

- 74 Estos criterios deben ser restringidos. Si bien es cierto que, en cierta medida, no debe aplicarse rígidamente la primera parte del principio de legalidad (no hay infracción sin ley expresa), debe respetarse de manera estricta su segunda parte: no hay sanción sin ley previa. También debe exigirse el respeto del principio de la culpabilidad. Como consecuencia, no debe asimilarse demasiado el derecho disciplinario al derecho administrativo.

Capítulo 2

Política criminal, criminología y dogmática penal

§ 1. Política criminal

- 75 Una de las funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. En la medida de lo posible, debe tratar de solucionar los conflictos y tensiones sociales o individuales para que la vida social sea estable y fecunda. Esta labor la cumple en un contexto social y político en el que tiene su origen y se desarrolla. No se trata de una actividad neutra o imparcial.
- 76 El poder coercitivo, concretado sobre todo en las sanciones, constituye uno de los medios de que dispone el Estado para alcanzar tal objetivo. En base a dicho poder, se organiza un sistema formalizado y específico, denominado sistema de justicia penal. Este sistema está compuesto, de un lado, tanto por un conjunto de normas que prevén los comportamientos delictuosos y las sanciones aplicables, como por disposiciones que regulan el procedimiento a seguir para pronunciar y aplicar dichas sanciones y, de otro lado, por una red de órganos encargados de hacer respetar y de aplicar dichas normas penales. Por ejemplo, la policía, el Ministerio Público, tribunales, servicios de ejecución de penas. El derecho penal

desempeña así un papel importante en la organización y la determinación de las relaciones sociales, en el interior del llamado control social. No sólo limita la libertad de los individuos, también crea las condiciones necesarias para que éstos desarrollen su personalidad y lleven a cabo sus proyectos de vida.

- 77 El control social es una expresión concreta de la política general del Estado. Uno de los aspectos de esta política es, precisamente, la política criminal. Esta política plantea los criterios básicos del sistema de justicia penal. Toda reacción estatal dirigida a evitar comportamientos delictuosos o a suprimir ciertas situaciones criminógenas no forma parte, necesariamente, de la política criminal. Si bien ésta goza de una cierta autonomía en el marco de la política estatal, se integra en una perspectiva más vasta de la política social. Una buena política social constituye, sin duda, una condición indispensable para organizar y desarrollar una política criminal eficaz.
- 78 El ámbito social abarcado por la política criminal no constituye sin embargo un dato objetivo. Las nociones de delincuencia, crimen o criminal son el resultado de discusiones sobre criterios de política criminal. Criterios que condicionan la determinación de los comportamientos que deben ser criminalizados. En efecto, no hay comportamiento que sea delictuoso en sí. Su calificación como tal varía según el lugar y el tiempo en que es cometido.
- 79 Para planificar la política criminal de manera más o menos racional, es indispensable profundizar las investigaciones tendientes a establecer las características y la amplitud del fenómeno delictivo. Si se saca provecho de estas investigaciones, la reacción organizada de la colectividad dejará de ser espontánea, incoherente y motivada sólo por la satisfacción de impulsiones instintivas de la opinión pública.
- 80 La política criminal está estrechamente relacionada, de una parte, con la criminología y, de otra, con la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología como disciplina que estudia el delito, el delincuente y la reacción social ante la delincuencia, la actividad del Estado para enfrentar este fenómeno se inspiraba en la concepción

penal fundada sobre la culpabilidad y la retribución. La pena era así considerada como el único medio para disuadir a las personas de cometer infracciones y, una vez cometidas, para restablecer el orden perturbado. Con el positivismo italiano, que está en el origen de la criminología y constituye un fruto del desarrollo de las ciencias naturales en el siglo XIX, la negación del principio de la culpabilidad y de la pena retributiva provocó una renovación del discurso y de la práctica del Estado en relación con la delincuencia.

- 81 La criminología, nacida de este movimiento positivista, impulsó las investigaciones dirigidas a individualizar, a nivel biológico, psicológico o sociológico, la causa de la criminalidad. La actividad del Estado debe pues estar orientada a neutralizar los factores criminógenos, mediante procesos de tratamiento, reeducación, resocialización del delincuente. De manera bastante esquemática, se puede distinguir dos tendencias en este movimiento de ideas. El primero es el movimiento desencadenado, en Alemania, por los trabajos de Franz von Liszt y cuyas ideas principales han sido retomadas y desarrolladas, especialmente, por Claus Roxin. La segunda tendencia, más influenciada por el positivismo, es la de la nueva defensa social expuesta, en Francia, por Marc Ancel.
- 82 En oposición a estas concepciones que consideran, de un lado, como objetos de estudio de la criminología al delito y al delincuente y, de otro, como el fin de la política criminal la desaparición de las causas criminógenas, un movimiento de ideas reciente busca cambiar estas hipótesis que están en la base de los criterios de política criminal predominantes.
- 83 Partiendo de la idea de que el delincuente y el crimen sólo constituyen creaciones del sistema penal, se afirma que la criminología debe ocuparse del análisis del proceso de criminalización y que la política criminal debe tratar de limitar el poder punitivo así como sus efectos perversos. La pena y las medidas de seguridad son únicamente medios al servicio de este proceso que debe ser desmantelado. Sin embargo, los partidarios de esta concepción, denominada de la criminología crítica o radical, no han logrado

