

SOBRE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

Prof. Dr. ENRIQUE BACIGALUPO
Universidad Complutense de Madrid

I

La cuestión de las relaciones entre la dogmática penal y la criminología tiene su origen en los diversos movimientos positivistas de la segunda mitad del siglo pasado en las ciencias penales. Esos movimientos tuvieron diversas conformaciones en Alemania, Italia, España o Francia y también en América Latina. Pero en todos ellos la ciencia jurídico-penal sufrió una fuerte conmoción respecto de sus concepciones tradicionales, consecuencia del desarrollo de los conocimientos empíricos sobre la criminalidad. La nueva delimitación entre ciencia y metafísica transformó la problemática de la ciencia jurídico-penal y generó nuevos problemas, entre los que las relaciones de la ciencia penal clásica y los nuevos conocimientos empíricos del derecho penal merecieron especial atención. A partir del momento en que el delito puede explicarse científicamente como "hecho social"¹ surge el problema de las relaciones de esta explicación con las concepciones clásicas que solo lo entendían como un "hecho jurídico".

Se trata entonces, de una cuestión que nace como consecuencia de una coincidencia del interés del conocimiento dogmático y del de la criminología: mientras la dogmática penal se orienta hacia una teoría preventivo-especial de la pena (que se requiere un pronóstico sobre la conducta futura del autor), la criminología se ocupó de encontrar una explicación causal de la delincuencia que permitiera fundamentar juicios sobre el origen causal de los comportamientos y, por lo tanto, de las causas que deben removerse para llevar a cabo la idea de prevención especial.

Ciertamente el problema de las relaciones entre el derecho penal y la criminología es, en realidad, contingente. Ambas aproximaciones al delito podrían haberse desarrollado independientemente una de la otra, sobre todo si la ciencia jurídico-penal se mantenía dentro del marco teórico tradicional dominado por las teorías absolutas. Pero en la historia de la ciencia jurídica se observa con relativa constancia que las revoluciones científicas —utilizo la expresión en el sentido de Kuhn²— que se operan en otras ciencias inciden en forma, por lo menos, mediata sobre los puntos de vista de los juristas y ello es indudablemente lo que ocurrió cuando la sociología comenzó a desarrollarse.

¹ DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, cit. según la 20ª ed. 1981, págs. 3 y ss. y 34 y ss.

² *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962.

La posibilidad de una explicación del delito como "hecho social", en la terminología de la sociología de fines del siglo pasado, fue a su vez consecuencia del rol otorgado en el pensamiento científico a las explicaciones causales. Si todo suceso tiene una causa y esta puede ser conocida, el fenómeno social de la delincuencia puede ser calculable³. En la medida en que las explicaciones causales eran consideradas las *únicas* explicaciones que merecían el rótulo de científicas, la única ciencia posible, dentro de este marco, era una ciencia como la sociología o la antropología criminales. La dogmática jurídico-penal perdía, de esta manera, la jerarquía de ciencia⁴.

Este panorama fue especialmente apto para orientar la actividad de los científicos del derecho penal hacia una perspectiva nueva: la *reforma del derecho penal*. Reemplazada la libertad de voluntad por el determinismo causal resultaba posible una "lucha" científica contra el delito. Pero para llevar a cabo estas ideas era imprescindible la reforma del derecho penal vigente apoyado en la idea de la libertad de voluntad⁵: "el que quiera combatir el delito tiene que conocerlo ...conocer al delito significa conocer al delincuente" y "precisamente porque el delito es el producto necesario de situaciones dadas, es posible combatirlo actuando sobre estas situaciones". (... "gerade weil das Verbrechen das notwendige Produkt gegebener Verhältnisse ist, die Bekämpfung des Verbrechens, und zwar durch Einwirkung auf diese Verhältnisse, möglich ist"). Al mismo tiempo decía FERRI en Italia: "si vuole, si, studiare il reato in sè, ma studiando prima il delinquente, che lo commette, con tutti quei mezzi di studio, que offre appunto il metodo positivo"⁶... "E poiche dalla medicina sappiamo, che per trovaere i remedi di una malattia bisogna prima cercarne le cause; cosi la scienza criminale, nella nova parte che ora comincia a svolgersi in essa, indaga le cause naturali di quel fenomeno di patologia sociale, che chiamasi delitto, e si pone cosi sulla via di scoprirne efficaci remedi, che valgono, non già a sopprimerlo, perche in natura vi sono delle anomalie che si possono mitigare ma non forse disruggere, bensì a retterlo e ad impedirne lo straripamento"⁷.

Pero si bien el objetivo principal de esta concepción era la "transformación de la legislación penal" ("die Umgestaltung der Strafgesetzgebung")⁸, no era menos cierto que los puntos de vista básicos de la fundamentación del derecho penal futuro tenían, indudablemente, la posibilidad de incidir en la interpretación y sistematización del derecho penal vigente. Este podía entenderse tanto a partir del dogma indeterminista como del dogma determinista de los positi-

³ CONFR. FRANZ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge u. Aufsätze*, II, 1905, pág. 84 y 284: "conocimiento científico es conocimiento causal"; FERRI, *Sociologia Criminale*, 3ª ed., 1892, págs. 366 y ss.; GARAFALO, *Criminologia*, (en español por P. DORADO MONTERO), 1922, pág. 125; TARDE, en *L'individualisation de la peine* de R. SALEILLES, (Préface), 1898.

⁴ CONFR. V. LISZT, loc. cit., pág. 75; FERRI, loc. cit., pág. 25.

⁵ V. LISZT, loc. cit., pág. 3.

⁶ Loc. cit., pág. 19.

⁷ Loc. cit., pág. 25.

⁸ V. LISZT, pág. 75.

vistas. Toda tarea dogmática requiere axiomas previos a la labor propiamente dogmática y el determinismo, lo mismo que el indeterminismo tienen precisamente ese carácter⁹. De esta manera el tema de las relaciones de los nuevos puntos de vista para la transformación del derecho adquirió legitimidad respecto del derecho vigente. Las respuestas no fueron uniformes. Hubo claramente dos líneas de argumentación para explicar estas relaciones: la "gesamte Strafrechtswissenschaft" propuesta por V. LISZT constituye la primera línea argumental y la "Sociología criminal" de FERRI la segunda. Conviene estudiarlas separadamente.

