuanto a lo que es, debe ser y forma de hacer la investigación jurídica y la docencia. Debe reconocerse que el investigador,

⁹ HÉCTOR FIX ZAMUDIO, "En torno a los problemas de la metodología del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 89.

¹⁰ LEONCIO LARA SAENZ, "La enseñanza del derecho en México", en *Antología...*, cit., pág. 222.

¹¹ JORGE WITKER, "El derecho en América Latina", en *Antología...*, cit., pág. 268.

y el docente se hacen con la práctica respectiva y luego sobrevienen las informaciones técnicas o científicas en los cursos de especialización.

Con las limitaciones propias de nuestras Universidades y consecuentes del desarrollo de nuestra sociedad, hemos de aceptar la imposibilidad, por ahora, de formar el tipo de especialistas aludido y por tanto se debe formar el abogado tradicionalmente conocido tal como lo precisa WITKER, porque básicamente en nuestra subdesarrollada sociedad, el estudiante se profesionaliza buscando un medio de subsistencia; tener que atemperarnos a los condicionamientos impuestos por el momento histórico, no sería obstáculo para dar una enseñanza actualizada; estudiando las áreas que mejor se adecuan a las cambiantes situaciones contemporáneas, crear en el estudiante una gran capacidad crítica y darle un cabal conocimiento de la realidad, para que siendo la profesión un medio de subsistencia, se la ejerza con sentido solidario y así cada abogado sea un censor de las instituciones y un crítico de la ley, en sus deficiencias técnicas y en sus muy frecuentes alejamientos del ideal de justicia y equidad.

Precisado con un criterio muy personal, que, sin embargo, corresponde a nuestra idiosincrasia y a la complejidad de la vida contemporánea, debemos determinar qué habilidades y destrezas se deben fomentar y perfeccionar y las técnicas e instrumentos metodológicos para conseguirlas.

Para la determinación metodológica recomendada debe tenerse como punto de partida que ante todo tratase de una profesión liberal, tomada tradicionalmente como un medio de subsistencia; nuestro abogado excepcionalmente se sale de esos moldes tradicionales. Sobre esa base surge la formulación del jurista del futuro, al que aspiramos, sin salir de las expectativas que nos traza nuestro medio circundante.

Entre los defectos más generalizados del abogado latinoamericano enuméranse los siguientes: 1) Dogmatismo excesivo¹²; 2) alejamiento de la realidad social¹³; 3) excesivos ritualismo y formalismo¹⁴; 4) conocimientos puramente

¹² "Nuestros abogados generalmente se inclinan por negar el derecho vivo (o vivencia jurídica) y aferrarse a la fría letra del texto que dogmáticamente les permite utilizar la lógica, el sentido literal o gramatical, el histórico y el sistemático; todos ellos elementos que quedan en la *ratio legis*, pero que no apuntan a la relación social que exige al abogado una solución armónica y eficaz". JORGE WITKER "Derecho, Desarrollo y Formación Jurídica", en *Antología...*, cit., pág. 289.

"Técnicamente afirmamos que una ciencia del derecho completa no puede estar limitada al solo enfoque dogmático, sino que debe abarcar otras clases de problemas además de los propios". CHARLES EISEMAN, "Objetivos y naturaleza de la enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 47.

¹³ "Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el derecho y las realidades sociales que vive el mundo.

"Considerando el derecho en su doble aspecto de sistema normativo que una sociedad se da a sí misma y de conjunto de conocimientos teóricos relativos a los fenómenos jurídicos, se advierte, en general, que sus preceptos están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de una sociedad moderna y que sus elaboraciones teóricas, que muy poco avanzan, continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas. Todo esto hace de la legislación positiva algo ineficiente e inactual, y de los estudios jurídicos algo vacío o añejo". JORGE NOVOA MONREAL, "Aspectos sobre enseñanza moderna del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 57.

"Para poder colaborar al perfeccionamiento del sistema jurídico vigente el hombre de derecho requiere, asimismo, un cierto conocimiento de la realidad social, así en general como en sus interrelaciones particulares con el factor jurídico. La falta de esta información divorciará su esfuerzo de las verdaderas necesidades sociales y le expondrá a un activismo ajeno a las exigencias del bien

nemotécnicos¹⁵; 5) conciencia individualista y ausencia de manifestaciones solidarias¹⁶; 6) ausencia de actitud crítica entre el aparato estatal y la

común cuando no completamente estéril". RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 114.

"La formación de los juristas se encuentra hoy en un estado de crisis así como la ciencia del derecho..., las críticas se producen en dos direcciones: se refieren a la excesiva influencia de la práctica, que pone el acento en conocimientos jurídicos puramente técnicos y posesión de ciertas rutinas, y, de otra parte, se reprocha a las facultades su persistencia de enseñar el derecho como un sistema de reglas preestablecidas, aisladas de las realidades sociales...". JORGE MARIO GARCÍA LA GUARDIA, "Universidad Latinoamericana y formación de juristas", en *Antología...*, cit., pág. 200.

"La enseñanza del derecho es informativa y no formativa, lo que establece una separación entre derecho y sociedad". LEONCIO LARA SÁENZ, "La enseñanza del derecho en México", en *Antología...*, cit., pág. 218.