todavía elaborar directivas pragmáticas de política criminal. No obstante, sus ideas tienen una influencia positiva en el debate sobre la manera de organizar un sistema de control social eficaz y los medios necesarios para alcanzar este objetivo. Desde hace algunos años, en materia de política criminal y de criminología, se ha estudiado seriamente la problemática de las mujeres en la justicia penal. Mediante sus trabajos, los movimientos feministas ponen en evidencia "la manera como los intereses de las mujeres, consideradas como género, han sido descuidados y ocultados". Sus investigaciones han abierto nuevas perspectivas en los análisis de la criminología y de la política criminal. Seguramente, tendrán también consecuencias importantes en materia de justicia penal.

- 84 Las reformas penales de los últimos decenios han sido marcadas por los estudios y las discusiones dirigidas a circunscribir la estrategia a adoptar frente a la delincuencia. La reforma del Código penal alemán constituye un buen ejemplo. El factor decisivo fue el proyecto alternativo elaborado esencialmente sobre la base de criterios de política criminal y sin prestar gran atención a cuestiones de orden dogmático.
- 85 Si nuevas formas de criminalidad exigen una severa reacción penal, la tendencia predominante se caracteriza, sobre todo, por el apego mesurado al derecho penal y, en particular, a las penas privativas de libertad como medios de control social. Además, para contrarrestar los efectos negativos del derecho penal, se hacen esfuerzos para brindar a los condenados una asistencia social eficaz y tomar en consideración los intereses de las víctimas. Un aspecto importante de esta tendencia radica en el hecho de considerar a la multa como la pena principal del sistema de sanciones; el mismo que debe ser completado por nuevas formas de sanción en substitución de las penas privativas de libertad.
- 86 La situación en Guatemala es bastante interesante en la actualidad en razón de la transición que se vive del periodo de guerra civil, que duró varias décadas, a uno de coexistencia pacífica. Este largo conflicto armado interno ha marcado a todos los sectores sociales con su

carácter violento. De un lado, los delitos más graves se caracterizan por la violencia con que son cometidos. Entre estos destacan los delitos de homicidio, secuestro, robo, lesiones graves, muchas veces cometidos en el contexto de tráfico de drogas y corrupción. De otro lado, la reacción, primero, estatal que se distingue en especial por la severidad de las penas y un sistema policial y penitenciario marcadamente represivo. En el medio, se da la reacción de las personas en general y, en particular, de las víctimas. Reacción que se manifiesta por una exigencia de severidad cada vez más grande y por la tendencia a hacerse justicia por propia mano. Esto está estrechamente relacionado con el sentimiento de inseguridad existente y por el convencimiento de que la impunidad impera no sólo respecto de los delitos cometidos por los miembros de los sectores privilegiados y de los que detentan el poder, sino también en el caso de delitos menos graves cometidos por cualquier persona. Este sentimiento se funda, sobre todo, en la ineficacia del sistema de control penal.

- 87 Para evitar que los miembros de las diferentes capas sociales se sientan desprotegidos frente al fenómeno delictivo, es indispensable que el Estado, mediante las reformas legislativas, no dé la sensación, tanto a nivel legislativo como del control efectivo, de que abandona el terreno en favor de los delincuentes. La reacción social debe ser planteada dentro de un plan general de medidas de política criminal que responda de manera global y coherente a las expectativas de protección de la sociedad.
- 88 El plan general debe comprender tanto medidas de carácter social como de índole legal. Si bien debe inspirarse en el criterio de que no hay medio más eficaz de política criminal que una política social y económica eficiente, no debe descuidar las medidas concretas de naturaleza penal. Las mismas que constituyen el último medio para contrarrestar la delincuencia y muchas veces, en sociedades como las nuestras, las más directamente percibidas por las víctimas como la realización de la justicia.