II

La "gesamte Strafrechtswissenschaft"¹⁰ mantuvo, en la concepción de V. LISZT, en principio, una total separación de la explicación empírica (criminológica) y jurídica del delito. Mientras "la tarea de la jurisprudencia teórica se agota en la conexión lógica de los conceptos" (die Aufgabe der theoretischen Jurisprudenz in der logischen Verknüpfung der Begriffe sich erschöpft)¹¹, la sociología criminal es "la investigación científica del delito" (como un fenómeno sensitivo, en sus causas y en sus efectos, es decir, la búsqueda de las leyes que determinan la criminalidad)¹².

Pero no solo los fines perseguidos por ambos conocimientos serían diversos; también lo son sus métodos y su objetivo. Para la ciencia del derecho penal "las normas jurídicas son su objeto y la lógica su método" (Rechtssätze sind ihr Gegenstand; und die Logik ist ihre Methode)¹³. Por el contrario, la sociología criminal "no conoce otro método que el común a todas las demás ciencias verdaderas: la observación objetiva y metódica de hechos dados" ("kann keine andere Methoden kennen als allen wahren Wissenschaften gemeinsame: die unbefangene methodische beobachtung gegebener Tatsachen")¹⁴.

¿En que se fundamentó la unidad del derecho penal (la dogmática penal), considerado como un arte, y la sociología y antropología criminal (criminología), consideradas como ciencias auténticas, en una ciencia general o total del derecho penal?

La ciencia total o general del derecho penal, en el sentido que V. LISZT entendió la integración de la dogmática y las ciencias empíricas del delito en función de fines prácticos. Cualquier otra significación del término "integración" resultaría en este marco errónea, sobre todo aquella que por integración entendiera una unificación metodológica bajo los principios de las ciencias causal-

explicativas del delito, como —según luego se verá— postuló FERRI¹⁵. En la "ciencia total del derecho penal" la convivencia de la dogmática y la criminología no implica la superación del aislamiento de una respecto de la otra¹⁶.

La "integración" de los conocimientos empíricos y los jurídicos en la "gesamte Strafrechtswissenschaft" es, en realidad, producto de una considerable modificación de la función del jurista del derecho penal en la sociedad. Su tarea, de acuerdo con las nuevas ideas, no se agotará en la dogmática clásica, es decir, en la elaboración sistemática de los conceptos que sirven a la aplicación del derecho, sino que asumirá también el papel de promotor y proyectista de la reforma penal. En 1893 V. LISZT se refirió a este tema al considerar el programa de la I.K.V. y dijo que esta "observa críticamente estas sugerencias (de las investigaciones antropológico-criminales y sociológico-criminales) para preparar científicamente y encauzar prácticamente la transformación, por ellas condicionada, de la legislación penal" (dass sie diesen Anregungen mit kritischen Blick folgt, um die durch sie bedingte Umgestaltung der Strafgesetzgebung wissenschaftlich vorzubereiten und praktisch anzubahnen)¹⁷. V. LISZT expresó en esa oportunidad que la ciencia jurídica no sufría, con esta nueva perspectiva, ninguna transformación¹⁸: seguiría siendo una ciencia de normas y conservaría su método lógico. Años más tarde, al pronunciar su lección inaugural en Berlín (27.10.1899) reiteró: "la ciencia del derecho penal tiene en primer lugar —y en esto somos íntegramente de la misma opinión que la escuela clásica— que transmitir a los jóvenes jurídicamente ávidos el cúmulo de normas jurídicas según el método lógico-jurídico" ("Die Strafrechtswissenschaft hat zunächst —un darin sind wir mit der klassischen Schule durchaus derselben Meinung— der lernbegierigen juristische Jugend die Fülle der Rechtssätze nach logisch-juristischer Methode zu übermitteln")¹⁹. Su concepción del método jurídico había sido expuesta ya en 1886²⁰ y reducía el alcance de este a tres momentos: a) recolección de la materia de análisis, es decir las normas, en el derecho positivo; b) análisis preciso de las normas jurídicas y de los conceptos que en ella están ligados como sujeto y predicado... y síntesis de los resultados obtenidos; c) sistematización "según la clasificación de los conceptos y de las proposiciones que los conectan entre sí"²¹. En su Lehrbuch sostuvo V. LISZT hasta la última edición que la primera tarea del derecho penal era la "consideración puramente técnico-jurídica, apoyada en la legislación penal, del delito y la pena como generalización conceptual".

Pero la justificación de la ciencia total o general del derecho penal reside en que el jurista del derecho penal no puede cumplir su tarea específica sin re-

⁹ Principii di diritto criminale, 1928, págs. 73 y ss., y 101 y ss., y 235 y ss.

¹⁰ Confr. NAUCKE, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, 1964, págs. 26 y ss.; MAHOFER, en *Fest. für Henkel*, 1974, pág. 75; probablemente de otra opinión Baratta, en *ZStW* 92 (1980), pág. 107.

¹¹ Loc. cit., II, pág. 75.

¹² Loc. cit., II, pág. 77.

¹³ Loc. cit., II, pág. 286.

¹⁴ *ZStW* 6 (1886), pág. 663; también en *Strafr. Vortr. u. Aufs.* I, 1905, págs. 212 y ss.

¹⁵ Loc. cit., II, págs. 286 y ss.

¹⁶ Lehrbuch des deutschen Strafrechts 16/17 ed. 1908, pág. 1; 23 ed. 1921, pág. 1.

⁹ Confr. JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970/72.

¹⁰ Confr. sobre su desarrollo LEFERENZ, en *ZStW* 93 (1981), págs. 199 y ss.

¹¹ Loc. cit., pág. 78.

¹² Ib. idem.