"El aspecto jurídico es un elemento integrante de todo proceso social, grande o pequeño, pues parte del supuesto que todo hecho colectivo presenta facetas económicas, sociológicas, políticas y jurídicas a la vez. Este enfoque, más bien complementario de los anteriores, ubica al derecho en una función instrumental coadyuvante u oponente al desarrollo o cambio social requerido". JORGE WIKTER, "El derecho en América Latina", en *Antología...*, cit., pág. 264.

¹⁴ "La nueva enseñanza del derecho, en función de la revolución de la cultura está dirigida a la liberación. Liberación de los estudiantes y del medio social. La liberación del estudiante es fundamental, disponiéndose educarlo para la felicidad, en función del amor al prójimo y en atención a la solidaridad. Esa liberación debe luchar con el ritualismo y el formalismo. La enseñanza del derecho, para llegar a la liberación, debe cambiar las formas y sensibilizar al hombre con la justicia. En una sociedad en transición el espíritu del hombre debe ser flexible. Las formas del derecho coadyuvan a la enajenación del hombre". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 190.

¹⁵ "Porque es obvio que la lectura y la esforzada retención de los textos y de las glosas van cayendo en el olvido, en relación directa con la cantidad de los volúmenes que los contienen y, entonces, la dorada ilusión de los dieciocho años, la borrosa vocación que precisa afirmarse, el cúmulo de necesidades espirituales a mano del hombre joven, van siendo escurridos por una máquina que se torna inexorable: la técnica jurídica". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 186.

"No hay, pues, de recurrirse al procedimiento de la memorización como forma de aprendizaje del alumno sino en el grado mínimo considerado indispensable para su preparación para acentuar, por el contrario, su formación, en el desarrollo de su capacidad de rastrear, valorar e interpretar por sí mismo las fuentes donde se contienen los conocimientos de que habrá de necesitar posteriormente". RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 115.

"A la figura preminente del docente comunicador de información elaborada se contraponen un auditorio de alumnos pasivos, que deben escuchar sin mayor participación en la tarea enseñanza-aprendizaje. Así, ambas instancias actúan separadas y la enseñanza corre por cuenta del maestro y el aprendizaje por parte del alumno. Allí, en medio de esta metodología, los manuales y textos oficiales que recogen el derecho vigente conforman la estructura en torno a la cual se despliega una nemotécnica acrítica y repetitiva por parte de estudiantes irreflexivos y, a veces, ausentes". JORGE WITKER V., "Derecho, Desarrollo y Formación Jurídica", en *Antología...*, cit., pág. 292.

¹⁶ "RADBRUCH reconoce en el derecho social un nuevo estilo del derecho, como resultado de una nueva concepción jurídica del hombre que reacciona contra el individualismo. La idea central del derecho social, según él, no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, con lo que la igualdad deja de ser un punto de partida para convertirse en una aspiración del orden jurídico". EDUARDO NOVOA MONREAL, "Aspectos sobre la enseñanza moderna del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 72.

"Ha de tratarse de un hombre capacitado para constituirse en servidor del orden de lo justo, antes que del orden legal; al mismo tiempo, ha de tratarse de un hombre capacitado para constituirse en servidor del cuerpo social, más allá de los confines de la relación profesional en que tradi-

ley¹⁷; 7) exceso de conocimientos teóricos y falta de adiestramiento práctico¹⁸; 8) información enciclopédica y superficialidad de la misma¹⁹.

Enunciados los defectos, es preciso destacar las habilidades o destrezas por crear, los medios instrumentales para conseguirlas y que lógicamente se pueden deducir con los conceptos antinómicos que se critican, esto es, una enseñanza de lo jurídico, destacando la importancia de la realidad; el respeto de la ley, siempre y cuando esté integrado al concepto de justicia; capacidad de valoración y crítica, antes que aprendizaje pasivo y memorizado; mayor énfasis en la formación que en la misma información; aplicación dinámica y viva del derecho por encima de los obsoletos formalismos; primacía de lo social

cionalmente ha venido desenvolviéndose el abogado". RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 113.

"De esta suerte el destino final de los estudiantes de abogacía no es incierto. Serán el combustible máspreciado de la dominación política imperante: la burocracia. Mansos caminantes del estilo de la mediocridad, engranajes de las oficinas técnicas encargadas de frenar el cambio del tiempo. Simples sirvientes de un comercio profesional. Lejos, muy lejos, de su misión preciosa: hacer justicia, disolver los conflictos humanos, ejercer la abogacía con función social". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 188.

¹⁷ "Solamente formando una sólida y certera conciencia crítica sobre las deficiencias del derecho vigente podremos lograr que sus estudiosos queden en condiciones de rendir el impropio esfuerzo científico necesario para sacarlo de su retraso. El análisis profundo de algunos viejos principios, la comprobación de su inadecuación a las condiciones actuales de vida humana y de su desplazamiento de la realidad social, la elaboración de ideas y sistemas normativos más aptos, serán, en consecuencia, el objetivo fundamental de una enseñanza del derecho concebida con criterio moderno". EDUARDO NOVOA MONREAL, "Aspectos sobre la enseñanza moderna del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 56.