-
- 89 A nivel del sistema de control penal es de considerar los mecanismos de control indirectos y los de orden formal. Entre los primeros, deben ser mejorados los programas, por ejemplo, de educación, de aumento de la calidad de vida, de reforzamiento de los derechos humanos, de reconocimiento del pluriculturalismo. No porque se considere que disminuyendo la pobreza, la ignorancia y la desigualdad se reducirá necesariamente la delincuencia, sino porque tales cambios podrían, al menos y entre otros efectos, atenuar la tendencia a pensar que la solución al problema de la delincuencia es una represión cada vez más severa.
- 90 En el nivel formal, la consolidación de los órganos encargados del control penal directo es un aspecto indispensable. Sin instituciones eficaces y sin funcionarios conscientes de su poder social y político (en el sentido no partidista), la mejor legislación resultará ineficaz. Así, un Organismo Judicial que no asuma su responsabilidad de verdadero poder del Estado no podrá actuar de manera independiente en el marco de relaciones con los demás poderes.
- 91 En el ámbito de la legislación, debe tenerse en cuenta que las reformas deben ser coordinadas y pragmáticas. No es racional llevar adelante una reforma liberal del derecho procesal penal y conservar un Código Penal represivo. Establecer en el primero, por ejemplo, un amplio criterio de oportunidad de la persecución penal y, en el segundo, aumentar el número de comportamientos delictuosos y agravar las sanciones. No se puede hacer depender la represión de la intervención de las víctimas en un número cada vez mayor de delitos y, al mismo tiempo, no mejorar el acceso a la justicia ni prever respuestas penales alternativas. Resulta inconveniente pretender reforzar un sistema procesal equitativo y fomentar la utilización del derecho penal como medio expeditivo para resolver los problemas planteados por la ocupación de tierras, tratándolos ampliamente como casos de usurpación sin considerar que pueden constituir asuntos de orden civil. Es así mismo contraproducente tratar de combatir el grave problema de los secuestros violando el principio de legalidad (en el art. 201, no se dice en qué consiste el plagio o secuestro) y

estableciendo penas extremadamente severas. Situación que se agrava cuando se recurre a medios y procedimientos extrajudiciales y expeditivos.

- 92 De modo que no se trata de reprimir más severamente, sino de reprimir de manera adecuada y eficaz. Con este objeto, deben preverse medidas sustitutivas o alternativas de las penas privativas de corta y mediana duración. Penas que evitarían, por ejemplo, la sobrepoblación en los establecimientos penales; pero que constituirían al mismo tiempo respuestas que no sean percibidas como equivalentes a la impunidad. De acuerdo con la naturaleza de los delitos, podrían considerarse como sanciones el trabajo en favor de la comunidad, el retiro del permiso de conducir, la reparación forzada del daño producido. Y en ciertos casos, la conciliación entre las partes como solución del conflicto (hace tiempo previsto en algunas legislaciones para los delitos perseguibles a iniciativa privada y delitos de poca gravedad). En esta perspectiva, debería también considerarse la posibilidad de utilizar, en los casos que las conciernen, algunas de las respuestas que dan las comunidades nativas, siempre y cuando sean conformes a los derechos humanos.

§ 2. Criminología

- 93 La evolución de la política criminal nos ha mostrado ciertas direcciones tomadas por la criminología. Se trata sin embargo de una disciplina que recurre a otras disciplinas científicas como la biología, la antropología, la psicología, el psicoanálisis, la sociología. No obstante ser una ciencia relativamente joven, puesto que aparece a fines del siglo XIX ha dado lugar a numerosas publicaciones. Nos limitaremos a presentar algunos aspectos para destacar la importancia de la perspectiva criminológica en materia de derecho penal y de política criminal.
- 94 En sus orígenes y hasta hace poco, la criminología era concebida, sobre todo, como el análisis de la delincuencia como fenómeno

individual y social. Actualmente, el control social y los órganos encargados de este control han substituido al delincuente y al comportamiento delictivo como objeto de estudio de la criminología. Esta no se orienta más a buscar el origen de la criminalidad, sino a estudiar la reacción social que condiciona la delincuencia de las personas y la incriminación de los comportamientos. Así se puede distinguir dos orientaciones. La criminología tradicional, orientada al delincuente y a su comportamiento, y la criminología de la reacción social, mucho más reciente y preocupada del estudio del fenómeno de la criminalidad.

- 95 La criminología tradicional surge con el positivismo italiano; en éste se dan las principales orientaciones de investigación sobre el delincuente: teorías antropológicas, biológicas, psicológicas y sociológicas.
- 96 Según Lombroso, médico de formación, la delincuencia es un fenómeno atávico, producto de la degeneración biológica y el delincuente constituye una especie humana particular: el criminal atávico. Aun cuando Lombroso mediatizó su concepción recurriendo a criterios psicológicos o sociológicos, su explicación permaneció firme en sus bases biológicas y antropológicas.
- 97 Los esfuerzos realizados posteriormente por descubrir las causas biológicas o antropológicas de la delincuencia han fracasado. En los años treinta, se hicieron estudios sobre el comportamiento de mellizos comparando los casos de mellizos univitelinos y bivitelinos. El objetivo era de comprobar si existía una tendencia innata hacia la criminalidad. Si este era el caso, debía producirse un comportamiento delictuoso similar en relación con los mellizos univitelinos y, por el contrario, diferente en cuanto a los mellizos bivitelinos. De esta manera, se trataba de dar un paso más allá que el practicado por las investigaciones de orden anatómico y las referentes a la morfología y al carácter. Los resultados no fueron positivos. Sin embargo, la tesis de la herencia criminal no fue la única hipótesis excesiva y ambiciosa en este ámbito. Vale la pena citar el caso de las investigaciones efectuadas sobre las aberraciones cromosómicas. Se creyó

encontrar en el cromosoma suplementario "Y" la causa del comportamiento delictuoso violento.