¹³ Loc. cit., pág. 77, págs. 284 y ss. (290); *Strafr. Vortr. u. Aufs.* I 1905, págs. 212 y ss.

¹⁴ Loc. cit., pág. 78.

currir a otros conocimientos. Además de conocer las normas, el jurista del derecho penal debe estar en condiciones de establecer los hechos relevantes para su aplicación ("den Tatbestand festzustellen")²³ para lo cual se requieren conocimientos y experiencias criminalísticas, en lo que ya se diferencia la gesamte Strafrechtswissenschaft de las concepciones de la escuela clásica²⁴. Pero fundamentalmente la ciencia del derecho penal tiene también la tarea de ser "la orientación del legislador, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito"²⁵ (... "Lehrmeisterin des Strafgesetzgebers, seine zuverlässige Beraterin und Führerin im Kampf gegen das Verbrechen").

De esta manera queda, a mi juicio claro, que no se trata de una integración en el nivel metodológico sino de una simple "reunión funcional" vinculada con el rol social asignado al jurista del derecho penal como "político-criminal".

La comprobación de que la dogmática penal sufrió transformaciones conceptuales y terminológicas importantes, no demuestra lo contrario de lo que acabamos de afirmar. Estas transformaciones no son el producto de nuevos conocimientos criminológicos sino, en todo caso, de una disposición espiritual hacia una consideración empírica, sociológica y antropológica del delito. Señalo algunos ejemplos:

a) El abandono de la teoría de los imperativos y de la teoría subjetiva de la antijuricidad, cuya vinculación con el dogma de la libertad de voluntad las hacía difícilmente utilizables en un derecho penal que tiene dos consecuencias jurídicas diversas (pena-medida) que —en parte— tienen un presupuesto común (la antijuricidad) y en parte otros presupuestos diferentes (culpabilidad-peligrosidad).

b) El acento sobre el aspecto material de la antijuricidad, aunque subordinado a la antijuricidad formal²⁶.

c) La concepción material de la culpabilidad como "la actitud asocial del autor expresada en el hecho cometido" ("die aus der begangenen Tat erkennbaren asoziale Gesinnung des Täters")²⁷.

d) La introducción de la "peligrosidad" como elemento de la culpabilidad²⁸.

e) La valoración ex-ante del peligro en la tentativa inidónea, según el conocimiento de las circunstancias por el autor o de acuerdo con su cognoscibilidad general en el momento del hecho (moderna teoría objetiva)²⁹.

Se trata, en primer lugar, de transformaciones que no son esenciales respecto de los conceptos fundamentales de la escuela clásica y que esta hubiera podido alcanzar por su propio desarrollo. Su relevancia práctica, por otra par-

²³ Loc. cit., II, págs. 286 y ss.

²⁴ Loc. cit., II, pág. 288.

²⁵ Loc. cit., pág. 293.

²⁶ Confr. HEINITZ, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926; V. LISZT, *Lehrbuch*, 23 ed. págs. 139 y ss.

²⁷ V. LISZT, *Lehrbuch*, 23 ed., pág. 160.

²⁸ Confr. GRÜNHUT, en *Fest. für G. Aschaffenburg*, 1926, págs. 87 y ss.

²⁹ V. LISZT, *Lehrbuch*, 23 ed., 1921, págs. 207 y ss.

te, es reducida: la prioridad de la antijuricidad formal sobre la materia y el mantenimiento invariado de la culpabilidad (como dolo y culpa en el sentido clásico), a pesar de la formulación de una definición "material" de la misma, no alcanzaron a modificar sustancialmente la aplicación del derecho penal. Pero fundamentalmente, como es fácil comprobarlo, se trata de transformaciones que son consecuencia de la adopción de un punto de partida determinista y del desplazamiento del centro de gravedad desde el hecho al autor por imperio de la fundamentación preventivo especial de la pena. Ni el dogma determinista —que no es un concepto científico— ni la fundamentación de la pena desde un punto de vista preventivo-especial —que no es una proposición causal-explicativa de la delincuencia— pueden considerarse conceptos criminológicos en el sentido de V. LISZT y de la criminología positivista de esa época.

III

La integración del derecho penal y la criminología fue entendida de una manera completamente diferente por FERRI. Para él "la antropología criminal y la estadística criminal, tanto como el derecho criminal y penal no son sino capítulos de una ciencia única que es el estudio del delito como fenómeno natural y social, y por lo tanto jurídico, y de los medios más eficaces para la defensa preventiva y represiva contra el mismo"³⁰. Por esta razón, un tratamiento separado del aspecto jurídico y del sociológico del delito representa una "idea incompleta y anticuada de los fenómenos jurídicos"³¹. Pero, agrega, "cuando se admite, como no es posible que sea de otra manera, que los fenómenos jurídicos no son sino fenómenos sociales, por que derecho y sociedad son términos inseparables y equivalentes, se hace evidente de inmediato la artificialidad de aquella separación entre una ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y otra que lo estudie como fenómeno social..." y, en consecuencia, "es absurda la pretensión de separar el estudio del aspecto natural y social del aspecto jurídico"³². Concluyendo dice FERRI: "nosotros sostenemos, por el contrario, que siendo único el orden de los fenómenos criminosos, será única también la ciencia que debe estudiar las causas, las condiciones y los remedios"³³.

Es claro que aquí se procura una integración en la que la autonomía metodológica del derecho penal se anula y se reemplaza por el llamado "método científico". Las diferencias de este punto de vista y el de V. LISZT son considerables y evidentes.

FERRI desarrolló más detalladamente su posición en sus *Principii di diritto criminale*, en 1928³⁴. Aquí se ocupó expresamente del llamado método jurídico. Según FERRI en ese rótulo hay un equívoco que proviene de un uso poco

³⁰ *Soziologia Criminale*, pág. 770.

³¹ *Soziologia Criminale*, pág. 771.

³² *Soziologia Criminale*, pág. 771.

³³ *Soziologia Criminale*, pág. 773.