"...presupone en el hombre de derecho una actitud dinámica ante el ordenamiento jurídico imperante caracterizada por un permanente enjuiciamiento de su contenido y por un constante esfuerzo tendiente a constituirle en expresión adecuada de lo que la justicia y el bien común reclamen en la actualidad del ordenamiento legal". RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 113.

"Los alumnos de abogacía no son llevados a juzgar el derecho. Se desatiende así una función primordial de toda universidad, la de formar dirigentes. Porque juzgar al derecho es hacer política en la medida en que la política, como creación del derecho, sea el campo de acción de los nuevos dirigentes. En cambio se opta por el alienante temperamento de que los alumnos reciben información sin participación alguna. Como simples receptores de una verdad hecha y cerrada. Juzgar hechos y juzgar el derecho, juzgar a los hombres y juzgarse así mismos, juzgar la prospectiva de la evolución social; he aquí un modelo comprometido de enseñanza, dirigido a preparar abogados aptos para hacer justicia". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 180.

¹⁸ "Debe orientarse en el sentido de procurar un adecuado equilibrio en la transmisión de conocimientos teóricos y prácticos, con miras a formar, al mismo tiempo, al profesional, al jurista y básicamente al investigador". Declaración de principios y recomendaciones de la Primera Conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericanas. Citado por HÉCTOR FIX ZAMUDIO, "Problemas de la metodología del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 106.

"Se tiene que actualizar la enseñanza a través de caso. Ese caso debe ser la oportunidad para enseñar la teoría, y no la teoría una excusa para no mostrar un caso. Del hilvanado desenvolviimiento de los casos, surgirá, por lo demás, una teoría fundada en la realidad". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 191.

¹⁹ "Es indispensable proporcionar al estudiante una información global del sistema de derecho vigente, pero debe descartarse la tendencia «enciclopedista» que se manifiesta en el aumento anárquico de materias y en la ampliación elefantiásica de programas". JORGE MARIO GARCÍA LA GUARDIA, "Universidad Latinoamericana y formación de juristas", en *Antología...*, cit., pág. 201.

"Los estudiantes reciben una información verbal y enciclopédica acerca de la normatividad abstracta". LEONCIO LARA SÁENZ, "La enseñanza del derecho en México", en *Antología...*, cit., pág. 218.

sobre lo individual; conciencia valorativa y crítica por encima del enciclopedismo yerto, adecuada formación teórica y práctica en el manejo de la ley.

Concordando con estos puntos, VALENZUELA FUENZALIDA habla de la necesidad de formar ciertas habilidades o condiciones intelectuales en el hombre de derecho entre los que destaca:

1) Habilidad para determinar el problema de justicia envuelto en la situación de hecho o derecho a él propuesta. Es la capacidad de concluir en relación a lo que la equidad natural ordena, faculta o debe hacer.

2) Habilidad para destacar el problema jurídico ínsito en la situación de hecho propuesta a su consideración, distinguir entre los hechos relevantes y los no relevantes, entre las normas aplicables y las no aplicables.

3) Habilidad para sustentar la solución dada a un problema de derecho determinado. La capacidad de argumentar verbalmente o por escrito, desde el punto de vista jurídico sustentando la solución dada.

4) Habilidad para argumentar contra otras soluciones propuestas al mismo problema, destacando sus errores o contradicciones.

5) Habilidad para la formulación de críticas al sistema jurídico, teniendo en cuenta primordialmente el concepto de justicia y la consecuente capacidad para proponer soluciones o reformas a la institución criticada.

6) Habilidad para la formulación de críticas al sistema jurídico, teniendo en cuenta su adecuación al problema social y a sus especiales requerimientos²⁰.

A las anteriores debe agregarse la habilidad para formular crítica al sistema jurídico desde el punto de vista de su técnica legislativa.

Todas estas cualidades se logran por medio de los más diversos instrumentos metodológicos, que van desde la cátedra activa, el seminario, el método del caso, de situaciones, de jurisprudencia, de consultorio jurídico, ejercicios axiológicos, hasta la investigación doctrinaria, jurisprudencial, empírica y de derecho comparado.

Método de la clase activa.—Denominado también método socrático, a través del cual el maestro deja el monólogo magistral para establecer un diálogo fructífero con sus alumnos, planteando un problema para su análisis; se modera por parte del profesor y deja a los alumnos presentar sus opiniones, valoraciones o el planteamiento de posibles soluciones. Generalmente, de antemano se informa el fenómeno que se va a estudiar para que los participantes lleven una información teórica previa sobre textos señalados por el profesor.

Como ejemplo podría citarse uno de los temas vitales del derecho penal: la antijuridicidad; para analizar sus problemas estructurales, casos relacionados con el tema, la jurisprudencia existente, casos de ausencia, siempre tratando que el alumno se desprenda de la opinión determinante del maestro o de los autores, y emita la propia sustentándola.

Las ventajas son innegables al rescatar al alumno de la terrible pasividad intelectual que forja la cátedra magistral y estimular el carácter creativo y la independencia de criterio.

²⁰ RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 116.

Método del seminario.—Presenta las mismas características y ventajas de la clase activa, pero acentuando aún más la intervención del alumno, porque mientras en el primero se le entrega el documento contentivo de la información concerniente a lo que se va a discutir, en el seminario se le informa únicamente el tema, debiendo el alumno realizar una investigación personal para conseguir la información relativa al tema y a las opiniones que se van a sustentar. Se presta para la realización de trabajos e investigaciones colectivas.

Además de las ventajas del método anterior, el hecho de permitir el trabajo en grupo, comienza a preparar al alumno para trabajar colectivamente, adaptándolo a la complejidad del mundo contemporáneo, que exige cada vez más esta forma de investigación interdisciplinaria. Uno de los graves problemas que aqueja la investigación latinoamericana es precisamente el acendrado individualismo, que afecta nuestras formas de trabajo y a los estudiantes que los hace trabajar y estudiar individualmente, sin que presten su capacidad de trabajo al grupo.

Método del caso.—Se presta este instrumento metodológico para múltiples variantes, desde el más socorrido y conocido de plantear hipotéticamente un caso para que el estudiante, con base en los conocimientos teóricos, lo resuelva; hasta la posibilidad de realizar ejercicios más tecnificados en relación con la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc., por ejemplo, en tratándose del análisis de la tipicidad y de acuerdo con el grado de conocimiento en que se encuentre el alumno (facultad, maestría o especialización) y según se trate de penal general o especial, que el alumno dé ejemplo de conductas típicas, relativas a un derecho tutelado penalmente, de conductas atípicas, por atipicidad relativa o absoluta; dé ejemplos de tipos con sujeto activo o pasivo cualificado, de mera conducta o de resultado.

Que determine los elementos subjetivos o normativos de un tipo; que convierta un tipo penal de resultado en uno de mera conducta o que cualifique el sujeto de un tipo indiferente; con un derecho no tutelado penalmente, los alumnos redactarán los tipos que contengan las conductas atentatorias contra ese derecho. En relación con los derechos tutelados formulará nuevas conductas que no estén contempladas o que ofrezcan reformas de las existentes; que compare los tipos de varias legislaciones concernientes a un derecho determinado y emita su concepto en relación con las más técnicamente elaboradas o que anote los defectos advertidos en ellas. Se señalarán en el Código todos los tipos con elementos normativos, o aquellos de sujeto activo plurisubjetivo y muchas posibilidades más, pues las perspectivas son prácticamente infinitas.

Este método tiene muchas ventajas; en primer lugar aleja al estudiante de la yerta indiferencia de las teorías, que en la clase magistral en ocasiones se memorizan, sin entender ni explicar su empleo; se dinamiza el estudio y el alumno comienza a ver el sentido práctico del derecho y a comprender a través del caso las teorías que fácilmente aprenderá.

Lo obliga a formarse un criterio personal, a emitir su opinión independientemente, liberándolo del pesado yugo de los conceptos de tratadistas o tribunales, se le habilita para ejercer una posición crítica ante la ley, desde el

punto de vista técnico, abriéndole el camino a un posible legislador, con capacidad y práctica para que de un determinado fenómeno de hecho, pueda forjar una norma penal.

El método del caso no solo se presta para habilitar al estudiante como un técnico del derecho como se puede creer, y menos aún cuando hemos formulado críticas directas al exceso de dogmatismo, formalismo y ritualismo de la ley y de sus cultores, pues en relación a otros temas del derecho penal podrá realizar ejercicios valorativos y axiológicos.

En el caso de la antijuridicidad ¿se podría cuestionar si se protegen penalmente los derechos más importantes garantizados al hombre, o a la colectividad, o si es posible introducir al Código Penal otros derechos por ahora no protegidos penalmente?

Es posible además determinar por medio de investigaciones doctrinarias o empíricas, si los derechos son efectivamente protegidos o si se trata de simples leyes que no concretan su validez en la realidad.

De acuerdo con la importancia valorativa de los derechos penalmente protegidos también es factible determinar desde el punto de vista de la punibilidad, si esta corresponde retributivamente a esa importancia.

Realizando comparaciones entre los delitos conocidos como criminalidad convencional y de cuello blanco, se determinará por parte de los alumnos el grado de daño individual o social, de los unos y de los otros, y si todas estas conductas están protegidas o si sus penas guardan efectiva proporción con sus efectos dañosos.

Método de las situaciones.—Propuesto por VALENZUELA FUENZALIDA, lo explica así: "El primer enfrentamiento del alumno con cada una de las materias objeto de su aprendizaje tiene lugar a través del método que hemos denominado «de situaciones» y que consiste fundamentalmente, en someter a su consideración una situación de hecho determinada y en requerirle para que le dé solución, en términos jurídicos, sobre la base exclusiva de lo que al respecto le dicte su criterio de justicia. La situación planteada será, en la medida de lo posible, representativa de la problemática jurídica cuyo estudio inicia el alumno. El tiempo de su formulación corresponderá al momento en que deba ser resuelta y el alumno, para este efecto, no podrá valerle de otro elemento de juicio que el que le sea proporcionado por su concepción personal de lo que es justo o injusto con relación a los hechos constituidos de la situación que ha de resolver".

Planteamiento de la situación.—Se trata de una mujer casada, madre de ocho hijos, cuyo marido obtiene escasamente lo necesario para el mantenimiento de su hogar desempeñándose como obrero de la construcción. Sabiéndose embarazada y ante la aflicción económica que vive su grupo familiar, recurre a los servicios de una comadrona para que le practique un aborto. Preguntas: Sobre la base de su concepción de lo justo y de lo injusto: a) ¿considera usted que esta mujer ha cometido un delito?; b) si el aborto es practicado no en los primeros días del embarazo, ¿cambiaría usted la respuesta dada a la pregunta precedente?; c) si la mujer recurre al aborto para evitar el nacimiento de un

hijo que fundadamente puede temer nacerá defectuoso, ¿cambiaría usted la respuesta dada a la pregunta a)?; d) si la mujer recurre al aborto como un medio para evitar su deshonra, ¿cambiaría usted la respuesta dada a la pregunta a)?; e) en caso de contestar afirmativamente a la pregunta a), ¿qué pena aplicaría usted a la mujer?; f) en el mismo caso, ¿qué pena aplicaría usted a la comadrona que practicó el aborto?²¹.

A las hipótesis planteadas se podrían agregar las siguientes, teniendo en cuenta nuestra legislación: ¿cuál la decisión del estudiante si la mujer que aborta concibió como consecuencia de una violación?; ¿o de una inseminación artificial no consentida?; ¿o sufre daños de salud que pueden hacer temer por su vida?; ¿o recurre al aborto por la dramática situación económica que ha llevado a presenciar la muerte de varios hijos por inanición, o los que viven presentan problemas de desarrollo por deficiencias alimenticias?

VALENZUELA recomienda que: "formulada la situación y resuelta por los alumnos en la forma indicada, el método adoptará en su desarrollo las modalidades propias del tipo de clases que hemos denominado «dirigidas». El profesor replanteará la situación y, sobre la base de la regulación con que haya sido resuelta por uno de los alumnos, promoverá un debate general acerca de la solución que deba dársele en justicia, exigiendo de los estudiantes, en cada caso, la debida fundamentación en sus opiniones. La actitud del profesor durante el debate será eminentemente pasiva, en cuanto se circunscribirá al rol de encausar en términos apropiados el curso de la discusión iniciada por los alumnos. Si el criterio de justicia de estos no correspondiese en sus fundamentos o lineamientos básicos con el criterio de justicia del profesor, este, a la conclusión de la clase aportará su punto de vista sobre la situación, aunque tan solo como un elemento más de juicio y cuidándose de proporcionar a los estudiantes las explicaciones que la justificación de su distinta apreciación de la situación haga necesaria"...²².

Se anota como ventaja de este método, que antes de enfrentar al alumno con el orden legal, se le contrapone al orden de lo justo y de esta manera se lo forma para enfrentar los casos jurídicos desde la perspectiva de la justicia, elementos suficientes para que en el futuro adquiera una posición crítica ante la ley que contradiga su criterio de justicia.

Método de la casuística jurisprudencial.—Consistente en proponer a los alumnos decisiones de los juzgados, tribunales, o de la Corte Suprema de Justicia, para que las analicen desde su perspectiva jurídica y valorativa, debiendo tomar una posición ante las pretensiones de las partes y la decisión finalmente pronunciada.

Este método admite las más variadas posibilidades, no solo para las cátedras de penal general, y penal especial, sino también para las de procedimiento

²¹ RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., págs. 118 y ss.

²² RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 120.

penal, pruebas penales, práctica forense y consultorio jurídico. Es recomendable que las facultades de derecho, con la colaboración de jueces y magistrados fotocopien procesos de especial interés jurídico y profundamente debatidos por las partes, con destino a las bibliotecas universitarias, con lo cual quedarán al alcance de profesores y alumnos para realizar las más variadas prácticas docentes. De manera muy rápida enumeraremos algunas de las posibilidades que ofrece este sencillo método:

1) análisis por parte de los estudiantes de las decisiones proferidas en un proceso, quienes mostrarán su conformidad o disconformidad con ellas, fundamentando cada una de las posiciones adoptadas;

2) entrega a los estudiantes del proceso sin los fallos; de esta manera y con los fundamentos probatorios recogidos en ese proceso, emitirán sus propias decisiones y luego se realizará una discusión comparando la decisión proferida por el juez en el proceso real y la planteada por el estudiante;

3) posibilita la práctica del método de casos, porque a cambio de un caso hipotético, el alumno resolverá uno real, en el que entresacará de los medios probatorios que se hayan producido, los hechos que deben ser adecuados jurídicamente;

4) en relación con el derecho procesal penal, pruebas penales y práctica forense, como obviamente se puede pensar, las posibilidades son óptimas, pues se pueden visualizar de manera concreta a los estudiantes los problemas abstractos de cada una de esas materias, facilitando la comprensión de las diversas teorías.

Método del consultorio jurídico.—Instrumento metodológico que entre nosotros ya no representa ningún problema, puesto que legislativamente se impuso como una materia más del programa, que debe ser cursado y aprobado por la totalidad de los estudiantes.

Su práctica se hace más efectiva si el director del consultorio está asesorado, para los efectos del área del conocimiento que nos interesa, de un profesor especializado o dedicado al derecho penal, a menos que el director sea penalista; es inadecuado pretender que si tiene una especialización diversa, oriente a los estudiantes en derecho penal.

Es conveniente que la práctica del consultorio se inicie cuando el curso de procedimiento penal se ha hecho, y no como sucede ahora, que se inicia el consultorio paralelamente al estudio del derecho procesal penal.

Si existen áreas optativas de especialización, debe procurarse que los casos penales del consultorio sean entregados a estudiantes matriculados en el área optativa de penal.

El profesor encargado del área penal en el consultorio debe estar asesorado por monitores, ojalá estudiantes de los dos últimos semestres, que al mismo tiempo podrían ser monitores de los profesores del área, para que sirvan de contacto o puente entre estos y el consultorio y convertirlos en consultores de última instancia para aconsejar a los estudiantes en cuanto a los problemas de tipo teórico que se puedan presentar en la tramitación de un proceso penal que haya llegado al consultorio.

Los procesos tramitados por estudiantes, quedarán debidamente archivados con todas las actuaciones realizadas por ellos, para que estos a su vez se conviertan en fuentes alimentarias para la docencia práctica del derecho penal. Sería ideal que, como lo hace la Universidad San Buenaventura de Cali, el consultorio jurídico tuviera seccionales en las cárceles de la ciudad donde funciona la facultad, para que sean los estudiantes quienes, de manera directa, dialoguen con los presos sobre los problemas jurídicos que estos puedan tener y comiencen directamente la tramitación del caso. Es ventajoso el contacto del estudiante con las miserias sociales que confluyen en la cárcel, la tragedia que constituye para el hombre y su familia la privación de la libertad, pues así aprende a valorarla, para después, en el ejercicio profesional, bien como funcionarios o abogados litigantes, sean lo suficientemente diligentes y cuidadosos cuando decreten la pérdida de la libertad de una persona evitando que por su culpa alguien pueda estar preso más de lo debido o se prive de la libertad con ligereza y sin suficientes fundamentos probatorios.

Método axiológico y de política criminal.—Considerado uno de los más importantes, para formar al futuro dirigente político y al legislador, se fundamenta básicamente en una disección valorativa del Código Penal, en el cual tal como lo afirma el adagio popular para implicar ciertas ausencias y presencias injustificadas y en relación a las conductas ilícitas, “no están todas las que son, ni son todas las que están”.

El Código, como estructura jurídica de un país que acoge el liberalismo filosófico francés y el económico anglosajón, ha dado prioritaria importancia a los derechos individuales, descuidando los derechos sociales; ha dado mayor énfasis a la criminalidad convencional y a la política, mientras que la criminalidad de cuello blanco es prácticamente desconocida, no como fenómeno social, sino jurídico; presenta un tratamiento legislativo diferencial a ciertas conductas, según quienes sean los sujetos activos y pasivos²³. Lo anterior supone por parte del alumno, la realización de un análisis valorativo de los derechos protegidos penalmente que lo lleve a establecer una escala de mayor a menor, y a determinar según su criterio (debidamente fundamentado) si la punibilidad señalada por el legislador corresponde a ese concepto de equidad que sustenta.

Debe determinar si algunos de los derechos tutelados penalmente deben permanecer, o bastaría que se les dé una protección en el derecho privado o en el derecho público (derecho administrativo); *a contrario sensu*, si existen conductas y derechos que al no aparecer en el catálogo de los delitos, constituyen una violación a su concepto de equidad por considerar que son de mayor gravedad o dañosidad que muchos de los que allí aparecen.

De acuerdo con las consideraciones y conclusiones obtenidas de la realización de los ejercicios planteados, los estudiantes deberán elaborar proyectos de legislación penal que habrán de estar precedidos de la respectiva exposición de motivos.

²³ EDGAR SAAVEDRA ROJAS, “Tratamiento legislativo diferencial a las conductas que afectan derechos individuales y sociales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 10, Bogotá, 1981, pág. 180.

La única consecuencia que este método puede producir es la formación de un legislador en potencia, que estará acompañado de la técnica jurídica y del concepto de justicia necesarios para elaborar la ley del futuro, que remplace la actual, antitécnica, contradictoria y en muchas ocasiones injusta.

Método de la investigación doctrinaria.—El tantas veces citado WITKER afirma que la investigación jurídica puede realizarse en función de tres objetivos: "1) la investigación como medio de enseñanza; 2) la investigación como auxiliar básica de la enseñanza del derecho; y 3) la investigación destinada a conocer la realidad jurídica a fin de implementar una política legislativa oportuna y eficiente.

"La primera finalidad mira a ejercitar el futuro abogado en el manejo de sistemas y hábitos que la investigación crea y que servirán para enfrentar los múltiples problemas que la vida profesional presenta.

"La segunda finalidad apunta a la necesidad de que todo docente al enseñar debe proyectar su producción investigativa. Una enseñanza sin renovación constante se vuelve mecánica y congelada.

"La tercera finalidad se acerca al análisis y conocimiento del sistema jurídico en el sentido amplio. Se trata de detectar la forma como el Derecho rige las relaciones sociales, enjuiciar con sentido crítico la norma jurídica, su validez y eficacia, y proponer los elementos de cambios que permitan cumplir con eficacia los objetivos sociales y colectivos que supone tienen en vista el legislador y el magistrado"²⁴.

La investigación dogmática o doctrinal tiene como fundamento aclarar el derecho, asumir una determinada posición, fundamentarla y exponer los casos de conflictos legales y socio-legales.

Requiere dos elementos básicos, como anota el citado WITKER: de un lado, una situación subjetiva de máxima información jurídica, y de otro, una objetiva, consistente en tener la suficiente información bibliográfica y legislativa.

El profesor señalará entonces el tema que se va a investigar, suministrará las posibles fuentes de consulta para que los estudiantes presenten sus trabajos, que serán sometidos al juicio general, con la participación activa de todos los integrantes de la clase.

Como ventajas de la utilización de este método se le pueden anotar que condiciona al estudiante para la visita asidua a la biblioteca, única posibilidad que le garantiza el poder permanecer actualizado en el futuro; lo prepara y lo forma en su adecuada utilización; lo pone en contacto con los grandes pensadores del derecho y lo va fundamentando teórica y jurídicamente.

Método de la investigación jurisprudencial.—Una muy importante forma de interpretación de la ley es la jurisprudencial, porque son los jueces y tribunales de un país, que en su constante aplicación de la ley penal, la interpretan y adecuan conforme a la fenomenología social analizada.

²⁴ JORGE WITKER V., "Derecho, Desarrollo y Formación Jurídica", en *Antología...*, cit., pág. 307.

La jurisprudencia es dinámica porque por el cambio de situaciones sociales, y por los hombres que se suceden en la administración de justicia, se van presentando diversas interpretaciones y variantes en relación con el juzgamiento de hechos similares.

Consecuentes con esa dinámica evolución de la jurisprudencia se harán investigaciones jurisprudenciales, analizando los tratamientos que los jueces y tribunales les han dado a casos similares, para que así los estudiantes, además de tener conocimiento de toda una trayectoria histórica, puedan analizar las distintas posiciones ideológicas, contradiciéndolas o mostrándose conformes con ellas, pero en cualquiera de los casos, sustentando con argumentos válidos su posición.

Método de la investigación empírica.—Consiste en la detección de hechos sociales, económicos, psicológicos y su tratamiento legislativo. Serviría para demostrar la separación existente entre la ley como entidad abstracta y la realidad; nos mostraría lo que el derecho es y lo que debería ser; serviría de medio revelador de la siempre contradictoria situación de la vigencia de la ley y su ineficacia.

Es difícil saber si se trataría propiamente de una investigación empírica de carácter jurídico, o simplemente de tipo criminológico, con claras proyecciones de política criminal. Se podría pensar que es este el punto de unión indiscutible entre el derecho penal, la criminología y la ciencia de la política criminal, si se entienden como el deber ser normativo; lo que es, como fenómeno histórico-social; y el deber ser, como expectativa futura de la ley ideal.

Es la manera para buscar la formulación de una ley planificada y correspondiente a la problemática autóctona de cada país y no la realidad actual de leyes trasplantadas que no son el reflejo de nuestra idiosincrasia o leyes surgidas del capricho personal del legislador que busca en muchas ocasiones la solución de problemas de una persona o de un grupo social determinado.

Son múltiples las investigaciones que en este aspecto pueden desarrollarse, y sirva como ejemplo la adelantada por el grupo de investigación criminológica de la Universidad de San Buenaventura sobre el fenómeno de los fraudes alimentarios en Cali, durante el año de 1979, para detectar su existencia, modalidades, dinámica, efectividad de los procedimientos legalmente establecidos (de carácter administrativo) y la posibilidad de plantear reformas legales. Con las limitaciones propias de un trabajo de esa naturaleza, tiene particular importancia, porque es así como debe concebirse y plantearse la nueva ley, partiendo del fenómeno criminológicamente estudiado, hasta percibir la posibilidad de la política criminal de dar una solución legal al problema investigado²⁵.

Similarmente puede mencionarse la investigación realizada por el Departamento de Penal de la Universidad Externado de Colombia, sobre fraudes cometidos por las compañías nacionales y transnacionales particularmente,

²⁵ "Fraudes alimentarios en Cali en 1979". Álvaro Rojas, Norma Myriam Bejarano G., Fernando Locora, Myriam Ramos de Saavedra, Edgar Saavedra Rojas. Publicaciones Universidad de San Buenaventura, Cali, 1980... Esta investigación presentada al III Seminario Latinoamericano sobre Criminalidad de Cuello Blanco, celebrado en Valencia, Venezuela, 1980.

en relación con las drogas para consumo humano: "El *dumping* de productos farmacéuticos"²⁶.

También debe citarse la investigación proyectada por los grupos de investigación criminológica de las Universidades Externado de Colombia y San Buenaventura de Cali, sobre corrupción administrativa y que está en vía de ejecución²⁷.

Son todavía muy tímidas las realizaciones, pero allí radica la futura existencia de la ley penal que además de ser técnica, corresponda a nuestro personal criterio de justicia.

Método de legislación comparada.—Es importante que las bibliotecas universitarias estén dotadas del mayor número de códigos extranjeros, ojalá de los países latinoamericanos y de los países europeos, que con su honda tradición romanística han influido en nuestras estructuras legales.

Aunque es criticable el trasplante de legislaciones europeas en nuestro medio, ello no significa que debamos estar jurídicamente aislados del resto del mundo, es preciso estar observando los cambios y evolución jurídica de los otros países, y debe ser desde la misma facultad donde los alumnos conozcan las legislaciones extranjeras y hagan un análisis comparado con la del país, advirtiendo sus errores y virtudes.

Este trabajo con legislaciones extranjeras se presenta para ser manejado indistintamente con algunos de los métodos señalados con anterioridad y desde el punto de vista dogmático hacer ejercicios relativos a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad; igualmente que se pueden realizar tareas de carácter axiológico, al hacer un análisis valorativo de los derechos tutelados penalmente en otros países y la forma de protegerlos; asimismo es factible realizar ejercicios teniendo en cuenta los aspectos de la punibilidad, y proceder a determinar los aspectos de equidad y justicia, al señalarse con relación a la importancia del bien jurídico tutelado.

Es particularmente interesante que los estudiantes, de acuerdo con sus personales criterios, precisaran las conductas que no aparecen en nuestra legislación, y que merecerían considerarse para nuestro medio y los cambios o adecuaciones que deberían hacerse para evitar los problemas que generalmente acarrearán los trasplantes legislativos. La utilización de los medios anteriormente descritos, daría un vuelco definitivo a la enseñanza del derecho y a la formación de los futuros abogados de la patria. Naturalmente que se debe determinar en cada caso concreto su aplicabilidad, teniendo en cuenta el grado de adelanto en los estudios, porque obviamente hay algunos de estos métodos solo susceptibles de ser aplicados en los últimos años de formación académica, e, incluso, de manera más afortunada a determinados grados de especialización o maestría.

²⁶ ALFONSO REYES E., EMIRO SANDOVAL H., trabajo presentado en el IV Seminario sobre criminalidad de Cuello Blanco, celebrado en México, en la UAM, en 1981.

²⁷ Debemos destacar la existencia del grupo latinoamericano de investigación criminológica comparativa, que comenzó a reunirse en Lima, Quito y Bogotá, para investigar la violencia en América Latina, promovida por el Instituto de Criminología Comparada de Montreal (Denis Zsabo y José María Rico) y por el Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia (Lolita Aniyar de Castro) y a partir de la reunión de esta última ciudad, las reuniones de Río de Janeiro (Claudio Heleño Fragoso, Elizabeth Suzekind, Yolanda Cátao, Juárez Cirino Dos Santos), Valencia (Julio Ma-yudón), y México (Luis Marcó del Pont, Luis Rodríguez M.).

LA CRIMINALIDAD (O EL "DELINCUENTE") A TRAVÉS DE LAS DEFINICIONES SOCIALES (O ETIQUETAMIENTO)

(Respecto de las dimensiones esenciales del enfoque
del etiquetamiento —«Labelling-Approach»—
en el campo de la sociología criminal)

Por WERNER RÜTHER*

1. EL PROBLEMA TRADICIONAL: LAS CAUSAS DE LA CRIMINALIDAD

¿Dónde reposan las causas de la criminalidad dentro de la sociedad, o dicho de otro modo, las que provocan el comportamiento criminal de uno de sus miembros individuales?

Junto a los numerosos presupuestos y "teorías vulgares" no demostradas, expresadas emocionalmente, muchas veces influidas por la opinión pública (prensa, radio, televisión), sobre las causas de la criminalidad, también posee notoriedad una orientación científica especializada que intenta ir en busca de semejantes causas o de las condiciones de origen de la criminalidad con la ayuda de un instrumento científico propio y una exigencia adecuada: la criminología.

Dentro de la investigación criminológica, desde hace varias décadas (o sea, desde sus comienzos por medio de LOMBROSO) y según un modelo derivado de las ciencias naturales preponderantes (el así llamado paradigma *etiológico-positivista*), prevalece la demostración de que el "ser criminal" —tal como el "ser enfermo", "ser impedido" (*hapobaliendert*)— constituye una definición propia de la persona (o de su comportamiento relativamente clara y generalmente válida. Esto quiere decir que se ha intentado establecer cuáles son los factores condicionantes (variables independientes; por ejemplo, forma de la cabeza —A 1—, estructura de la personalidad —A 2—, relaciones familiares —A 3—, etc.) para el factor (o la *variable dependiente*, criminalidad —B—). Ade-

* Del Instituto de Investigación Criminológica. Universidad de Colonia. Traducción directa del alemán por Roberto Bergalli. Este trabajo ha aparecido ya en las Revistas, *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid) y *Doctrina Penal* (Buenos Aires). Agradecemos al autor la autorización dada para su publicación.