- 98 Los criterios biológicos son bastante discutibles. El delito no puede ser observado como un fenómeno aislado. La constitución física del individuo y su personalidad están condicionados por diversos factores externos. Sin embargo es de tener en cuenta que dichos criterios desempeñan un papel importante en la medida en que influyen en la creencia popular de que el delincuente es reconocible por su aspecto exterior. Prejuicio que, a veces, llega a tener cierta influencia en la política criminal que más se preocupa en calmar los temores de la opinión pública.

1 Otro positivista italiano realizó los primeros estudios sociológicos de la delincuencia. Se trata de Enrico Ferri, quien se interesó de manera particular en los factores sociales para explicar la delincuencia. Preconizó la idea de la "responsabilidad social" del delincuente en detrimento de la noción de responsabilidad penal o moral. Según él, el delincuente es responsable por el simple hecho de vivir en sociedad. Sobre estas bases, propuso la utilización de "substitutos penales"; concebidos como medidas preventivas destinadas a dificultar el desarrollo de la criminalidad (un pequeño ejemplo es el alumbrado de las calles oscuras para evitar los ataques a las personas).

- 99 Esta orientación sociológica ha sido perfeccionada de manera seria y compleja por estudiosos como Sutherland, Cohen, Merton y otros.
- 100 Según la teoría de la "asociación diferencial" del criminólogo americano Sutherland, el comportamiento delictuoso es un comportamiento aprendido. Las posibilidades de que una persona se transforme en delincuente estarían en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de los diversos contactos que ha tenido con otros delincuentes. Los mismos que consideran este comportamiento como normal. La formación criminal por la vía de la asociación se adquiere tanto por la imitación como por otros mecanismos inherentes a toda formación o aprendizaje.

- 101 Para Albert K. Cohen, el comportamiento delictuoso se origina y se desarrolla en el interior de una "subcultura criminal". Los grupos de delinquentes producen valores y normas propias opuestas a las normas de la cultura predominante. Según este autor, la estructura social provoca una reacción de este tipo en los grupos de jóvenes delinquentes, quienes actúan generalmente sin fines económicos. Cometan delitos más bien para obtener una cierta posición social. Así, desarrollan su propia cultura, relativamente autónoma con respecto a la dominante. Lo hacen para alcanzar un *status* entre ellos mismos. La oposición no es sólo negativa por cuanto supone la elaboración de "modelos paralelos" de conducta. El acto delictuoso constituye entonces una alternativa y no sólo una desviación de los comportamientos considerados conformes al sistema.
- 102 Conviene citar, por último, la concepción de la anomia social elaborada, en principio, por Durkheim y Parson; luego desarrollada por Robert K. Merton. Este último afirma que el comportamiento delictuoso está condicionado porque la sociedad no brinda a ciertos individuos los medios legales necesarios para alcanzar el bienestar material ofrecido por ella misma. En su opinión, las civilizaciones occidentales buscan alcanzar el bienestar material, pero todos no tienen las mismas posibilidades de lograrlo, los pobres son miembros degradados de esta sociedad. La separación existente entre los objetivos propuestos y los medios legítimos ofrecidos para conseguirlos constituye la denominada anomia. Esta situación conduce a ciertas personas a escoger los medios ilegítimos para alcanzar dichos fines.
- 103 Desde la perspectiva de las funciones sociales de la conducta divergente, abierta por Durkheim, se ha buscado, igualmente, explicar el hecho de que se reprime, de modo relativamente constante y selectivo, a un cierto sector de personas por la necesidad de preservar la estabilidad del grupo social mediante el mantenimiento de ciertas reglas. Esta idea es conocida como la tesis relativa al "chivo expiatorio", basada en estudios de orden etnológico.