³⁴ *Principii*, pág. 73.

preciso del lenguaje, ya que "en la ciencia no hay sino dos métodos: el método deductivo y apriorístico o de la lógica abstracta, y el método inductivo o de observación y experimento"³⁵. Ciertamente, reconoce FERRI, estos dos métodos se utilizan en toda investigación científica, pero "la diferencia está en cuál de los dos tiene preferencia y precedencia sobre el otro: si se parte de principios generales, afirmados por la sola fantasía lógica y se deducen las consecuencias lógicas, se seguirá el método deductivo, aunque de tanto en tanto se recuerden algunos hechos para confirmar las propias afirmaciones lógicas. Si, por el contrario, se parte de la observación regular de los hechos y de su comparación y análisis, para arribar luego a las conclusiones generales y constantes, se sigue el método inductivo o positivo o galileano, aunque se hagan deducciones lógicas de los hechos constatados anteriormente"³⁶. Este método es aplicable a las ciencias jurídicas y por lo tanto al derecho penal, que puede estudiarse "con el método inductivo, de observación de los hechos"³⁷.

Si nos preguntamos ahora cómo se lleva a cabo el estudio del derecho penal mediante el método de la observación de los hechos, se comprobará que, en realidad FERRI utilizó falsamente la noción de método inductivo.

En materia de interpretación de la ley, FERRI no introdujo innovaciones sustanciales respecto de las ideas clásicas. Afirmó que el juez podía valerse en la interpretación, además de los medios conocidos, de "la elaboración científica en relación a la génesis biológico-social del delito, a la bio-sicología del delincuente, a las condiciones sociales reguladas por la ley penal, etc."³⁸. De qué manera tipos penales configurados sobre la descripción de un *hecho* podrían ser interpretados como tipos que describen básicamente al *autor*, es una cuestión que FERRI no aclara.

La elaboración del sistema de la teoría del delito, por otra parte, no se diferencia en lo metodológico sustancialmente de la de la escuela clásica italiana.

a) El punto de partida debe ser el delincuente³⁹. Ello significa que "vida y ciencia imponen a la justicia penal contemplar el delito y regularlo, no solo como relación jurídica de una infracción de la norma penal, con relativas consecuencias jurídicas, sino también, y sobre todo, como expresión de la personalidad del delincuente"⁴⁰.

b) El principio fundamental de la responsabilidad penal debe formularse de la siguiente manera: "todo hombre debe someterse a las normas de convivencia, de religión, de moral, de derecho que hacen posible la existencia y el desarrollo de una sociedad"⁴¹ y toda violación de las normas jurídicas genera responsabilidad penal por el solo hecho de vivir en sociedad⁴².

³⁵ *Principii*, pág. 73.

³⁶ *Principii*, pág. 74.

³⁷ *Principii*, pág. 75.

³⁸ *Principii*, pág. 187.

³⁹ *Principii*, págs. 197 y ss.

⁴⁰ *Principii*, pág. 202.

⁴¹ *Principii*, pág. 206.

⁴² *Principii*, pág. 205.

c) La condición para que un hombre sea considerado "socialmente delincuente reside en el hecho de que el delito cometido materialmente por él, sea la expresión genuina de su personalidad"⁴³. Esto es consecuencia del postulado en virtud del cual la pena no debe ser proporcionada al delito, sino adaptada al delincuente⁴⁴.

d) La teoría del delito se designa como una teoría de la acción síquica, razón por la cual las tradicionales causas de justificación y las de inculpabilidad, así como las que excluyen la acción, son causas que eliminan el dolo; las de justificación por que si bien no excluyen la intencionalidad, importan un obra con intención legítima; las restantes por que excluyen directamente la intención⁴⁵. La teoría de la acción síquica no difiere en su problemática de la teoría clásica del dolo⁴⁶; en ella se discuten los mismos problemas y se llega a las mismas, o similares conclusiones que las defendidas por CARRARA.

e) La tentativa y la participación se tratan desde puntos de vista subjetivos, pero jurídicos, no criminológicos, procurando resaltar el sentido sintomático de la peligrosidad del autor⁴⁸.

Si bien se mira, estos conceptos dogmáticos son en verdad —como los de V. LISZT— reflejo más que de un nuevo método para el estudio del derecho penal, del punto de partida preventivo-especial elegido para la elaboración dogmática. El axioma de la prevención especial ni siquiera es expresable en proposiciones "causal-explicativas", lo mismo que el principio fundamental de la responsabilidad social por el ilícito cometido, sin atender a la culpabilidad del autor. En todo caso, se trata de puntos de vista que *no* pueden obtenerse por inducción.

IV

De los dos modelos analizados, el menos problemático es el de V. LISZT. En realidad, la ciencia total o general del derecho penal tiene más repercusión en la ordenación de la vida académica que en las relaciones del derecho penal con la criminología.

Por el contrario, el modelo de integración basado en la adopción del método de las ciencias sociales por la ciencia del derecho, postulado por FERRI, parece difícilmente realizable. La cuestión fundamental consiste en la posibilidad de obtener, generalizando a partir de la observación de hechos sociales, las normas primeras del derecho penal. Desde el punto de vista teórico parece claro que —como ya lo hemos indicado— tales normas no pueden alcanzarse por vía inductiva⁴⁹. Aquí rigen los límites del método inductivo, límites conocidos

⁴³ *Principii*, pág. 211.

⁴⁴ *Principii*, Pág. 202.

⁴⁵ *Principii*, págs. 454, 462 y ss.; 453 y ss.

⁴⁶ Confr. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, 9ª ed., §§ 59 al 91.

⁴⁷ *Principii*, págs. 425 y ss.

⁴⁸ *Principii*, págs. 541 y ss., y 555 y ss.