- 104 Han sido los criterios sociológicos los que más acogida han tenido en la explicación del fenómeno de la delincuencia. Sin embargo, no ofrecen una explicación homogénea y satisfactoria del delito. Son diversas las causas propuestas para lograr su comprensión, olvidando que la respuesta no puede ser unilateral. Pero es de recordar que las concepciones sociológicas no buscan dar al delincuente individual una justificación de su conducta. Buscan más bien explicar el fenómeno social de la criminalidad y facilitar así la comprensión de los casos particulares.
- 105 Una pregunta permanecía abierta luego de las explicaciones biológicas y sociológicas. El saber por qué, en el interior de un grupo de individuos sometidos al mismo condicionamiento social o biológico, sólo algunos de ellos devenían delincuentes.
- 106 Han sido los psicólogos los que han tratado de ayudar a explicar este hecho. Lo hacen tratando de comprender por qué la adaptación social del delincuente no tiene lugar como sucede con los demás individuos. Entre ellos existen diversas tendencias. Los partidarios del psicoanálisis, partiendo de las ideas de Freud, Jung y Adler, destacan la importancia de los conflictos afectivos y del desarrollo sexual causante de traumas que originan complejos (por ejemplo, el complejo de Edipo). Los mismos que pueden conducir hacia la delincuencia. Como complemento a estas explicaciones demasiado unilaterales, se han planteado otras de orden psicosocial y psicofisiológico; por ejemplo, la teoría de la no adaptación de Olaf Kinberg, de la constitución delincencial de Benigno di Tullio, de los conflictos de cultura de Thorston Sellin, la ecológica de Shaw y Mc Kay, etc. De esta manera, la criminología tradicional ha evolucionado hacia una síntesis de las corrientes biológicas, antropológicas, sociológicas y psicológicas.
- 107 La búsqueda de las causas del delito en la persona del delincuente (concepciones biológicas o psicológicas) o en las circunstancias sociales que han condicionado su vida (concepciones sociológicas o psicosociológicas), presupone la seguridad de que es posible trazar un límite entre delincuentes y no delincuentes. La identificación de la

persona delincuente o del grupo delincuente resulta necesaria. Los estudios sociológicos y criminológicos sobre las "cifras negras" de la delincuencia han puesto en duda la posibilidad de establecer con certeza dicho límite. Un número importante de delitos permanece desconocido. Sobre estas bases se han desarrollado nuevas teorías sociológicas. Las mismas que abandonan el estudio de la personalidad del delincuente y, así mismo, de los mecanismos sociales de paso al acto criminal, para preocuparse sobre todo del fenómeno de la reacción social ante la delincuencia. Los ejes principales de estas investigaciones son las concepciones del *labeling approach* y de la "criminología radical".

- 108 Para los defensores del *labeling approach*, llamado también teoría de la estigmatización o del etiquetamiento, la delincuencia o, de manera más general, el comportamiento desviado, constituye el resultado del papel que juega el derecho penal y los órganos encargados de la represión tanto en la formulación de las prohibiciones sociales como en la regulación de la violación de las reglas preestablecidas. El delincuente deviene, mediante el proceso de estigmatización practicado por los órganos encargados de la represión, un estereotipo resultante del fenómeno de la criminalización; fenómeno que es creación del orden social. Si se llevan estos criterios hasta sus últimas consecuencias, se concluye en la abolición del derecho penal. Abolición preconizada, en particular, por Louk Hulsman, quien propone remplazar la idea de delito por la de "situación problema".
- 109 La criminología crítica surge en el contexto de las luchas políticas que tuvieron lugar en los Estados Unidos en los años 60 y 70 (lucha contra la discriminación racial, la guerra del Vietnam, protestas estudiantiles y movimientos feministas) y bajo fuerte influencia del neo marxismo anglosajón. Sus partidarios consideran que el comportamiento delictuoso muy frecuente en las capas sociales menos favorecidas es un rechazo a la organización social implantada por las clases dirigentes y mantenida por el sistema penal. Como

consecuencia, plantea la supresión de este sistema y su substitución por una nueva escala de valores.

- 110 Las teorías de la reacción social proponen de manera positiva la necesidad de situar al delito o al comportamiento desviado en su contexto de interacciones sociales. Difícil resulta, por el contrario, aceptar sus propuestas de abandonar las investigaciones realizadas por la criminología tradicional y renunciar al sistema penal. Si es verdad que el delincuente y el delito sólo pueden ser determinados mediante los hechos y las normas legales, es inaceptable la afirmación de que una persona sólo puede ser identificada como delincuente por la acción de las instancias de control social. El comportamiento desviado, desde una perspectiva formal, es efectivamente una creación social. Sin embargo, esta creación no es arbitraria; está basada en nociones tales como la de bien jurídico para la determinación de los comportamientos delictuosos.
- 111 Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la criminalidad, las "cifras negras de la criminalidad" serían inconcebibles. Los actos no descubiertos no merecerían la calificación de "delictuosos" y los autores desconocidos no deberían ser calificados de "criminales" si no han sido etiquetados por los órganos de control social. La concepción de la estigmatización tiende a anular el argumento crítico que ella misma expresó contra las teorías biológicas, psicológicas y sociológicas, consistente en denunciar la ausencia de un objeto preciso de análisis. Los estudios criminológicos deben comprender, con el apoyo del método comparativo, todos los aspectos de la delincuencia. Es decir, tanto las circunstancias sociales y personales que condicionan su surgimiento, como los medios penales utilizados para combatirla y los efectos de la utilización de estos medios sobre el sistema penal.
- 112 La delincuencia y el delincuente son fenómenos reales de difícil delimitación mediante criterios unívocos. Sin embargo, sería demasiado ingenuo ignorar el efecto estigmatizante del sistema penal. La elaboración de una política criminal eficaz y el desarrollo de un derecho penal conforme a la dignidad de la persona suponen tomar

en cuenta, de manera crítica y coherente, los resultados obtenidos en la criminología. Existe una relación estrecha y una integración recíproca entre el derecho penal y la criminología. Los resultados de los estudios criminológicos deben ser utilizados en la elaboración del derecho penal. Las leyes penales proporcionan el punto de partida de dichos estudios en la medida en que a partir de la aplicación de estas leyes los criminólogos pueden estudiar la delincuencia y los delincuentes. En el marco de la política criminal, se debe tratar de armonizar las exigencias del derecho penal y de la criminología. Una respuesta eficaz contra la delincuencia sólo es posible mediante su conocimiento serio. De acuerdo con Marc Ancel, es de afirmar que "el problema no consiste, como lo han creído algunos espíritus simples, en la supresión del derecho penal o en la subordinación absoluta del jurista al criminólogo, sino en una utilización racional en el ámbito jurídico de los diferentes aportes de la ciencia de la criminología".

§ 3. Dogmática penal

- 113 El carácter científico de la dogmática jurídica o "ciencia jurídica" es un problema que suscita aún viva discusión.
- 114 Los juristas están generalmente convencidos de que su actividad - estudiar el derecho para hacer más fácil su aplicación - es una actividad de carácter científico. En sus escritos, se refieren con frecuencia a la ciencia jurídica o dogmática jurídica y a la doctrina o jurisprudencia.
- 115 En Alemania Federal y en los países fuertemente influenciados por el pensamiento jurídico germánico (por ejemplo, España y la gran mayoría de países latinoamericanos), se emplea, con frecuencia, la expresión "dogmática jurídica" en un sentido positivo. Esta expresión es sinónimo de ciencia. En Francia, por tradición, se utiliza raramente el término "dogmática" para designar los trabajos consagrados a

exponer e interpretar el derecho. Suponiendo el carácter científico de dichos trabajos, se prefiere hablar de doctrina o ciencia.

- 116 Al término dogmática se le da igualmente una connotación peyorativa. Con este objeto y en base a los aportes hechos por las ciencias sociales, se niega el carácter científico al estudio del derecho por parte de los juristas. Se les reprocha su "dogmatismo", su incapacidad para elaborar un sistema susceptible de tener en cuenta los factores sociales e, igualmente, su ineptitud para evitar el formalismo tautológico. Su actividad se distinguiría por la elaboración de análisis extremadamente teóricos con pretensión de formular verdades absolutas. Calificar, como consecuencia, a un jurista o al resultado de su trabajo de dogmático constituye un juicio de valor negativo.
- 117 El empleo del término dogmática para aludir, a veces, al carácter científico de la actividad de los juristas y, otras veces, para negarle dicho carácter, no es siempre el resultado de una reflexión previa. Mediante esta palabra, se puede designar a una manera especial de razonar o al objeto materia del análisis: el dogma. Además, éste es comprendido ya sea como la expresión de una idea verdadera o ya sea como la declaración formulada por una autoridad.
- 118 El cuestionar la ciencia del derecho (dogmática jurídica) no es sin embargo de naturaleza puramente lingüística. Por esta vía, se llega a discutir los fundamentos mismos de la actividad de los juristas y la importancia de su función social. Esto permite comprender más fácilmente el aferramiento de los juristas en defender el carácter científico de sus trabajos.
- 119 Si se consideran las críticas expresadas, con más frecuencia, contra la dogmática, se observa que están dirigidas contra ciertos aspectos de la llamada dogmática tradicional. Esperando no caricaturizarla, señalemos resumidamente las notas que se le atribuyen.
- 120 Primero, concebir el derecho como un sistema perfecto que proporciona soluciones o respuestas a todos los casos jurídicos imaginables.

-
- 121 Segundo, admitir que la ley adquiere - una vez dictada - vida autónoma y que su significado evoluciona de acuerdo con los cambios sociales.
- 122 Tercero, considerar como función de los juristas - científicos del derecho - la de describir y fijar esta evolución.
- 123 Cuarto, reconocer que la misión del juez o del comentarista se limita a descubrir el sentido de la regla general que será aplicada al caso concreto.
- 124 Según esta concepción, los juristas realizan, mediante los métodos propios a su actividad científica, una abstracción de primer nivel; es decir, a partir del material de base - constituido por las normas legales - formulan conceptos jurídicos claros y ciertos. Luego, utilizan estos conceptos para elaborar abstracciones de un nivel superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, formado exclusivamente sobre la base de normas jurídicas positivas. Además y debido a la complejidad de la aplicación de la regla al caso concreto, deben proceder a la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos jurídicos que forman parte de todo el orden jurídico. Dicho de otra manera, el juez o el intérprete debe ser capaz de sintetizar los elementos ofrecidos por el orden jurídico.
- 125 El método dogmático es concebido como un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los "dogmas", punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción, con la ayuda del razonamiento "lógico-deductivo", de los conceptos y principios implícitos en los "dogmas" y, por último, formulación de un sistema completo y coherente.
- 126 La pregunta que se plantea es saber si la actividad intelectual de los penalistas que les ha permitido, por ejemplo, elaborar la teoría del delito (estimada como ejemplar) corresponde a la actividad que describimos, inicialmente, como "dogmática tradicional".
- 127 Para responder a esta interrogante se ha distinguido entre "buena dogmática" y "mala dogmática". Esta última estaría estrechamente