⁴⁹ POPPÉ, *Logik der Forschung*, 6 ed. 1976, págs. 3 y ss.

desde Hume⁵⁰. Pero, por otra parte, y en realidad por las mismas razones, la integración postulada por FERRI choca con uno de los postulados que rigen la ciencia jurídica de este siglo: la distinción entre “ser” y “deber-ser” y el punto de partida que sostiene que “las proposiciones de deber-ser no pueden fundarse en comprobaciones de hechos, sino que deben deducirse de otras proposiciones de la misma especie” (“Sollensätze können nicht induktiv auf Seinsfeststellungen, sondern nur deduktiv auf andere Sätze gleicher Art gegründet werden”)⁵¹. Por lo menos mientras la ciencia del derecho, de una u otra manera, mantenga como punto de partida la distinción entre ser y deber-ser con la fuerza de convicción con que lo ha hecho hasta ahora, la propuesta de una integración fundada en la sustitución del método llamado “jurídico” no tendrá posibilidades de una fácil aceptación. El problema científico-teórico general de las teorías jurídicas integrales, es decir, aquellas que junto al análisis descriptivo incorporan también explicaciones causal-explicativas de la realidad psicológica, sociológica o económica regulada por el derecho, carece por el momento de respuestas claras⁵². Específicamente en el derecho penal se sabe muy poco sobre ellas. Cuando se hacen expresamente referencias a conceptos designados como sociológicos o psicológicos se opera, en realidad con un significado a esos términos que es ajeno a lo que se entiende por sociológico o psicológico en el sentido de los positivistas. Sociológico y psicológico suele expresar, en estos contextos, “opuesto a formal”. Ejemplo de tales conceptos son el “contenido criminal” (krimineller Inhalt)⁵³ o “merecedor de pena” (Strafwürdig). En otras ocasiones se alude a circunstancias fácticas que son imprescindibles para determinar la subsunción de un hecho bajo un tipo penal. Ejemplo de este problema es el concepto de capacidad de culpabilidad, en el que la interpretación de la norma penal debe vincularse a la adopción de un concepto de “enfermedad mental” proveniente de la psicopatología. V. LISZT había llamado a esta problemática “comprobación de los presupuestos de hecho” (“Tatbestandfeststellung”)⁵⁴.

Es probable que estos ejemplos pudieran multiplicarse. Pero los datos demuestran, en todo caso, la reducida función de las teorías integrales en el derecho penal. En la medida en que la labor dogmática consiste en proporcionar normas de comportamiento más concretas que las contenidas en los textos legales^{54 bis}, tales normas no podrían sino fundarse en otras normas. La explicación causal de ciertos hechos no podrá, por lo tanto, proporcionar la norma que establezca su prohibición, pues de aquella no podrá deducirse “deber-ser” algu-

no. Un modelo que —como el de FERRI— proponga lo contrario, encontrará dificultades metodológicas insalvables. El hecho cierto de que los juristas argumenten frecuentemente con “informaciones fácticas proporcionadas por la economía, la política, la sociología y la psicología” no permite afirmar que de estos argumentos se puedan deducir las normas que se aplican⁵⁵.

V

El fracaso del modelo de integración de FERRI tuvo por consecuencia que la criminología causal-explicativa, orientada por la idea de prevención especial, redujera los límites de su influencia a los fijados por V. LISZT⁵⁵. La dogmática penal, por lo tanto, se ha desarrollado independientemente de la criminología positivista.

Pero la criminología causal-explicativa no es la única criminología. La reacción contra el positivismo y su concepción naturalista de la vida social dió como resultado una criminología de las “ciencias del espíritu”⁵⁶. La “unidad” de esta criminología y la dogmática penal ofreció menos dificultades que el modelo anterior⁵⁷. A pesar de que la criminología de las ciencias del espíritu ejerce influencia en la vida práctica, es evidente que “en la actualidad apenas aparece en las exposiciones generales”⁵⁸, motivo por el cual no está hoy en el centro de la discusión sobre las relaciones entre la dogmática penal y la criminología.

Sin embargo, cabe hacer aquí una breve referencia a la alternativa que brinda. En la medida en que el objeto de su investigación consista en la fenomenología de los delitos (Erscheinungsformen des Verbrechens) y los efectos de la sanción en la vida social (“zu welchen Wirkungen die Bestrafung aus einem Tatbestand im sozialen Leben führt”)⁵⁹, el problema que en verdad presenta, no es el de su unidad con la dogmática penal, sino el de su diferenciación respecto de esta. La investigación de las formas de aparición del delito consistiría en la búsqueda y descripción de hechos cuya adecuación típica no puede afirmarse indubitablemente. Para lograr este fin, se debe partir de una determinada definición de los hechos que se adecúan al tipo penal en forma indiscutible. Esto presupone una interpretación del tipo penal y, por lo tanto, también una idea del “merecimiento de pena” (Strafwürdigkeit) sin la cual no es posible ni la selección de los hechos de dudosa adecuación típica ni la determinación de los presupuestos de la pena del delito concreto (Strafbarkeitvoraussetzungen). Pero, si la selección de los hechos a investigar está determinada por el “merecimiento de la pena” y una definición del contenido del tipo penal por él influida, esta tarea coincidirá con la que normalmente realizan los juristas del derecho penal que operan con el método teleológico.

⁵⁰ HUME, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1758.

⁵¹ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1963, pág. 97; confr. KELSEN, *Hauptprobleme der Strafrechtslehre*, 1911, págs. 6 y ss.; del mismo *Ueber die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, págs. 6 y ss.

⁵² DREIER, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, págs. 70 y ss.

⁵³ GRÜNHUT, en *Fest. für Frank I*, 1930, págs. 1 y ss.; HASSENER, en *vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht I*, 1980, ed. Lüderssen y Sack, págs. 229 y ss.

⁵⁴ V. LISZT, *Straf. Vortr. u. Ausf. II*, 1905, págs. 286 y ss.; HASSEMER, loc. cit.

^{54 bis} BACIGALUPO, *Injusto y punibilidad* (en prensa).

⁵⁵ Otro punto de vista RÜDIGER LAUTMANN, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, 1971, págs. 34 y ss.

⁵⁶ Confr. SEMINAR: *Abweichendes Verhalten IV*, 1980, ed. por Lüderssen y Sack, 1980, págs. 68 y ss.

⁵⁷ NAUCKE, *Zur Lehre...*, págs. 36 y ss.

⁵⁸ CONFR. SEMINAR, pág. 69.

⁵⁹ NAUCKE, *Zur Lehre...*, págs. 48 y 49.

Tampoco caen, a mi juicio, fuera de lo que normalmente hacen los juristas del derecho penal, la investigación de "en qué medida los presupuestos de la punibilidad, dogmáticamente tratados pueden ser conocidos por quienes deben cumplirlos" ("wie weit die dogmatisch behandelten Strafbarkeitsvoraussetzungen von dem, der sie befolgen soll, gewusst werden können")⁶⁰. Lo mismo cabe decir respecto de la investigación referente a la "medida en que el manejo real de los presupuestos de la punibilidad puede convencer" ("wie weit die tatsächliche Handhabung der Strafbarkeitsvoraussetzungen Überzeugen kann")⁶¹. Ambos problemas podrían ser resueltos con los métodos jurídicos habituales porque no difieren sustancialmente de las cuestiones referentes al conocimiento de la norma o de la amenaza penal, que son características de la prevención general. Por lo menos cabría señalar que no se trata de problemas empíricos⁶², por lo que no ofrece problemas especiales a los instrumentos metodológicos con que operan los juristas.

Del análisis realizado puede deducirse que la unidad del derecho penal y la criminología sería posible si esta dejara de ser una ciencia empírica y tomara como punto de partida una determinada "imagen del hombre de la criminología"⁶³ ("Menschenbild-Kriminologie"). Dicho punto de partida permite, inclusive, orientar la criminología de las ciencias del espíritu a la prevención especial⁶⁴. Pero bajo estas condiciones, la autonomía de la criminología respecto de la dogmática penal sería sumamente dificultosa, sobre todo, si la dogmática no se reduce a conceptos puramente formales y sigue un método teleológico, que también parte de una determinada imagen cultural del hombre⁶⁵. En otras palabras, la problemática que estamos analizando presupone que la criminología sea una ciencia empírica y la dogmática penal no lo sea.

VI

La problemática actual de las relaciones entre la dogmática penal y la criminología ha sufrido un cambio fundamental como consecuencia del desarrollo de las investigaciones de la nueva sociología criminal. Las cuestiones que la "nueva criminología" presenta para las relaciones entre esta y la dogmática penal difieren sustancialmente de las suscitadas por la criminología causal-explicativa o por la criminología de las ciencias del espíritu.

Mientras la dogmática penal permanece dentro del paradigma que se gestó en la segunda mitad del siglo XIX, la criminología se encuentra ante una situación que bien puede calificarse de revolución científica. El cambio de para-

⁶⁰ NAUCKE, *Zur Lehre...*, pág. 60.

⁶¹ NAUCKE, *Zur Lehre...*, pág. 60.

⁶² Confr. POPPER, loc. cit., págs. 8 y ss.

⁶³ NAUCKE, en *Seminar*, pág. 69.

⁶⁴ ERIK WOLF, *Das Wesen des Täters*, 1932, págs. 14 y ss.

⁶⁵ Confr. ULRICH KLUG, in *Das Menschenbild der Gegenwart*, 1955, pág. 40; JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, 1957.

digma propuesto por la criminología "nueva", "crítica" o "radical"⁶⁶ importa el abandono del punto de partida causal-explicativo y ha puesto en el centro de la atención científica o la "reacción jurídico-penal contra el hecho" (den sozialen Reaktionsansatz)⁶⁷. El objeto primario de la investigación criminológica no es, por lo tanto, el comportamiento del autor sino el de los órganos de control social. Sus teorías no son teorías de la criminalidad sino de la criminalización⁶⁸.

La discusión sobre las posibilidades de un trabajo conjunto de la criminología y la dogmática penal, o de una "nueva ciencia total del derecho penal" está precedida de un marcado escepticismo⁶⁹. La causa de esta actitud radica quizá en el hecho de que la aplicación del derecho penal por los órganos de control social se ha convertido en objeto del análisis sociológico. Ello configura una perspectiva totalmente nueva para enfocar las relaciones entre la dogmática penal y la criminología: en el marco del positivismo de VON LISZT y de FERRI se trataba de dos disciplinas con el mismo objeto; ahora se trata de la relación de una disciplina (la dogmática) que es, a su vez, objeto o parte del objeto de otra (la sociología criminal), que la analiza como un componente, y ciertamente no el único, del comportamiento de los órganos del control social⁷⁰. Esta posición relativa de una y otra ciencia exige un replanteo total del significado de la criminología para la dogmática penal, pero también del significado de esta última para la criminología. En efecto, una dogmática penal orientada a la prevención especial y que, por lo tanto, da mayor relevancia al autor que al hecho, puede plantearse la absorción de los conocimientos de una criminología cuyo objeto también es el autor. Este tipo de integración entre la dogmática penal y la criminología ya no tiene sentido cuando la última tiene por objeto la reacción social. En otras palabras: la ciencia totalizadora del derecho penal debería tener una fisonomía distinta de la postulada por V. LISZT y por FERRI en su tiempo y que ha dominado, como trasfondo, las discusiones sobre este tema. Un cambio de fisonomía, sin embargo, no tiene por qué significar una dificultad para la cooperación de ambas disciplinas. Si se abandona la idea de integración de la dogmática penal y la criminología regida por el interés de contar en la aplicación del derecho penal con material empírico para la individualización preventivo-especial de la pena, desaparecerán las razones para considerar que el cambio de paradigma de la criminología representa un impedimento para la colaboración de ambas disciplinas⁷¹.

Visto el problema desde esta perspectiva, tampoco tendrá el carácter de un obstáculo para una labor conjunta de la dogmática penal y la criminología, el

⁶⁶ KAISER, *Kriminologie*, 5ª ed., 1981, pág. 33.

⁶⁷ KAISER, loc. cit.; SACK, en *Kriminalsoziologie*, ed. por SACK y R. KÖNING, 1968, págs. 431 y ss.; L. ANIYAR DE CASTRO, "Criminología de la reacción social", 1977.

⁶⁸ Confr. NAUCKE, *Seminar Abweichendes Verhalten* IV, págs. 68 y ss.

⁶⁹ Confr. BARATTA, en *ZStW* 92 (1980), págs. 107 y ss.; SACK, en "Seminar Abweichendes Verhalten", II, -1, ed. por LÜDERSSEN y SACK, 1975, págs. 346 y ss.; LÜDERSSEN, en el mismo lugar, págs. 7 y ss.

⁷⁰ BARATTA, loc. cit., pág. 124.

⁷¹ Otro punto de vista: BARATTA, *ZStW* 92 (1980), pág. 124.

“distinto grado de abstracción y de autonomía que ambas tienen frente a su objeto”⁷² (“die unterschiedliche Abstraktionsebene und der unterschiedliche Grad an Autonomie, die die beiden Disziplinen gegenüber ihrem Gegenstand haben”) o la existencia de una “prohibición de negación de las premisas”⁷³ (“Negationsverbot von Prämissen”). Para demostrar esta afirmación es preciso tener en cuenta que la dogmática penal, aunque parta de la voluntad del legislador (Willen des Gesetzgebers) tiene que recurrir necesariamente a axiomas que condicionan íntegramente el proceso interpretativo. La introducción de estos axiomas es común a las ciencias jurídicas⁷⁴ y a las empíricas⁷⁵. La “prohibición de negación de las premisas” requiere la determinación previa de cuáles son las premisas que no está permitido negar. En esta tarea la dogmática penal, y la dogmática jurídica en general, no tienen mayores condicionamientos que las ciencias sociales y, por lo tanto, que la criminología. De la misma manera que el criminólogo debe decidir si su objeto será la reacción social al delito o la etiología del mismo, el jurista comenzará por establecer si la voluntad que será objeto de interpretación es la voluntad histórica del legislador o la voluntad “objetiva” de la ley. Ni siquiera el principio de legalidad, que es una premisa decisiva de la dogmática penal, es ajeno a esta problemática⁷⁶.

Si se renuncia a la idea de integración o unidad propia del positivismo, parece necesario partir del distinto interés que orienta ambos conocimientos (Erkenntnisinteresse). La dogmática penal dirige su interés a la aplicación del derecho garantizando ciertos principios que dan legitimidad a la misma y para ello elabora los conceptos que son necesarios para cumplir con su función. La sociología criminal, por el contrario, no tiene por qué ocuparse de la elaboración de estos conceptos⁷⁷, ni por qué limitarse a ellos en su análisis. De la distinta finalidad perseguida por ambas disciplinas se deduce, en primer término, que las relaciones entre la dogmática penal y la sociología criminal solo pueden ser —al menos en el estado actual de esta problemática— fragmentarias.

Hoy solo parece posible señalar algunos puntos de contacto en los que los resultados de las investigaciones sociológico-criminales sobre el sistema penal, y especialmente sobre la aplicación judicial del derecho penal, pueden resultar sumamente fructíferos para la dogmática penal. A manera de ejemplo cabe señalar aquí las investigaciones criminológicas sobre los “mecanismos de selección”⁷⁸. Esta investigación, recae, naturalmente, en forma directa sobre las

⁷² BARATTA, loc. cit., pág. 124.

⁷³ SACK, loc. cit., págs. 357 y ss.

⁷⁴ Confr. JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*.

⁷⁵ Confr. KURT HUBNER, *Kritik der wissenschaftlichen Vernunft*, 2ª ed., 1979, págs. 85 y ss.

⁷⁶ Confr. SAX, *Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953; GRÜNWARD, en ZStW 76 (1964), págs. 1 y ss.; SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, 1975; NAUCKE, *Zu Lehre...*, págs. 182 y ss.; el mismo, en Fests. für Engisch, 1969, pág. 274.

⁷⁷ Otro punto de vista: BARATTA, loc. cit., pág. 135.

⁷⁸ Confr. SACK, en *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, ed. por KAISER, F. SACK, H. SCHELLHOS, 1974, pág. 298.

⁷⁹ Confr. BACIGALUPO, *Injusto y punitividad* (inédito), cap. I, 1.

instancias e instituciones del control social formal y, de esta manera, sobre la actividad judicial, que constituye el modelo sobre el que se elabora la dogmática penal. La comprobación de que las teorías dogmáticas presuponen axiomas predogmáticos, permite afirmar que estas teorías cumplen un rol significativo en la actividad selectiva de la administración de justicia. La dogmática penal actual no dispone de instrumentos que la autoricen a afirmar una coincidencia perfecta entre la “voluntad del legislador” y la aplicación del derecho penal. Por esta razón, los tribunales deben incorporar criterios adicionales propios cuyas consecuencias desde el punto de vista de la selectividad han quedado, hasta ahora, solamente implícitas. Estas características de las teorías dogmáticas se acrecientan cuando se trata de teorías fundadas en el método teleológico y en la concepción objetiva de la interpretación. Ya la definición del “fin de la ley” como un fin contingente que queda en manos del intérprete importa la adopción de algún criterio selectivo. Desde este punto de vista, entonces, las teorías dogmático-penales resultan ser la traducción en el lenguaje de la dogmática de ciertos criterios de selección que no se infieren totalmente de la ley positiva. El descubrimiento, de que los criterios cotidianos de selección con que operan los órganos del control social, inciden en la vigencia real del principio constitucional de igualdad ante la ley⁸⁰, sugiere la necesidad de revisar el contenido selectivo implícito de las teorías de la dogmática penal, con miras a lograr una realización plena de aquel principio. La profundización de esta tarea requiere, a su vez, que los criminólogos dispogan para sus investigaciones de un conocimiento acabado de las teorías dogmáticas. Para decirlo con palabras de LUHMANN⁸¹: “¿cómo podría verificarse si el origen social del juez influye en sus sentencias, si no es posible juzgar hasta qué punto sus argumentos y decisiones han sido adoptados con corrección, falsedad o torciéndolos dentro de lo jurídicamente tolerable?”.

Ciertamente la selectividad del control social no es más que una hipótesis que “hasta ahora ha ayudado más a formular preguntas que a responderlas”⁸², pero ello no le resta importancia como uno de los puntos de contacto en los que el trabajo común entre la criminología y la dogmática penal puede resultar fructífero.

Como hemos dicho, solo se ha querido mostrar uno de los campos en los que el interés del conocimiento coincide y permite, por lo tanto, un aprovechamiento recíproco de las investigaciones de ambas disciplinas. En nuestra respuesta la cuestión de las relaciones entre la dogmática penal y la nueva sociología criminal queda abierta al descubrimiento de nuevos puntos de contacto en los que la cercanía o coincidencia del interés del conocimiento de ambas disciplinas permita desarrollar una tarea conjunta. En general, es de suponer que estos puntos de contacto se darán allí donde la investigación sociológica de la reacción social al delito sirva para demostrar que los instrumentos concep-

⁸⁰ Confr. BARATTA, en ZStW 92 (1980), pág. 114.

⁸¹ *Rechtssoziologie*, 1, 1972, págs. 1 y ss.

⁸² SACK, *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, pág. 303.

tuales de la dogmática penal frustran en su aplicación práctica la realización de los principios de los que depende la legitimidad de la reacción penal en un Estado democrático.

VII

Este programa de trabajo no será, probablemente, fácil de llevar a cabo. Hasta ahora, es preciso reconocerlo, las relaciones entre la nueva sociología criminal y la dogmática penal no han sido fáciles, pero más por razones ideológicas que de otra índole. La máxima dificultad radica en la suposición de que la nueva criminología posee una dimensión crítico-social que la dogmática penal no puede alcanzar por su dependencia total de la voluntad del legislador: el dogmático, por lo tanto, no podría ser sino un "garante" de la ideología del legislador en la aplicación del derecho. Si a este punto de vista se agrega una concepción del derecho, según la cual este únicamente podría explicarse como un instrumento por medio del que "algunos grupos ejercen el poder sobre otros para su propio beneficio"⁸³, puede entrarse inclusive en el terreno del cuestionamiento moral de los dogmáticos penales. Pero este punto de vista es, a mi juicio, extremadamente simplista, porque presupone que la dogmática penal carece de una instancia crítica interna. Tal dogmática jurídica no existe.

La dimensión crítica de la sociología criminal presupone un modelo ideal de sociedad con el que se compara la sociedad cuyo aparato de control social se critica. La dogmática penal, por su parte, tiene también una dimensión crítica paralela que se manifiesta con características peculiares: Toda dogmática penal parte de una determinada idea de la legitimidad del ejercicio del poder penal del Estado que se expresa en la formulación de principios jurídico-penales. En este sentido, la dogmática penal desarrolla su dimensión crítica en dos direcciones bien definidas: por un lado, sometiendo los principios mismos a una crítica constante para perfeccionar su correspondencia con el ideal de legitimidad de la sociedad; por el otro, confrontando el derecho penal vigente con estos principios que fundamentan su legitimidad.

Al concluir, parece necesario una última advertencia: una dimensión crítica no importa todavía una definición del partido de la crítica: ni para la criminología, ni para la dogmática penal. El partido de la crítica será siempre, y en todo caso, el partido del científico que critica. Por ello, no parece apropiado clasificar a los científicos ideológicamente por la ciencia que cultivan y no por el partido que representan.

⁸³ RICHARD QUINNEY, "Towards a Sociology of Criminal Law", en *Crime and Justice in Society* (editado por él mismo), Boston, 1969, págs. 1 y ss. (citado según la versión alemana en "Seminar: Abweichendes Verhalten", II, 1, págs. 44 y ss. (78).

EL LOCO Y LA JUSTICIA*

JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS y PEDRO GUERRERO GONZÁLEZ

"Bandido, ladrón, granuja, bribón, es la justicia de las personas decentes la que persigue al niño".

PREVET

INTRODUCCIÓN

La visión que la justicia tiene del loco en general y, en particular del loco que infringe el estatuto penal, ha sufrido en Colombia una serie de mutaciones, cuyo significado es inteligible a partir de dos puntos de referencia: de un lado, la evolución de las ciencias penales y, del otro, la evolución de la psiquiatría. De época en época el entrecruzamiento histórico de estas dos disciplinas, ha dado lugar a una psiquiatría criminal o, si se prefiere, a una criminología psiquiátrica que, en la práctica, se traduce en un modo específico de tratamiento penal del delincuente anormal.

Comoquiera que la metamorfosis de la legislación penal colombiana y de la ideología de la locura en nuestro medio, no se pueden, sin más, desmembrar de sus antecedentes históricos, resulta útil indagar, muy someramente, sobre el desarrollo de las concepciones generales acerca del delito y del delincuente. Advertimos que apenas se pretende una breve sinopsis, pues la historia de las doctrinas penales exige una prolijidad y extensión que exceden, con mucho, los límites de una simple comunicación.

En la historia del derecho y del modo de juzgar a quienes transgreden el ordenamiento social se pueden distinguir, al menos, cuatro períodos:

En los comienzos, el individuo lesionado asume, bajo su propia responsabilidad, el derecho a castigar; el castigo (talión) no es más que una retaliación privada.

Más tarde la divinidad ofendida exige una expiación y el castigo adquiere el carácter de un sacrificio exculpatorio destinado a apaciguar la cólera divina.

Asimismo, el grupo social se siente amenazado en su integridad o en su seguridad y detiene al inculcado para reducirlo a la impotencia y hacerlo inofensivo.

Finalmente, el Estado ve en el acto del culpado un atentado al orden público y a los sentimientos de justicia y de moral de la comunidad. El Estado restituye el derecho violado y exige una reparación.

* Ponencia oficial XVIII Congreso Nacional de Psiquiatría, Medellín, octubre 1978.