vinculada a las ideas conceptualistas que se caracterizan por su autoritarismo intelectual, su formalismo lógico y su pretendido neutralismo axiológico. La buena dogmática sería la "dogmática crítica", abierta a las ciencias sociales y a todo debate de naturaleza axiológica.

- 128 La tentativa de distinguir estas dos clases de dogmática no ha tenido éxito. Aceptar la definición de "buena dogmática" implicaría creer, según Meyer-Cording, que existe una "dogmática no dogmática". Y que deberíamos declarar sin tapujos que "la dogmática tradicional está muerta".
- 129 Sería ingenuo afirmar que todos los penalistas han aceptado o aceptan, incondicionalmente, la idea tradicional de la dogmática. Es posible sin embargo admitir que su herencia está aún presente. Asumiendo el riesgo de caer en una excesiva simplificación, podemos decir que es fácil percibir su supervivencia en las convicciones siguientes: primero, la doctrina jurídica no tiene otra función que la de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el derecho positivo. Segundo, los conceptos jurídicos tienen una significación "realista", es decir que corresponden a las estructuras de lo real. Tercero, los juristas describen el derecho positivo en vigor de modo objetivo y axiológicamente neutro.
- 130 El refinamiento alcanzado en la elaboración de "teorías" y la manera como son modificadas, permiten interrogarse nuevamente sobre la función de la ley. ¿Es ésta la fuente de donde emana la doctrina o, por el contrario, no es sino la fuente alimentada por la doctrina? Entre nosotros, como importadores de concepciones doctrinales extranjeras, se discute en primer lugar a nivel teórico sobre la corrección o inexactitud de las teorías o ideas y, luego, se dirige la mirada a la ley para encontrar los elementos que permiten justificar la opción teórica adoptada.
- 131 Esta no es, sin embargo, la idea que se tiene, generalmente, del proceder de los juristas dogmáticos. Este consistiría, primero, en revelar las concepciones y los criterios teóricos contenidos

implícitamente en las normas legales; en seguida, analizarlos y, por último, organizarlos en un sistema completo y jerarquizado. Según Zweigert, la idea implícita en esta imagen de la dogmática sería la de creer que es posible, a partir de los dogmas y mediante el auxilio de la lógica, deducir soluciones para los casos concretos. De un lado, la sistematización de las normas y de los dogmas y, del otro, la elaboración de conceptos y de teorías - cada vez más sutiles - permitirían hacer del derecho un sistema cuya aplicación sería más precisa y previsible.

- 132 Si se desea comprender bien esta concepción de la dogmática, no es de descuidar el problema de su carácter científico. Recordemos que éste ha sido negado desde un punto de vista racionalista (su objeto de estudio no es ni permanente ni universal y su método no es el deductivo) y desde una perspectiva positivista (su método no es el experimental).
- 133 Los juristas, al hacer depender tanto la importancia de sus trabajos del reconocimiento de su carácter científico, llegan al extremo de dar una nueva definición de la ciencia para que pueda comprender a la dogmática. Así, por ejemplo, Larenz estima que "la ciencia del derecho es, en efecto, una ciencia (y no sólo una tecnología, aunque también sea esto) porque ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racionalmente comprobable".
- 134 Sí tenemos en cuenta el carácter ambiguo del término ciencia y sí se admite que las diversas definiciones formuladas son definiciones persuasivas, no es difícil - considerada la importancia social que tiene la dogmática - reconocerle una dimensión científica.
- 135 Mucho más importante es, en nuestra opinión, determinar en qué consiste la real actividad de los juristas; es decir, establecer cuáles son las intenciones y los fines que se ocultan detrás de las declaraciones que hacen a propósito de su propia actividad.
- 136 Mediante la descripción de la actividad de los penalistas, hemos podido constatar que sus investigaciones jurídicas corresponden poco al pensamiento dogmático tradicional. Las normas jurídicas no son

más examinadas como dogmas. Los principios jurídicos son también discutidos.

- 137 En sus trabajos, los juristas se apoyan, cada vez con más frecuencia, en las ciencias humanas y sociales, cuando la ley misma lo requiere o cuando es necesario hacerlo para completarla o precisarla. Su quehacer no se limita pues a la simple elaboración, por abstracción y a partir de las normas legales, de conceptos y principios generales.
- 138 El sistema concebido de esta manera no es más un sistema hermético y completo. Se admite que este sistema no ofrece siempre, implícita o explícitamente, una solución normativa a todo problema jurídico. Las lagunas existen y es indispensable completarlas.
- 139 Para alcanzar estos objetivos, los teóricos recurren, consciente o inconscientemente, a criterios axiológicos. En derecho penal, esto se debe a que se trata de establecer las condiciones en las que el Estado puede ejercer su poder punitivo.
- 140 Para mejor abordar el debate sobre la dogmática, es de considerar, primero, la realidad de las normas jurídicas y el papel que desempeñan orientando y previniendo el comportamiento de las personas. Segundo, aceptar que el método de abstracciones se ha impuesto progresivamente con el fin de racionalizar la actividad jurídica. Tercero, admitir el aspecto positivo de la dogmática - reconocido por todos, aún por sus críticos más severos - consistente en proporcionar a los jueces, los más interesados, un sistema de soluciones jurídicas más coherente que el establecido por el legislador.
- 141 Sin pretender presentar la solución ideal, se puede clarificar aún más el debate tomando conciencia del factor que permite cuestionar la dogmática. Este debe ser buscado en la ambigüedad de propósitos de los penalistas que dicen describir de manera objetiva y axiológica imparcial el derecho positivo (función oficial, confesada); pero que reconstruyen el sistema legal eliminando sus imprecisiones (función oficiosa, simulada). Este conflicto no puede ser superado, reconociendo la prioridad de una de las dos "funciones" en detrimento

de la otra. Se trata, por el contrario, de tomar conciencia de esta ambivalencia, lo que permitirá eliminar malentendidos y hacer transparente la actividad del jurista.

- 142 Así, una mayor fidelidad al derecho positivo se lograría si se presentaran los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley, en lugar de hacer pasar uno de estos como la única interpretación correcta o posible. De esta manera, se evitaría hablar de principios, conceptos y teorías como si fueran partes del sistema positivo; cuando no son, en realidad, sino elaboraciones de la misma dogmática.
- 143 La reconstrucción del sistema legal daría mayores satisfacciones sí, de un lado, no fuera concebida como una explicación del contenido implícito de las reglas jurídicas y sí, de otro lado, se reconociera que supone el análisis explícito de los criterios de valor en que se fundan las soluciones dogmáticas.
- 144 Así, se evitarían tres críticas a la dogmática: el de un excesivo "formalismo jurídico"; el disimular, al momento de interpretar el derecho positivo, los criterios axiológicos aplicados; y, por último, el ocultar frecuentemente, mediante la afirmación de que la dogmática facilita la aplicación de la ley, las ambigüedades e imprecisiones de las teorías y nociones, las mismas que dan lugar a soluciones concretas muy diferentes.
- 145 Esta manera de percibir la labor de los juristas exige de los penalistas una percepción más modesta y más realista de los resultados de sus trabajos. Las soluciones y las concepciones defendidas por nosotros, los penalistas, no tienen el valor de verdades absolutas. Se trata más bien de proposiciones destinadas a auxiliar a los legisladores, jueces e intérpretes para que encuentren la solución a los diversos problemas jurídicos que se les presenten. Así, haríamos la aplicación del derecho más fácil, justa e igualitaria; lograríamos también, con el objeto de crear un sistema jurídico racional y respetuoso de las personas, que las relaciones con las ciencias humanas y sociales fueran más eficaces. El análisis de estas relaciones - que hemos evitado y que

merecerían un estudio aparte - debe atenuar y compensar la inclinación de los juristas por las sutilezas doctrinarias.

- 146 No se trata de abandonar la "dogmática penal" en favor de la política criminal, de la criminología o de cualquier otra disciplina. Se seguirá haciendo "dogmática penal" o "ciencia jurídico penal" (poco importa la denominación). Es cuestión más bien de abordar de manera distinta el estudio del derecho penal, no de hacer algo diferente. Esto ya no sería "dogmática penal". En buena cuenta, es concebir, sin mitos ni ficciones, nuestra labor de juristas.

Capítulo 3

Evolución del Derecho penal y recepción del Derecho foráneo

§ 1. Conquista española

- 147 La conquista española "fue, apelando al vocabulario psicoanalítico: un trauma que significó a la vez desgarró y origen. La conjunción violenta y feroz de dos mundos". No sólo fue un choque físico, concretado en una tremenda disminución de la población nativa a causa de enfermedades, hambre, maltratos y disgregación, sino también un enfrentamiento desigual de orden social, cultural. Las estructuras socioeconómicas y las culturas que habían sido creadas por los pobladores originarios de América fueron violentadas por los conquistadores gracias a su superioridad tecnológica, formas de asociación más flexibles, mayor desarrollo de la autonomía individual, posesión - desde esta perspectiva - de una cultura más poderosa. Así lograron penetrar y dominar las sociedades autóctonas sin que se produjese una verdadera unión. La incorporación de la sociedad indígena al sistema social y económico europeo determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen.