

UNA RELACIÓN NECESARIA

POLÍTICA CRIMINAL-SOCIOLOGÍA JURÍCOPENAL-
DOGMÁTICA PENAL

SERGIO A. NAVARRO CERDAS

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MÁSTER
EN SOCIOLOGÍA JURÍCOPENAL

UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.
UNIVERSIDAD DE BARCELONA
2014

PREFACIO DEL AUTOR

“...Sabríamos mucho más de las complejidades de la vida si nos aplicásemos a estudiar con ahínco sus contradicciones en vez de perder tanto tiempo con las identidades y las coherencias, que estas tienen la obligación de explicarse por sí mismas.”¹

Esta tesis toma posición. Esto quiere decir que frente a un fenómeno social, el delito por ejemplo, yo hago un juicio ya sea acerca de su utilidad, o no, para la supervivencia de la especie o ya sea acerca de los individuos participantes en él. Es decir, una vez descrito el fenómeno, según sea observado por mi; decido o elijo una de entre las dos partes con intereses contrario que protagonizan la lucha, que es en realidad aquel fenómeno social. En efecto, todo fenómeno social es un intercambio de energía entre dos partícipes con intereses contrarios, tal y como sucede con la materia cósmica porque existe materia y antimateria en el mismo espacio-tiempo. Después de la Ilustración se creyó estar avanzando hacia el Humano Pleno (racional-opulento), “se está progresando”, dicen². El comercio y su racionalización-eficacia llevan a entender los fenómenos por medio, únicamente, de la observación, despreciando los demás sentidos como medios de conocimiento, y aún los sentimientos, las intuiciones y la imaginación como otros tantos instrumentos. El autocontrol –represión de instintos– es el medio para el “progreso”, el placer el del “vicio”, del salvajismo. Ellos concluyen que la Civilización es producto de un proceso que avanza mejorando al ser humano porque estamos progresando desde la

¹ SARAMAGO José, *La Caverna*, p. 32.

² “Ideas como las de igualdad y libertad raramente han sido traducidas en la realidad para beneficio de todos los miembros de la sociedad...(L)a agresión, la violencia, la crueldad y la miseria...(no se han)...reducido realmente con el desarrollo de la civilización. La cultura es el proceso de sublimación, y hoy la violencia y la agresión parecen estar menos sublimadas que en anteriores periodos de la historia; su predominio a escala tan amplia invalida la idea de un progreso en la humanización.”. MARCUSE Herberth: *Ensayos sobre política y cultura*, p. 91. Lo entreparentizado es mío.

especulación-sentimental hasta la observación-mental³. Pero todo esto no es más que *su* visión de la historia humana. Entonces, la ciencia “civilizada” burguesa, enajenada de la unidad en la diversidad, propone eliminar sentimientos y usar sólo observación. Esta actitud logra reforzar la dominación de unos seres sobre otros porque la observación por sí misma no soluciona ningún problema humano, se necesitan los sentimientos para ello. Y por eso la ciencia no debe apartarse de la moral. Hay que elegir, y yo elegí en favor de los victimizados del sistema social. No acepto la Filosofía de la Historia ilustrada. Eliminar sentimientos es imposible, lo que hacemos es reprimirlos y enviarlos al inconsciente, pero siempre ejercen fuerza. De esta lucha surgen los conflictos psicosomáticos característicos de la modernidad.

Aquí trato de fundamentar un Derecho Penal para que se *comprometa* con los “delincuentes o criminales” que, sé, son *producto social*, compromiso para que ellos sean tratados como humanos y no como “escoria social”, como si no fueran humanos. Esto lo trataré de lograr poniendo en *conexión* un fenómeno aparentemente jurídico -el fenómeno delincencial- con el todo social, es decir, con los demás fenómenos de nuestras sociedades. Además, para que se *comprometa* por la potencialización de un Derecho Penal proteccionista de bienes jurídicos, pero de todos y no de unos cuantos. Por último fundamentaré una teoría del delito que sirva como método para el conocimiento de un fenómeno social denominado **delito o fenómeno delincencial**. No es un método meramente fenomenológico (conocimiento del dato, tal y como lo entendía **DURKHEIM**) sino que es un método que permite el conocimiento del fenómeno **con** sus conexiones y relaciones sociales. Lo anterior pasó, previamente, por la constatación empírica, de mi parte, de la violencia institucional ejercida por el Estado, portador de los intereses de algunos grupos sociales (la clase dominante), por medio del Derecho Penal, y su

³ “Lo percibido, lo contemplado, así como el hombre individual, la sociedad, los diversos aspectos de la existencia, y las funciones humanas aparecen aisladas, desligadas entre sí, sobre un fondo de neutralidad. Las relaciones tan complicadas entre el hombre y sus circunstancias, entre el hombre y su prójimo cayeron bajo el prisma intelectual. En cuanto afecto a la exactitud de la observación, los sentimientos quedaron rezagados con respecto a la aprehensión intelectual.”. **USSEL** Jos van: *La Represión Sexual*, p. 56.

necesaria superación. La necesaria superación implica que el Derecho Penal actual, generador de violencia social al pretender *armonizar* las conductas en medio de condiciones materiales de desigualdad (es decir, sin cuestionar la base socioeconómica), sea transformado en un Derecho (no sabemos si se llamará Penal) que solucione un conflicto social (dos o más personas en sociedad) donde el daño es profundo. Además, he constatado como existente la violencia estructural que se impone en sociedades escindidas en clases y para ello también debemos transformar la sociedad, y creo que el Derecho “Penal” puede contribuir a esto. Sigo a **MARX** cuando nos insta a los que nos gusta esta materia a “...reflexionar profundamente sobre una modificación del sistema que produce estos crímenes, en vez de glorificar al verdugo, que ejecuta multitud de criminales sólo para hacer sitio a otros nuevos...”⁴.

El Autor.
El Tejar del Guarco, Mayo de 2014.

⁴ **MARX** Karl: *Capital punishment*, (<http://www.marxists.org/archive/works/1853/02/18.htm>).

INTRODUCCION

En este trabajo se trata de analizar (realizar una representación de la realidad) y, si es el caso, de transformar las relaciones, tramas, redes humanas de convivencia, llevando la vista al hecho de que cuando realizo aquellas tareas, yo **no** me encuentro fuera de dichas tramas sino que vivo intensamente en y por ellas. La anterior reflexión parte de los siguientes presupuestos:

1- Que cuando digo ser humano me refiero, o lo que es lo mismo, esa palabra es una ventana-espejo por la cual se mira un hecho; a un ser humano de carne y hueso con características individuales. Esto significa que cada ser humano ocupa **un** lugar social determinado ya sea por la división social del trabajo, por los instintos, por la cultura, por la política y por la vida cotidiana, y por ende tiene muy *distintas* experiencias de *un mismo* fenómeno, una visión de vida o de mundo diferente de otra persona que ocupe **otro** lugar social. Por ejemplo, no es lo mismo ser una mujer adolescente, negra y campesina que ser hombre adulto, blanco y empresario. Lo anterior porque, además de las diferencias psicofisiobiológicas entre los seres humanos, nuestras sociedades han establecido relaciones asimétricas entre las personas que ocupan distintos lugares sociales, esto es, de poder y de dominación de unos sobre otros. Existen lugares dominantes y lugares dominados.

Además, al ser nosotros mismos los que construimos nuestras propias sociedades se debe excluir toda fundamentación metafísica en cuanto a la estructura social de producción de convivencia de los seres humanos. Somos nosotros, y no “algo” fuera de nuestra sociedad e historia, los que proyectamos una sociedad humana y por la que, desde luego, hay que luchar. Como diría **MARTÍN-BARÓ**: No debemos darle “...categoría de natural a lo que es simplemente histórico...”⁵.

⁵ **MARTÍN-BARÓ** Ignacio: *Acción e Ideología. Psicología Social desde Centroamérica*, p. 18.

2- Que nuestras sociedades se encuentran fraccionadas en dos grandes grupos sociales, con sus variantes y grados claro está, sensiblemente *antagónicos o competidoras*. Grandes masas de seres humanos sin medios de producción salvo su propio trabajo y pequeños grupos de personas con ellos. Aproximadamente el 20% de las personas que habitan la Tierra poseen el 80% de lo que se produce en ella, y el 80% restante de seres humanos poseen el 20% de la producción.

Yo considero que el actual modo de producción capitalista (como lo llamaba **MARX**) en lugar de asegurar la convivencia humana promueve su autodestrucción por lo que nos encontramos frente a una paradoja que nos pone entre la vida y la muerte: la forma como nos organizamos para producir vida (la forma como producimos lo que nos comemos, como nos relacionamos, como nos sentimos, como “dominamos” la naturaleza, etc.) en realidad produce nuestra muerte. Cada año arrojamos más y más seres humanos de la división social del trabajo, constituyéndose en los empobrecidos, marginados o excluidos que sobreviven de algún modo pero en condiciones infrahumanas, o simplemente mueren de hambre. Precisamente lo que les hace ser una clase social es su condición de **VÍCTIMAS-DOMINADOS** frente al poder vorágine de los que ostentan el Capital⁶, con sus sentimientos destructivos de lucro insaciable, cueste lo que cueste incluyendo su propia vida. En efecto, el sistema capitalista de producción de vida no sólo pone en riesgo de muerte la vida de los dominados al empobrecerlos, sino también a los que si se encuentran “adentro” puesto que viven vidas alienadas e inauténticas. Y si esto fuera poco, tanto la vida de los dominadores como la de los dominados está a punto de expirar ya que La Naturaleza, el Planeta, se encuentra a un paso de colapsar y regenerarse con o sin seres humanos. El afán de lucro salvaje, con una moral angustiosamente egoísta, insolidaria, ha destruido terriblemente al planeta: calentamiento global, capa de ozono desapareciendo

⁶ Esto en apariencia porque, para enaltecer la sinceridad, la cosa es que el Capital ostenta a quiénes *falsamente* creen en sus mentes y sienten en sus corazones ostentarlo; y junto con ellos a sus esclavos: los que no lo poseen pero los seduce, a los que no poseen los medio de producción, a los empobrecidos.

rápidamente, efecto invernadero en aumento, lluvia ácida por doquier, fenómenos del niño y de la niña; contaminación de los mares, especies cada vez más numerosas en peligro de extinción, contaminación nuclear y radioactiva, disminución de oxígeno por talas de las selvas en todo el mundo; desertificación mundial, falta de agua potable, armamento para destruir veinte veces el planeta, etc., etc., etc.

3- Ante aquella paradoja su resolución es absolutamente irracional (actualmente los seres humanos nos embarcamos hacia el viaje de la globalización bajo esquema o dirección neoliberal, esto es, más capitalismo, más competencia, más de lo mismo). Frente a esto yo me pregunto: ¿Por qué no darle un cambio a la situación?, ¿por qué no terminar con las relaciones de dominación y destrucción?, ¿por qué si somos víctimas (todos) de un sistema de producción de muerte, el cuál ya ni controlamos, nos aparece y lo creemos productor de vida? o más sadomasoquistamente ¿por qué queremos suicidarnos como fin último de nuestra búsqueda de felicidad y dignidad? Precisamente con estas preguntas nos introducimos al mundo de las apariencias, de los espejismos, de los mitos, de las falacias y autoengaños, más modernamente, en el mundo de la enajenación, alienación y de las ideologías. Las relaciones humanas que producen *odio* y destrucción **me tratan de aparecer** como únicas, inmutables, verdaderas, productoras de *felicidad*. La asimetría social basada en una lógica de dominación es legitimada como “buena”, necesaria para alcanzar la felicidad, para vivir y convivir plenamente. La violencia estructural es legitimada, la aceptamos e interiorizamos COMO NATURAL, a pesar de que en la realidad nos destruye, nos hace infelices, inauténticos, inhumanos. Y

4- Que al ocupar distintos lugares sociales los seres humanos (distinta sensibilidad) y porque sus relaciones están caracterizadas por una “lucha de clases” (lógica de dominación por relaciones asimétricas) toda producción humana, en una sociedad de clases, va a estar necesariamente impregnada de la sensibilidad de dominador o de víctima, tal y como lo observó **HOBBS** y nos lo hace ver a través de la frase “*homo homini lupus*”. Es por ello que la ciencia, como producción humana, no puede

tener un discurso “objetivista”, es decir, la ciencia ni es objetiva ni es neutral porque “LA” (en mayúscula) ciencia no existe sino que existen científicos, seres humanos de carne y hueso. Un científico es alguien con características individuales inmerso en las tramas sociales, en las cuales ocupa un lugar social específico, cuya *vinculación* con otros seres iguales que él se lleva a cabo por medio de relaciones asimétricas de dominador-dominado, una lógica histórica de dominación que debe soportar sobre sus hombros hasta que logre liberarse. Al pretender que un científico sea neutral u objetivo lo estaríamos obligando a que se sienta fuera de la sociedad, lo elevaríamos como un dios que observa, controla y castiga ahistóricamente. Es decir, ese científico no estaría ni en la sociedad ni en la historia humana algo que es totalmente imposible y quien sostenga lo contrario pecaría de falaz.

El problema es que muchos han querido justificar los trabajos científicos tildándolos de objetivos, amorales, avalorativos, desprestigiando cualquier otro trabajo “científico” que tome posición respecto de algún fenómeno social. Con esta tea muchos científicos han realizado trabajos justificando, ideológicamente, fenómenos humanos que han tenido consecuencias individuales y sociales realmente espeluznantes. Precisamente como es en *las consecuencias*, en los efectos, de los actos humanos en donde definitivamente hay que realizar juicios de valor, éticos, políticos, morales, religiosos, etc., los científicos se han rehusado a hacerlos escudándose en el ideológico discurso de la objetividad.

En el Derecho Penal, los doctrinarios han dicho que su fin último, como el de todo el derecho, es la justicia. Se ha traducido este término como aplicarle una pena a la persona que haya cometido un delito tipificado en una norma penal, en buen castellano, mandar a una persona a la cárcel por causarle un malestar a otro. Partimos de un supuesto: El derecho es igual para todos y que cualquiera que realice una conducta X y esta conducta está hipotéticamente determinada en una ley se le castiga. En última instancia, ante un delito una pena, y esto es: “Fiat iustitia pereat mundus!”, ¡Hágase la justicia aunque el mundo muera!

La anterior concepción de la justicia es inhumana. Se supone que toda persona que realice una conducta descrita en una norma se verá compelida por una pena, pero ¿es esto verdad? La norma penal: ¿Protegerá a todos los ciudadanos?, ¿el bien jurídico que subyace en el tipo penal es realmente “universal”? ¿la norma penal protege bienes jurídicos reconocidos por un contrato social? La realidad nos dice que **no** como respuesta a todas las interrogantes. Desde luego, se nos dice que es justo meter a una persona en la cárcel porque se robó un televisor o un carro, para poner un ejemplo muy común en los delitos más sancionados (contra la propiedad), se justifica ese actuar porque uno de los valores fundamentales de nuestra sociedad actual es el tener objetos o cosas. Desde el ascenso al poder de la burguesía la propiedad privada es vista como un derecho y humano, entendiéndose por humano “universal”, para todas las personas, a tal punto que ese derecho humano es protegido, con todo el poder del Estado, por una ley penal, es decir, los delitos contra la propiedad tienen como bien jurídico fundamental precisamente la propiedad. A pesar de lo anterior sabemos que aunque se diga que el ser humano nace con un derecho inalienable, natural, universal e inmutable a la propiedad privada, en la realidad y de hecho, esto no es cierto y por el contrario grandes grupos de seres humanos no cuentan con bienes “robables” ni mucho menos con los bienes necesarios para vivir dignamente⁷.

Ante semejante incongruencia y discurso falaz, el concepto de justicia utilizado deviene igualmente falaz. Justo es enviar a la cárcel a quien mate, robe, viole o lesione porque la vida, la propiedad privada, la sexualidad o la salud son derechos humanos, de todos, innatos, inmutables, universales. Ergo, quién mate será “satanizado” por violentar un derecho humano, un bien jurídico fundamental; es un vestigio que merece por su osadía e inhumanidad una pena, inclusive debe entregar

⁷ “Os horrorizáis de que querramos abolir la propiedad privada. Pero en vuestra sociedad actual la propiedad privada está abolida para las nueve décimas partes de sus miembros...Nos reprocháis, pues, el querer abolir una forma de propiedad que no puede existir sino a condición de que la inmensa mayoría de la sociedad sea privada de propiedad.”. **MARX** Carlos y **ENGELS** Federico (s/f): *Manifiesto Comunista*, p. 51.

su propia vida (pena de muerte).

Alguien diría: “¿En dónde está el problema?, si una persona mata o roba debe ser castigado porque su actuar no contribuye a la convivencia humana”. Sí, contestaría yo, deberíamos respetarnos los unos a los otros pero en su razonamiento existe un gran desfase, se queda corto dejando por fuera otros aspectos. Este desfase puede ser analizado desde dos puntos de vista:

- La vida o la propiedad no son derechos que están allí, esperando, y que una vez que estemos debajo de ellos bajen y nos envuelven en su manto protector. ¡No!, cualquier derecho debe ser construido, reivindicado, luchado frente a los que ostentan el poder, es decir, políticamente.

- El ser humano que violenta a otr@, que con su actuar no reconozca a otr@, que no produce convivencia humana, no es un monstruo, un inhumano, incapaz de reconocer los derechos humanos, los bienes jurídicos, no es un disidente, no es la persona que rompe con el “contrato social” porque la dio la gana. ¡No!; es un ser humano, como cualquier otro, sólo que se encuentra en un lugar social determinado, con condiciones sociales específicas que le determinan o que potencian su actuar -sus instintos-, que condensa lógicas de dominación y por ende de exclusión, marginación, de empobrecimiento.

Con la presente tesis pretendo dar a conocer mi forma de ver-sentir la vida, mi concepción de lo que son los seres humanos, mi utopía de lo que deberían ser, y plasmar nuestra fe por un mundo mejor, más justo y más humano para que todos nos sintamos libres y dignos de vivir y convivir mutuamente.

A partir de esos axiomas quisiera dar a conocer mi visión de lo que es y de lo que debería ser el Derecho Penal, todo con fin de contribuir al análisis y discusión y futura transformación de nuestras

sociedades capitalistas.

TEMA DE INVESTIGACION Y SUS OBJETIVOS

Me propongo iniciar una investigación que analice la utilización que se hace en los discursos jurídico-penales de algunas palabras como justicia, sistema penal, criminología y de algunas categorías de conocimiento. Y en qué medida estos discursos son ideológicos, es decir, responden a una forma de vida alienada. Pretendo hacer ver lo que implica hablar del Sistema Penal, su relación con el Derecho Penal, en una América Latina con tanta desigualdad, pobreza y exclusión social. De tal forma de que mis objetivos serán los siguientes:

GENERALES.

- 1- Determinar las implicaciones del Derecho Penal sobre la vida de las personas que constituyen la clientela del Sistema Penal.
- 2- Analizar la idea de que el delincuente es un ser humano ajeno a mí y a mi sociedad, es decir, constituye “el Otro”.

ESPECÍFICOS.

- 1- Conocer “lo real” del sistema penal, y específicamente del Derecho Penal, y determinar el carácter conflictivo de “lo real” del sistema penal, es decir, en las relaciones humanas asimétricas como producción sociohistórica.
- 2- Orientar un cambio, o transferencias de poder, en “lo real” del sistema penal a partir de la construcción de un Derecho Penal liberador.

MARCO TEÓRICO DE REFERENCIA

Mi trabajo en el Departamento de la Defensa Pública del Poder Judicial junto con la formación teórica que me han brindado las instituciones universitarias, me ha permitido experimentar cierto *malestar* acerca de la forma como se conoce el fenómeno “delincencial” desde el enfoque del Derecho Penal. Su total y absoluta desvinculación con la criminología y con otras áreas de las Ciencias Sociales, como la psicología y la economía política, ha hecho que sus métodos de conocimiento de la conducta humana en sociedad (su objeto de estudio) sean irrisoriamente inútiles para resolver los conflictos sociales de carácter jurídico-penal. Pero no sólo esta autolimitación de su potencial de conocimiento me es molesto sino que, además, su pretensión de resolver los conflictos sociales de carácter jurídico-penal mediante la aplicación de una pena con el fin de armonizar la conducta del “desviado” con el resto de la sociedad (y mandar un mensaje al resto), lo que algunos llaman justicia o seguridad jurídica. He visto y oído como muchas y muchos autores hablan de que el Derecho Penal tiende a la realización de la justicia aplicando el castigo necesario a aquella persona que transgrede los valores éticos y las costumbres de la sociedad. Algunas y algunos menos optimistas aseguran que lo que fundamenta al Derecho Penal más que la justicia es la seguridad jurídica, como forma de garantizar cierto orden donde todos tienen que amoldarse.

Sin embargo, con las visitas que he hecho a las cárceles y con mi experiencia laboral en la Defensa Pública, desde las cuales he visto que, por el contrario, no se resuelve el conflicto social, y con los últimos acontecimientos a nivel social (tales como quiebras de bancos estatales, desfalcos millonarios a instituciones públicas, crímenes de guerra, matanzas masivas de seres humanos, etc.) me he dado cuenta que el Derecho Penal cumple una función *vengativa* y, que por el contrario, no ha

podido lograr su fin (declarado) de resolver los problemas que se le ponen en su conocimiento. Como ciencia se convierte en cómplice de un Sistema Penal *selectivo*, o lo que es lo mismo, *genocida*. Sirve para reprimir y contener a los empobrecidos y excluidos de nuestra sociedad, y para justificar una sociedad asimétrica, fetichizada y alienada. Como el Sistema Penal solamente tiene aplicación real para algunas personas, para personas de escasos recursos económicos; y no se aplica (impunidad) a otros, por lo general éstos tienen grandes recursos económicos; el Derecho Penal *se ha amoldado* a esta realidad autolimitando su conocimiento y buscando fines imposibles. Ante fenómenos como estos queda el malestar de sí lo que se dice en los libros, en los periódicos, en los radioperiódicos o en los telenoticieros es realmente lo que sucede en la realidad cotidiana, “de todos los días”.

Existe un sinnúmero de trabajos de investigación doctrinales que ya se han cuestionado acerca del fenómeno “delincuencial”, de la forma de conocerlo y de los fines de dicho conocimiento. Desde hace algunos años para acá, ciertos teóricos latinoamericanos han venido a cuestionar desde sus cimientos al Derecho Penal, hablamos de las personas que han desarrollado la *criminología crítica* aplicando métodos de estudio muy cercanos al **materialismo histórico/dialéctico**, esto no hace, de por sí, deslegitimar su pensamiento sino más bien brinda herramientas para que el Derecho Penal no se estanque, no se mantenga incólume, sin cuestionamiento alguno.

La hipótesis será la siguiente⁸:

⁸ “De la hipótesis que se ha de experimentar, por ejemplo, una ley universal...deducimos un pronóstico. Confrontamos entonces este pronóstico, cuando sea posible, con los resultados de observaciones experimentales u otras. El acuerdo con éstas se toma como corroboración de la hipótesis, aunque no como prueba final de ella; el claro desacuerdo se considera una refutación o falsación...El resultado de la experimentación es la selección de las hipótesis que han superado bien los experimentos, o la eliminación de aquellas hipótesis que han superado mal, y que, por tanto, quedan rechazadas...Sólo si no podemos refutarlas a pesar de nuestros mejores esfuerzos, podemos decir que han superado bien severos experimentos. Esta es la razón por la cual el descubrimiento de los casos que confirman una teoría significa muy poco si no hemos intentado encontrar refutaciones y fracasos en el intento. Porque si no mantenemos una actitud crítica, siempre encontraremos lo que buscamos: buscaremos, y encontraremos, confirmaciones, y apartaremos la vista de cualquier cosa que pudiese ser peligrosa para nuestras teorías favoritas, y conseguiremos no verla. De esta forma es demasiado fácil conseguir

Los teóricos de la ciencia jurídico-penal crean categorías epistemológicas -teoría del delito, culpabilidad- y conceptos de valores -como justicia y seguridad jurídica- ideológicas (que no comprenden o explican el porqué de los hechos), es decir, que responden a una forma falsa de ver la realidad del sistema penal, porque invisibilizan las prácticas violentas y de exclusión sobre “otr@s” (los delincuentes), prácticas de clase.

Pretendo analizar nuestro objeto de estudio desde la metodología del *materialismo histórico/dialéctico*, es decir, que damos continuidad a la tradición dialéctica en donde la realidad es al mismo tiempo el todo y la parte, o sea, que se introduce o conecta el fenómeno, lo aislado, en un conjunto de relaciones sociales. Trataré de recuperar lo aislado como un momento del todo social. La principal contradicción social es la división social en clases sociales antagónicas, personas que asumen actitudes diferentes, diferentes sensibilidades, desde las cuales se ejercen fuerzas de dominación. Desde luego, parto de la idea de que el ser humano tiene historia, historia que le determina y que todo lo que hace el ser humano se construye dentro de ella, por ende mantiene cierta libertad para asumir la responsabilidad de sus actos. Por lo tanto renunciaré a toda pretensión de recurrir a conceptos abstractos y mucho menos atribuirles propiedades reales.

La presente investigación tendrá los contenidos que se describirán a continuación: Capítulo primero, Fundamentos ideológicos de la Ciencia Penal, capítulo segundo, Por un Derecho Penal liberador y capítulo tercero, Un método liberador. Cada capítulo se subdividirá en tres secciones. Capítulo primero, sección primera, Teoría de los lugares sociales y la ciencia jurídica, sección segunda,

lo que parecen pruebas aplastantes a favor de una teoría que, si se hubiese mirado críticamente, hubiese sido refutada.”. **POPPER** Karl Raimund: *La miseria del historicismo*, p. 148 y 149. La ciencia no sólo está constituida por hechos sino que se “...compone también de ideas, interpretaciones de hechos, acciones de científicos, etc. En un análisis más ajustado encontramos incluso que no hay “hechos desnudos” en absoluto, sino que los hechos que entran en nuestro conocimiento se ven ya de un cierto modo y son por ello esencialmente teóricos.”. **FEYERABEND** Paul K.: *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, p. 15.

La deconstrucción y sección tercera Ciencia para la liberación; Capítulo segundo, sección primera Teorías sociales y Derecho, sección segunda, Alternativas y sección tercera, Criminología Crítica; y el capítulo tercero, sección primera, La violencia estructural y el Derecho Penal; sección segunda, Teoría del delito y sección tercera, La acción y la culpabilidad humanas.

CAPITULO PRIMERO

FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DE LA CIENCIA PENAL

“...el hombre puede realizarse únicamente si permanece en contacto con los hechos fundamentales de su existencia, si puede percibir la exaltación del amor y la solidaridad, así como el hecho trágico de su soledad y el carácter fragmentario de su existencia. Por el contrario, si está completamente enredado en la rutina de la vida, si no puede ver más que con los ojos del sentido común el aspecto artificial del mundo, pierde el contacto y las riendas de sí mismo y del mundo”⁹

SECCION PRIMERA.

TEORÍA DE LOS LUGARES SOCIALES Y LA CIENCIA JURÍDICA.

La justicia es una aspiración humana, un valor que como tal es creado por los mismos individuos que viven en sociedad. Esto hace que los que sufren de algún tipo de dominación *imaginen* una situación diferente, un mundo diferente, aquí empieza la lucha social por *transformar políticamente* lo establecido. Es en cada situación social donde se puede determinar las prácticas que condensan justicia, para un marginado y excluido no puede haber justicia en su vida si ella es miserable, alienada, paupérrima, embrutecida, a pesar de que los grupos de poder o dominantes digan que “la misma vida”, el mismo mundo, es la única forma de justicia. La lucha contra una sociedad organizada desde lógicas de dominación entraña la necesaria transformación del ser humano. Debemos vencer la identificación con la sociedad opresora, con todas sus instituciones y valores, mediante un proceso de autoidentidad. ¿Y qué es esto?

Para que un ser humano, individuo de carne y hueso, tome noción de su condición de humano debe construir su propia identidad, esto lo logra mediante un proceso de desidentificación. Tomar

⁹ FROMM Erich: Alienación y capitalismo, p. 30.

noción de humano significa que el individuo se reconoce a sí mismo como sujeto autónomo y único, y además reconoce su necesidad de los otros, de la necesidad de acompañamiento humano; esto es según **GALLARDO** “...constitución de sujeto o sujetos...”¹⁰ En su vida el ser humano también puede verse sojuzgado o dominado por otros seres humanos, cuando yo reconozco este sojuzgamiento como constituyente de humanidad sencillamente me engaño porque en vez de vivir y convivir me autodestruyo.

La identidad es algo que se construye mediante un proceso de *desidentificación // identificación*, donde identificación consiste en una condición humana de enajenación y se desea pasar a una condición humana de autoafirmación¹¹. Cuando logramos ésta última condición humana, no sin antes luchar violentamente por ella, podemos decir que construimos una sociedad justa. Realizamos la justicia sin que esto signifique que se terminó el proceso, por el contrario, en cualquier momento asistiremos a prácticas de dominación que deben ser resueltas, asistiremos a luchas sociales nuevas, pero siempre en constante producción humana.

He tomado una posición acerca de cómo “conocemos” el valor justicia. Parto de una fundamentación sociohistórica, asumo una perspectiva desde el marxismo entendida como la aplicación de las categorías de análisis social utilizadas por **MARX** en su contexto social (temporal-espacial) al actual. Contrapongo esta visión a una fundamentación metafísica de la forma de conocer los valores, y en especial la justicia.

TEORÍA DE LA CONSTRUCCIÓN SOCIOHISTÓRICA DE LO SOCIAL.

¹⁰ **GALLARDO MARTÍNEZ** Helio: *Política y Transformación Social. Discusión sobre Derechos Humanos*, p. 284.

¹¹ “...(D)ejar los hábitos normales era totalmente secundario al hecho de que me encontraba en el momento apropiado de mi vida para desestructurar y lograr reestructurar una existencia alterada.”. **COOPER** David: *El lenguaje de la locura*, p. 29.

El concepto de sociohistoria significa que el ser humano se encuentra en una trama de relaciones humanas, y ocupa, dentro de esas tramas o relaciones, un *lugar social* determinado con relación a OTR@S seres humanos, y, además, que se encuentra en la historia, dentro de la historia humana, y por ende es *en ella* donde se potencia, donde vive, pero en condiciones que no determina, en el sentido de que hay situaciones que no puede controlar. La teoría de la condición sociohistórica del ser humano se contrapone a una fundamentación o teoría metafísica del “ser” del hombre que establece que todos tenemos una esencia humana universal e inmutable:

“No existe una humanidad pura que exista por debajo o sostenga a nadie, sino que ser humano consiste en ser inevitablemente alguien con características particulares”¹².

No existe una Identidad Humana sino que *identidades humanas* que pueden ser autoafirmaciones o enajenaciones, esto porque cada quien en *su* lugar social determinado *se* relaciona y comunica con *otras* personas, y éstas en su lugar determinado también; pero relacionados bajo una lógica histórica. Actualmente la lógica histórica se manifiesta en relaciones de dominación, de imperio, de opresión violenta. Dominados y dominantes. Nuestras sociedades capitalistas son una formación social bajo principios de dominación.

“Cuando el joven campesino urbanizado califica de “rústicas” ciertas opiniones políticas, filosóficas o sociales que se aceptan comúnmente entre sus congéneres, deja de discutir tales opiniones como participante homogéneo, es decir, directamente interesado en el contenido específico de lo que se dice. Las refiere más bien a cierto modo de interpretar el mundo que, a su vez, se relaciona en última instancia con cierta estructura social que constituye su situación...El hecho de relacionar las ideas individuales con la estructura social de determinada materia históricosocial no debería confundirse con el relativismo filosófico que niega la validez de todas las normas y la existencia de un orden del mundo...no (se) niega que existan criterios de la verdad y del error en una discusión...(sino) que, por su propia índole ciertas aseveraciones no pueden formularse de una manera absoluta, sino únicamente en términos de la perspectiva de determinada situación”¹³

¹² GALLARDO MARTÍNEZ Helio: *ídem*, p. 279.

¹³ MANNHEIM Karl: *Ideología y Utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, p. 247. Lo entreparentizado es nuestro.

Es con base en este tipo de pensamiento que me atrevo a decir que las ideas burguesas dominantes constituyen ideologías que crean conciencias mitificadas. Ideologías cuya función no es comprender y explicar los hechos, lo real, sino determinar para falsear o promover identidades falsas, es decir, sujetos enajenados.

GALLARDO nos ilustra, y por ello la cita será extensa, la teoría sociohistórica de la siguiente manera:

“La expresión sociohistórica es una referencia compuesta que se abre inicialmente hacia dos significaciones: social indica que la experiencia humana es siempre particular y en situación. Se trata de una teoría de los lugares sociales. Los lugares sociales son determinados complejamente por la división social del trabajo, la organización de la vida instintiva, las necesidades de reproducción del sistema (orden político y cultural) y las experiencias de cotidianidad. La teoría de los lugares sociales indica que las experiencias no son vividas igual...implica que la experiencia humana en toda formación social es diversificada, plural, y que los lugares sociales pueden articularse con diversas calidades. Desde el criterio de los lugares sociales *la* sociedad no existe. Lo que existe son lugares sociales articulados con lógicas históricas. Estas lógicas históricas, o sea producidas por los seres humanos, en todas las formaciones sociales que conocemos, son movimientos de *dominación* o *imperio*. El funcionamiento de las lógicas de imperio gesta lugares sociales dominantes y lugares sociales dominados, lo que puede describirse señalando que las relaciones entre los diversos lugares se realizan mediante poderes asimétricos. Las asimetrías sociales determinan tanto *dominaciones estructurales* o sistémicas como *resistencias* (situacionales o estructurales) posibles a esas dominaciones...”Histórico”, en la expresión “sociohistórico”, hace referencia a que los seres humanos hacen la historia, son *sujetos* de ella...en condiciones que ellos no determinan enteramente...Histórico remite a que el ser humano es su autoproducción, que es propio despliegue y que, por ello, puede atribuírsele libertad y responsabilidad. No es libre y responsable, sino que puede atribuírsele libertad y responsabilidad. El mundo resulta así una *producción de sentido humano* en el que caben realizaciones, expectativas y posibilidades. Este sentido (o sentidos), como conjunto pueden oponerse a los seres humanos y sojuzgarlos (objetivización enajenada, fetichización) o expresarse como objetivización apropiadamente humana, como dominio humano de su propia producción objetivizada, como mundo producido y apropiada. Este mundo producido y apropiado es un proceso, un despliegue, porque los seres humanos hacen la historia en condiciones que no determinan enteramente.”¹⁴

¹⁴

GALLARDO MARTÍNEZ Helio: *ídem*, p. 280, 281, 282 y 183.

Cuando se hace referencia a un proceso quiere decir que es el ser humano quien construye su propio destino, se encuentra en posibilidades de ser libre y responsable, a partir de allí se le abre una gama de posibilidades que debe escoger, pero no siempre esa opción será positiva porque perfectamente puede surgir una opción negativa en cuanto a su condición de humano. Esto último es lo que sucede con nuestra forma de producir humanidad en las sociedades capitalistas, es decir, optamos por una sociedad, por una formación económica y social, que se autodestruye. Por ello, dentro del despliegue del que habla el profesor **GALLARDO** se puede, como una OPCIÓN, producir humanidad, pero también algunas prácticas humanas, realizadas como OPCIÓN, *no* producen humanidad.

Como el mismo **GALLARDO** ha dicho, en las lógicas de dominación los dominados tienen todo el derecho de “soñar” una condición diferente y por ello luchar, violentamente, para producir y reproducir relaciones y lógicas sociales no discriminatorias. La justicia no pertenece al ser humano por ser tal, sino que se constituye mediante lucha social, que son las acciones humanas que constituyen sujetos universales.

EL PROBLEMA IDEOLÓGICO EN LAS CIENCIAS JURÍDICAS

La ciencia jurídica tiene como función conocer los *fenómenos sociales conflictivos* a fin de darles una solución, esto es, digámoslo así, la labor del jurista. Pero lo difícil ha sido encontrar (que implica construir) criterios y métodos para aquella labor de conocimiento. La mayoría de las veces hemos querido encontrar los criterios y métodos desde una forma unidireccional, esto es, que la ciencia jurídica ha buscado comprenderse a sí misma **imponiéndose** ciertos límites. Límites que han hecho que la ciencia jurídica se *aparte*, desesperadamente, de la realidad y se *conforme* con analizar e interpretar con base en modelos abstractos el comportamiento humano en sociedad; excluyéndose por ello de lo

que **SOLÓRZANO** llama "...la dimensión práctica verdaderamente liberadora, que se construye históricamente..."¹⁵.

Rechazo en esta tesis la pretensión de que la ciencia jurídica es avalorativa, es decir, que frente a los hechos dados el jurista no puede criticarlos y transformarlos sino sólo interpretarlos, observarlos y describirlos. Igualmente rechazo toda pretensión de algunos de que las consecuencias de la práctica jurídica tampoco importa a la Ciencia Jurídica sino que solamente la eficiencia en la aplicación de la norma, del ordenamiento, sin cuestionarse de lo que sucede en la realidad de los seres humanos, en la sociedad, en lo cotidiano con su aplicación.

La insatisfacción de las necesidades básicas por la ineficiencia de las sociedades humanas constituidas a partir de un modo de producción capitalista (esto es, producción general de bienes o mercancías para la apropiación limitada a pocas manos, o sea, explotación del trabajador y acumulación del capital; empobrecimiento y opulencia), y a lo largo de la historia reciente humana, de cualesquiera otros modos de producir vida de forma asimétrica, de dominación, o explotación; ha hecho que el ser humano tenga que imaginar formas de vida cualitativamente distintas a las que vive. Esas mejores formas de vida reciben nombres: Justicia, Libertad, Fraternidad, Igualdad, etc., es decir, son valores. Los valores se tratan de realizar a partir de la carencia de esas situaciones en la realidad-material. Para la clase burguesa dominante en la posesión privada de bienes (la propiedad) se resume todo valor¹⁶; y como ellos poseen y por consiguiente tienen el poder, crean un sistema de normas para proteger la Propiedad Privada. Esta clase social extiende universalmente, para sí, su particular situación, haciendo creer a las clases dominadas que participan de ella. Así, la burguesía crea leyes,

¹⁵ **SOLÓRZANO ALFARO** Norman José: *Ciencias-Justicia-Derecho. El conflicto (Contribución para la Teoría General del Derecho y la Teoría Política sobre el Poder Judicial)*, p. III.

¹⁶ **VOLTAIRE** plantea "...las cuatro ecuaciones que constituyen para la burguesía europea, el ciclo del progreso: comercio, factor de riqueza; riqueza, factor de libertad; la libertad, favorece el comercio; el comercio, favorece la grandeza del Estado." **TOUCHARD** Jean: *Historia de las ideas políticas*, p. 301.

normas; que son conductas abstractas, ideales, que son su instrumento, si no sugestivo si violento, para doblegar la conducta de la mayoría para que no satisfagan las necesidades-impulsos materiales que el modo de producción no puede hacer. Ellos le dicen a esta violencia armonizar las conductas a los Valores Universales. Frente a todo esto la Ciencia de Derecho se ha dedicado a cavilar sobre las leyes, es decir, sobre ideales, sobre no-conductas, por eso se dice que la Ciencia Jurídica es normativa. Cuando algún jurista “desubicado” dice que la ley surge del conflicto entre seres humanos (de conductas reales) y que, entonces, es este conflicto y sus consecuencias normativas las que hay que estudiar, o sea, que los juristas debemos estudiar conductas reales e ideales, a la vez, muchos salen corriendo a escudarse en las leyes.

Los métodos dominantes hasta hoy en día se han limitado a estudiar el objeto del Derecho *desligándolo* (abstrayéndolo) del todo social¹⁷. El fenómeno jurídico se encuentra *en relación* con otros fenómenos también sociales, se influyen mutuamente e inclusive se condicionan. Es por esa misma razón que las soluciones dadas utilizando esos métodos son metafísicas, es decir no tienen asidero en la realidad.

LA RACIONALIDAD DE LA CIENCIA EMPÍRICA EN CUANTO IDEOLÓGICA.

Antes de iniciar cualquier análisis es conveniente introducirnos a lo que llamamos ciencia. Existe un sin número de definiciones y clasificaciones pero seguiré al profesor **RAMÍREZ**¹⁸ que hace tres distinciones: la ciencia como actividad humana creadora de conocimientos nuevos, la ciencia como

¹⁷ Que quede claro que la categoría "todo social" refleja un hecho social, lo que llamaba **DURKHEIM** la sociedad, es decir, el conjunto de seres humanos relacionados entre sí. Y como refleja hacia nuestra mente lo que sucede fuera de ella, es de carácter epistemológico porque lo que pretende es que nos imaginemos en nuestra mente un ente compacto (la sociedad) que puede ser observado como se observa una célula bajo un microscopio que serían nuestros ojos. No refleja ningún sistema político totalitario, es decir, no es de carácter político. Esto no quiere decir que le neguemos carácter político a las categorías epistemológicas, éstas son siempre políticas, pero cuando la teoría dialéctica habla del "todo social" la utiliza en el primer sentido, incluyendo al materialismo dialéctico. La praxis (la política) es la tierra, la teoría (la epistemología) las semillas que germinan en ella para transformarse en una planta que con su vida (cuyo destino fatal es la muerte) revoluciona su propia tierra.

¹⁸ **RAMÍREZ** Edgar Roy: Responsabilidad y neutralidad, p. 11 y ss.

producto o conocimiento resultante de la investigación y la ciencia como institución social¹⁹. Dadas estas características de la ciencia puedo afirmar que ella es una compleja interacción de los componentes teóricos, experimentales, tecnológicos, socioeconómicos e ideológicos de un conjunto de seres humanos²⁰.

Esto me permite refutar toda fundamentación de una supuesta ciencia avalorativa, como lo expuso y sustentó **WEBER** y ha calado tan en serio entre los científicos sociales. Según **WEBER** la ciencia no debe realizar *juicios de valor*, es decir, reflexiones sobre los fines y valores programados por las personas en su mente y puestas en acción. Lo único que puede realizar son *juicios de hecho* sobre las conductas desplegadas por las personas. Él hace una fantasmagórica distinción entre el plano valorativo y el plano fáctico, aunque es evidente que la actividad valorativa es necesaria y está presente en la actividad científica, es decir, los juicios de valor no son algo extraño al quehacer científico:

“...la decisión de estudiar un determinado sector de la realidad - de problemas - y el descuido o la negligencia respecto de otros sectores, la preferencia por determinadas técnicas o por determinadas teorías no se hacen en el vacío valorativo.”²¹

Pero esta valoración no sólo se hace respecto de la selección del objeto a observar y estudiar, ni tampoco sólo respecto de la selección del método a utilizar, sino que también se hacen juicios de valor respecto de *las consecuencias* de la aplicación o no de cierta técnica o método al objeto estudiado. Todo ser humano proyecta fines en su cabeza y trata de realizarlos mediante los medios que considere adecuados, por eso es un **SUJETO**. La ciencia no puede nunca desconocer que estos fines están presentes en el quehacer propio de los científicos que son *sujetos humanos*.

WEBER desarrolla la teoría de la acción racional que consiste en una acción lineal que vincula

¹⁹ **BUNGE** Mario: *Ciencia y desarrollo*, p. 23 y ss.

²⁰ **WARTOFSKY** (Max) citado en **RAMÍREZ** Edgar Roy: *op. cit.*, p.12.

²¹ **RAMÍREZ** (Edgar Roy): *Responsabilidad y neutralidad*, p. 14.

medios y fines de tal forma que los medios utilizados deben ser los más “racionales” para alcanzar ciertos fines determinados. Lo racional se logra por un **criterio de costos**, esto es, lograr cierto fin con el mínimo de medios posible (satisfacer necesidades con el menor esfuerzo). Como son relaciones de costos se debe preguntar acerca de la **eficiencia**, es decir, acerca de los costos de los medios para alcanzar cierto fin. La eficiencia consiste en lograr que los medios sean menos costosos que el fin por lograr. Pero para saber cuáles medios son más eficientes que otros, para alcanzar cierto fin, es necesaria la competencia entre los distintos medios posibles o al menos presentados como posibles. Luchan entre sí para determinar cuál es el más eficiente para alcanzar el fin con menos costo (esto se determina en la ciencia mediante el número mayor de científicos que se adhieren a esta o aquella teoría²²), entonces tenemos a la competencia como valor supremo. La competencia determina la racionalidad. Ciertos medios son racionales pues resultaron ganadores en la lucha científica, son los más eficientes. En síntesis tenemos que Racionalidad = Eficiencia.

“Weber reduce la ciencia empírica referente a la acción racional a juicios sobre la racionalidad medio-fin, y los llama “juicios con arreglo a fines”. En este sentido la ciencia, según él, posee neutralidad valórica. Por tanto, con fines dados, la ciencia puede hablar acerca de la racionalidad de los medios...se trata de juicios de hecho, no de valores. La elección de los fines, en cambio, escapa a la racionalidad de las ciencias. La llama “racionalidad con arreglo a valores”...Weber llama valor a lo que me hace decidir...El valor se refiere en este caso a un deseo, y el deseo decide en relación a un fin específico al que se dirige una acción medio-fin.”²³

Para **WEBER** no hay ciencia posible más allá de los juicios medio-fin o de hecho, siendo que la realidad es tomada en cuenta *sólo* como criterio de falsación o verificación de esos juicios.

LA VIDA Y LA MUERTE COMO CRITERIO DE FALSACIÓN O VERIFICACIÓN DE LOS JUICIOS DE HECHO EN LAS CIENCIAS EMPÍRICAS.

²² ““La palabra “ciencia” ha pasado a ser un fetiche ridículo. Es oportuno recordar que la ciencia no es más que la suma de las opiniones (a menudo divergentes) de los científicos vivientes...Poco a poco las opiniones de los científicos precedentes se olvidan, se modifican o son sumariamente descartadas. De modo que sin exageración alguna, a la pregunta “¿Qué es la verdad científica?” se puede responder: “Es el error de hoy”...Esperamos tan sólo poder pasar de errores graves a errores menos graves...” “. ÜEXKÜLL Jakob, p. 356.

²³ **HINKELAMMERT** Franz J.: *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, p. 277 y 278.

Franz J. **HINKELAMMERT** desarrolla en su obra *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*²⁴, una posición diferente a la de **WEBER**. Según **HINKELAMMERT** **WEBER** identifica juicios medio-fin con juicios de hecho, negando la posibilidad de juicios de hecho que no sean necesariamente juicios medio-fin. Por el contrario, la cosa cambia cuando efectuamos juicios que relacionan *fines* con la VIDA del actor - del sujeto actuante - porque la vida del actor no puede ser un fin, dado que "...no puede ser tratada como un fin en competencia con otros. Quien elige la muerte, elige la disolución de todos los fines posibles."²⁵.

Así, si la persona se proyecta fines y ha decidido acerca de ellos, y a la vez, calcula los medios para lograr el fin pensado, pero de momento se da cuenta que con los medios elegidos pone en riesgo su *propia vida* (y la de sus congéneres) debe elegir por no llevar a cabo su acción. Esto es lo que el autor en mención llama "racionalidad del circuito natural de vida humana o racionalidad reproductiva del sujeto". "Ninguna acción calculada de racionalidad medio-fin es racional, si en su consecuencia elimina al sujeto que sostiene dicha acción", ergo, se trata de la racionalización de lo irracional.

HINKELAMMERT nos dice que no se trata de cuestionar el hecho de que la ciencia empírica deba basarse en juicios de hecho y no en los de valor. Por ello, el juicio acerca de la vida o la muerte del ser humano, **que es un juicio de hecho**, no viene a cuestionar dicha base pero viene a sustentarla, a complementarla, ya que se trata de "...un juicio de compatibilidad entre dos racionalidades, en la cual la racionalidad reproductiva juzga sobre la racionalidad medio-fin....La racionalidad medio-fin es ilegítimada en cada caso en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad

²⁴ **HINKELAMMERT** (Franz J.): *idem*, p. 390.

²⁵ *Idem*, p. 283.

reproductiva.”²⁶

LA NUEVA CIENCIA COMO DEVELADORA DE LA RELACIÓN ENTRE LA RACIONALIDAD MEDIO-FIN Y LA DESTRUCCIÓN DE LOS SUJETOS Y DEL PLANETA.

“La eficiencia se transforma en una competencia de individuos que cortan la rama sobre la cual se hallan sentados, se incitan mutuamente, y al final celebran como el más eficiente a aquél que termina primero, y cae.”²⁷

La ciencia debe preocuparse ahora por las condiciones de posibilidad de la vida humana y “...(s)u objeto son la necesidad y posibilidades de guiar la acción medio-fin de manera tal, que la acción humana adquiera un criterio de discernimiento relativo a la inserción de los seres humanos en el círculo natural de la vida humana.” (Hinkelammert)

La racionalidad medio-fin ha sido totalizada como *la única* forma racional de pensamiento científico, pero *otra* forma de racionalidad ha sido ocultada –invisibilizada - pero no eliminada puesto que es algo real, no es un mero producto de la mente. El no cuestionarnos la posibilidad de vida o muerte en un contexto de mercado libre y salvaje, ideológicamente justificado por una “mano invisible” hacedora de bienestar social, hace que sea un imperativo categórico *cambiar* la racionalidad de nuestra civilización actual para evitar nuestro propio suicidio colectivo.

Propongo una racionalidad en la ciencia donde la posibilidad de la vida, o la posibilidad de la muerte del ser humano, puesta en entredicho por la violencia estructural, sea tomada en cuenta como parámetro de validez para la elección de los medios más adecuados para la obtención de fines prefijados (racionalidad medio-fin).

²⁶ HINKELAMMERT Franz J.: *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, p. 288

²⁷ HINKELAMMERT Franz: *op. cit.*, p. 215.

La relación entre ética y valores también juega un papel importante en la fundamentación de una nueva praxis de la ciencia. No podemos mantener una actitud pasiva ante “las fuerzas compulsivas de los hechos”, ante y frente al curso de los hechos, no se puede “...dejar que las cosas sean de la misma manera como han venido siendo, como si lo que ha sido fuera lo mejor, y tenga que hacerse como se ha hecho, donde la tradición da todas las directrices como si fuera algo natural”²⁸. Por el contrario, debemos erigir y practicar una ciencia **no sumisa** con las condiciones dadas actualmente, que no tenga que aceptar las fuerzas compulsivas de los hechos. Es esta una ética de la ciencia que no acepta leyes naturales, que desmitifica a la ciencia misma, que no acepte “verdades últimas”, es decir, dogmatismos. Debemos aceptar, eso sí, que la ciencia es producción humana y que por ende se encuentra en un momento histórico y geopolítico determinado y que por ello responde a ciertos intereses de ciertos seres humanos por lo que no hay necesidad de absolutizar a la ciencia como el nuevo “Dios”.

“Las posibilidades de dominio que proveen la ciencia y la tecnología abren campo y expanden el radio de acción a la responsabilidad al dotar al ser humano de una mayor lucidez en los patrones de pensamiento y en los patrones de acción. La posibilidad de transformar la realidad y no sólo contemplarla -y resignarse- ubica al hombre, al menos potencialmente, no ya frente a un destino sino frente a un futuro, no es ya el tiempo de las repeticiones, sino, como posibilidad y exigencia, el tiempo de las creaciones. En síntesis, el dominio le da cabida a la eliminación gradual de lo inexorable, de lo que siempre ha sido así: es la transformación y la transfiguración de la realidad natural y de la realidad social. Esta situación posee un gran potencial ético, a la vez que antropológico, a saber: frente al “tiempo mítico”...se erige el “tiempo del proyecto”, no el tiempo de los dioses, sino el tiempo de los hombres.”²⁹

(In)CONCLUSIONES.

Hay que preguntarse como lo ha hecho **MARCUSE**, si: “¿Puede uno descansar tranquilo asumiendo que este resultado científico es el producto de una *aplicación* social específica de la

²⁸ **RAMÍREZ** Edgar Roy: Entre ética y ciencia, p. 50 y 51.

²⁹ *Idem*, p. 48.

ciencia?”³⁰

Creo que la separación entre la ciencia y la ética, entre los valores y la ciencia, entre los juicios de valor y los juicios de hecho se debe a la cuantificación de la naturaleza, la llamada *eficiencia por costos*. La racionalidad medio-fin con parámetros de validez y falsación según el menor costo de los medio para alcanzar los fines ha hecho que la racionalidad científica aparezca como neutral. Entonces, los valores como lo bueno y lo bello, la justicia y la paz, las ideas humanista, etc. tienen un carácter acientífico para *esta* racionalidad porque no pueden ser válidos ni universales al no poder ser cuantificables.

Precisamente esta supuesta neutralidad de la ciencia hace que ella se vuelva y se transforme en control social y dominación porque “...(l)a observación y el experimento, la organización metodológica de los datos, las proposiciones y conclusiones nunca se realizan en un espacio sin estructurar, neutral, teórico. El proyecto de conocimiento implica operaciones con objetos y abstracciones de objetos que existen en un universo dado del discurso y de la acción. La ciencia observa, calcula y teoriza desde una posición en ese universo.”³¹. Desde luego que es utilizada como instrumento de dominación por los grupos de poder. La instrumentalización de las cosas para el beneficio y la “buena vida” del ser humano por medio de la ciencia y la tecnología *deviene* en instrumentalización del ser humano. La ciencia se vuelve dominación y destruye a su propio creador.

Esta ciencia, su racionalidad, es producto social, es decir, responde a un interés determinado en el tiempo y en el espacio, por ende puede ser analizada desde la teoría de la construcción sociohistórica del ser humano, donde la ciencia, su método y su racionalidad, es un proyecto - no consciente -

³⁰ MARCUSE Herberth (1995): *op. cit.*, p.173.

³¹ *Idem*, p.185.

sociohistórico específico, y la conciencia que asume este proyecto oculta al sujeto, es decir, resulta ser ideológica. Esta tipo de racionalidad occidental pone en juego

“...(e)l límite inherente de la ciencia y el método científico establecido gracias al cual ellos extienden, racionalizan y aseguran la *Lebenswelt* (el mundo de la práctica) prevaleciente sin alterar su estructura esencial; esto es, *sin plantear un modo cualitativamente nuevo de “ver”* y sin plantear relaciones cualitativamente nuevas entre los hombres y entre el hombre y la naturaleza.”³²

En síntesis, la ciencia, cuya misión histórica ha sido la dominación de la naturaleza para satisfacer las necesidades de vida del ser humano, se ha convertido en instrumento de dominación y de destrucción de la vida humana en sociedad, es decir,

“...la ciencia, *gracias a su propio método* y sus conceptos, ha proyectado y promovido un universo en que la dominación de la naturaleza ha permanecido ligada a la dominación del hombre...”³³.

SECCIÓN SEGUNDA.

LA DESCONSTRUCCIÓN.

Para iniciar esta sección haré una cita larga del profesor **SOLÓRZANO ALFARO** que considero sintetiza claramente el problema del Derecho³⁴ (o Ciencia Jurídica) actualmente. Veamos:

“...(E)s necesario un replanteamiento de la ciencia jurídica, su objeto, dentro del cual encontramos, a su vez, los distintos sujetos participantes en el proceso de indagación y replantearse el problema del método. En el mejor de los casos...nos encontraríamos con un derecho vivificado por su inserción sin escrúpulos en la realidad práctica que lo produce, que se va descubriendo a sí mismo con el diálogo de la ciencia jurídica con las otras disciplinas (visto desde esa visión multidisciplinaria corresponde a lo otro distinto del derecho); diálogo que no es más que el esfuerzo conjunto por irse construyendo, deviniendo de su indeterminación primigenia hacia la búsqueda de una especificidad en la historia, con lo cual dejaría de ser una cuestión de hechos dados -un orden al que,

³² **MARCUSE** Herberth (1995), p. 192.

³³ *Idem*, p.193.

³⁴ Debo hacer una discriminación en cuanto al uso del concepto “derecho”. Cuando lo utilizamos con la letra d en mayúscula nos referimos a la ciencia jurídica y, por el contrario, cuando lo utilizamos en minúscula nos referimos a la ley positiva, al ordenamiento jurídico.

coyuntural e inexorablemente, los sujetos se encuentran atados, en el mejor de los casos, por una supuesta y conveniente contención que garantiza la subsistencia en sociedad-, y llegaría a constituirse en un existenciaro constitutivo de la realidad, que haría posible la con-vivencia solidaria -en cuanto vivencia de la vida buena (vida en sociedad)- facilitando una práctica de la justicia y una apertura de las condiciones que garanticen la producción-reproducción de la vida humana digna...(e)sto...sería...UN DERECHO PARA LA LIBERACION, cuya “lucha” fundamental...sería la de garantizar el respeto de la fundamentalmente diferente. En la dimensión de la práctica social se traduciría en permitir a todos los sujetos (las personas, los pueblos, los medios) decir su palabra constitutiva y vivir, sobre todo y fundamentalmente, vivir dignamente.”³⁵

En esta cita puedo distinguir varios aspectos del actual problema de la Ciencia Jurídica:

a) El Objeto de estudio del jurista que, desde luego, lo constituye la sociedad que construye las normas u ordenamiento jurídico, sociedad en la cual él (el jurista) vive y convive, y por ende toma parte en la construcción del derecho que estudia. Se estudia a sí mismo como sujeto que construye al derecho. Este es el problema del sujeto en la ciencia contemporánea, b) el problema del método de estudio para la aprehensión del objeto de la Ciencia Jurídica, c) la inserción del derecho en la realidad que lo produce, es decir, el derecho como producción sociohistórica de los seres humanos de carne y hueso y no como un ente ahistórico y metafísico, ch) diálogo con otras disciplinas científicas para poner a la vista su producción social, y por ende, su relación o conexión con el resto de la sociedad, de la totalidad y d) utilización del derecho, como construcción sociohistórica, no para el control social y legitimador de la sociedad dada, de lo que existe, sino como instrumento de construcción de la realidad, esto es, reconociendo a otr@s como seres humanos, como sujetos, permitiéndole vivir digna y felizmente en una sociedad donde quepamos todos.

EL OBJETO DE ESTUDIO.

En cuanto al problema del objeto de estudio del Derecho, primeramente analizaré las posiciones *positivistas* al respecto:

³⁵

SOLÓRZANO ALFARO Norman José: *op. cit*, p. VI, VII y VIII.

Las posiciones positivistas son los que niegan que la ciencia trascienda los hechos de la experiencia inmediata³⁶. Este positivismo ha querido a) ratificar el pensamiento cognoscitivo mediante la experiencia de los hechos, b) ha orientado el pensamiento cognoscitivo hacia las ciencias físicas como modelo de certidumbre y exactitud, y c) la fe en que el progreso en el conocimiento depende de esta orientación³⁷. Esto ha hecho que se separe el objeto de estudio del sujeto que estudia. No existe la “objetividad” de las cosas sin que se puede hablar de la subjetividad de las mismas, esta es la posición *no positivista de la tradición dialéctica*. El sujeto es parte constituyente de la realidad objetiva³⁸. Por ello los juicios de hecho que deben realizar las ciencias empíricas deben incorporar al sujeto cuyo criterio de verdad es la vida o la muerte de los seres humanos. Los juicios de hecho del tipo medio-fin ocultan o no ven la *objetividad subjetiva* por lo que se disuelve al sujeto de ellos. Como dice

HINKELAMMERT:

“La realidad objetiva no es algo dado de forma independiente a la vida del ser humano. Es la vida de éste, al lograr esquivar la muerte, la que mantiene la realidad como realidad objetiva...Los juicios de hecho...cuyo criterio de verdad es la vida y la muerte, son constituyentes de la objetividad de la realidad en el acto en el cual juzgan sobre ella...(1)a objetividad de la realidad existe únicamente desde el punto de vista del sujeto natural y necesitado.”³⁹

A lo que nos lleva esta posición es a que debemos reconocer el carácter subjetivo de la objetividad de la realidad, por ende debemos reconocernos como sujetos, mutuamente, naturales y necesitados. Integramos aquí, y por ende en el objeto de la ciencia jurídica, y en especial en la ciencia jurídico-penal, al OTR@ en relaciones mutuas con otros seres como YO, se trata de NO excluir a los otros, constituir relaciones mutuas sin exclusión. Esto implica necesariamente un “...reconocimiento

³⁶ DUCOUDRAY Louis: Causalidad y problemática científica contemporánea, p. 43.

³⁷ MARCUSE Herberth (1995), p. 199.

³⁸ Según ADORNO las ciencias positivista-empiristas “...han ignorado la objetividad social, sustancia de todas las relaciones, instituciones y fuerzas en cuyo interior actúan los hombres...”. ADORNO Theodor: La sociología y la investigación empírica.

³⁹ HINKELAMMERT Franz J.: *op. cit*, p. 304 y 305.

mutuo entre sujetos (que) desemboca en una opción por algunos sujetos, es decir, en la opción por aquellos cuya vida se halla amenazada de modo más directo...(e)l criterio de verdad es la víctima.” (HINKELAMMERT, p.307.).

Cuando reconocemos a Otr@s como sujetos (es decir YO⁴⁰) - lo que implica un proceso o despliegue - construimos humanidad o apropiación de sentido humano (no exclusión, libertad de disfrute, producción de identidad, estima y autoestima). Actualmente cuando racionalizamos todo bajo la lógica del medio-fin, no constituimos humanidad porque vemos *al otro* como objeto para mi propio uso y nosotros mismos estamos enajenados creyendo que vivimos plenamente cuando en realidad somos objeto de manipulación para el consumo. Esta última forma de proceso humano no constituye humanidad porque nos lleva a la “destrucción ecosocial.”⁴¹.

El Derecho enfrenta dos tipos de conducta humana desde esta perspectiva:

“...como *práxis*: producción sociohistórica con constitución y oferta de sujeto universal (siempre en despliegue, abierto), o como *práctica*: producción sociohistórica dominada por formas y lógicas institucionalizadas de imperio excluyente y personificado y que se proyecta y justifica mediante universalismos falsos o mistificados, cerrados”⁴²

El objeto de estudio del Derecho va a ser las conductas de los seres humanos, generalmente en conflicto, pero esas conductas sociales, hechos llamémoslas, se ven mediadas por la sociedad, por el todo social. Nos dice **KOFLER**:

“...la manifestación singular no puede existir más que dentro de la conexión universal de la totalidad, y de que ella alcanza su función, su sentido y su ser, y se vuelve concreta,

⁴⁰ “Yo me afirmo a mi mismo como persona en la medida en que asumo la responsabilidad de lo que hago y de lo que digo. Pero, ¿ante quién o ante qué me considero yo responsable? La respuesta es que yo soy responsable al mismo tiempo ante mi mismo y ante el otro...Yo me afirmo a mi mismo como persona en la medida en que creo realmente en la existencia de los otros y esta creencia es capaz de influir en mi comportamiento. ¿Qué significa aquí creer? Quiere decir que yo realizo o conformo esa existencia por ella misma y no solamente por sus relaciones con respecto a mí.” MARCEL Gabriel: Yo y el otro.

⁴¹ JIMÉNEZ Alexander: *Tecnología y destrucción ecosocial en América Latina*, p. 99 y ss.

⁴² GALLARDO MARTÍNEZ Helio: *Política y Transformación Social. Discusión sobre Derechos Humanos*, p. 284.

únicamente por medio de su inclusión dentro del proceso de la totalidad.”⁴³

Entonces, el objeto de la ciencia jurídica va a ser *las conductas sociales conflictuales*, en su mayoría, en conexión y relación con los demás fenómenos sociales. Esto porque cualquier hecho o fenómeno sólo puede ser conocido en su realidad, es decir, reflejaría la realidad si es comprendido “...como hechos de un todo dialéctico.”⁴⁴.

Y su misión va a ser la construcción de praxis de liberación. No debe conformarse con un discurso científico, neutral y amoral, sino que la Ciencia Jurídica debe ser una praxis que testimonie los derechos de las personas. La realización de conductas constitutivas de sujeto o humanidad (promovidas por el jurista en el Proceso Jurisdiccional) designan relaciones o tramas sociales, es decir, solamente en relaciones reales en los distintos aspectos del ser humano: economía, política, cultura, etc. se potencia sujetos, individuos, que constituyen humanidad. *Esta relacionalidad* de los seres humanos constituye **lo político**, por ende, la ciencia jurídica también constituye lo político. Las tramas sociales pueden potenciar prácticas de liberación pero también prácticas de dominación, por ende, el Derecho, como ciencia, está llamado a operacionalizar transferencias de poder para transformar prácticas de dominación en praxis de liberación. Estas transferencias de poder sólo son posibles por la capacidad de oposición, resistencia y transformación de las víctimas o discriminados en las tramas de asimetrías sociales⁴⁵.

En síntesis, propongo como objeto de estudio de la ciencia jurídica la conducta de los sujetos desde una perspectiva de víctima, esta perspectiva nos dará el criterio de veracidad de la racionalidad (que debe ser productiva y no medio-fin) del Derecho, y en relación y conexión con

⁴³ KOFLER Leo: *Historia y dialéctica*, p. 42.

⁴⁴ KOSIK (Karel): *Dialéctica de lo concreto (Estudio sobre los problemas del hombre y del mundo)*, p. 55.

⁴⁵ GALLARDO MARTÍNEZ Helio: *ídem*, p. 285, 286 y 287.

el proceso de la totalidad social.

EL MÉTODO.

“Un METODO, sea cual fuere, consiste en algún procedimiento, que puede describirse en un manual y eventualmente ser llevado a la práctica; indica que se deben seguir ciertos pasos para arribar a un determinado resultado...Está llamado a obrar, así, como un molde funcional capaz de asegurar que, cuando tales reglas son aplicadas al pie de la letra, se obtendrán unos resultados ciertos y previsibles...”⁴⁶

Esta idea de método es lo que llama **HABA** cientificismo porque pone fe ciega en ciertos ideas que “algoritmizan” los métodos y su aplican a las ciencias sociales. Esto para este profesor consiste en un “metodologismo” que constituye un engaño acerca del papel que pueden realizar el método científico en las ciencias sociales.

“Se piensa, pues, que así como hay unos métodos para hacer funcionar la televisión o para trasladarse en pocas horas de América a Europa, asimismo deben de existir, o pueden ser descubiertos, los métodos que sirvan, de manera igualmente confiable y segura, o poco menos, para solucionar los problemas de la convivencia humana...(e)mpero, imaginarse tal cosa es bien ingenuo...(n)o es más que una ilusión.”⁴⁷

Al tenerse como modelo de racionalidad rigurosa a las ciencias lógico-formales y a las naturales trata de aproximar los métodos de las ciencias sociales lo más posible a estos métodos ideales. La ciencia jurídica debe procurar aplicar métodos que sean lo más racionales posibles, esto quiere decir, lo más rigurosos (como los de las ciencias modelo). Esta situación crea un problema que es la *invisibilización de la contingencia del mundo* y por ende de la condición humana.

“La imaginación de la aproximación asintótica infinita de la realidad a su situación ideal es como un velo que hace invisible la conditio humana.”⁴⁸

La pérdida de la noción de realidad por la construcción de situaciones ideales a las que se

⁴⁶ **HABA MÜLLER** Enrique Pedro: *Pedagogismo y “mala fe”*, p. 29 y 30.

⁴⁷ *Idem*, p. 36.

⁴⁸ **HINKELAMMERT** (Franz J.): *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, p. 241.

aproxima, junto con la idea de la aproximación infinita, da la sensación de progreso. A pesar de que en lugar de progresar nos encontramos con un mundo a punto de colapsar.

Este tipo de métodos para el conocimiento de la realidad ocultan la condición dialéctica del ser humano porque nos aparta de la posibilidad de volver a ver, en el pensamiento, en el conocimiento, la realidad tal y como es; quedarse en el dato, en lo fenoménico, es quedarse en lo aparente, en el dato aparente. La parte deja de ser abstracta o aparente en el tanto y cuanto se introduzca en la totalidad. Y, además, tal y como lo indica **KOFLER** el ser humano se nos presenta dentro de la conexión (totalidad) “...como unidad entre causalidad y proyección de fines.”⁴⁹. Esa contradicción no es más que una contradicción dialéctica que se presenta dentro de la unidad de subjetividad y objetividad. Estos dos aspectos ocultan la acción humana dialéctico-contradictorio.

El método que propongo para el análisis de los fenómenos jurídicos es el método dialéctico que consiste según el mismo **KOFLER** “...por un lado, en que en el proceso de apropiación de la realidad el pensamiento despedaza primero ésta en fenómenos singulares, entre los que selecciona aquellos que le interesan por razones prácticas en un instante determinado de la actividad. Por otro lado y al mismo tiempo, esa abstracción practicada por el entendimiento en la conexión natural de las cosas no es más que aparente; pues él sigue orientado a ésta. Este aspecto se expresa en la capacidad que tiene el pensamiento de inspirarse espontáneamente, en su actividad, en la totalidad de las manifestaciones, pasando por encima de las fronteras que él mismo ha erguido en el objeto; en efecto, aunque no de manera consciente, esa totalidad está siempre de algún modo presente en él.”⁵⁰.

INSERCIÓN DEL DERECHO EN LA REALIDAD.

⁴⁹ **KOFLER** Leo: *op. cit.*, p. 99.

⁵⁰ *Idem*, p. 153.

Resulta que al tener como modelo de razonamiento a las ciencias naturales, el científico del derecho pierde todo contacto con la realidad, principalmente con su contingencia, desconoce las relaciones sociales asimétricas, y las lógicas de dominación que las rigen (dominador-dominado), o sea, desconoce su proceso de unidad en la contradicción (dialéctica). Como los modelos lógicos pretenden simplificar e igualar, es decir, pretenden buscar identidad, no tiene cabida por ninguna parte las asimetrías, las contingencias. Se excluyen entre sí. Por ello este tipo de racionalidad (medio-fin) justifica una realidad dada porque no la trasciende ni la puede trascender.

Esto es ni más ni menos que la forma de la ciencia y la racionalidad científica de comprometerse históricamente con las formas de dominación y exclusión social, y por ende el compromiso con la racionalidad medio-fin y el suicidio colectivo como su principal consecuencia. *Por el contrario*, si las conductas humanas con relevancia jurídica las ponemos en conexión con los distintos fenómenos sociales podremos conocer la verdad sobre estos fenómenos jurídicos (las causas y condicionantes, su grado de libertad) y por tanto darles soluciones verdaderas, más humanas.

INTERDISCIPLINARIEDAD

Para que la ciencia del derecho construya conocimientos más fieles de los hechos de la realidad es necesario que, en sus métodos, introduzca otros conocimientos de otras disciplinas para así tener una perspectiva más amplia y abierta (para que capte la totalidad) y no se autolimita a sus propias fronteras singulares (parcelas de la totalidad). El científico jurídico o jurista debe incorporar en sus análisis de las normas los conocimientos aportados por otras ciencias, dado que su estudio generalmente se limita a las normas jurídicas que son *un* aspecto de la gran cantidad de aspectos de la totalidad que lo son las conductas humanas en sociedad. Como diría **HABA**

“(c)omo la formación jurídica no es un fin en sí, sino que está destinada a encarnarse en

efectos sociales, una adecuada consideración de los límites propios de lo normativo puede tener como consecuencia que la conceptualización del Derecho, al ser más realista, sea también más eficaz. En este sentido, la interdisciplinariedad constituye un requisito indispensable.”⁵¹

SECCIÓN TERCERA.

CIENCIA PARA LA LIBERACIÓN.

La misión del jurista⁵² (dado que su quehacer no es neutral ni avalorativo) es fundamentar una ciencia jurídica que analice y promueva (teoría y praxis) la superación o transformación de los obstáculos o las prácticas que impidan la autoconstitución de sujetos sociales y que impiden la construcción de humanidad.

“(L)a fundamentación sociohistórica de derechos humanos señala que las judicializaciones de estos derechos sólo son políticamente (es decir, socialmente) efectivas si expresan, en su nivel, lógicas sociales que potencien la autoconstitución de sujetos a quienes se les niega esa capacidad de autoconstitución en situaciones específicas animadas por lógicas institucionalizadas. La autoconstitución de sujetos implica, siempre, la autonomía y la autoestima y exige o convoca reconocimiento y acompañamiento”.⁵³

Los derechos son producción social e histórica porque nacen de las relaciones entre los seres humanos, de estas relaciones se hacen y surgen capacidades, derechos y obligaciones jurídicas, es decir, son condensación de las relaciones existentes entre los seres humanos. Por ello en sociedades con lógicas de dominación el derecho deviene dominación no permitiendo la autoconstitución de sujeto. Si bien es cierto el Derecho actual condensa prácticas de dominación - es producto de una

⁵¹ **HABA MÜLLER** Enrique Pedro: *Derechos Humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica (algunas observaciones de orden metodológico)*, p. 176.

⁵² Esto de misión del jurista tiene que ver con un compromiso respecto de algunas personas, es decir que el Derecho tiene que servir para algo. Promulgo que la misión del jurista es transformar las relaciones sociales que son condensación de lógicas de dominación y exclusión de seres humanos, que desde luego suceden actualmente en el derecho. Nos dice **HABA** que “...si se juzga por la influencia efectiva de dichas disciplinas sobre los aconteceres sociales en general, la verdad es que ello se da en grado señaladamente más débil y poco frecuente de cuanto suele pregonar como cosa posible, o hasta como si fuese una realidad, la (auto)propaganda de los científicos sociales. Hay mucho de mito ahí, de megalomanía provocada por el wishful thinking, o que es, simplemente, hija del narcisismo propio de autopresentaciones - ideología profesional - que cada gremio propala sobre sí mismo.”. **HABA MÜLLER** (Enrique Pedro): *Imposibilidad para las ciencias de lo humano. Una ideología profesional: la concepción “misionera” de las ciencias sociales*, p. 73.

⁵³ **GALLARDO MARTÍNEZ** Helio: *Política y Transformación Social. Discusión sobre Derechos Humanos*, p. 288.

sensibilidad destructiva en relaciones o tramas humanas con asimetrías sociales - es posible que las víctimas de esas relaciones de asimetría, condensadas en las normas jurídicas, en el derecho, quieran no seguir siendo más víctimas. De esta forma se inicia un proceso de transformación del poder. Nos corresponde a nosotros los juristas comenzar una conversión a la autoestima y gestación de instituciones, lógicas, personas que sostengan, potencien y proyecten autoestima, que es "...aprender a quererse con otros."⁵⁴

El derecho es construcción sociohistórico, son las relaciones entre los seres humanos que hacen aparecer los derechos, si dichas relaciones se basan en prácticas de imperio y dominación lógicamente el derecho será condensación de esas prácticas. Muchos marxistas han creído que por ser creación burguesa el "derecho burgués" desaparecerá con el advenimiento del comunismo y en esta forma de organización nunca más habrá derecho. El derecho al ser condensación de relaciones humanas, capacidades, obligaciones y facultades jurídicos, siempre va a manifestarse de alguna manera. Dependiendo del tipo de relaciones que mantengamos los seres humanos así va a ser el derecho que surge y nace de ellas. Nos dice **SOLÓRZANO** que

"...precisamente porque el derecho en tanto que articulador de una efectividad social peculiar, pero también contexto de esa efectividad (texto y contexto), debe hacerse permeable a las condiciones en que tal efectividad "aparece" históricamente, como práctica sociohistórica, ha de recoger las voces discordantes (disenso, diferencias, conflictos, etc) y antes de reprimirlas (homogenizarlas, normalizarlas, negarlas) las ha de articular "constructivamente", para dar paso a situaciones socio-históricas inéditas que van ganando más o menos libertad"⁵⁵

No se trata de que el derecho recoja y "perme" las condiciones de dominación y victimización (empobrecimiento, discriminación sexual, exterminio racial, de género, etc.) porque él es producto de esas condiciones (efectividad social) asimétricas, sino que ha de poner en evidencia esas relaciones

⁵⁴ *Idem*, p. 154.

⁵⁵ **SOLÓRZANO ALFARO** Norman José: *op. cit.*, p. 75 y 76.

sociales asimétricas, ha de reconocer su origen sociohistórico en las clases dominantes, y a partir de allí, el derecho (como condensación de tramas sociales) debe comenzar a transformarse hasta “darle vuelta a la tortilla” y ser condensación de relaciones humanas constituyentes de sujeto humano, autoconstitución de sujeto o sujetos. La pregunta sería ¿Cómo?

La construcción del derecho implica relaciones o tramas sociales entre sujetos que ocupan distintos lugares sociales, lugares determinados de antemano, como puede ser la división social del trabajo, de género, las distintas preferencias religiosas o sexuales, las relaciones familiares, etc. Lugares sociales que están relacionados por lógicas históricas.

Actualmente el derecho burgués ha instituido el llamado proceso jurisdiccional para solventar los problemas surgidos entre las personas. Allí participan distintos sujetos (sociohistóricamente determinados) entre ellos las partes que se enfrentan (dos o tres generalmente), sus respectivos abogados (as) (sujetos), el juez o jueces que resolverán, se utilizará jurisprudencia vertida por magistrados (sujetos), textos jurídico-científicos hechos por académicos (también sujetos), peritos, testigos, pacíficos componedores, auxiliares, asistentes, etc.

Desde el punto de vista teórico comparto con **SOLÓRZANO** cuando nos dice que el Derecho debe ser **CRÍTICA DE LA SOCIEDAD** dominante que legitima su propio status quo.

“El derecho “habría de percibir” el NO SER de una sociedad históricamente determinada, para poder “proyectar” el deber-ser optado, con lo cual vendría a constituirse en la CONCIENCIA CRITICA de una sociedad injusta, desigual, destructiva, depredadora y antiutópica; es más, el derecho “habría de aparecer” históricamente como la crítica de la sociedad positiva (unidimensional-Marcuse), esto lo convertiría en la fuerza “precursora” de una política utópica (de lo posible).”⁵⁶

⁵⁶

Idem, p. 90 y 91.

Precisamente la ciencia jurídica debe introducir en el análisis de las conductas humanas el criterio de verdad de la racionalidad medio-fin, es decir, debe introducir la racionalidad reproductiva.

Este principio debería funcionar así: una persona (A) realizó una conducta (X) que tuvo como resultado una determinada consecuencia (Y) que resulta perjudicial para una persona (B). La perjudicialidad la determina una norma (XX) de un Ordenamiento Jurídico determinado. La racionalidad medio-fin analizaría la situación como sigue: Si A realizó X deviniendo Y que según XX es perjudicial para B, A debe soportar las consecuencias establecidas en XX. Y la racionalidad reproductiva analizaría la situación así: Si A realizó X deviniendo Y que según XX es perjudicial para B, A no debería soportar las consecuencias de XX, siempre y cuando, se vea coaccionado y sometido por condiciones que existen fuera de su voluntad.

Lo anterior resulta de que el ser humano posee voluntad y por tanto puede dirigir su acción, su actuar. Toda acción humana se dirige hacia algo, todo se hace respecto de un fin. Previo a actuar siempre nos imaginamos los fines o metas, planeamos los medios y nos echamos a andar, esto es la intencionalidad humana. Sin embargo, por más libres que nos sintamos, por más incondicionados que nos creamos, al estudiar esta acción no ya aisladamente sino que en conexión o ligazón social otra es la realidad. Existe el otro aspecto que resulta de su relación con los “OTR@S”, una relación dialéctica con la libertad. Ese otro aspecto son las posibilidades objetivas que ponen límites a su acción (a sus decisiones), las condiciones generales de la existencia.

“...(E)l hombre no sólo es un ser volitivo sino, a la vez, es un ser dependiente de condiciones que existen fuera de su voluntad.”⁵⁷

Esto no quiere decir que la voluntad y la acción humanas estén condicionadas por supuestas

⁵⁷

KOFLER Leo, p. 177 y 178.

“leyes sociales invariables” de tal forma que no existe la posibilidad de decidir. Existe cierto espacio de libertad en tanto y cuanto los seres humanos quieran o no someterse al proceso total.

El principio ético que respalda la racionalidad reproductiva se podría determinar de la siguiente manera:

“...(C)ualquier norma tiene validez únicamente en el grado en el que es aplicable, y ella es aplicable si puede vivir con ella...se refiere a la decisión de aplicarla o no...De este criterio de verdad se sigue, sin embargo, el deber moral universal de violar normas válidas en el caso de que su cumplimiento destruya la vida del ser humano.”⁵⁸

Ahora bien, ¿cómo podemos decidir cuándo se debe dejar sin eficacia la aplicación de una norma jurídica? Precisamente al ser el derecho condensación de relaciones o tramas sociales que mejor momento que el proceso judicial, en el que se dan relaciones humanas, para reconstruir la situación real y poder determinar allí los juicios de hecho, y reconocer y aplicar el criterio de verdad que es la vida o la muerte.

Por supuesto que en el proceso judicial debe darse un reconocimiento del *otr@* en una relación mutua de seres para la vida, cuya consecuencia necesaria es la no exclusión de nadie. Este reconocimiento

“...desemboca en una opción por algunos sujetos, es decir, en la opción por aquellos cuya vida se halla amenazada de modo más directo. El criterio de verdad sobre la vida y la muerte implicado en el reconocimiento mutuo de sujetos naturales y necesitados, llega a ser un criterio de verdad en cuyo centro se encuentra la víctima...El criterio de verdad es la víctima.”⁵⁹

Precisamente es la víctima del sistema capitalista quien debe levantarse y caminar, y si para esto es necesaria la transformación de la sociedad y la civilización, es deber de la ciencia, incluyendo

⁵⁸ HINKELAMMERT Franz J.: *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, p. 256.

⁵⁹ HINKELAMMERT Franz J.: *op. cit.*, p.307.

la jurídica, transformar la sociedad y no sólo contemplarla.

Mi afán es solamente hacer conciencia que en la civilización en la que vivimos siempre existe contingencia, lucha entre lo real y lo posible, entre la falsa conciencia y la verdad. Es con el esfuerzo de la ciencia, la filosofía y el arte que podemos comprender y dominar esas discrepancias. Pero lamentablemente la función histórica de la razón ha sido

“...reprimir e incluso destruir la aspiración a vivir, vivir bien y vivir mejor...”⁶⁰

En resumen lo que pretendo hacer ver es que los seres humanos hemos construido una sociedad que impide la vida plena. La forma como producimos vida sacrifica la vida de muchos humanos, y en un futuro muy próximo la vida de toda la especie; y sacrifica la Naturaleza, incluyendo al resto de la vida en el planeta. A pesar de esto continuamos justificando esa forma de producir “vida” (¿muerte?), por intereses egoístas e individualistas para lograr un lucro salvaje e ilimitado, mediante discursos y prácticas violentas de dominación y exclusión social. Una forma de justificar esa irracionalidad es la por la aquí estudiada, a saber, la utilización de conceptos que denotan ideas sobre la realidad del ser humano, pero que no corresponden con la misma realidad. A eso le he llamado ideología. Dichas ideas toman vida en la mente de los seres humanos y se autoengañan pensando que la realidad es como sus ideas dicen que es. Totalizamos ideas que son individuales.

“Cuando se habla de “hombre” o de “ciudadano”, se habla de todos los hombres; de todos los ciudadanos, por ende se habla de una totalidad, se habla de una conciencia que alguna manera es la conciencia de la humanidad. El filósofo es conciencia de la humanidad, la filosofía es pensar el todo, decía Hegel. Marx niega tal concepción: cuando se piensa, se piensa dentro de un contexto. El lenguaje no es solamente una forma de comunicación, es también una forma de dominación.”, Es decir, “(e)l lenguaje recurre a falsas totalidades, es decir, a totalidades que no expresan nada más que la generalización de una individualidad, que no es la humanidad, sino de un determinado grupo. Un determinado tipo de hombre se convierte en portavoz y expresión de los valores de la humanidad, con el consiguiente correlato de violencia que descalifica lo que no es como él, aquel no es un hombre y

⁶⁰ MARCUSE Herberth (1995), p. 256.

carece...de derechos.”⁶¹

⁶¹

MORA RODRÍGUEZ Arnoldo: *En los límites de la modernidad*, p. 6.

CAPÍTULO SEGUNDO

POR UN DERECHO PENAL LIBERADOR.

SECCION PRIMERA.

TEORÍAS SOCIALES Y DERECHO PENAL.

Los principales teóricos del derecho moderno (filósofos y científicos) han fundamentado ideológicamente al derecho (burgués) de diversas formas⁶²:

APARTADO PRIMERO.

A. IDEAS DOMINANTES⁶³.

- TEORÍA DEL CONTRATO SOCIAL.

ESCUELA PENAL DEL LIBERALISMO CLÁSICO

ROUSSEAU describe así el mito básico:

““Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todas, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”. Tal es el problema fundamental, al cual da solución el Contrato social... “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además en cada miembro como parte indivisible del todo”.”

“”Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema

⁶² **RIVERA BEIRAS** Iñaki (2005): La Política Criminal de las escuelas del pensamiento criminológico. Intentos integradores y “lucha de escuelas”, p. 45 y ss. Pretendo realizar una crítica de la llamada dogmática penal –la ciencia penal dominante actualmente en Alemania e Italia, y por desgracia en nuestra América Latina al aplicar sin ton ni son esas teorías- primero desde *afuera*, es decir, utilizando las teorías *sociológicas* y *criminológicas* desarrolladas en los últimos años para poner en evidencia algunos discursos *jurídicopenales* ideológicos; y luego desde *adentro* al poner en evidencia algunos conceptos dogmáticos ideológicos.

⁶³ Dado que los científicos jurídicopenales tienen como objeto de estudio el **fenómeno delincencial**, y éste es un **fenómeno social**, muchos de los mitos que portan se fundamentan en la concepción de sociedad y la posición de cualquier persona en ella. De allí que he escogido el enfoque sociológico como el modelo para hacer el análisis ideológico de los discursos de aquellos penalistas.

dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo.”⁶⁴.

Según esta teoría los individuos son seres humanos libres e iguales, y por ende, la sociedad resulta de un contrato entre todos los individuos que la forman. Esto implica que la ley refleja la voluntad colectiva, que la ley es igual para todos y los que la violan son minorías (*minusválidos sociales*), a quienes se les denomina “**delincuentes**”.

“La ideología del contrato había proporcionado sólo una limitación frente a la amenaza que para los capitalistas incipientes representaba la nobleza, pero no los protegía suficientemente frente a las masas miserables y, no debemos olvidar que el capitalismo incipiente se debatía entre las amenazas provenientes de ambos sectores.”⁶⁵

Es decir, esta ideología nace por la necesidad de los nacientes burgueses de limitar el poder de la nobleza feudal (voluntad general que excluía la sola voluntad del estamento "noble") y así estructurar el mercado y su lucro; y para fundamentar derechos “naturales” individuales frente al poder del Estado absolutista que limitaba sus derechos sobre todo el de la propiedad privada (claro está que para su momento histórico el pensamiento de **ROUSSEAU** resulta ser lógico y progresista).

Esta concepción de sociedad, es decir, *la surgida y mantenida por un consenso*, trae aparejada una concepción del derecho, de igual manera, como producto de un consenso social: Si un individuo faltó a la convivencia *armónica* que crea el contrato social, es decir, ante un incumplimiento contractual, debe retribuir a la sociedad su incumplimiento para que vuelva a ser parte del contrato, esto es, integrar al delincuente a lo “normal” –por medio de las penas que se entienden como contramotivación-. En esos años quienes eran imputados de un delito eran los miserables empobrecidos (que por cierto abundaban) que no tenían bien alguno salvo su fuerza de trabajo, que desde luego fue expropiada, ¿Cómo? evidentemente encarcelándolos. Pero precisamente este problema social fue

⁶⁴ **ROUSSEAU** Jean Jacques: *Contrato Social*, p. 47 y 48.

⁶⁵ **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 224.

invisibilizado por el enfoque “individualista” de estas teorías. Fue **MARAT** el primero en denunciar esa ideología basada en el contractualismo al considerar que en una sociedad en donde no exista la justicia distributiva fuese la pena retributiva la justa.

Como podemos ver estas teorías ideológicas parten de una concepción *deficientista* en la construcción de la personalidad del delincuente –ya que no hizo uso adecuado de su libre albedrío- y de una concepción *nociva* de delito porque se violentó el derecho consensual. Debemos pensar, cuando nos referimos a esta escuela, en los penalistas **BENTHAM**, von **FEUERBACH** y **BECCARIA**, de **LARDIZÁBAL** y **URIBE**, **ROMAGNOSI**, **CARMIGNANI** y **CARRARA**.

- **ESCUELA PENAL POSITIVISTA.**

Posteriormente surge otra forma ideológica de entender la sociedad: el positivismo científico; que en el derecho penal como ciencia –escuela positivista- entiende el fenómeno delincuencial así:

“(A)ntes de estudiar el delito como “ente jurídico” e infracción de la ley penal, es necesario estudiarlo y conocerlo como acción humana, esto es, como fenómeno natural y social, para poner de manifiesto sus causas naturales y sociales y para valuarlo como expresión antisocial de cierta personalidad del delincuente.”. (FERRI, p. 45 y 46.)

Esta ideología se caracterizó por sus tesis deterministas –existe un destino fatal del que el ser humano no puede escapar- y por la idea de la defensa social frente al delincuente –esta idea de la defensa social la comparte con el contractualismo, ella constituye el concepto ideológico con base en el cual se fundamentan ambas teorías, según **BARATTA**⁶⁶-. Producto de las ideas de la revolución científica y de la Ilustración cultural esta escuela analizó los *fenómenos delincuenciales* desde el paradigma de las ciencias naturales y las lógico-formales (paradigma etiológico). Se basaban en las ideas de **COMTE**, **DARWIN**, **LAMARCH** y **SPENCER**. Debemos pensar en **TARDE**, von **LISZT**,

⁶⁶ **BARATTA** Alessandro: *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, p. 37.

LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO.

“Ya consolidado el poder hegemónico del capitalismo urbano, es bastante lógico que el organicismo social trataría de volverse más radical y, al mismo tiempo, escondiese su naturaleza eminentemente idealista bajo el disfraz de un realismo supuestamente evidente. Esto lo logra mediante el positivismo, es decir, la corriente del pensamiento que pretende interpretar el mundo únicamente en base a la experiencia.”⁶⁷

Algunas variantes de la escuela positivista las tenemos en los pensamientos de:

a- Von **LISZT**: Insistió en que la función de la pena debería tener un accionar *terapéutico* sobre el delincuente. La política criminal de von **LISZT** era la lucha contra el delincuente mediante el estudio científico (positivista claro está) de sus causas.

b- **DORADO MONTERO**: Para este autor ya que la sociedad quiere prohibir determinadas conductas y los hombres no son libres, sino que están determinados para realizarlas, los hombres deben ser corregidos para no caer en ellas, no siendo éste un derecho de la sociedad sino de los hombres que viven en sociedad.

c- **POSITIVISMO JURÍDICO (MANZINI - BINDING)**: El único hecho relevante para el Derecho son las leyes positivas (escritas), es decir la letra de la ley. Derecho es lo que el legislador crea y la ciencia del derecho y la jurisprudencia debe estudiar sólo la letra de la ley, lo que quiso decir el legislador.

- TEORÍA DEL ORGANISCISMO SOCIAL.

⁶⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl: *op. cit.*, p. 238 y 239.

Parte del mito de que la sociedad es como un ser humano, se desenvuelve como un cuerpo humano y los individuos como sus células. Al igual que el contractualismo parte de que la ley es reflejo de la voluntad de todos, que la ley es igual para todos y que es una minoría quien la viola. Sin embargo se diferencia del anterior mito en que considera al delito como *normal*, es decir, cumple una función social determinada, y, además, en que considera al delincuente no como un disidente o como una patología, ni individual ni social, sino como un producto necesario del “normal” funcionamiento del sistema social, pero sigue siendo un *minusválido social*.

“El crimen, pues, se contempla como resultante de la estructura social, que produce “delincuentes” del mismo modo que produce, también, ciudadanos honestos: como “función”. ”⁶⁸

- **TEORÍA FUNCIONALISTA DE LA ANOMIA.**

Para **DURKHEIM**:

“El delito es, por lo tanto, necesario; se halla ligado a las condiciones fundamentales de toda vida social, pero por esto mismo es útil; porque estas condiciones de que él es solidario son indispensables para la evolución de la moral y del derecho...(p)ero si el delito no tiene nada de mórbido, la pena no podrá tener por objeto curarlo, y su verdadera función se debe buscar en otra parte.”⁶⁹

Según el pensamiento de este autor francés el delito ya no es mera agresión a la sociedad, algo nocivo a la misma, sino que es un fenómeno social necesario para mantener a la sociedad en *cohesión*, orgánicamente unida, es decir, unida bajo el mismo organismo.

Estas escuelas (la organicista y la funcional) tienen una idea en común: la *armonización* del orden social; ya sea por medio de terapia individual para suprimir o operar las causas criminógenas también individuales –sin referencia a la estructura social-, como lo entiende el organicismo; ya sea

⁶⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, p. 337.

⁶⁹ DURKHEIM Emile: *Las reglas del método sociológico*, p. 95 y 97.

reforzando la consolidación de ciertos valores para el “buen” funcionamiento del sistema –sin referencia a los individuos en conflicto-, como lo entiende el funcionalismo. La ley penal tiene la función de determinar cuáles son las conductas desviadas y por lo tanto que ameritan sanción.

Actualmente podemos nombrar como representantes de esta escuela a **JAKOBS** y **ROXIN**, **GIMBERNAT ORDEIG** y **LUZÓN PEÑA**.

SECCIÓN SEGUNDA. ALTERNATIVAS.

A. ALGUNAS ALTERNATIVAS A LAS CONCEPCIONES IDEOLÓGICAS DOMINANTES⁷⁰.

A raíz de las crisis económicas y sociales que experimentaron las sociedades capitalistas por los años 1890 y 1896, que lanzaron a millones de seres humanos a la miseria total y las consecuentes tensiones sociales que se manifestaron, se rompió con los modelos-imágenes del contrato social (la sociedad y sus leyes nacen por un consenso colectivo) y del organicismo (la sociedad funcionando como un modelo orgánico que trata de curarse de las células cancerígenas (desviados)).

.A- LA UNIDAD CULTURAL (MERTON - COHEN).

Si bien es cierto todavía predominaba la idea de la *Unidad* Social y Cultural de la sociedad, algunos autores achacaban el problema de la criminalidad a problemas estructurales de tipo macrosociales, a diferencia de los otros modelos-imágenes que veían la delincuencia como un problema meramente individual de origen psicopatológico sin referencia alguna a las estructuras

⁷⁰ Para desarrollar el siguiente apartado me he basado en la estructuración que hace Alessandro **BARATTA**, obra citada en la nota al pie de página número 70, a partir de la página 56; y en parte en la hecha por Antonio **GARCÍA-PABLOS**, obra citada en la nota al pie de página 71.

sociales.

MERTON consideraba que la criminalidad era producto de una desproporción entre los objetivos socialmente fomentados y los medios puestos al alcance de las personas para alcanzar tales objetivos. **COHEN** argumentaba que la criminalidad es producto de subculturas que no están de acuerdo con los valores que se suponen generales.

Estas ideas se mantienen dentro del pensamiento positivista porque lo *normal* continúa siendo el parámetro para calificar lo “*anormal*”, cuyo marco de referencia es la ideología de entender a la sociedad como un todo armónico. Su mérito está en incorporar la variante macrosocial como *condicionante o potencializador* de la criminalidad.

B- LA PLURALIDAD CULTURAL-NORMATIVA DE LA ASOCIACIÓN DIFERENCIAL: SUTHERLAND.

Según estas teorías la sociedad está formada por una amalgama variada de culturas diferentes con pautas de conducta igualmente diferentes, y por ello son algunas personas de determinadas culturas las que son consideradas delincuentes, pero otras personas de otras culturas no son así consideradas a pesar de realizar conductas dañinas para el resto. Estamos frente a procesos de exclusión de la criminalización (impunidad) y frente a procesos de criminalización (criminalidad), ambos son cuestiones *políticas*.

C- LA PLURALIDAD CULTURAL-NORMATIVA DEL INTERACCIONISMO SOCIOLÓGICO: Su especificidad en la teoría del “labelling approach” o de la reacción social.

Según el interaccionismo simbólico, la sociedad está constituida por *interacciones* concretas entre

todos los individuos que la forman, esas acciones van *definiendo* a la persona dándoles significados y que se aplican por medio del lenguaje. El “labelling approach” se interesa por los procesos de *definición* de lo que es un delincuente, luego se tiene que el criminal no lo es por “*naturaleza*” sino por “*definición*” desde quienes actúan. Este proceso se presenta como interacción entre quienes *tienen el poder* de definición y los que sufren esta definición. El problema de esta visión se centra en que niega el fenómeno criminal como **realidad estructural** de la sociedad capitalista y lo diluye en un mero proceso de juegos de poder.

“Puede definirse la tesis central de esta corriente en términos muy generales, en la afirmación de que cada uno de nosotros va haciéndose del modo como los demás nos van viendo y, conforme a esta mecánica, la prisión cumple su función reproductora y la persona a la cual se etiqueta como delincuente asume finalmente el rol que se le asigna y se comporta conforme al mismo. Todo el aparato del sistema penal está preparado para ese etiquetamiento y para el reforzamiento de esos roles.”⁷¹

PAVARINI hace la siguiente crítica, de entre otras:

“La criminalidad como fenómeno se ha transformado así en pura apariencia de un juego formal de recíprocas interacciones. Diciendo que el loco es tal porque socialmente es considerado así, se olvida que el sufrimiento mental desgraciadamente existe prescindiendo también de la reacción social que suscita; afirmando que criminal es sólo quien ha sufrido de un proceso de criminalización se termina por perder de vista que la acción desviada es en primer lugar expresión de un malestar social, de un conflicto social.”⁷²

CH- LA CRÍTICA FOUCAULTNIANA.

El mérito de **FOUCAULT** está en que hace ver la pretensión de la sociedad de actuar como institución total (cárcel, manicomio, etc.), es decir, de total control de los que ostentan el poder sobre los internados, en un proceso de interacciones de adecuación o rebelión. Su problema radica en que

⁷¹ **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, p. 65.

⁷² **PAVARINI** Massimo: *CONTROL Y DOMINACION. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 130.

nunca pretende indicarnos del por qué de la criminalidad de lo que sucede y cómo sucede.

Por un lado, todas las anteriores teorías comparten un fenómeno en común, el pensamiento de los principales exponentes parten de una *idea falsa*, que por demás está decir que ellos se la creen y la interiorizan como cierta, de que existe algo llamado “LA” sociedad⁷³ (así en mayúscula), una abstracta representación –puesto que no entienden la complejidad de las *relaciones humanas* por ella supuestas- con vida propia, que se enfrenta y sojuzga al ser humano porque él mismo se somete a ella, cuyo sustento son los individuos que por pertenecer a esa sociedad –según esta falsa conciencia- crean y construyen consensualmente los valores, las obligaciones, los derechos (ideología contractual y la organicista-funcionalista) o las reglas que sirven para resolver la conflictividad (ideología pluralista), con el único fin de progresar a fin de satisfacer plenamente y colectivamente todas sus necesidades. La sociedad resulta ser un conjunto de seres humanos unidos y sin conflictos (salvo algunos que no quieren convivir armónicamente), *homogénea*, que con el solo hecho de pertenecer a la sociedad deben cooperar para satisfacer todas sus necesidades, sea cual sea su posición social o su condición humana, o, un conjunto plural de grupos sociales con cierta conflictividad pero que crean un sistema jurídico capaz de resolver sus conflictos. Desde luego este tipo de pensamiento invisibiliza los conflictos *estructurales* que se generan en la misma sociedad debido a que de las relaciones entre seres humanos siempre surgirán conflictos; y hace desaparecer todas las prácticas de dominación que, por supuesto, condicionan socialmente al individuo de carne y hueso, y, desde luego, tienden a estabilizar y mantener

⁷³ “La población es una abstracción si dejo a un lado las clases de que se compone. Estas clases son, a su vez, una palabra sin sentido si ignoro los elementos sobre los cuales reposan, por ejemplo: el trabajo asalariado, el capital, etc. Estos suponen el cambio, la división del trabajo, los precios, etc. El capital, por ejemplo, no es nada sin trabajo asalariado, sin valor, dinero, precios, etc. Si comenzase, pues, por la población, resultaría una representación caótica del todo, y por medio de una determinación más estricta, llegaría analíticamente siempre más lejos con conceptos más simples; de lo concreto representado, llegaría a abstracciones cada vez más tenues, hasta alcanzar a las más simples determinaciones. Llegado a este punto, habría que volver a hacer el viaje a la inversa, hasta dar de nuevo con la población, pero esta vez no con una representación caótica de un todo, sino con una rica totalidad de determinaciones y relaciones diversas...(l)o concreto es concreto, porque es la síntesis de muchas determinaciones, es decir, unidad de lo diverso.” MARX Carlos: *Contribución a la crítica de la economía política. Introducción a la crítica de la economía política*, p. 258.

es el “*status quo*” existente.

De esta manera el “delincuente” resulta ser un desviado social, un minusválido social, que no quiere o no puede compartir los valores y las pautas sociales producto del consenso general (no quiere o no puede “motivarse” por la norma), entonces éste *deviene enfermo* digno de ser tratado terapéuticamente o simplemente eliminado de LA sociedad. Por el contrario, no se tiene al delincuente como producción social, producto de las mismas *relaciones sociales humanas*, porque si **el sistema** acepta tal cosa significaría aceptarse ser una posibilidad y no la única opción, y no podría autoperpetuarse a costa de la pauperización de los seres humanos y de la naturaleza.

Por otro lado, se dice entonces que el Derecho Penal tiene como fin la “defensa social”, es decir, la defensa de LA sociedad. Casi la mayoría de los penalistas mantienen discursos sobre su ciencia basados en ese fundamento – defensa social -.

Así las cosas, este análisis mío no resulta ser “ideológico” por el hecho de que afirmemos que el discurso jurídicopenal justifica la violencia de sistema penal y del derecho penal y que lo tratemos de falsear a través de las teorías criminológicas actuales, tal y como lo afirma **FERRAJOLI** criticando el método de **BARATTA**⁷⁴. Por el contrario, esta crítica se refiere al discurso propiamente y nunca a refutar “fines ideales”. Así nuestra crítica está referida, al igual que la de aquel último autor –según mi opinión-, no a refutar “doctrinas axiológicas” sino a denunciar discursos ideológicos, es decir, que **A-** no responde a la realidad social, que **B-** justifican lo existente y pretenden su no transformación y que **C-** invisibilizan conciencias alienadas. Además de que los fines que pretenden los penalistas debe cumplir el derecho penal son irrealizables. La “defensa social” por medio de la prevención general o

⁷⁴

FERRAJOLI Luigi: *Derecho y razón. Teoría el garantismo penal*, p. 345 en la nota número 1 del capítulo 6.

especial⁷⁵ que se le atribuye al derecho penal es realizable únicamente en una sociedad igualitaria (no en un sentido de masificación del pensamiento y de los instintos sino de la individualidad e independencia de los mismos) y tolerante, donde las normas condensan realmente la sensibilidad colectiva y por ende puedan ser motivadora de conductas; pero en sociedades como las nuestras, profundamente fraccionadas, una norma no motiva a ciertos sectores sociales, de ahí que esa función del derecho penal resulte absolutamente irrealizable.

B. DECONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA PENAL.

Según **ZAFFARONI** son varias las corrientes de pensamiento que se han ocupado de deslegitimar el discurso jurídico-penal, a parte del interaccionismo simbólico, entre ellos tenemos la crítica al Derecho en general (**NOVOA MONREAL**), la crítica marxista (**PASUKANIS, QUINNEY, BARATTA y PAVARINI**), el pensamiento foucaultiano, y la teoría de la dependencia latinoamericana.

a. Control Social.

Coincido con **SANDOVAL HUERTAS** en definir el Control Social como

“...la totalidad de instituciones y sistemas normativos, con base en los cuales y mediante estrategias de socialización y procesos selectivos, se procura lograr la aceptación (voluntaria, artificial o forzada) y el mantenimiento del orden social vigente y sus valores...”⁷⁶

⁷⁵ Las visiones modernas de los fines del derecho penal han superado el retribucionismo kantiano y hegeliano como su fin, sin embargo lo han sustituido por la defensa social por medio de la prevención general o especial. Así las principales escuelas penales se han basado en este último fin, tanto la escuela naturalista o clásica, como el finalismo, y también la “nueva” escuela teleológica. Por ejemplo, “La paz y la seguridad jurídicas en una sociedad resultan de la expectativa de que a los seres humanos se les induce por regla general a la conducta fiel al Derecho mediante prohibiciones y mandatos.”. **ROXIN** (Claus): *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 810

⁷⁶ **SANDOVAL HUERTAS** Emiro: *Sistema Penal y Criminología Crítica. (El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica)*, p. 3.

Precisamente para poder mostrar ese proceso de socialización y de selección de las conductas de los seres humanos me sustenté en la teoría del interaccionismo simbólico para luego pasar a la teoría del conflicto social.

➤ **TEORÍA DEL INTERACCIONISMO SIMBÓLICO O “LABELLING APPROACH”.**

a. EL DELINCUENTE ES UN SER SOCIAL

Tenemos ciertas experiencias que nos dicen que cuando se infringe un mandato ello tiene una valoración negativa y está acompañada de un castigo. Entonces un delincuente es aquella persona que infringe la ley, que a su vez, es necesaria para la convivencia humana, por lo que debe ser castigado ya que infringir una ley es malo.

Desde el punto de vista dominante el delincuente es una “persona” (para algunos es una *no-persona*) nociva para la sociedad puesto que viola las normas establecidas, independientemente de la bondad o no de las mismas, esto se explica puesto que nos encontramos inmersos en un engranaje sistémico que racionaliza las conductas y determina nuestras ideas y papeles sociales. Entonces tenemos que una persona adquiere el atributo de delincuente por el hecho de violentar una ley de carácter penal, es decir, sancionada con prisión o multa, pero nunca porque posea ontológicamente esa característica.

Como dice **NEUMAN**:

“Se crean y robustecen mecanismos de etiquetamiento. Rótulos que –entre otras cosas- sirven para descargar, como antaño, el oprobio y los temores de los sanos, de los no viciosos, de los blancos, de los juiciosos, de muchos seres que nada hicieron para ser de tal o cual manera y que hallan mérito en ello. De los que creen que el equilibrio está siempre en el centro y que, por ello, han sido declarados por derecho natural aptos para la vida. Los que, en fin, no podrán comprender que el fracaso y tal vez el dolor no siempre son un polo negativo. No cabe duda que las leyes las crean y las dictan las clases dominantes. Leyes para enmendar y corregir en provecho propio las condiciones y circunstancias de la sociedad, o para captar la realidad...El delincuente aparece acuñado como un estereotipo de la sociedad que habita...”⁷⁷

⁷⁷

NEUMAN Elías: *El sistema penal y sus víctimas*, p. 483 a 499.

Sostengo que el Estado, el Derecho y las Leyes están construidas por medio de procesos políticos asimétricos y sumamente violentos (lucha de clases) en donde un proyecto calificado como proyecto de una sociedad global es en realidad el proyecto de una clase hegemónica que ha doblegado a otras en el conflicto social.

b- ¿QUIÉN ES EL DELINCUENTE?

El *calificativo* de delincuente es una producción social, del mundo de las tramas y relaciones humanas, tramas y relaciones determinadas - como la historia nos lo ha demostrado - por antagonismos y asimetrías.

Entendiendo el **fenómeno delincuencial** como una **producción social**. Se supera la visión del “labelling approach” que la entiende como simple juego de poder sin relación a la realidad socioeconómica de un lugar determinado, es decir, como puro “proceso de criminalización”, poniendo énfasis al proceso de definición de delincuente pero dejando de lado las “*causas*” socioeconómicas.

➤ **TEORIAS DEL CONFLICTO. Sociología del conflicto: COSER, DAHRENDORFF, VOLD, TURK.**

Tratando de solventar este problema, de la teoría de la reacción social, surge la teoría conflictual o sociología de conflicto; pero que, a nuestro parecer, le falta igualmente el enganche (es decir, la necesaria interrelación de hechos o acontecimientos particulares que forman el todo social que mediante la imaginación, o conjunto de supuestos, nuestra mente o intelecto puede abstraer y a la vez articular) con la estructura socioeconómica de la sociedad, a pesar de que apunta a los conflictos de

grupos en las sociedades. Pero estos conflictos de grupos los entiende como *normales* por lo que tiende al *equilibrio* de la sociedad. Por eso nos enseña **PÉREZ PINZÓN** que en esta teoría

“...(l)a infracción de las leyes, entonces, es un índice de la falta de autoridad, o de su ineficiencia; es una medida del grado en que los dominantes y los dominados, los que toman decisiones y los que las aceptan, no están vinculados entre sí por una relación estable de autoridad.”⁷⁸

A pesar de que utilizan categorías como cambio, conflicto y dominio convergen con las teorías estructural-funcionalistas y con las del “labelling approach” en el momento en que tienen como un *bien “funcional” o normal* las conductas delictivas.

BARATTA hace una crítica demoledora cuando afirma:

“El defecto esencial de esa teoría radica en la incapacidad de descender de la superficie empírica de los fenómenos, a la de su lógica objetiva, confundiendo de esa manera los actores del proceso económico (individuos y grupos) con sus *sujetos reales* (el *capital*, como proceso cada vez más internacionalizado de explotación y de acumulación, y el *trabajo asalariado*, que no es otra cosa que los obreros sindicalizados y también las masas urbanas y rurales desheredadas y marginalizadas.)”⁷⁹

Precisamente es en este punto donde la criminología crítica, de inspiración dialéctico-materialista, **no** erra; no es en los actores políticos donde debemos ver el poder de definición o

⁷⁸ **PÉREZ PINZÓN** Álvaro Orlando, p. 89.

⁷⁹ **BARATTA** (Alessandro): *El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad*, p. 19 y 20. Lo que indica es que estas teorías se limitan a entender el fenómeno delincencial como un conflicto individual (un dato entre muchos) pero dejan de analizar, porque no relacionan ese conflicto con otro conflicto más amplio o concreto, la contradicción entre el capital y el trabajo, y si se quiere en un nivel más concreto, entre el DINERO y el SER HUMANO. Esta es una tesis fundamental en el pensamiento de **MARX**: “Cuanto menos comas, bebas, compres libros, acudas al teatro, a los bailes o al café y cuanto menos pienses, ames, teorices, cantes, pintes, practiques la esgrima, etc., más podrás ahorrar y *mayor* será tu tesoro que ni la polilla ni la herrumbre deteriorarán: tu *capital*. A medida que sea menos, que expreses menos tu propia vida, tendrás más, más *enajenada* estará tu vida y más economizarás de tu propio ser enajenado. Todo lo que el economista te quita en forma de vida y de humanidad, te lo devuelve en forma de *dinero* y de *riqueza*. Y todo lo que no puedes hacer, tu dinero puede hacerlo por ti; puede comer, beber, ir al baile y al teatro. Puede adquirir arte, conocimientos, tesoros históricos, poder político; puede viajar. *Puede* adquirir todas esas cosas para ti, puede comprarlo todo; es la verdadera *opulencia*. Pero, aunque puede hacer todo esto, sólo *desea* crearse a sí mismo y comprarse a sí mismo porque todo lo demás le está sometido. Cuando se posee al amo, también se posee al criado y ya no hace falta el criado del amo...”. **MARX** Karl: *Manuscritos económico-filosóficos*, p. 152 y 153.

etiquetamiento (proceso de criminalización) sino que en los actores políticos como condensación de la estructura social, es decir, en los sujetos reales del proceso histórico. Son los sujetos políticos los portadores de los intereses de clase, pero es también en la estructura socioeconómica donde se originan las acciones “delictuales” o el fenómeno delincuencial.

SECCIÓN TERCERA. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Como hemos podido observar el fenómeno delincuencial –el delito- ha sido entendido desde como un problema patológico producido por seres humanos con conductas desviadas, lo que presupone una sociedad armónica –equilibrada-; pasando por entenderlo como un problema normal producido por seres humanos con conductas desviadas pero funcionales para la conservación de la sociedad, lo que presupone, también, una sociedad armónica; hasta entenderlo como un problema no producido por conductas desviadas (concepción etiológica) sino por relaciones de poder –político- que califican como desviadas aquellas conductas –etiquetamiento-. Todas estas concepciones adolecen de un problema: **Entienden al delito (que no es más que una relación social jurídicamente determinada) aislado de las demás relaciones sociales**⁸⁰; y como el delito es una relación social no deseable⁸¹, porque es violencia, agresión, dolor e inclusive muerte, las teorías anteriores crean un *ideal* –la sociedad sin delito o sin proporciones excesivas- al que debe tender, *invisibilizando* las causas reales de los fenómenos delincuenciales porque lo que interesa es la “lucha contra la delincuencia” y no la solución del conflicto social producido por el delito, y mucho menos la eliminación de la causa socioeconómica del mismo.

⁸⁰ Salvo la teoría del etiquetamiento que además de la relación víctima-delincuente ve otra relación entre delincuente-Estado. Sin embargo deja por fuera otras relaciones que se convierten en causas del fenómeno delincuencial, como las de índole socioeconómica.

⁸¹ Salvo la teoría funcionalista que lo que considera no deseable son los delitos en exceso porque atentan contra la fusión social.

Hoy en día goza de gran aceptación en las academias y universidades la posición de la criminología crítica, con base en análisis marxista (materialismo histórico/dialéctico), que si bien es cierto tampoco es unívoca en su metodología existen algunos puntos que le permite articular y convertirse en ciencia.

“De modo, pues, que la perspectiva crítica estimula el reinicio de la colaboración entre derecho penal y criminología, pero ahora en condiciones claramente distintas de la que aquella tuvo bajo la concepción positivista: derecho penal y criminología subsisten y se apoyan mutuamente, pero sin que entre ellos medie relación de subordinación menospreciante; el alienante encasillamiento de “penalista” o “criminólogo” queda superado y el objetivo común no es el mantenimiento sino la transformación positiva de la realidad.”⁸²

Las corrientes de la criminología crítica se adhieren a la teoría de la conflictualidad de la sociedad, según la cual, las actuales sociedades están basadas en lógicas de dominación y asimetría en las relaciones de los seres humanos, por ende llegan a reconocer que las definiciones que la ley hace del delincuente, criminalidad o de desviación tienen un origen político de las relaciones de poder y hegemonía de la sociedad y que, además, las causas del delito –fenómeno delincuencial- son sociales y económicas, es decir, producto de las relaciones sociales concretas entre seres humanos.

Como diría **PAVARINI**

“Una vez que el interés del criminólogo se desplaza *desde la fenomenología criminal a los procesos de criminalización*, una de las salidas teóricas más previsibles es precisamente el estudio de las *razones estructurales* que sostienen, en una sociedad de clases, *el proceso de definición y de encasillamiento*. El riesgo pues de que el análisis de la criminalización se limite...a la descripción de “*cómo*” se desarrolla el proceso y no de “*por qué*” sucede, no puede ciertamente ser ya transitado por quien se adhiere a una concepción conflictual de la sociedad. Si además no se puede alimentar una fe ingenua en una ciencia criminológica válida para todas las sociedades sino sólo en una criminología *que se adapte específicamente a una determinada sociedad* en el tiempo y en el espacio, entonces el interés de los procesos de criminalización en la sociedad del capitalismo avanzado lleva necesariamente a interrogarse sobre cómo se dan las *relaciones de clase en estas sociedades*.”⁸³

⁸² SANDOVAL HUERTAS Emiro: *op. cit.*, p. 113.

⁸³ PAVARINI Massimo: *op. cit.*, p. 164.

Yo he decidido adherirme a la corriente de pensamiento denominada criminología crítica puesto que esta criminología ha tomado partido (por su análisis estructural no individual de las condicionantes para delinquir) *a favor* de las víctimas del sistema capitalista.

En estos momentos donde se dice que el capitalismo ganó la batalla, donde se dice que terminó la historia, que el capitalismo es el paliativo para la pobreza, que es la esperanza para un mundo mejor, asistimos a épocas en donde la pobreza se extiende, el medio se agota, surgen enfermedades mortíferas (SIDA, cólera, dengue, neumonía atípica, fiebre aviaria, etc.), las guerras étnicas proliferan por todos lados, las guerras por el petróleo y demás capital se suceden inmediatamente, la violencia callejera y familiar destruye la espiritualidad, surgen sectas religiosas suicidas, etc.

“La globalización y extensión de los problemas ecológicos afectan a grandes sectores de las sociedades latinoamericanas...y continuará afectándolas en el futuro de manera creciente. La crisis ecológica, junto con una cada vez más obvia crisis distributiva, ponen un fuerte interrogante sobre la forma como los recursos naturales son apropiados, repartidos y utilizados.”⁸⁴

Se le ha criticado al materialismo-dialéctico el ser un determinismo ciego, y que como son muchas las causas de una acción denominada delictual queda fuera del estudio de las ciencias, es decir, deviene metafísico. Sin embargo, el materialismo-dialéctico es ciencia y nunca metafísica porque tiene como cometido derribar mitos a través de la observación de los fenómenos tal y como ocurren en la realidad y del descubrimiento de sus causas por medio de hipótesis (proceso de falsación de ellas) y la creación de categorías epistemológicas para entenderlos. Y desde luego es ciencia porque tiene como cometido también la transformación de las condiciones sociales que ella estudia para mejorar la existencia de los seres humanos en sociedad.

Toda sociedad posee una estructura de poder donde el Estado es un instrumento de dominación.

En este sentido existe un consenso general en las teorías neomarxistas del Estado de que éste tiene naturaleza de clase, es decir, que el Estado como fenómeno histórico del conflicto de clases es utilizado por la clase dominante (burguesía) para satisfacer sus intereses.

Nos dice **BECK** en cuanto a la estrategia neoliberal actual:

“El globalismo...es la ideología del dominio del mercado mundial, la ideología del neoliberalismo. Aquí, la globalización se iguala unidimensionalmente con la globalización económica, es decir, que obedece los dictados del mercado mundial. El discurso sobre el mercado mundial oculta una estrategia política. En efecto, existen determinados grupos, determinadas organizaciones, que bajo la etiqueta de “mercado mundial” llevan a cabo un programa político. En tal sentido podemos hablar también de una americanización, de un nuevo imperialismo. El globalismo es también, en cierto modo, afán de nivelación de clases. Todos deben adaptarse a la dieta de la hamburguesa. Esto es una exageración; pero no es del todo descabellado. Queda la elección entre un yogur y otro yogur. Esta elección aparente es incluso objeto de perfeccionamiento con el fin de que cada cual pueda –y deba– elegir permanentemente y por doquier, pero que al mismo tiempo pueda elegir cada vez menos en las cuestiones básicas. Dicho escuetamente, que la democracia se sustituye por el consumo. La apariencia de ser libre de escoger entre doce yogures distintos hace que nos olvidemos de preguntar sobre quién determina nuestras vidas.”⁸⁵

La pregunta clave sería, ¿Qué se obtiene con calificar ciertas conductas como delictivas? Creo que la causa de la criminalización (utilización de mecanismos y formas de inducir a las personas a realizar conductas valoradas como antisociales) es la necesidad de la sociedad capitalista de proteger ciertos bienes que considera pilares para mantener el modo de producción, que, como he dicho, hace que se acumule el capital en pocas manos, en el polo de los ricos, haciendo creer que esos bienes benefician a todos cuando en realidad no es así, sin que la mayoría lo note porque se le oculta por medios ideológicos de control social.

MELOSSI nos describe así esta función instrumental del derecho penal:

“Con la fragmentación política actual, en los bloques continuos que se dan en el interior de aquel fantasma conceptual llamado Estado tanto como fuera de él, el derecho, y en particular el derecho penal no son sino instrumento de conflicto, recursos usados por las partes en juego. En tal situación no hay duda de que la represión penal puede ser vista por aquellas masas que tienen un preciso interés en invocar la primacía del interés público sobre el privado, como un instrumento oportuno de lucha, del mismo modo en que es usada como tal por individuos, grupos y organizaciones que tratan de alcanzar posiciones de fuerza en detrimento del interés público.”⁸⁶

La crítica principal es que se crean tipos penales para proteger bienes jurídicos de los cuales muchas personas están tentadas a violentar porque así son inducidos (los problemas de la sociedad de consumo). En resumen, se hace creer que el derecho penal protege bienes jurídicos fundamentales de todos los individuos cuando en realidad protege los de unos cuantos. Cuando se impone una pena a un individuo, las demás personas se sienten protegidos, lo que crea un “ambiente de seguridad” que legitima el sistema penal⁸⁷.

“La gran falacia de la civilización industrial (“desde las alturas bajará un héroe a protegerte y a resolver tu conflicto, eliminando a tu contra-parte mala”) es creada y sostenida en forma de mitología negativa por los medios masivos de comunicación social y la tecnología de la manipulación que los mismos han adquirido es cada día mayor. El desprecio que muestran las “series” por la vida humana y la dignidad de las personas y las garantías individuales no es un simple producto de la casualidad, sino una programada propaganda a favor del reforzamiento del poder, o sea, del control social verticalizador-militarizado de toda la sociedad.”⁸⁸

Sin embargo, esto es lo que se induce creer a la gente pero queda algo de esperanza. Dice

HULSMAN que

⁸⁶ **MELOSSI** Darío: *Ideología y derecho penal. Garantismo jurídico y criminología crítica: ¿nuevas ideologías de la subordinación?*, p. 75-86.

⁸⁷ Como indica **MELOSSI**: “La prevención especial o general no son entonces realmente importantes. Lo que parece ser importante es más bien la función educativa...o quizás sea mejor decir la función teatral del derecho penal, su carácter de representación moral en la que se manifiestan los misterios del bien y del mal específicos de un cierto tejido social. Desde un punto sociológico es importante poner el acento...sobre el hecho de que el público de la representación penal no está constituido por aquellos que están realmente en riesgo de delinquir...sino que por el contrario está constituido por todos los otros, por la enorme mayoría de los miembros de la sociedad, por mí y por ustedes. Es esa mayoría a la que es realmente importante controlar...porque podrían observar en cambio comportamientos desviados o ilícitos...que constituirían...un peligro probablemente mucho más grave para la estabilidad del orden social...”. **MELOSSI** Darío: *op. cit.*, p. 82.

⁸⁸ **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, p. 139 y 140.

“Estas personas concretas que, en su mayoría, intuyen que hay algo de locura e insoportable en nuestra cultura criminal, ignoran, sin embargo, a menos de haberse visto cogidas ellas mismas en el laberinto penal, cómo funciona verdaderamente el sistema. Es conveniente darles la información. Pues, cuando estos hombres y mujeres hayan comprendido hasta qué punto abrumba a nuestras sociedades el peso de una maquinaria de castigo y exclusión...ya nadie estaría dispuesto a ser garante de tal sistema.”⁸⁹

La sociedad se encarga de seleccionar las conductas por medio del control social. Para esto utiliza dos tipos, los medios de control sutiles como por ejemplo la familia, la religión, la educación y los medios de comunicación social, y por otro lado, los medios de control formal en donde se encuentra el Derecho Penal. El control social formal se inicia según **SANDOVAL**⁹⁰ con la labor legislativa como por ejemplo con la mala redacción de los tipos penales para dejar al juez una libre interpretación aplicando por ende una nueva selección (criminalización) al quedar a su libre determinación llenar las palabras ambiguas a su criterio. Ni que hablar de las agencias policiales (agencia más selectiva del sistema penal) donde las personas que las animan son seres humanos extraídos de los sectores carenciados (clases bajas) de la sociedad y socializados por medio de prejuicios y estereotipos: el principal es que ellos protegen a la sociedad de los delincuentes, de Satanás.

De esta manera puedo decir que nuestros sistemas penales reproducen su clientela mediante procesos de selección y condicionamientos criminalizantes.

“Las agencias del sistema penal seleccionan conforme a esos estereotipos y les asigna y exigen esos comportamientos, les tratan como si se comportasen de esa manera y los miran e instigan a todos a mirarlos del mismo modo, hasta que se obtiene finalmente la respuesta adecuada al rol asignado.”⁹¹

⁸⁹ **HULSMAN** Louk y **BERNAT DE CELIS** Jaqueline: *Sistema Penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, p. 44.

⁹⁰ **SANDOVAL HUERTAS** Emiro: *op. cit.*, y **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas*.

⁹¹ **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, p. 145.

El sistema actual de libre mercado, autoritarismo político, tecnocracia del Estado, homogeneización por globalización neoliberal, etc., lleva a un aumento de las tensiones sociales, por eso las formas de represión van dirigidas a la contención de las mayorías perjudicadas por la lógica del capital.

Un ejemplo. En Costa Rica el monopolio del licor lo tiene el Estado, produce el llamado “guaro”, el mismo Estado se encarga de sancionar a aquellas personas que cometieron un delito bajo los efectos del alcohol, hasta crea instituciones para prever sus efectos (IAFA). Y las conductas contra la seguridad de los trabajadores. ¿No han sido recogidas por el derecho penal porque afectaría al Capital dueño de la vida y la muerte de los trabajadores? Con los ejemplos dados sacados de la realidad, de la cotidianidad, nos damos cuenta como el derecho penal queda desnudo y se muestra tal como es: instrumento de dominación.

Concluyo con **ELBERT** diciendo que

“...la criminología...aspira a colaborar a través de su tarea crítica, con la promoción de un derecho penal que obedezca a los intereses de la mayoría estimulando la protección de los llamados “intereses difusos” (o “derechos sociales”) insistiendo en un depuramiento de sus contenidos a través de las técnicas de descriminalización; y reclamando tanto el “uso alternativo de Derecho”, como la aplicación de las garantías procesales”⁹²

CONTROL SOCIAL Y SISTEMA PENAL.

Puedo decir que el sistema penal es el conjunto de conductas o acciones humanas sistemáticas, con división del trabajo en distintas agencias, institucionalizadas con la finalidad de amenazar con la aplicación o de aplicar una sanción o castigo a un individuo que resulte señalado como posible autor, según procesos de criminalización, de un conflicto social que “la sociedad” (los grupos dominantes) considere relevante su solución mediante una norma penal. Este sistema va desde la creación de normas

⁹² **ELBERT** Carlos Alberto: *Criminología latinoamericana. Teoría y presupuestos sobre el control social del tercer milenio. Primera parte*, p. 88 y 89.

penales (sustantivas y procesales) hasta su aplicación en los centros carcelarios, pasando por un ciclo de vida fértil en las agencias policiales y en las agencias judiciales (todas con discursos legitimantes diferentes).

ZAFFARONI llama al sistema penal como “control social institucionalizado” que

“...en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Esta es la general idea de “sistema penal” en su sentido limitado, abarcante de la actividad de legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios y de la ejecución penal.”⁹³

Como podemos observar, estas prácticas son reacciones frente a una conducta o a unas conductas que son valoradas perjudiciales para la sociedad, es decir son prácticas destinadas a enfrentar una conducta “desviada”, anormal, a los valores sociales dominantes en una determinada sociedad. Pero presenta una particularidad que es que su dinámica está regulada por el derecho, entendido como conjunto de normas.

“(L)a respuesta de este tipo de control ante la conducta desviada está regulada por el derecho escrito.”⁹⁴

Entonces, el sistema penal se encuentra operando dentro de una estructura de mayor alcance social como lo es el control social. **SÁNCHEZ ROMERO** ha definido el fenómeno del control social como la pretensión de los grupos dominantes de “...(d)isciplinar los comportamientos humanos en el seno de la sociedad, logrando de esta manera asegurar el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que garantizan la convivencia”⁹⁵. Por su parte **ANIYAR DE CASTRO** define al control social como “...las medidas tendientes al mantenimiento y reproducción del

⁹³ **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 31.

⁹⁴ **BUSTOS RAMÍREZ** Juan J. y **HORMAZÁBAL MALARÉE** Hernán: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, p. 19.

⁹⁵ **SÁNCHEZ ROMERO** Cecilia: *Derecho Penal parte general: Doctrina y jurisprudencia*, p. 12.

orden socio-económico y político establecido...”⁹⁶.

Tenemos que control social, *en la realidad*, son las prácticas (inconscientes), formales o informales, de los grupos dominantes (capitalistas) para someter a los grupos sociales dominados a los valores y normas de conductas por ellos considerados racionales para lograr un fin común, que se convierten en prácticas de dominación alienantes tanto para unos como para otros, cuya consecuencia en última instancia es la autodestrucción de todos los seres vivientes.

La opinión dominante distingue entre control social formal (o primario) y control social informal (o secundario). Este se realiza por medio de la familia, la educación, la comunidad, es decir sin recurrir a la sanción ni al apremio. Aquél se ejerce por medio del Derecho Penal (*ius puniendi*) de dos formas distintas, a- control social punitivo institucionalizado (sistema penal) y b- control social no institucionalizado, parainstitucional o subterráneo (grupos paramilitares y grupos de justicia privada)⁹⁷.

Esta visión de control social se opone a la visión que tienen en Europa, especialmente en Alemania y España, sobre el mismo. Allí entienden el control social como una forma de **afirmación** de las normas jurídicas -que a estas alturas del partido ya debemos saber que no son más que la protección de las necesidades, verdaderas o falsa, de los grupos dominantes- que, según ellos, defiende la sociedad de ellos. Por ejemplo **HASSEMER** y **MUÑOZ**:

“La función de todas estas instituciones de control social es la afirmación y el afianzamiento de las normas importantes en el respectivo grupo social.”⁹⁸

⁹⁶ ANIYAR DE CASTRO (Lola): *Criminología de la Liberación*, p. 23.

⁹⁷ SANCHEZ ROMERO Cecilia, p. 12 y 13.

⁹⁸ HASSEMER Winfried y MUÑOZ CONDE Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 115. Los europeos ven con buenos ojos al Derecho Penal porque es un control social “formalizado”, es decir, que se basa en garantías legales, a diferencia de los demás medios de control social. Como nos dice MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN: “El Derecho penal, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es, pues, violencia; pero no toda la violencia es Derecho penal. La violencia es una característica de

Tanto para América Latina como para Europa, a diferencia de lo que creen los autores citados, considero que el control social pretende, precisamente, mantener el *status quo* establecido por medio de esa afirmación de las normas jurídicas.

DISCURSOS JURÍDICO-PENALES DOMINANTES.

Yo comparto con el profesor **ARROYO GUTIÉRREZ**, cuando redactó su tesis, en que

“...los individuos que detentan el poder económico y político dan a su voluntad, determinada por esas mismas relaciones, carácter de leyes en defensa y protección de sus intereses. El Derecho Privado y el Derecho Penal son símbolos y síntesis de estos procesos en los diversos contextos sociales.”⁹⁹

El derecho es producción humana que refleja las relaciones reales entre los seres humanos. Ergo, las normas son también materialización de las relaciones de dominación, es decir, el derecho “...es efecto o condensación de procesos que se dan en las relaciones entre seres humanos con distinta capacidad de poder”.¹⁰⁰ Pero al ser socialmente construidos también pueden ser destruidos o revertidos.

“Un colorario obvio de este planteamiento sociohistórico es que los derechos constituyen una decantación institucionalizada de las relaciones de fuerzas sociales y, eventualmente, ellos pueden proyectarse genéricamente, o sea como propiedad/carácter de la humanidad. Pero en cuanto socialmente constituidos, todos ellos son reversibles. Pueden ser destruidos por nuevas articulaciones de fuerzas. Y perderse.”¹⁰¹

todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. La violencia es, por tanto, consustancial a todo *sistema de control social*. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la *formalización* del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social. El control social jurídico penal es, además, un conjunto normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto.” **MUÑOZ CONDE** Francisco y **GARCÍA ARÁN** Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, p. 27.

⁹⁹ **ARROYO GUTIERREZ** José Manuel: *Desarrollo y perspectivas para un concepto materialista-histórico del delito*, p. 50.

¹⁰⁰ **GALLARDO MARTÍNEZ** Helio: *Política y Transformación Social. Discusión sobre Derechos Humanos*, p.

142.

¹⁰¹ *Idem*, p. 282.

PASHUKANIS nos dice que de todos los tipos de derecho, es el derecho penal el que tiene el poder de afectar más directa y brutalmente a la persona individual. Nos dice que

“...(n)o se puede comprender el verdadero sentido de la práctica penal del Estado clasista más que si se parte de su naturaleza antagónica. Las teorías del derecho penal que producen los principios de la política penal de los intereses de la Sociedad en su conjunto, son deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad. “La Sociedad en su conjunto” sólo existe en la imaginación de los juristas; de hecho sólo existen clases que tiene intereses opuestos, contradictorios”¹⁰²

Por eso su concepto de derecho penal es:

“una parte integrante de la superestructura jurídica, en la medida en que encarna una variedad de esa forma fundamental a la cual está sometida la sociedad moderna: la forma de intercambio de equivalentes con todas sus consecuencias.”¹⁰³

Con razón nos dice que hasta hoy todos los discursos jurídicos penales son mera ideología pues parten del concepto de “La Sociedad” como un todo orgánico o como un contrato social , invisibilizando la realidad del sistema penal como contención y dominación de las personas seleccionadas de los grupos económica y socialmente empobrecidos y excluidos –con algunas excepciones-, y como medida educadora para el resto de las personas.

Así, el Derecho Penal esta vinculado con el ejercicio del poder (desde arriba por lo general) en todas las sociedades conocidas hasta hoy. Por ello *puede ser* que el Derecho Penal sirva a las clases dominantes (como ha pasado hasta hoy con algunas reivindicaciones) o sirva para contener la arbitrariedad y el desafuero de los que ostentan dicho poder.

Como diría **PÉREZ**

¹⁰² **PASHUKANIS** E. B.: *La teoría general del Derecho y el marxismo*, p. 187 y 188.

¹⁰³ *Idem*, p. 190.

“Sucedre sí que el valor llamado justicia, como todos otros valores, no está formado por intuiciones ni por motivos apriorísticos invariables e independientes de los regímenes sociales. No obstante estar condicionado por la base económica, el derecho como valor se opone a la arbitrariedad y el desafuero”¹⁰⁴

Pretendo, con esta toma de posición, desconstruir el discurso jurídico-penal legitimante de las prácticas de dominación y violencia institucionalizadas en el derecho penal, y en el sistema penal en general, como instrumento de clases poderosas, y comenzar a construir un discurso jurídico-penal que reconozca el carácter asimétrico del derecho penal con el objeto de brindar, a la agencia judicial, ciertas categorías y un instrumento metodológico para el conocimiento del fenómeno social llamado *delito* (**fenómeno delincucional**), no sólo para contener el proceso de criminalización y tornar menos violento la práctica penal sino que también para contribuir a la solución de un problema o conflicto social, pero de una **solución humana** y no ideologizada.

Todo esto mientras a nivel macrosocial logramos transferir poder a las clases dominadas a fin de transformar la actual sociedad en una sociedad donde **todos** podamos satisfacer nuestras necesidades según nuestras capacidades.

“...(S)e trata de una nueva percepción de lo delictivo, pues surge de la resistencia que implica sobrevivir y por eso promueve un cambio estructural en las sociedades de la exclusión.”¹⁰⁵

DISCURSOS IDEOLÓGICOS ACTUALES EN LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL.

Un ejemplo de la ideología de “*la sociedad como un todo*” lo tenemos en autores idealistas, como por ejemplo **JESCHECK**, que nos dice que la misión del Derecho Penal es la protección de la sociedad.

“Misión del Derecho Penal es proteger la convivencia humana en la comunidad...El Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción

¹⁰⁴ **PÉREZ** Luis Carlos: *Derecho Penal*, p. 82.

¹⁰⁵ **CHAN MORA** Gustavo: *Noción de delito, castigo y ejercicio del poder político en la sociedad fragmentada. Elementos para la construcción de una nueva lógica de la sancionatorio*, p. 176.

estatal.”¹⁰⁶

Utilizando en lugar del concepto de La sociedad el de El Derecho, el funcionalista radical **JAKOBS** nos dice que

“...la pena se despliega para ejercitar en la fidelidad al Derecho.”¹⁰⁷

Por mi parte considero que el jurista debe adoptar una *metodología* de análisis de la conducta humana que pueda limitar el proceso de criminalización, sacando al individuo-víctima lo más rápidamente posible de ese proceso y que, además, permita la solución del conflicto social de una forma justa, es decir, humana. Tampoco hay que olvidar que aunque

“...un conocimiento sea parcial no quiere decir que sea subjetivo, la parcialidad puede ser consecuencia de unos intereses, más o menos conscientes pero pueden ser también el resultado de una opción ética.”¹⁰⁸

Precisamente esta opción ética ya la he advertido, se trata de la opción por las víctimas del sistema, por los empobrecidos, discriminados, excluidos, etc. Hacer ciencia desde esta perspectiva tiene que resultar una nueva epistemología, el conocimiento debe ser desde la víctima para transformar lo real en lo “no real” pero posible. Y esta opción deviene en una opción por la VIDA.

“La pretendida asepsia científica ha sido, en la práctica, un aceptar la perspectiva de quien tiene el poder y un actuar desde quien domina.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ **JESCHECK** Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 3 y 4.

¹⁰⁷ **JAKOBS** Günter: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 18. Las teorías de **JAKOBS** son la natural o la lógica consecuencia, o dicho de otra manera, son el desarrollo hasta el extremo de las teorías totalitarias, todavía dentro de las reglas de la Democracia formal, que responden a las necesidades de los grupos dominantes, capitalistas, frente a los obstáculos que ponen la misma Democracia y el Estado de Derecho, y desde luego las amenazas revolucionarias de los grupos empobrecidos, para potenciar el proceso de acumulación de capital. La distancia entre **JAKOBS** y la escuela de **Kiel** -penalistas nazis- es muy poca, basta con cambiar “fidelidad al Derecho” por “fidelidad al Derecho del Pueblo”.

¹⁰⁸ **MARTÍN-BARÓ** Ignacio: *Psicología de la liberación*, p. 300.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 299.

La teoría racional-final o teleológica o funcional¹¹⁰, de gran aceptación en Alemania y de gran influencia en América Latina, constituye un buen ejemplo de este actuar desde la dominación aceptando la perspectiva del poder, siendo encubierta por el manto ideológico de la Ciencia.

Reconozco el mérito de esta corriente científico penal al poner énfasis al carácter *político* del Derecho Penal, y de la dogmática penal, y, además, por buscar una *unidad sistemática* entre el Derecho Penal y política criminal en la teoría del delito. Sin embargo, la doctrina dominante entre sus partidarios han optado por buscar los fines políticos, que serán los valores rectores para fundamentar la dogmática penal, en un ideológico funcionalismo¹¹¹; de allí que digan que el fin del Derecho penal es la “defensa social” frente al “delincuente”¹¹². No hay que olvidar que estos esfuerzos vienen desde el neokantismo que es una ideología burguesa, es decir, idealista. Por el contrario, la búsqueda de esa

¹¹⁰ Entiendo por ella los discursos científico-penales que parten del supuesto de que el derecho penal tiene como función armonizar las conductas de los “desviados” y por ende permitir la coexistencia de las personas en sociedad. Para ello, parten de la categoría “delito” -resulta ser perjudicial en cantidades excesivas- y producen un concepto de sociedad o comunidad o colectividad o pueblo como quisiera que fuese, que pretende ser armonioso, equilibrado, sin conflictos. Es por ello que pertenecen a ella autores varios pero entre los más conocidos **ROXIN, JAKOBS, LUZÓN-PEÑA**, recientemente **BACIGALUPO**, etc. **ROXIN**, uno de los teóricos mas destacados de esta corriente, nos dice acerca de esta teoría lo siguiente: “Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema “racional-final (o teleológico)” o “funcional” del Derecho penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo...en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.) sino que única y exclusivamente pueden guiarse por las finalidades del Derecho penal...El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena.”. **ROXIN Claus: op. cit.**, p. 203.

¹¹¹ Cf. **ROXIN Claus: op. cit.**: “...(L)os **bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.**” p. 56. Como bien lo indicó **MARX**, en nuestras sociedades capitalista el sistema (las relaciones humanas que se ven sometidas al *capital* -a los objetos y a las circunstancias creadas por ellas mismas-) impone sus “circunstancias o finalidades” ante las de los seres humanos de carne y hueso; él le llamó a esto fetichismo de la mercancía. Por ello descarto las teorías de los penalistas que basan su concepción de la dogmática en el funcionalismo porque precisamente no ven ese fetichismo.

¹¹² “Si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado...Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito.”. **ROXIN Claus: op. cit.**, p. 81 y 95.

unidad sistemática debe de realizarse desde la concepción **MATERIALISTA-DIALÉCTICA** de la sociedad, y no desde una “visión del mundo” idealista de la misma porque, desde luego, las soluciones de los problemas concretos (conflictos sociales jurídicopenalmente relevantes) devendrían igualmente idealistas¹¹³. Un ejemplo de una creación de la ciencia penalística ideológica es la teoría de la imputación objetiva.

La teoría de la imputación objetiva nos dice que una acción humana como voluntad dirigida hacia un fin determinado –finalismo- no puede ser interpretada sino que en relación a la sociedad, a lo social, que en la única que le da sentido (de ahí que **ROXIN** diferencie entre las anteriores teorías y la teoría funcionalista, puesto que aquéllas se fundamentan en formas individualistas y éste lo hace de forma valorativa-jurídica y en última instancia social¹¹⁴). Esto *es* absolutamente *verdadero*. No puede concebirse una conducta humana como únicamente individual (abstraída del todo social) sino que su carácter es social.

El ser humano se distingue de los animales, que sólo actúan instintivamente, porque tiene voluntad y por tanto posee la facultad de dirigir su conducta o acción, mediada por la voluntad, hacia fines particulares seleccionados por él, y para alcanzar esos fines crea los instrumentos necesarios –los

¹¹³ Un avance significativo respecto del funcionalismo lo realizan **BUSTOS** y **HORMAZÁBAL**: “El concepto de necesidad asociado al de bien jurídico aparecen como un criterio dentro de una sociedad democrática. Su satisfacción supone...una redistribución de los bienes políticos, económicos y culturales. En este proceso distributivo de los bienes el derecho penal puede participar protegiendo las condiciones que resultan necesarias para la satisfacción de las necesidades. De este modo, los bienes jurídicos concretos al ser protegidos por el derecho penal han de ser aquellos que están en función de las condiciones para la satisfacción de esas necesidades.”. **BUSTOS RAMÍREZ** Juan J. y **HORMAZÁBAL MALARÉE** Hernán: *Lecciones de Derecho Penal*, p. 60 y 61. “Si bien en el pasado el finalismo jurídicopenal fue el de proteger la desigualdad y la esclavitud...en el presente modifica radicalmente su contenido...Como todos los frutos del conocimiento humano, la ciencia del derecho penal no puede tener sino una orientación de libertad. Todo lo creado por el hombre debe servir al hombre, garantizando su permanencia y progreso...” . **PÉREZ** Luis Carlos, p. 17.

¹¹⁴ Sobre otra crítica a las anteriores escuelas, pero fundamentando desde una contradicción diferente (ser vrs. deber ser) expuesta por mi (individuo vrs. Sociedad), en **SCHÜNEMANN** (Bernd): Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, en **SCHÜNEMANN** Bernd: *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 71.

animales los encuentran en la Naturaleza porque están allí o se los proporciona-. Al crear los instrumentos trabaja y se relaciona, dialécticamente, por medio de los sentidos, con la Naturaleza, a la cual modifica para satisfacer sus necesidades. Naturaleza que se le impone objetivamente porque tiene sus propias leyes que no pueden ser modificadas por la mera subjetividad de un ser humano específico.

La teoría natural-causalista (causalismo) de la conducta en el Derecho Penal reforzaba las prácticas de dominación del derecho penal sobre las víctimas del sistema capitalista. Así **von LISZT**:

“La volición que caracteriza la manifestación de voluntad, y, por consiguiente, el acto, significa, simplemente, en el sentido de esta concepción, el impulso de la voluntad (Willensimpuls). Se le puede definir físicamente como inervación, y se le puede concebir psicológicamente como “aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas”. Tanto en uno como en otro caso debe separarse totalmente la manifestación de voluntad, del resultado exterior causado por ella. Por consiguiente, hablar de una volición del resultado sólo puede inducir a errores.”¹¹⁵

Vino a ser **WELZEL** quien desarrolló mejor la teoría del finalismo, que a diferencia del causalismo si vio que la conducta humana se dirigía guiada por fines, y que por ello había que tomarlos en cuenta en la imputación jurídico-penal.

“Acción humana es ejercicio de actividad final...La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de esos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente.”¹¹⁶

Sin embargo, ambas teorías tenían una función legitimadora del “*status quo*”, del derecho penal represor:

“El Derecho penal siempre refleja la imagen de la sociedad a la que sirve y no puede

¹¹⁵ **LISZT** Franz von, p. 285 y 286.

¹¹⁶ **WELZEL** Hans, p. 39.

prescindir de las necesidades prejurídicas que reclaman el castigo. Vistas así las cosas, el “Derecho penal de voluntad” y la fundamentación filosófico-valorativo que Welzel propugnaba en 1935, no eran más que la última consecuencia de un clima políticocriminal que reclamaba “mayor dureza”, ignorando las consecuencias que estas posturas podían tener.”¹¹⁷

Si bien es cierto la teoría finalista no aísla la conducta del todo social entiende igual al delito como violación a las normas sociales de “todos”, de mayor manera a las normas morales y éticas de la sociedad nacionalsocialista en Alemania.

La teoría teleológica o funcional supera el paradigma causalista pues entiende la conducta humana ligada a las condiciones sociales, sin embargo, asume una errada concepción de la totalidad social tal y como lo hace, también, la teoría finalista de la acción.

“...(L)a individualidad de la persona es dada por lo biológico, pero la personalidad misma, la realidad humana como tal es formada históricamente como encarnación de los influjos sociales que de modo específico influyen en la individualidad...son los vínculos del individuo con su circunstancias y su medio social los que van estructurando la concreción de su persona...(a)sí, en el individuo se descubre una forma de cómo la realidad del grupo social se hace persona, cómo los intereses y exigencias del grupo toman carne y voz, consciente o inconscientemente, en la persona. La persona es portadora de la contradicción social fundamentalmente que separa a la población en clases o grupos contrapuestos, ya que en cuanto persona es miembro de una clase y, por consiguiente, negación y afirmación de la clase antagónica.”¹¹⁸

Con ello superamos en una parte las teorías de la dogmática dominante en cuanto a su visión de la persona aislada, en el vacío, sin relación a lo social. El mito del libre albedrío, de la libertad de autodeterminación, se viene a caer por su pretendida absolutez, negando algún determinismo, cuando en realidad existen circunstancias objetivas más poderosas que la voluntad del ser humano. Como lo

¹¹⁷ FROMMEL Monika: *Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*, p. 631.

¹¹⁸ MARTÍN-BARÓ Ignacio: *Acción e ideología. Psicología social desde Centroamérica*, p. 65 y 66. Igualmente MUELLER Gerhard O. W.: *El Derecho Penal. Sus conceptos en la vida real: “Cada acto no es otra cosa que un síntoma de la personalidad de su autor, y el derecho ha considerado siempre que cada cual es responsable de su propia personalidad. Pero nuestro derecho progresa, y ahora sabemos que el carácter y la personalidad de un ser humano no se deben a sus esfuerzos (por ejemplo: autodidactas) ni a su voluntad. En su formación psicológica existen antecedentes sobre los cuales no pudo ejercer ningún control...Si tomásemos plenamente en cuenta las limitaciones del libre arbitrio de cada individuo, consideraríamos menos culpables a los delincuentes emocional o psicológicamente afectados que a aquellos que no lo están.”* p. 48.

indica **KOFLER**

“(T)an pronto como el fenómeno de la conciencia no se investiga en abstracto, sino de manera genética, se impone con necesidad incontrastable la evidencia de que la actividad consciente representa solo una función que se determina por completo dentro de la praxis y a través de ella, es decir, que está ligada a las condiciones generales de la existencia social. Comprendido esto, puede emprenderse la verificación concreta de esa evidencia en el material histórico mismo.”¹¹⁹

Sin embargo, que la acción humana esté significada en lo social, y por ende, sólo es acción lo que es socialmente adaptado o socialmente extraño –teoría funcional o racional-final-, es falso porque responde a una visión de la sociedad falsa. Esta visión es conocida como la teoría funcionalista: Cada individuo juega un rol determinado en la sociedad, y a partir de ese rol los demás esperan, tiene una expectativa, un comportamiento. A partir de esa expectativa, que está determinada por el rol social, le es imputable en calidad de reproche su actuar. Se levanta de nuevo el mito de la totalidad social organicista o contractualista que entiende a la sociedad como un todo homogéneo, donde existe un “algo” externo que le impone el rol a las personas y que cada persona conoce el rol de los demás y que además es compartido por todos.

“(E)l paradigma estructural-funcionalista privilegia la armonía, el consenso y las tendencias a la estabilidad, sobre el conflicto y el cambio. En este sentido, el Funcionalismo se fundamenta en una concepción de la realidad social que se centra en la idea de la sociedad como sistema dinámico de actividades repetitivas...Por otra parte, se puede afirmar que el paradigma estructural-funcionalista, en sus formulaciones iniciales (Compte, Spencer, Durkheim) contiene un modelo organicista; es decir, la comparación de la sociedad con un organismo integrado por partes interrelacionadas y con un funcionamiento (cada una de ellas) lo suficientemente coherentes como para generar tendencias autopropetadoras...(se) privilegia el análisis de los problemas relativos al orden, organicidad y continuidad del sistema social; de ahí que sus temas de investigación giren en torno a nociones como integración, cohesión, evolución, desarrollo, progreso, etc. Es por ello que constituye un enfoque conservador, y lo es también en la medida en que asume acríticamente el *statu quo*.”¹²⁰

Aún más,

¹¹⁹ **KOFLER** Leo: *Historia y dialéctica*, p. 99.

¹²⁰ **SOLANO SOLANO** Mario A.: *Conciencia cotidiana, autoritarismo y medios de difusión de masas*, p. 180, 181 y 182.

“La perspectiva funcional parte del presupuesto de que existe algo así como una conciencia colectiva (Durkheim), es decir, asume que existe un saber supraindividual que se impone a las personas desde afuera donde el carácter de exigencia y que es compartida por los miembros de un determinado grupo o sociedad.”¹²¹

Las *expectativas* (**JAKOBS**) o la *creación o no de riesgos permitidos o no* (**ROXIN**) se puede presentar si existe una sociedad realmente justa pero esa expectativa o esos riesgos tienen que tener un referente común para todos, que según los funcionalistas son las normas de derecho, en nuestro caso el derecho penal, pero como he indicado ya el derecho es condensación de las relaciones humanas y, por tanto, actualmente el derecho es instrumento de dominación. De lo que se desprende que al pretender que el derecho sea el referente homogéneo para fundar las expectativas o si un riesgo es permitido o no por normas generales deviene falso, ocultando su realidad como condensación de asimetrías y dominaciones¹²².

La corriente del funcionalismo **reduce** la complejidad de nuestra sociedad haciendo un análisis precario de la realidad social. Aunque es cierto que cada quien tiene un lugar social, un rol, designado, esto los diferencia, pero la más importante diferenciación social no está en la “función de fulanito” ni en la “función de menganito” sino aquella que separa a quienes se apropian los medios fundamentales para crear vida de los que dependen de la satisfacción de las necesidades, medios de producción, de quienes no poseen nada salvo su inteligencia y sus manos para sobrevivir. Estas relaciones son estructurales-conflictivas más que estructurales-funcionales¹²³.

Considero que la teoría racional-final o funcional si introduce una mejora a la solución de los problemas jurídicopenales respecto del anterior “paradigma”, digámoslo así, el “finalismo”; con algunas excepciones que por el contrario devienen un peligro para algunos principios del Derecho

¹²¹ *Idem*, p. 75.

¹²² **MARTÍN-BARÓ** Ignacio: *Sistema, grupo y poder. Psicología social desde Centroamérica (II)*, p. 29 y 30.

¹²³ **MARTÍN-BARÓ** Ignacio: *op. cit.*, p. 76 y 77.

penal. Sin embargo, el funcionalismo se queda corto y no llega nunca a resolver de forma adecuada los problemas jurídicopenales porque al traspasar toda la dogmática con el filo de la prevención (especial o general) que atiende a una política criminal de la “Defensa Social”, como fin del derecho penal¹²⁴, se fundamenta en un mito, y por ello pierde de vista la realidad y, luego, brinda soluciones ilusorias. Debemos dar un paso más.

Los análisis de las conductas humanas desde una perspectiva individualista (libre albedrío) desconocen las determinaciones y los condicionantes sociales, a lo social; los análisis de las conductas humanas desde la perspectiva del funcionalismo desconocen la autonomía del individuo perdiéndolo (disolviéndolo) en el sistema, en la sociedad. Esta dialéctica humana se resuelve con la construcción de una sociedad sin clases, y empezaremos con la construcción de un Derecho penal liberador.

MI POSICIÓN.

El ser humano crea la historia pero desde o en condiciones que no determina.

“Recíprocamente, al integrarse al devenir social mediante su actividad en instancias colectivas, el hombre es determinado por la sociedad en que vive. Y aquí tampoco se trata de una determinación directa, puesto que la sociedad no es un todo indiferenciado o estático. La determinación social de los procesos psíquicos individuales se lleva a cabo en instancias colectivas, cuyas contradicciones y cambios condicionan radicalmente a sus protagonistas. Al decir “determinación” queremos indicar que jamás los procesos individuales pueden concebirse al margen de lo social, puesto que forman parte de ello en su sustancia misma.”¹²⁵

¡Que quede claro!: No digo que el individuo se disuelve en la sociedad ni que el individuo se

¹²⁴ Por todos RUDOLPHI (Hans-Joachim): *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, quien afirma: “...(A)l Derecho penal le corresponde la misión...de evitar el comportamiento socialmente dañoso. Su función se limita...a la defensa frente a peligros...Por un lado, pretende, mediante la desaprobación de la conducta antinormativa realizada, confirmar la norma infringida y, con ello, puesta en cuestión –en cuanto a su vigencia- por el autor, estabilizando (de modo contrafáctico) la confianza general en la observancia de las normas penales de conducta...Así pues, si la finalidad de la conminación penal, la imposición de la pena y la ejecución de ésta es...tanto reafirmar las normas penales de conducta de modo preventivo-general frente a todos como imponerlas de modo preventivo-especial frente al concreto autor, esto es, en fin, el garantizar la vigencia fáctica y normativa de estas normas, aquéllas deben manifestarse como medios idóneos, necesarios y proporcionales para ello.” p. 82 y 83.

¹²⁵ CAMPOS SANTELICES Armando: *Introducción a la Psicología Social*, p. 261.

aísala de la misma, sino que no existe ni una conducta puramente individual ni una conducta determinada completamente por la colectividad. Cuando el Derecho Penal estudia una conducta humana no debe, ya sea aislarla de su producción sociohistórica (pura voluntad libre), como lo hace el finalismo ortodoxo; o hacerla depender de supuestas “leyes sociales”, como lo hace la teoría funcionalista.

Analizar e interpretar la conducta humana, seleccionada por el derecho penal¹²⁶, ahistóricamente, o sea, aislada o disuelta de sus condicionamientos sociales, equivale a realizar ciencia desde la perspectiva de quienes tienen el poder, desde los grupos dominantes, ocultando y discriminando así a las víctimas del sistema capitalista. Los dominados y excluidos de nuestras sociedades merecen ser escuchados y merecen que las ciencias, y la ciencia jurídico-penal, no se olviden de ellos, y más bien, los científicos sociales deben optar por ellos, deben hacer ciencia desde abajo, esto es una opción ética y moral, esto se vuelve un imperativo para evitar la autodestrucción humana y de la Naturaleza.

En suma, ni la teoría causalista ni la teoría finalista realizan un adecuado conocimiento de las conductas humanas puesto que ni una ni otra hacen una vinculación de éstas con el todo social, con el resto de la sociedad. La teoría racional-final o funcional realiza un avance importante al reconocer que no podemos resolver los problemas de las conductas humanas jurídicopenalmente relevantes si no las

¹²⁶ Aquí voy a adelantar una hipótesis que analizaré detalladamente. El Derecho Penal no crea el concepto de acción humana sino que lo toma de la realidad empírica –coincido con **WELZEL**–, pero como el Derecho penal es, *también*, una ciencia normativa, es decir referida a valores, pone en relación esa conducta con su contexto social mediante valoraciones jurídicopenales –aquí con **ROXIN**–, de ahí su carácter social, o sea, es una *conducta social*. Conducta social significa que esta referida a una sociedad determinada, en nuestro caso latinoamericana, y como esa sociedad es conflictual, entonces, conducta social significa referida a *conflictos sociales*. Luego, como nuestra sociedad latinoamericana se caracteriza porque su principal conflicto social es estructural, lucha entre trabajo y capital, entre libertad y necesidad, entonces la conducta que analiza el Derecho Penal condensa ese conflicto y por tanto las valoraciones normativas deben de realizarse desde esa perspectiva, y no desde la del funcionalismo.

entendemos en relación a los significados sociales que tengan, es decir, en relación o conexión con el todo social. Sin embargo, esta teoría también deviene falsa por lo que tampoco comprende la realidad de las conductas humanas y mucho menos puede resolver los conflictos sociales de carácter penal de una forma real. En efecto, al concebir a la sociedad de una forma armónica o no conflictiva, donde el derecho penal resulta ser de un *consenso axiológico* y forma parte de un ordenamiento jurídico estabilizado, las conductas que entran en conflicto con el ordenamiento penal resultan anormales y por ende merecen una sanción. Así las cosas, como existe un ordenamiento jurídico consensuado éste ya ha determinado la pertenencia, la ubicación, los derechos y las obligaciones de las diferentes personas del grupo social, y por tanto cada quién ya sabe cual es su rol asignado y el de los demás, por lo que sabe que esperan los demás de él y que espera él de los demás. Es decir, desempeñar un rol quiere decir que se vive según las obligaciones del rol que uno asuma y exigir que los otros realicen sus obligaciones y derechos.

Salta a la vista que resulta odioso y repugnante, observando la realidad latinoamericana, construir un Derecho Penal según un modelo armonioso, de valores compartidos, de sistema normativo común, cuando las relaciones de poder imperantes en nuestras sociedades devienen brutalmente inhumanas y aniquiladoras, y el derecho penal latinoamericano contribuye a reforzar la violencia sobre las personas más necesitadas, o sea, es instrumento de dominación. Se nota que la teoría funcionalista o teleológica se coloca a favor del *status quo* imperante al no hacer ver esa realidad y no cuestionar las relaciones de asimetría social.

CAPÍTULO TERCERO

UN MÉTODO LIBERADOR

SECCION PRIMERA.

LA VIOLENCIA ESTRUCTURAL Y EL DERECHO PENAL.

La desigualdad social generalmente está relacionada con el empobrecimiento de grandes capas o grupos sociales, de seres humanos excluidos del mercado (inempleables) o marginados del mismo (subempleo), es decir, está relacionada con el (des)ordenamiento económico. Sin embargo, la desigualdad social puede ser entendida también desde otras perspectivas como por ejemplo, la desigualdad en la economía libidinal: cómo a un grupo social se le reprime socialmente su satisfacción sexual; la desigualdad de género: la mujer en tanto objeto (no sujeto) sexual del hombre y éste, a su vez, no satisface su necesidad sexual humanamente; o desigualdad social entre campesinos rurales y ciudadanos urbanos; o desigualdad social entre heterosexuales y homosexuales, discriminación basada en una preferencia sexual no aceptada por la sensibilidad dominante. En otras palabras, se debe entender desigualdad social en los términos que antes habías dicho: como lógicas de dominación e imperio. Desde luego este tipo de poder por medio del cual se produce y reproduce la dominación, se ejerce de alguna forma, tiene alguna o algunas formas, un ¿cómo?:

“...(L)o que define una relación de poder es que es un modo de acción que no actúa de manera directa e inmediata sobre los otros, sino que actúa sobre sus acciones; una acción sobre la acción, sobre las acciones eventuales o actuales, presentes o futuras.”¹²⁷

En resumen las categorías *desigualdad social* / *poder* / *violencia* presenta la siguiente relación: las sociedades latinoamericanas están basadas en prácticas de dominación e imperio de muchas formas, lo que hemos llamado desigualdad social, estas relaciones son mantenidas por formas de poder entendidas como sojuzgamiento, y las formas de poder se exteriorizan por medio de la violencia o

¹²⁷

FOUCAULT Michel: *El sujeto y el poder*.

fuerza sobre las acciones presentes y futuras de los individuos.

De esta forma se ejerce violencia estructural aunque no sea directa e intencional sobre los individuos porque a pesar de no ser así – directa e intencional -, se violenta al ser humano, al no permitirse su vida plena en sociedad.

El control social es precisamente la violencia ejercida sobre los individuos a fin que éstos se identifiquen con una forma de producir vida que marginaliza y enajena. Es decir, forma de estructurar la vida de tal forma que en su lugar se destruya la misma. Una fenomenología del Derecho Penal nos hace ver que en realidad éste se aplica a ciertos grupos sociales, marginados y excluidos, a pesar de que su discurso es garantizador de bienes jurídicos de todos. Por ende, frente a las prácticas de sobrevivencia y de identificación con valores egoístas y fetichistas, los grupos dominantes han tenido que aplicar un Derecho Penal autoritario, violento, que no resuelve problemas de convivencia sino que por el contrario produce y reproduce violencia.

Como los seres humanos tenemos la facultad de dirigir nuestra conducta para realizar algunos fines personales y colectivos, mediada por nuestra propia voluntad, decidimos realizar conductas que resultan productoras de sentimientos de amor u odio en otros seres humanos. Esa elección *pareciera* ser libre, tenemos un *sentimiento* de libertad, algún tipo de *vivencia* de libertad¹²⁸. Es por eso que surge la necesidad de solventar o resolver ese conflicto, ese choque de intereses. Nace el Derecho para resolver esos problemas. El Derecho Penal debe resolver los problemas sobre aspectos valorados fundamentales por las personas: la vida, la sexualidad, la propiedad, etc. En última instancia el Derecho Penal surge como una forma de indicarles a las personas que su libertad se ve **limitada** a no

¹²⁸ “El hombre no es libre, se cree libre porque tiene conciencia de sus acciones, y no percibe que ignora las causas que las determinan.”. SPINOZA Baruch de: *Ética*, p. 33.

elegir conductas dañosas para otros y que si las comete su conducta será reprochada.

Esta es la forma como ha funcionado el Derecho Penal hasta hoy. Sin embargo su funcionamiento ha quedado a medio camino y por esto constituye, a mi parecer, la forma de reprimir y contener a los grupos de seres humanos excluidos y marginados productos del modo de producción capitalista. ¿Por qué? Si bien es cierto podemos elegir ciertos fines y dirigir nuestra conducta hacia ellos, todavía nos queda el otro aspecto de la voluntad. Hasta aquí he considerado al individuo aislado sin conexión con la social, y por ende *el sentimiento de libertad incondicional resulta ilusorio*. Así es, al considerar al ser humano en relación con los otros, y con el conjunto social, cambia la cosa. Ahora el ser humano encuentra *límites a su voluntad libre*, necesariamente tiene que actuar de una forma que se adecue con las posibilidades objetivas (las condiciones sociales y las condiciones naturales en las que se desarrolla en proceso) y además se ve determinado por las condiciones de la existencia, en nuestro caso, en la sociedad capitalista. Es decir, **contradicción entre libertad y condicionamiento**, entre lo subjetivo y lo objetivo, entre la parte y el todo.

“Entonces, si bien la conciencia, que distingue al hombre del animal en cuanto meramente impulsado por instintos, se singulariza por la propiedad de la voluntad, el hombre no sólo es un ser volitivo sino, a la vez, un ser dependiente de las condiciones que existen fuera de su voluntad.”¹²⁹

Entonces, dos son las formas de dominación por parte del Derecho Penal:

a- Como norma creada para proteger ciertos bienes considerados importantes para los grupos dominantes, en detrimento de los grupos mayoritarios, bajo la apariencia de ser norma consensuada, y por medio de la imposición de una pena, y

¹²⁹

KOFLER Leo: *op. cit.*, p. 177 y 178.

b- análisis erróneo (metafísico-idealista) de conductas humanas conflictivas puesto que los juristas (llamados a conocer el fenómeno delincencial y resolverlo) *no captan* el carácter contradictorio de dichas conductas.

Cuando el Sistema Penal selecciona la conducta de una persona que denominará “delincuente” se refiere a aquella persona cuya conducta resulta típica, antijurídica y culpable¹³⁰. La conducta del delincuente es típica si quiere el resultado prohibido por la ley y su conducta encuadra en esa hipótesis, es antijurídica si no existe otra norma que permita esa acción típica, y culpable si ese injusto se le puede exigir. Una vez más el delincuente es un ser libre de cualquier influencia externa.

Debemos preguntarnos: ¿Es el delincuente culpable o víctima de condiciones que le han determinado a actuar de esa forma? No creo que deba desaparecer el Derecho Penal porque de una u otra forma los científicos penalistas -¡los desmitologizantes!- han ayudado a contener el dominio de los poderosos, obligándolos a actuar bajo ciertos límites y, además, ha llegado a proteger verdaderos derechos fundamentales como la vida (el principio de legalidad, el de tipicidad y el de culpabilidad son ejemplos de esta resistencia dentro del derecho penal).

Entonces, **misión del Derecho penal es constatar el grado de determinación de la acción, o conducta, del “delincuente” a fin de saber el grado de culpabilidad y, así, realizar el juicio de reproche.** Esa determinación proviene de la sociedad por lo que el reproche va dirigido también a la sociedad en la que desarrolla su proceso de vida el “delincuente”. Este reproche se debe medir según el grado de culpabilidad y, por lo tanto, la solución del problema va a depender de ese grado. La imposición o no de la “pena” debe valorarse dependiendo del grado de libertad de la persona sometida

¹³⁰ “Delito es una acción típica, antijurídica y culpable...Esta definición jurídica del delito resume un punto de vista compartido por casi todos los trabajos científicos modernos...” BACIGALUPO Enrique: *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 19.

al juicio normativo-valorativo de reproche.

UN DERECHO PENAL LIBERADOR

El ser humano es un ser que se hace en la historia, por ello tiene la posibilidad de crear y potencializar sus capacidades y a la vez de someter sus necesidades. O lo que es lo mismo, las condiciones objetivas estimulan al ser humano a decidir “libremente”, esta decisión es a la vez para el nacimiento de nuevas relaciones sociales.

El Derecho Penal debe asumir una postura distinta a la que ha sostenido hasta hoy, donde reconozca las contradicciones sociales, la falta de libertad del “delincuente”, la violencia que él mismo genera (el Derecho Penal) en la sociedad y en el individuo, sobre todo en las escuelas del crimen que resultan ser “las jaulas para minusválidos”. Debe humanizarse, luchar por la realización de los derechos humanos. Debe denunciar injusticias, contener el poder del Estado y de las clases dominantes.

Si es cierto que el Derecho está al servicio de ciertos intereses pero esto no obvia el hecho de que funciona como ciencia y para ello requiere de *penalistas comprometidos*, que se conviertan en nuevos actores sociales. Lo alternativo es darle un carácter humano al Derecho Penal, cuestionarlo, esto mediante la lucha y la oposición, el análisis y la imaginación, “...la alteridad posee una premisa que es la autoestima... autoestima en cuanto seres humanos.”¹³¹ Debemos producir comunidad en vez de fraccionamiento.

El *viejo* Derecho Penal se entendía como parámetro que debían seguir las personas (según dicen algunos dejándose motivar por las normas) a fin de asegurar una mínima convivencia social, cuando en

¹³¹ GALLARDO MARTÍNEZ Helio: *Globalización, reforma del Estado y sector campesino*, p. 10.

realidad resulta ser una agencia de control social para someter las conductas delictivas y armonizarlas en los valores socialmente dominantes. El *nuevo* Derecho Penal debería ser un instrumento para solucionar los conflictos sociales de una forma científica, esto es, resolviendo de una forma *dialéctica* dichos problemas.

Como lo intuyó en su momento **MUÑOZ CONDE** esa visión dialéctica del Derecho Penal debe ser totalizadora y no parcializada o fraccionada:

“...(E)l penalista, al igual que cualquier otro científico social, tiene que plantearse la búsqueda de la verdad como totalidad, y no como un saber parcial ajeno a las otras esferas del saber. La visión totalizadora de la realidad es mucho más necesaria en la fase crítica que en ninguna otra, porque sólo desde una comprensión global de un fenómeno se tiene la perspectiva necesaria para aprehenderlo críticamente.”¹³²

Una de las formas de dominación lo constituye la teoría del delito, como instrumento de razonamiento en el Sistema Penal. Cuando este instrumento se utiliza acríticamente invisibiliza toda la historia y los condicionamientos sociales que se condensan en los imputados. Y el juez queda tranquilo al utilizar un instrumento que goza de prestigio “científico”¹³³, lavándose las manos.

SECCION SEGUNDA. TEORIA DEL DELITO. ¿UN MÉTODO LIBERADOR?.

**“La dialéctica no es el método de la reducción,
sino el método de la reproducción espiritual
e intelectual de la realidad”¹³⁴**

La teoría del delito es una propuesta metodológica para que el jurista, dentro de la agencia

¹³² **MUÑOZ CONDE** (Francisco): *Hacia una ciencia crítica del Derecho Penal*, p. 36. En contra **MIR PUIG** (Santiago): *Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal*, p. 16 y 17. Yo me pregunto ¿no son al caso las normas jurídicas creación de los seres humanos en sociedad, es decir, un fenómeno social?, ¿no son los valores creación humana en sociedad, es decir, naturales?

¹³³ Acerca del prestigio científico o neutral de la dogmática y de su teoría del delito **TOCORA** Fernando: *Política criminal en América Latina*, p. 31.

¹³⁴ **KOSIK** Karel: *op. cit.*, p. 52.

judicial, pueda determinar si una conducta humana conflictiva debe ser amoldada o “encerrada” en las exigencias de la norma penal (y del ordenamiento jurídico en general) y una vez así etiquetarla como conducta jurídicopenalmente relevante a fin de sancionarla o solucionarla.

Al ser una *propuesta* no tiene carácter universal sino variante, de hecho esta propuesta ha sido cambiada de época en época y ha ido cambiando de autor en autor aunque la estructura de conducta típica, antijurídica y culpable¹³⁵ se ha consolidado. Esta sistematización facilita al jurista el *etiquetamiento* de las conductas sometidas a su conocimiento, precisamente por ello tiene una función de garantía puesto que evita una aplicación arbitraria del derecho y un control razonable de su aplicación. En otras palabras, es un método que permite llegar a ciertas metas, esto significa que el jurista debe utilizarlo como instrumento de conocimiento de la verdad sobre un hecho denominado criminal (fenómeno “delincuencial”).

Considero que la teoría del delito es un método para el conocimiento del hecho delictivo, que es un fenómeno social, conocimiento que no debe ser fenomenológico (del dato) sino que del hecho delictual en su *conexión* con el todo social.

Esta concepción de la teoría del delito –la sostenida por mi– se opone a la concepción dominante, que entiende a la dogmática en un alcance limitadísimo. En efecto, la posición de la mayoría es que este método se encuentra relacionado únicamente con la norma penal. Así, por todos, **BERISTÁIN** nos propone:

“Si es científico, nuestro método supone una serie ordenada de pasos mediante lo

¹³⁵ Aquí sigo el sistema von **LISZT-BELING**, es decir, el alemán, que es el dominante en la moderna ciencia penal. En contra **BUSTOS RAMÍREZ** Juan J. y **HORMAZÁBAL MALARÉE** Hernán: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, p. 20.

que el estudio y la práctica llegan al conocimiento y al empleo sistemático de las normas y las instituciones pertinentes...Por eso, el método crea los conceptos, averigua el contenido y el fin de la ley, esclarece el bien jurídico protegido, desentraña el tipo legal, ordena y construye el sistema, aplica y critica las normas presentes y, por fin (mediante el análisis y la síntesis, mediante la inducción y la deducción) elabora las normas e instituciones futuras.”¹³⁶

Entender de esa forma el método de estudio de la dogmática jurídicopenal lo sujeta a la norma penal escrita, a la ley, y por ende, queda determinada a las modificaciones legislativas. Así, lo que se estudia o lo que se quiere conocer **no** es *el fenómeno delincencial* sino sólo **un** aspecto de él: *las normas jurídicas*, dejándose por fuera la condición conflictiva de la conducta humana. Esta es la posición **positivista**. Esta posición obtenía apoyo en el positivismo criminológico y en la escuela clásica criminológica.

EL POSITIVISMO LEGAL DOMINANTE EN EL DERECHO PENAL.

Esta posición se condensa en la famosa frase de **von LISZT** cuando afirmaba que el Derecho Penal es la “carta magna” del delincuente, posición que sería reforzada por la concepción de la Política criminal del momento cuya función sería la de guiar al legislador en cuanto a las consecuencias del derecho penal y de la pena y en cuanto a la transformación de ellos.

Esta posición quería entender que tanto la criminología como la teoría del delito y la política criminal se encontraban en una relación horizontal, de igualdad, pero sin influenciarse mutuamente. Sin embargo esto es lo que querían entender los juristas en ese momento histórico determinado porque entender esas relaciones de forma horizontal y sin condicionarse mutuamente era ideológica, porque ellos querían que su método fuera neutro, científico, al estilo del racionalismo de la ilustración.

¹³⁶ **BERISTÁIN** Antonio: *Ciencia penal y criminología*, p. 39. Sobre este penalismo puro nos advierten: “El riesgo del penalismo “puro” es de la vida y disminuir el papel que concierne al derecho en la búsqueda del puente que debe mediar entre el orden jurídico y la realidad social.”. **GARCÍA RAMÍREZ** Sergio: *Criminología, dogmática y política penal*, p. 311.

Posteriormente se presentan dos corrientes que responden ante este positivismo ortodoxo pero que en sus líneas generales se mantienen dentro del positivismo. Por un lado el sistema de las estructuras lógico-objetiva de **WELZEL** y por el otro el sistema teleológico de **ROXIN**. Esta es la discusión penalística entre el ontologismo welzeliano y el normativismo roxiniano¹³⁷.

En el sistema de **WELZEL** se mantienen las relaciones entre la criminología, la dogmática y la política criminal de forma equilibrada, donde el sujeto criminal elabora errónea o deficientemente su personalidad (al mejor estilo de la criminología clásica positivista), la dogmática se encarga de atribuirle responsabilidad a ese sujeto por la mala construcción de su personalidad a la luz de las normas vigentes que, supuestamente, reflejan los valores ético-sociales de la “sociedad”, y por último, la política criminal tiene como objetivo luchar contra las causas de la criminalidad.

Nos indica **BUSTOS RAMÍREZ** en su crítica a estos dos sistemas:

“En general, en cada caso se ha advertido la tendencia a crear un sistema cerrado, que se baste a sí mismo y que no permite modificaciones, a pesar de que aparezca con evidencia que se llega a resultados injustos, desproporcionados o irracionales en el comentario y elaboración del derecho penal vigente. A pesar, entonces, de que se está provisto de todo este bagaje científico social y normativo general. Ello, evidentemente, se debe muchas veces a no mantener la conexión adecuada con la realidad social y el pensamiento normativo. Sin embargo, justamente esa falta de conexión plantea la cuestión de que es necesario el mantenimiento de una nueva exigencia que permita tal conexión, y ella es la de introducir en el sistema penal la orientación de las finalidades político-criminales.”¹³⁸.

BUSTOS RAMÍREZ nos dice que no es si no con “...(l)a incorporación a la dogmática penal

¹³⁷ **BALDÓ LAVILLA** Francisco: *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*, p. 357 y ss.

¹³⁸ **BUSTOS RAMÍREZ** Juan: *Política criminal y dogmática*, p. 124. Habla también de la oposición entre un sistema cerrado y uno abierto **SCHÜNEMANN** Bernd: *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*, p. 71 y ss.

de las finalidades político-criminales...”¹³⁹ que se logra una conexión de carácter empírico de la dogmática con la realidad social, dando a entender que en los sistemas anteriores la dogmática penal no tenía prácticamente relación con la política criminal. Nada más fuera de la verdad, según mi criterio. El hecho de que en los anteriores sistemas no se incorporaran *expresamente* las finalidades político-criminales al razonamiento penal a través de la dogmática penal respondía, precisamente, a finalidades político-criminales. Así, von **LISZT** aportaba para la construcción de una teoría del delito defendiendo una dogmática “sujeta a la ley”, es decir, fuertemente formalista. También, **WELZEL** aportaba de una forma formalista porque –según él- la dogmática construía sus categorías “tomándolas” de la realidad e interpretándolas según sus estructuras lógico-formales. Ambos sistemas respondían a una realidad socioeconómica históricamente determinada de Alemania que a ambos les tocó vivir. Con el primero se trataba de proteger los intereses de los grupos burgueses que para esa época (finales del siglo XIX y principios de siglo XX) lograban consolidar la revolución económica. Con el segundo se pretendía proteger los intereses socioeconómicos burgueses ante una crisis económica que concluyó con la segunda guerra mundial y la amenaza de la revolución comunista (durante la primera mitad del siglo XX). **La política liberal-burguesa influyó en la construcción de la dogmática jurídico-penal, por medio de la política-criminal, convirtiéndola en un instrumento para la defensa de los intereses de esa clase social dominante.**

Por su parte, como lo indica **SILVA SÁNCHEZ** la propuesta teleológica de **ROXIN** pretende abiertamente superar el modelo positivista que le antecede¹⁴⁰, pero se aproxima a una perspectiva teleológica o normativista-funcionalista –según mi opinión- donde los valores que guían a la dogmática jurídicopenal funcionan para la conservación del sistema socioeconómico imperante, es decir, el capitalista. Sin embargo, como es la norma la que indica el valor, el funcionalismo teleológico alemán

¹³⁹ **BUSTOS RAMÍREZ** Juan: Política criminal y dogmática, p. 124.

¹⁴⁰ **SILVA SÁNCHEZ** Jesús-María: *Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, p. 18.

deviene en un positivismo jurídico, a pesar de que haga referencia a los valores sociales y no a la “naturaleza” de las cosas (como lo hace el finalismo).

El funcionalismo, al igual que los anteriores sistemas dogmáticos, responde a una necesidad clara de los grupos dominantes dentro de nuestras sociedades capitalistas: mantener el “*status quo*”. A partir de los años sesenta se presentan serias amenazas a la supuesta cohesión de esas sociedades con los movimientos contra la guerra en Vietnam, los movimientos estudiantiles en EE.UU. y en Europa, los movimientos subversivos en América Latina, el movimiento hippie, el movimiento feminista, el movimiento gay y lésbico, etc. Los grupos dominantes ven seriamente amenazado su orden socioeconómico y es así como los intelectuales comienzan a construir teorías para reprimir y controlar a los “desviados”; por supuesto que los penalistas no se quedaron atrás y comenzaron a destruir las teorías antiguas y obsoletas para construir una teoría más acorde con los “nuevos tiempos”, que a la vez justifique las acciones reaccionarias y totalitarias de los grupos dominantes. El funcionalismo “mezclado” con un neokantismo es esa teoría ideológica¹⁴¹. Pero antes un paréntesis:

ESCUELA DE FRANKFURT.

Conviene diferenciar el sistema teleológico de la escuela de Fráncfurt del anterior sistema teleológico. Si bien es cierto los valores mayoritariamente aceptados por la sociedad deben de guiar la construcción de la dogmática penal a través de la política criminal, los autores de Fráncfurt, encabezados por Winfried **HASSEMER**, apuestan más que a mantener el sistema social, al mejor estilo del funcionalismo teleológico, a respetar los derechos de los individuos frente a ese sistema. Sin

¹⁴¹ El mismo **SILVA SÁNCHEZ** defiende este funcionalismo que él acepta como parte de la racionalidad instrumental capitalista, para el mantenimiento del sistema social cualquiera, ya que es errado “...asociar la funcionalización *per se* a una instrumentalización o anulación del individuo, o, mucho más, a un modelo reaccionario e incluso totalitario.” **SILVA SÁNCHEZ** Jesús-María: op. cit., p. 21. Cualquier funcionalismo es totalitario, sino atiende a las clases sociales desiguales, porque parte de una idea falsa: la sociedad como un todo equilibrado; y al no aceptar los cambios estructurales impone su forma de concebir la sociedad, incluyendo el exterminio de l@s otr@s.

embargo el error tanto de los funcionalistas como los “principalistas” (“alteuropäisches Prinzipiendenken”) -los de Fráncfurt- radica en entender que las normas que expresan los valores dominantes de los grupos más poderosos son válidas para *todos* los grupos sociales y para *todas* las personas que conviven en nuestras sociedades.

Claramente lo expresa **HASSEMER** cuando nos dice, en una visión semejante a la **JAKOBS**:

“Generalmente es hasta el momento en el que se reacciona en contra de su incumplimiento, cuando nos damos cuenta de que existen determinadas normas que utilizamos como modelos a seguir para nuestro comportamiento, las cuales ni están escritas ni se encuentran sistemáticamente organizadas. Estas normas no están formalizadas ni necesitan de una justificación propia en tanto que la gente se rige en gran parte con base en ellas. Simplemente son válidas. Esto último nos ahorra el laborioso proceso de justificarlas y además nos proporciona la expectativa de que regirán tanto al prójimo como a nosotros mismos. Esta expectativa es recíproca y en los casos más comunes se puede confiar en ella. Se trata de normas que son válidas para todos aquellos que viven en comunidad y vinculan a las personas.”¹⁴²

A pesar de darle mucha importancia al individuo esa corriente penalista también reproduce el “status quo” pues entiende a la sociedad como un todo homogéneo y por eso su punto de partida epistemológico es erróneo e igualmente a las conclusiones a las que llega. Este es el principal problema de toda la dogmática penal pasada y actual. Lo vamos a ver con la corriente funcionalista.

En conclusión, los fines político-criminales siempre han estado presentes en la construcción de la dogmática jurídico-penal a pesar de que algunos autores le atribuyen al sistema teleológico esa “innovación”.

SISTEMA TELEOLÓGICO.

ROXIN entiende la relación entre política criminal y dogmática como un sistema donde la

¹⁴² **HASSEMER** Winfried: *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal*, p. 31 a 40. El subrayado es mío.

construcción de las categorías de ésta se ve influenciada por los fines que persigue aquélla. Es claro que, por primera vez, se acepta expresamente que la construcción de las categorías dogmáticas es de carácter *político*, es decir, depende de la lucha por el poder entre los grupos humanos con intereses contrarios –según entiendo yo lo que es la política en el actual momento histórico-. Antes se trataba de engañar diciendo que la dogmática descendía desde los cielos (la norma según von **LISZT** o la esencia de las cosas según **WELZEL**). Además es claro que él piensa desde los grupos de poder porque acepta un funcionalismo que desde el punto de vista epistemológico parte de una premisa errónea (y que para ellos resulta ser un “principio de la razón”: la sociedad es un todo armonioso); y que, desde un punto de vista político, pretende utilizar al Derecho penal como una herramienta contra sus enemigos de clase (el llamado por **HASSEMER** Derecho penal “eficaz”), no sólo justificando una sociedad que no existe (la armoniosa) sino también fomentando la agresión contra los grupos sociales que *sí* quieren esa sociedad que *no* existe.

Por ejemplo, nos dice nuestro autor:

“...(C)uando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto en la medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la ley; **ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley**...Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo políticocriminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal.”¹⁴³

A pesar de lo “novedoso” que resulta colocar finalidades valorativas de carácter políticocriminal en el discurso de la dogmática, esta corriente continúa en el positivismo jurídico porque, según ellos, su método se construye atendiendo a finalidades valorativas que, a su vez, atienden al Derecho penal que, a su vez, atiende a la ley, ya que “...**toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley**.”¹⁴⁴.

Es revelador también en el pensamiento de **ROXIN** el gran formalismo, propio de la razón

¹⁴³ **ROXIN** Claus: *op. cit.*, p. 217. Lo resaltado es mío.

¹⁴⁴ *Idem*. Lo resaltado es mío.

instrumental que prevalece en la ciencia que se realiza en sociedades capitalistas, de su pensar. Según él se resuelve un caso justamente solamente allí donde se aplique *su* sistema dogmático, es decir, donde los fines políticocriminales configuren el sistema. Pero estos fines políticocriminales los encuentra en la ley, y sólo allí. Por el contrario –pienso yo-, los fines políticocriminales deben partir de la ley y nunca encerrarse en ella.

Como señala lúcidamente **SOLÁ DE DUEÑAS**:

“La orientación conservadora...se apoya en el formalismo y el tecnicismo jurídico, dominantes en la ciencia penal y toman al derecho positivo como único objeto de consideración científica. Ello conduce a una “política penal”, en sentido estricto, basada en el principio de la “defensa social”...y del “orden público”. Como ciencia “auxiliar” cultiva la criminología “clásica”, centrada en el estudio de la criminalidad como problema esencialmente individual y conectado a factores bio-psicológicos, mientras que la visión sociológica del problema queda lastrada por su dependencia respecto de la definición legal del “delincuente”. Todo ello da lugar a un cuerpo teórico de escasas virtualidades críticas frente al *statu quo* jurídico, cuya “perfectibilidad” técnica se sitúa en un plano ahistórico y, en definitiva, de resistencia al cambio social.”¹⁴⁵.

El problema se encuentra en creer que porque el método o sistema o dogmática se reconduce en la ley ya así resolvimos el caso justamente. Todo lo contrario, con el método sólo logramos cierta certeza (la ley no es más que una abstracción de una conducta, y por ello es ideal, de entre una gran variedad casi inimaginable de ellas que interactúan en una realidad social contingente –contradictoria-); cuando, por el contrario, lo que debe pretender el método es resolver el caso concreto tomando en cuenta todas las aristas posibles. En otras palabras, *el método debe analizar una conducta y ponerla en relación o conexión con otras conductas con las que se ha influido mutuamente*. Esto quiere decir que la realidad social es contingente y esto es lo que hay que ver, partiendo de la ley, pero NO encerrándose en ella porque es sólo “un color del arco iris”.

NUESTRA PROPUESTA METODOLÓGICA.

¹⁴⁵

DE SOLÁ DUEÑAS Ángel: *Socialismo y delincuencia (Por una política criminal socialista)*, p. 115.

Creo que las leyes penales son construidas a partir de los intereses de clase de los grupos dominantes socialmente, y es por ello que la ley penal responde a su interés únicamente. Lógicamente, *la ley penal no puede motivar a personas de otros grupos sociales, les son ajenas, nos las entienden*¹⁴⁶. De esta forma la ley penal cumple una función de garantizar cuales son las conductas que el Estado (de clase) va a sancionar porque se etiquetan como delitos. Pero esto es sólo un aspecto de otros. Ese delito, o fenómeno delincuenciales como lo he llamado, debemos ponerlo en conexión con otros fenómenos con los que se relaciona necesariamente porque para comprender la realidad de una conducta humana no basta con abstraerla (por medio de la ley penal) de su contexto social, como lo han hecho los positivistas del derecho penal hasta ahora. Como la realidad es contingente porque sus componentes están en constante devenir, fluyen en oposición, y como el ser humano se encuentra inmerso en esa lógica social (es uno de sus componentes) **todo lo que realiza es de carácter político**. Esto es en lucha por el poder. De esa forma, es la política criminal la que debe configurar los elementos de la dogmática penal. Pero, ¿cuál política criminal?: desde luego no la que han construido hasta el momento histórico actual, es decir, positivista, sino **DIALÉCTICA**. Y como optamos por las víctimas del sistema, debe ser una *política criminal socialista*.

EL MÉTODO.

Considero que el método dogmático nos garantiza la universalidad frente a la particularidad en que consiste cada caso concreto. Así el método a pesar de sus diferencias mantiene una uniformidad en la manera de analizar los casos para el juez. Así, *el método es un instrumento intelectual para la resolución de un caso jurídicopenal, pero como es intelectual no es ahistórico, es decir, no está “vacunado” contra el vaivén político* porque los seres humanos estamos inmersos en procesos

¹⁴⁶ “El incremento del paro...lleva a un ejército de proletarios a caer en las redes de las leyes represivas, aunque sólo sea porque éstas...prevén conductas -v.gr., la mendicidad- a cuya realización se encuentran impulsados para obtener la indispensable para sobrevivir...”. **BARBERO SANTOS** Marino: *Marginación social y Derecho Represivo*, p. 181.

cambiantes de construcción de las realidades sociales. Como el caso jurídicopenal no es más que conductas humanas en conflicto, el método dogmático se aplica a ellas. Estas conductas humanas en conflicto las llamo **FENÓMENO DELINCUENCIAL**.

La conducta o acción es el objeto de estudio del método dogmático –y no la ley como lo entienden los positivistas¹⁴⁷-, pero como no existe una conducta **ontológicamente delictiva**¹⁴⁸, como si fuera una mano que contiene sus líneas, la función del método va a ser la de determinar *cuándo* esa conducta se le puede *etiquetar* como delictiva. Ese *cuándo* depende de las categorías que desarrolle el método dogmático. Categorías que se construyen a partir de criterios políticocriminales porque el método no es aséptico sino político. Así, hay un fenómeno delincuencial cuando una conducta es típica, antijurídica y culpable de acuerdo a los criterios políticocriminales que han influido en la elaboración de cada una de esas categorías.

*Por tanto, puedo afirmar que delito es una categoría normativa, al ser normativa es intelectual y por ello no ontológica, que se puede entender como un **TODO** compuesto indivisiblemente por **PARTES**, que a la vez se articulan sucesivamente pero que se influyen mutuamente. Pero como ese **TODO** está inmerso en el mundo de los seres humanos forma una **PARTE** de otro **TODO**: la sociedad. De esta forma, el **TODO** influye en las **PARTES** que, a la vez, no se pueden entender sin él. Sólo así le podemos dar sentido al fenómeno delincuencial y resolver el caso concreto justamente.*

¹⁴⁷ Como la mayoría de ellos parten de la noción de conducta jurídicopenal, de la ley, consideran, en sus escritos, a la acción como un elemento de la teoría del delito y no su objeto de estudio. Yo considero que la acción no sólo es un elemento de la teoría del delito sino que es, también, su objeto de estudio.

¹⁴⁸ Lo que sí existe es una conducta u acción óntico-ontológica, es decir, no es la razón humana quién determina qué es una conducta sino que ésta tiene existencia independiente de la clasificación que de ella haga nuestra mente. Con esto me aparto de las posiciones neokantianas y me acerco a una fenomenología *no ortodoxa* contraria a la de **WELZEL**. Lo que sí realiza la razón humana es darle una categoría normativa a esa conducta, por ello la etiqueta, así la conducta sería de carácter jurídicopenal, o jurídicocivil, o jurídicoadministrativa, etc.

NOVOA MONREAL lo ilustra así:

“No se trata de desmontar una entidad compuesta separando sus varias partes o fragmentos...sino de descomponer de modo puramente intelectual un concepto unitario y orgánico, en el cual solamente de forma lógica es posible plantear el género próximo, la conducta humana, a la cual van reduciendo las sucesivas diferencias específicas que conducen al intelecto a la aprehensión cabal y profunda de ese todo no fraccionable que es el delito.”¹⁴⁹

Las categorías del método dogmático se van a construir a partir de un criterio políticocriminal: el delincuente es víctima de una sociedad escindida en clases, por un lado, y por el otro el Estado es instrumento de clase y por ello crea y utiliza leyes penales de igual carácter. Es por ello que el método dogmático debe construir categorías que le eviten a un ser humano ser encarcelado en la etiqueta de delincuente, por haber realizado un delito -un fenómeno delincuencial-, y, además, en el caso de existir un fenómeno delincuencial, resolverlo tomando en cuenta las condiciones socio-económicas y socio-psicológicas de los participantes en él.

Si bien **ROXIN** introduce explícitamente criterios políticocriminales, como ya se indicó arriba, a la dogmática la sujeta a la ley penal (criterio formal) y en última instancia al Bien Jurídico determinado en la Constitución Política alemana (criterio material)¹⁵⁰. Para él el bien jurídico o la ley penal son **“...circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.”** (ROXIN, 1997, p. 56.) En otras palabras, el bien jurídico o la ley sirven al individuo para su “desarrollo” pero dentro de los límites que le fija los

¹⁴⁹ **NOVOA MONREAL** Eduardo: *La evolución del Derecho Penal en el presente siglo*, p. 21 en nota 22.

¹⁵⁰ Sin embargo aquí se muestra pesimista ante la posibilidad de sustentar un concepto de Bien Jurídico unívoco y, por tanto, manifiesta al respecto que “...el concepto de bien jurídico sólo proporciona un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica y que el legislador y el aplicador del Derecho tienen que consultar en la creación e interpretación de cada precepto concreto. El concepto de bien jurídico ha de ser puesto a prueba por tanto en la Parte especial...”, es decir, en la ley penal. **ROXIN** Claus: *op. cit.*, p. 58.

finés sociales y el funcionamiento del sistema social al que pertenece¹⁵¹.

En América Latina la consecuencia de traer estas teorías funcionalistas alemanas es que fácilmente las doctrinas económicas neoliberales impregnan sus postulados a la dogmática penal a través de la política criminal, y el resultado es un Derecho penal represivo, autoritario e inhumano, instrumento de poder para contener a las víctimas humanas de esas doctrinas económicas salvajes.

Con razón **TAVARES** nos previene:

“Con este modelo neoliberal de política criminal, coetáneo a una ciencia jurídica orientada exclusivamente hacia los resultados y eficacia, se crea en nuestros países un sistema jurídico tecnocrático y unilateralmente concebido, que busca destruir a las propuestas de solución estructural de los problemas sociales y que considera a sus propios opositores un riesgo a la estabilidad económica y política. Éste es el sistema que un día hay que derrocar.”¹⁵².

La relación de todos estos sistemas con la criminología salta a la vista. Los tres sistemas antes analizados se basan para la construcción de las categorías dogmáticas, según las intenciones de la política criminal que prevalezca en el momento histórico determinado, en la criminología de corte positivista. Los sistemas clásico, finalista y teleológico basan su dogmática en las categorías criminológicas construidas por la así llamada criminología positivista. Por el contrario hay que partir de una concepción dialéctica del “delincuente” en donde delincuente es sólo una etiqueta con la que se le

¹⁵¹ “El derecho carece de fines propios, es solamente un instrumento o un medio con el cual el Estado como organización social dotada de poderes coactivos, impone un orden determinado dentro de la sociedad. Este orden está configurado por la concepción política que fijan los grupos sociales y clases que dominan el Estado.”. **NOVOA MONREAL** (Eduardo): *La evolución del Derecho Penal en el presente siglo*, p. 71. En igual sentido nos manifiestan: “La colocación categorial-abstracta de los elementos del delito han encontrado en la práctica algún cuestionamiento, especialmente porque con ella se procura dar a entender que la aplicación del derecho (jurisprudencia) se hace por medio de un proceso exento de contenidos ideológicos racional e igualitario, y se encubren con eso, los verdaderos objetivos tenidos a la vista, que se ligan indisolublemente a la finalidad (política) del Estado, que promulga el derecho. De esa forma cesa la crítica del contenido (social) de la ley penal, de modo que toda reformulación, del lado del jurista, se ciñe a lo teórico-abstracto.”. Y continúa diciendo que “...(e)l derecho penal, de hecho, debe estar al servicio de la protección de valores humanos elementales y sólo adquiere dignidad cuando se libera del puro positivismo y pasa a integrarse en un orden social en que se garantiza al hombre la plena realización de su individualidad y potencialidad.”. **TAVARES** Juárez E.X.: *Teorías del delito. Variaciones –Tendencias*, p. 4 y 5.

¹⁵² **TAVARES** (Juárez X.): *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*, p. 649.

encierra a un ser humano, que a pesar de su libertad para autodeterminarse se encuentra influido por las condiciones estructurales de la sociedad en que convive. De este modo su conducta se ve influida por las relaciones psicosociales que mantenga con sus semejantes y por las condiciones ambientales-culturales.

FETICHIZACIÓN DEL DELITO Y CRIMINALIZACIÓN DEL SER HUMANO.

ZAFFARONI define la teoría del delito como

“...el conjunto de requisitos que, en cualquier caso, deben darse para que la agencia judicial no suspenda o interrumpa el ejercicio del poder del resto del sistema penal.”¹⁵³

El sistema penal ejerce un poder selectivo sobre las conductas de las personas, a lo cual denominamos procesos de criminalización, sometiendo la conducta seleccionada a la agencia judicial. La selección de las conductas se realiza por medio de estereotipos. Esto quiere decir que son muchos los casos en los cuales el Sistema Penal no interviene siendo por el contrario una ínfima parte las que son criminalizadas.

De esta forma la teoría del delito se puede utilizar como otra manera¹⁵⁴ de limitación del poder del sistema penal: los estratos de análisis (conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) son requisitos elementales para determinar si el proceso de criminalización continúa o no, o sea, son

“...los requisitos que debe presentar cualquier acción conflictiva de un autor seleccionado

¹⁵³ **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, p. 274.

¹⁵⁴ Con esta otra forma de entender la función de la teoría del delito, que es la metodología de la ciencia jurídico-penal, como ya no neutral sino comprometida con los delincuentes -víctimas de la lógica irracional de la sociedad capitalista-, pretendo hacer más real la solución a los problemas de carácter penal. Como nos indica **SZABÓ**: “Esa ciencia social comprometida, puesta al servicio de las causas minoritarias, evidentemente hace de los partidarios de otras epistemologías (funcionalistas, positivistas, neokantianos, etc.) los defensores de hecho del status quo de la mayoría “conformista”, se convierten en apoyo culpable del mantenimiento de las alienaciones que minan la salud moral de la humanidad. Cada vez más surge la pregunta: ¿de qué lado estamos? ¿con la minoría o con la mayoría, del lado de los responsables de la alienación y de la opresión, o del lado de sus víctimas?”. **SZABÓ** Denis: *Criminología Comparada. Significación y tareas*, p. 30.

por el poder del sistema penal, para que la agencia judicial responsable afirmativamente en cuanto al avance del proceso de criminalización en curso.”¹⁵⁵

Ver la teoría del delito de esta forma constituye un proceso de deconstrucción del Derecho Penal represor a la construcción de un Derecho “Penal” liberador. Conforme vamos analizando la conducta a la luz de cada requisito así vamos excluyendo la aplicación de las consecuencias de la norma a la persona que desplegó la conducta conflictiva, de esta manera serán *otras* instituciones sociales las que se encarguen de solucionar el problema. *Si al final la conducta cumple con todos los requisitos la solución que se le dé al conflicto variará dependiendo del grado de responsabilidad del sujeto.*

Para finalizar es necesario tomar en cuenta las palabras de **PÉREZ** cuando nos dice que, en última instancia, el derecho penal tiene

“...una misión de lucha contra las necesidades sociales que se reflejan en el crimen...”¹⁵⁶

SECCION TERCERA.

LA ACCION Y LA CULPABILIDAD HUMANAS.

En esta tesis solamente trabajaré sobre dos aspectos de la teoría del delito que son la conducta humana como base sobre la que aplicamos la teoría misma y la culpabilidad que es el último aspecto de ella.

APARTADO A. ACCION HUMANA.

Las acciones del ser humano están necesariamente referidas o influidas por otros seres humanos ya sean particulares o grupos humanos. Desde la perspectiva de la teoría conflictiva de la sociedad

¹⁵⁵ **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, p. 275.

¹⁵⁶ **PÉREZ** Luis Carlos: *op. cit.*, p. 73.

había dicho que todo ser humano encuentra identidad en un lugar social determinado históricamente y que, además, se encuentra relacionado o articulado con otros seres humanos por medio de lógicas (prácticas con sentido-s) de dominación (constitución de diversos a quienes se discrimina, a los otros distintos de mí) históricamente construidas. Por eso es que siempre actuamos en las redes o tramas de múltiples *vinculaciones* sociales. La ciencia del Derecho Penal debería tener como cometido el tratar de

“...desentrañar la elaboración de la actividad humana en cuanto es precisamente forjada en una historia, ligada en una situación y referida al ser y actuar de unos y otros. La pregunta central sería entonces hallar en qué medida una determinada acción ha sido configurada por el influjo de otros sujetos, de qué manera su sentido total le viene precisamente de su referencia esencial del ser y hacer de los demás.”¹⁵⁷

Con otras palabras, se pretende descubrir la relación entre individuo y sociedad, el momento en lo que lo social se concreta en lo personal y viceversa. Pero la acción humana entendiéndola como *conocimiento* de lo real y la *valoración* de esa realidad. Conocimiento y valoración que están determinados por una estructura social histórica. Esto del conocimiento y la valoración sociohistóricamente configurados remite al concepto de ideología. Es decir, se trata del “...estudio científico de la acción en cuanto ideológica.”¹⁵⁸.

Entiendo por ideología la *falsa conciencia* en la que se presenta una visión de la realidad que no es cierta, por lo que encubre y justifica los intereses de clase. Desde luego la mayoría de los conceptos de acción en la dogmática penal responden a esa forma particular de entender la sociedad y, por ello, condensan esa falsa conciencia. Veamos.

ALGUNOS CONCEPTOS IDEOLÓGICOS DE ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL.

Según NÚÑEZ los teóricos han distinguido tres conceptos de acción: el causal, el finalista y el

¹⁵⁷ MARTÍN-BARÓ Ignacio (1999), p. 10.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 17.

social:

- Causal: movimiento corporal causado por un acto de voluntad, "...entendiendo éste como la conducta que, libre de violencia física, está determinada (motivada) por las representaciones, sea como un comportamiento corporal (fase externa, "objetiva" de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad) de inervación muscular, "voluntariedad", (fase interna, "subjetiva" de la acción)."¹⁵⁹.

"Según la tesis sustentada aquí, acción es *conducta humana guiada por la voluntad*...La conducta del hombre debe consistir en una conducta exterior, es decir, corporal...(N)uestro concepto de acción sólo *exige* que la conducta corporal sea guiada por la voluntad, y *no* que esté *dirigida a un objetivo*...para nosotros se da siempre una acción si la conducta de A había sido querida como tal."¹⁶⁰.

- Finalista: **WELZEL** fue el que encumbra esta corriente. La acción es la realización de una voluntad plena de sentido dirigida a lograr fines u objetivos determinados. "El planteamiento de Hans Welzel es simple y claro, para un concepto óntico de acción. Si acción es acción voluntaria, y voluntad supone finalidad, resulta fácilmente comprensible que la acción, posee también finalidad."¹⁶¹

- Concepción social de la acción: Para esta corriente es acción toda aquella conducta humana que sea socialmente relevante.

"Una tal síntesis ha de buscarse en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante. Este es el sentido del concepto de acción: acción es, según esto, comportamiento humano socialmente relevante..."¹⁶².

"...(S)ólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general "acción". Por consiguiente, el Derecho Penal no se plantea la cuestión acerca de si

¹⁵⁹ **NUÑEZ** Ricardo C.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 137 y 138. "Una eliminación total de todo aspecto psíquico en la conducta no parecía posible, porque en tal caso la acción habría dejado de ser humana y habría podido ser confundida con un suceso provocado por fuerzas no humanas." **NOVOA MONREAL** Eduardo: *Causalismo y finalismo en Derecho Penal (aspectos de la enseñanza en Hispanoamérica)*, p. 28 y 29.

¹⁶⁰ **BAUMANN** Jürgen: *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, p. 97, 98, 99 y 102.

¹⁶¹ **ISSA EL KHOURY JACOB** Henry: *Algunas consideraciones entorno a la teoría de la acción de Hans Welzel*, p. 87.

¹⁶² **JESCHECK** Hans-Heinrich, p. 293.

una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se llega al ámbito de lo social.”¹⁶³

Otros por su parte han intentado hacer conceptos penales de acción, al respecto nos dicen

ISSA y CHIRINO:

“Es común observar que se señale que el problema de la acción no es importante para una teoría del delito, pues lo que interesa es solamente la definición legal de la acción.”¹⁶⁴

Esto es cierto porque con una definición legal de acción se desconoce que el derecho no crea la conducta sino que la llena de contenido, la normativiza, es decir, la etiqueta como jurídicamente relevante. Como indiqué más arriba, la acción tiene una estructura objetiva, es un fenómeno que salta a la (y de la) Naturaleza. La acción puede ser objeto de conocimiento, independiente de una categorización humana, pero a la vez, el ser humano que categoriza actúa, esto es sujeto cognoscente.

CRÍTICAS.

La teoría causal –por lo menos en cuanto al modelo LISZT-BELING– ya ha sido reemplazada, aunque se habla de un concepto neoclásico¹⁶⁵, mas la disputa continúa entre la teoría finalista y la teoría normativa o funcionalista (concepto social) de la acción.

La teoría causalista surge en un momento histórico de Alemania significativo. Llega al poder el rey Francisco José II que representa a la burguesía alemana, y con él la unificación de los “Lands”.

¹⁶³ JAKOBS Günter: *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, p. 23.

¹⁶⁴ ISSA EL KHOURY JACOB Henry y CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo: *Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal*, p. 69. Cf. NOVOA MONREAL Eduardo: *Causalismo y finalismo en Derecho Penal (aspectos de la enseñanza en Hispanoamérica)*: “El Derecho norma y regula las acciones pero no las crea ni las inventa”. (p. 52.)

¹⁶⁵ “Nosotros sostenemos que la postura denominada causalista sea completamente refractaria a una desviación como ésta (etización del derecho penal), pero al menos su acentuación de la importancia de la acción, entendida como factor que provoca alteraciones en el mundo exterior, su presentación del tipo como una pura descripción legal objetiva y de la antijuricidad como contradicción objetiva de la acción material con las normas previstas en el ordenamiento jurídico, permiten contrarrestarla. Existe en ella el examen indispensable de lo subjetivo, pero él aparece asentado y apoyado sobre bases objetivas.”. NOVOA MONREAL Eduardo: *La evolución del Derecho Penal en el presente siglo*, p. 39.

Para el afianzamiento de la clase dominante se necesitaba una violenta industrialización pasando de una sociedad con un modo de producción semifeudal a una sociedad cuyo modo de producción se colocó a la altura del resto de Europa, es decir, el capitalista. Esta violenta industrialización tuvo como punta de lanza la industria armamentista, este proceso concluyó con la Primera Guerra Mundial. La industrialización de Alemania se basó en las ingenierías y éstas a su vez en las ciencias exactas y naturales, es decir, en que A es causa de B que es su efecto. Este modelo de pensamiento pasó a las ciencias del ser humano. Los teóricos del Derecho penal no se quedaron cortos y redujeron la complejidad de la vida en sociedad humana a una abstracción simplísima. Por tanto, la teoría causalista de la acción es una abstracción que simplifica (para efectos de conocer la realidad del ser humano) la complejidad social (precisamente por ello no la puede conocer tal cual es); es por esta razón que esta teoría resulta ideológica ya que abstrae una parte del todo social y se tiene a esa parte como aquel todo. Con esto no desconozco que los fenómenos de la Naturaleza siguen la lógica causa-efecto, incluyendo los fenómenos humanos sin embargo para éstos no basta tan sencilla descripción.

La teoría finalista de la acción ha sido criticada por ser “naturalista” u “ontologista”.

“...(H)ay que subrayar que el desvalor de la acción no deriva ontológicamente de la acción misma, sino del hecho de que esta acción contradice una norma de comportamiento...”¹⁶⁶

Esto es cierto; como tampoco se puede crear un concepto de acción jurídico-penal tampoco se puede desconocer el sentido y significación social que tiene una acción humana. Sin este sentido social la acción deviene ahistórica.

No existe una acción ontológicamente delictiva. No es que algunas acciones contengan en sí el carácter delictivo. Esto es que se nazca con predisposición a realizar acciones delictivas. Por el contrario, es el *Derecho* quién califica de delictiva una acción. Pero tampoco el Derecho tiene estatuto

¹⁶⁶

CASTILLO GONZÁLEZ Francisco: *El Dolo. Su estructura y sus manifestaciones*, p. 66.

ahistórico sino que el Derecho es creación de seres humanos y como tal queda sujeto a las contradicciones de los seres humanos, a sus luchas por el poder.

De lo anterior concluyo que la acción es un fenómeno natural y social con características objetivas, esto es que la acción es independiente de la categorización que de ella hace la mente humana; categorización como “acción delictiva”¹⁶⁷. Pero, a la vez, son una misma cosa, puesto que esa acción está determinada por la estructura social y por el ambiente en los que está en proceso histórico; y de esa determinación también depende la categorización que le demos a la acción, ya que, la mente humana actúa, el ser humano, en el mismo proceso histórico social y natural.

De esta forma la acción humana está inmersa en las redes sociales de acción y reacción, de influencia mutua de los distintos seres humanos que participan en dichas redes. De esto deducimos que **una acción humana puede tener significados distintos para una o más personas que interactúan**, esto quiere decir que para una persona la categorización, o mejor dicho el significado, de una acción puede ser *radicalmente distinta* de la que haga otra persona, aunque es la misma acción natural.

De lo anterior, sostengo que la teoría final de la acción no toma en cuenta el *significado* y *sentido* que las personas pueden darle (etiquetarle) a una acción, es decir, la teoría finalista desconoce A- la *determinación* que los **otr@s** (las demás personas que influyen en el ser actuante) pueden ejercer en la sobredeterminación final de la causalidad y, en última instancia, sobre el fin que dirige la voluntad, y B- que el fin que dirige a la voluntad (la acción) puede significar algo *distinto* para los **otr@s** con los que interactúa.

¹⁶⁷ Una categoría es una palabra para ubicar en un grupo lo relevante de algunas cosas. Así ubicamos en el grupo de acciones delictivas todas aquellas acciones que resulten ser típicas, antijurídicas y culpables, y esto lo determina una norma que es creación humana y no por la Naturaleza o por Dios.

ACERCA DEL PRESUPUESTO EPISTEMOLÓGICO DEL MÉTODO DOGMÁTICO WELZELIANO.

WELZEL mantiene casi incólume el presupuesto epistemológico del que partiera **HUSSERL** para fundamentar su método fenomenológico. La finalidad de la voluntad es la que le da carácter objetivo al Objeto al que se dirige, únicamente. Como nos lo explica el filósofo argentino **ASTRADA**:

“...(T)odo acto, en tanto que es un acaecimiento intencional...no se reduce a apuntar a algo, sino que más allá de sí mismo, se trasciende en la dirección del darse pleno del ente. Podemos decir que esto acontece porque el acto siempre apunta de modo inmediato a su *telos*. Y así tenemos que sólo en el acto intencional del todo cumplido le es posible al ente manifestarse en su verdad, ya que el *logos* que le es propio ha sido puesto de manifiesto.”¹⁶⁸

Es por ello que para el finalismo como el ser humano “...en virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente.”¹⁶⁹, es decir, gracias a que puede dirigir sus actos puede *sobredeterminar* el mismo fin, esto es, le da objetividad al fin mismo. Por ejemplo, el querer matar a alguien es empezar a matar hasta que lo hace, o sea, lo sobredetermina. De allí que ellos penalizan la tentativa imposible porque con sólo querer matar ya se empieza a matar.

Como se nota el **OBJETO COGNOCIBLE** *depende* del **SUJETO COGNOCIENTE**. Ambos se encuentran escindidos, ni se tienen como una unidad ni se tiene como una contradicción. La existencia de uno se *la* sobredetermina el otro¹⁷⁰.

¹⁶⁸ **ASTRADA** Carlos: *Fenomenología y praxis*, p. 31. Nos dice: “Tanto la filosofía de Husserl como la de Heidegger, a pesar de su recíproca oposición, constituyen por igual con respecto a la actual crisis del pensamiento occidental y a la conceptualización de los contenidos históricos que configuran la situación social y económicas europea, una verdadera *anamorfosis*; ellas reflejan una imagen periférica parcial y distorsionada de la realidad occidental en proceso de cambio en sus estructuras tradicionales.”, p. 77.

¹⁶⁹ **WELZEL** Hans, p. 39.

¹⁷⁰ Por el contrario **ZAFFARONI** y sus colaboradores, en su defensa del método welzeliano, sostienen que: “El fundamento último del finalismo es que el valor (o el conocimiento) no altera el objeto desvalorado, es decir,

Esta visión no toma en cuenta que tanto el SUJETO QUE CONOCE como el OBJETO A CONOCER se influyen mutuamente porque ambos tienen existencia independiente, y a la vez, se encuentran en contradicción ya que pueden tender a eliminarse mutuamente. Ya sea que hablemos del Ser Humano en contradicción y unión con la Naturaleza ya sea del Ser Humano en contradicción y unión con la Sociedad. ¡Es tan impotente el ser humano frente a los fenómenos naturales!, pensemos en el SARS (síndrome de neumonía atípica que en sólo abril de 2003 mató a casi 500 personas); y ¡es tan impotente la Naturaleza frente a los fenómenos humanos!, pensemos en el calentamiento terráqueo o en el efecto invernadero; y también: ¡que impotente me siento yo cuando soy arrastrado a prácticas de consumo irracional!; o ¿qué pudo hacer el moribundo modo de producción de la sociedad feudal frente a los seres humanos burgueses revolucionarios que finalmente lo revolucionaron?.

Es por ello que **WELZEL** estaba errado. No basta querer matar para sobredeterminar un homicidio. Ese querer tiene que ser relacionado con el sentido y valoración que le den los otr@s y el mismo sujeto actuante para determinar si existe normativamente un homicidio.

Del concepto social de acción voy a criticar el de **ROXIN** que no lo considera concepto social de acción pero sí próximo a él.

“...(E)s acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (“somática”) del hombre, o “del ámbito material, vital y animal del ser”, sin estar sometidos al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano.”¹⁷¹

el punto de vista contrario al idealismo que, en su grado extremo, llega a afirmar que el *acto de conocimiento es un acto de creación*.”. **ZAFFARONI** Eugenio Raúl y otros: *Derecho Penal. Parte General*, p. 406. Esto resulta a todas luces falso porque el valor (que no es si no el sujeto cognoscente) *sobredetermina* al objeto desvalorado (objeto cognoscible), POR MEDIO DE SU FINALIDAD, pero que, a pesar de ello, ya existe o está determinado objetivamente, es decir, tiene una estructura óntico-ontológica.

¹⁷¹ **ROXIN** Claus: *op. cit.*, p. 252.

“Por tanto, el concepto personal de acción aquí desarrollado –a diferencia del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo- es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.”¹⁷²

Para **ROXIN** una acción humana es la manifestación –la objetivización para otr@s- del Yo, pero nunca se cuestiona el por qué ese Yo se manifestó de la forma como lo hizo. Él entiende correctamente que una acción es una *manifestación* en el mundo real, es decir, en el mundo social (capitalista en el presente momento histórico) de una personalidad subjetiva, pero se equivoca en creer que las manifestaciones de la personalidad sólo pueden ser imputadas a la esfera anímico-espiritual del ser humano *aislado, sin* referente social. Claro está que si no tomamos en cuenta cómo lo social-cultural (el referente social del que hablo) influye en nuestro aparato instintivo (en el “ello” como lo denomina **FREUD**¹⁷³) no podemos entender que hoy en día –en nuestra sociedad del control y administración de masas– la razón y la espiritualidad humanas (el Yo del que habla **ROXIN**) tienen poco control sobre los instintos desenfrenados o sobre el rígido super-yo, a fin de lograr un placer humano (sano) porque esta labor ha sido asumida por la moral social (por el super-yo represor, por las exigencias de la sociedad de consumo capitalista) que ha necesitado reprimir violentamente la felicidad, el placer y la libertad humanas para hacer del ser humano un organismo productivo – producción ajena des-erotizada como lo es el trabajo en sociedad capitalistas- socialmente útil¹⁷⁴.

¹⁷² *Idem*, p. 265.

¹⁷³ **FREUD** Sigmund, p. 102 y 103. Lo entreparentizado es mío.

¹⁷⁴ “Entre los dos puntos terminales, estructura económica de la sociedad y superestructura ideológica, cuya relación causal ha captado la concepción materialista de la historia, la concepción psicoanalítica de la psicología del hombre socializado, introduce una serie de eslabones intermedios. Por medio de ella puede demostrarse que la estructura económica de la sociedad no se traduce, “en el cerebro del hombre”, inmediatamente en ideologías, sino que la necesidad de alimentarse, que depende de las condiciones económicas, influye en la energía sexual, que es mucho más flexible, y esa continua influencia social que se realiza a través de la limitación de sus metas canaliza cada vez mayores fuerzas productivas al proceso social en forma de libido sublimada. Esto se expresa en parte de manera directa, a través del aumento de la fuerza de

ACERCA DEL PRESUPUESTO METODOLÓGICO EN LA DOGMÁTICA PENAL ROXINIANA.

ROXIN se ha declarado abiertamente seguidor de **KANT** y por ende su método de conocimiento parte del mismo presupuesto kantiano: el idealismo alemán que pretende hacernos creer que somos nosotros, en última instancia nuestra mente, quienes creamos la realidad, lo objetivo, la Naturaleza. Algo así como que todo lo que esta fuera de nuestra mente es un caos, sin formas ni nombres, y una vez que lo percibimos le damos forma y nombre, y por ello creamos la realidad.

Este tipo de pensamiento, al igual que el del finalismo, pretende que el objeto a conocer está determinado por el sujeto que conoce. Así nuestro autor a pesar de que sostiene la necesidad de darle un contenido histórico a la conducta humana se lo da a través de la valoración, del fin, en última instancia, de la idea. Por eso ese Yo roxiniano es un Yo metafísico porque no ve los determinantes psicosociales a los que está sometido.

UN PASO NUEVO.

Un intento de superar la problemática de la acción lo han dado **BUSTOS** y **HORMAZÁBAL**. Ellos proponen que el concepto de acción no constituya la base de la estructura de la teoría del delito sino el concepto de Bien Jurídico. La acción es un elemento más del aspecto objetivo del tipo. Es por ello que el concepto de delito de ellos es: Conflicto social típico y antijurídico, y desarrolla el concepto de culpabilidad fuera del de delito como teoría del sujeto responsable.

trabajo, y en parte, indirectamente, a través de los resultados más desarrollados de la sublimación sexual, como por ejemplo, la religión, la moral en general y la moral sexual en particular, la ciencia, etc.". **REICH** Wilhelm, p. 64 y 65.

“Los tipos penales recogen comportamientos que constituyen vinculaciones entre sujetos. Estos comportamientos o conductas que adquieren tal significado porque *ex ante* representan un riesgo o peligro para el bien jurídico. En consecuencia, no es la acción o la omisión la que está en la base del injusto, sino el bien jurídico. Es el bien jurídico el que nos dirá qué comportamientos son penalmente relevantes...A partir de esta perspectiva, no es coherente aceptar una definición de delito como “acción”, “acción u omisión”, “comportamiento” o “conducta”...(S)ería la definición del delito como *un conflicto social típico y antijurídico*.”¹⁷⁵

Supera el problema de la teoría funcionalista porque lo que se imputa no es una acción jurídico-penalmente relevante conforme a una norma¹⁷⁶ “general” y “homogénea” que define a un individuo como parte de una sociedad, sino conforme a un Bien Jurídico. Y además supera el modelo subjetivo individualista (finalista) que no toma en cuenta lo relevante socialmente para imputarle objetivamente un reproche a alguna conducta.

Sin embargo, no comparto su definición de delito pues una conflictividad social constituye relaciones o vinculaciones que son *conductas humanas*, acciones percibidas y significadas por otr@s. Si bien es cierto, es la puesta en peligro o la afectación de un Bien Jurídico lo que hace a una conducta objeto de estudio del derecho penal, la protección de ese Bien Jurídico se expresa en una norma de carácter penal, y es ella quién califica la conducta como jurídico penalmente relevante¹⁷⁷.

En resumen: El derecho en general -y el derecho penal en particular- se limita a agregar un desvalor jurídico a ciertas conductas, pero no cambian en nada las características y particularidades de

¹⁷⁵ **BUSTOS RAMÍREZ** Juan J. y **HORMAZABAL MALARÉE** Hernán: *Lecciones de Derecho Penal, Madrid*, Volumen II, p. 23.

¹⁷⁶ Norma que por cierto, según los funcionalistas, tiene el poder de “convocar” a los ciudadanos a su llamado, de ahí la teoría de la atribuibilidad normativa de **ROXIN**. Me pregunto ¿podrá alguna norma, que ha sido creada desde el poder socioeconómico, tener la función de modificar la conducta de algún joven que forme parte de alguna pandilla en los “barrios de sur”, que ha sido empobrecido y marginado por ese mismo poder socioeconómico? La respuesta es obvia.

¹⁷⁷ En lo que sí coincido con estos autores es en considerar las conductas humanas como vinculaciones entre sujetos y, por tanto, a las conductas humanas conflictivas como conflictos sociales que son hipotéticamente determinadas por los tipos penales.

las conductas. Esto significa que el Derecho Penal no puede crear un concepto de conducta sino que debe trabajar con las conductas humanas tal y como se presentan, es decir como acción sistémica, como acción en conexión estructural o social (basada en un conflicto de clases y no en una estructura equilibrada). Algunos tratan de crear un concepto jurídico-penal de conducta humana y esto en realidad no existe, es una ficción¹⁷⁸.

Como lo que intento es la exclusión del imputado del proceso penal o en su defecto resolver lo más justo posible los conflictos sociales no elaboraré un concepto de acción sino que tomaré todos los elementos de la acción humana que puedan limitar y constreñir el poder punitivo del Estado y que pueden a la vez explicar el por qué de esa acción.

Como lo indica Alfonso **GONZÁLEZ**:

“Toda acción humana es social por lo que puede ser explicable preferiblemente por su organización tendiente a fines y, más aún, por la constatación progresiva de significados en la interacción social.”¹⁷⁹

La acción debe ser el primer aspecto que debe analizar el operador de la agencia judicial para contener el poder punitivo del Estado y por ende es la primera forma de expulsión del imputado del proceso criminalizador. Pero, además, es entendiendo esa conducta como se resuelve humanamente los conflictos sociales.

Todo conflicto social es producto humano, como tal son relaciones humanas, y como humanas son conductas; interrelaciones de conductas humanas, que son percibidas y valoradas con distintos significados por cada uno de los sujetos humanos participantes (tanto por el sujeto

¹⁷⁸ **ZAFFARONI** Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 388.

¹⁷⁹ **GONZÁLEZ** Alfonso: *Psicología Social cognoscitiva: antecedentes epistemológicos y algunos desarrollos teóricos actuales*, p. 23.

pasivo como por el sujeto activo). Esto es redes de significados. Cada *percepción* configura una *actitud* que a su vez *motiva* la conducta, toda percepción esta condicionada y determinada por el lugar social (clase social) que ocupen las personas.

Nótese que NO se trata de un rol social o una expectativa de acción que se impone a cada sujeto, este lo conoce, lo asimila y lo realiza libremente, sino que es un lugar social que **DETERMINA** y **CONDICIONA** el conocimiento y el significado de las conductas y sus resultados.

OTRO PASO ADELANTE

Un notable avance lo establece **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA** cuando, además de colocar la conducta como base de la teoría del delito, liga la voluntad (finalidad de la acción) con un sentido valorativo (significados desde sus propios valores sociales) que le da la persona, es decir, sentido valorativo que se le asigna al objetivo de la finalidad.

“Toda acción externa es proceso de causación, pero no se agota en esto. También es, en cuanto insustituible proceso interno, finalidad, pero, lejos de agotarse en la nuda intencionalidad psíquica o finalidad psicológica, apunta a un fin inmerso en el valor, que la propia voluntad valora para asumirlo como fin...”¹⁸⁰

Continúa diciendo:

“...puede concluirse que la acción...que está en la base del derecho penal, es una manifestación social de la voluntad dirigida por ésta hacia la realización de un objetivo que ella se ha propuesto como fin (erigido en motivo por virtud del valor que le confiere). Son, pues, sus elementos: a) manifestación social de la voluntad bajo la forma de interferencia intersubjetiva (carácter externo de un proceso causal que el hombre individual pone en marcha o no detiene por el movimiento corporal voluntario), b) el resultado material causado, si la ley lo toma en cuenta para la punibilidad, c) volición o noción del acto externo, y, en su caso, del resultado natural del mismo, d) dirección del proceso causal por la voluntad final, de acuerdo con el sentido de valor que la persona le asigna al objetivo y en cuya virtud lo constituye en fin y motivo de su actuación.”¹⁸¹

¹⁸⁰ **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA** Juan: *Derecho Penal Fundamental*, p. 132.

¹⁸¹ *Idem*, p. 133.

Introduce lo siguiente: la finalidad se constituye en voluntad y acción del sujeto en relación al **VALOR** que le atribuye al objeto hacia el cual dirige su acción.

Considero que la valoración que se haga de la propia conducta a realizar está condicionada socialmente por los procesos de socialización, y en mayor medida por la *clase social* en la que la persona objetivamente se encuentra; e igualmente de la conducta de otros para nosotros.

Así lo indica **LÜDERSEN**, desde una visión psicoanalítica, en cuanto a la necesidad de conocer las causas que producen la conducta “delictiva”:

“La socialización y la estructura social deben ser consideradas en sus múltiples relaciones recíprocas. De todo este conjunto destacan también más o menos claramente aquellas circunstancias que no se presentan como conjunto de causas de la delincuencia, sino como procesos de criminalización, que operan bien por la vía de las definiciones (selectivas) o de ficciones de prueba, bien como consecuencia de la observación de que cuando existen grandes cifras oscuras de delincuencia, ésta no se hace manifiesta hasta que las instancias de control social la han determinado...Nótese, además, que lo mismo vale viceversa. Las teorías sociológicas no bastan como explicación. Lo que describen afecta a muchos más hombres de los que indican las estadísticas criminales (y la diferencia no se explica acudiendo sólo a la cifra oscura). Estas teorías sólo conducen a hipótesis plausibles si se les pone en relación con el síndrome disocial, que es uno de los factores que pone al sujeto en disposición de ser etiquetado por las instancias de control social (ni siquiera el “labelling approach” puede, pues, pretender poseer validez por sí solo).”¹⁸²

Como diría **MARTÍN-BARÓ**:

“Las actitudes suponen la incorporación en las personas de aquellos esquemas que definen el “mundo” de cada sociedad, esquemas transmitidos en los procesos de socialización, posibilitados y aun exigidos por las relaciones sociales objetivas.”¹⁸³

Esto quiere decir que dependiendo de las formas como conoce y valora una persona, según su

¹⁸² LÜDERSEN Klaus: *op. cit.*, en nota de pie de página número 6, p. 181.

¹⁸³ MARTÍN-BARÓ Ignacio (1999), p. 283.

clase social o lugar social, así conoce y evalúa al mundo, a los “otr@s”; desde su raíz social, es decir, las personas asumen o adoptan o incorporan la ideología social como creencias y evaluaciones sobre el mundo.

No tengo ningún problema o reparo en aceptar la conducta como base y análisis de la misma como categoría genérica, como “hechos humanos voluntarios” (ZAFFARONI (1985), p. 359). En esta categoría, que es la primera del análisis de la teoría del delito, debería analizarse la acción como acto reflejo e inconsciente, hipnosis, sueño, embriaguez letárgica, etc. Aquí no “...habría acción porque no están dotados de sentido.”¹⁸⁴

“Lo que la persona cree y siente respecto de algo es con frecuencia secundario frente a determinantes más poderosos de su comportamiento como son las normas sociales pero, sobre todo, los factores estructurales de organización y poder, generales y descodificadores de las mismas normas. Sin embargo, las actitudes aportan a la acción social el influjo nada despreciable del factor subjetivo, estableciendo una consistencia o inconsistencia entre lo exigido por los factores objetivos y lo querido y propiciado por el sistema de actitudes de las personas.”¹⁸⁵

Para que una persona asuma la responsabilidad de sus actos debe tener *consciencia* de que sus actos causan lesión y perjuicio a otros. **Y para poder exigir esa responsabilidad debemos preguntarnos si tiene esa consciencia o no y si la tiene por qué no le fue fiel al Derecho**¹⁸⁶.

Esto último es el principio de culpabilidad o reprochabilidad, que actualmente no es más que la

¹⁸⁴ BUSTOS RAMÍREZ Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE Herná: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, p. 85.

¹⁸⁵ MARTÍN-BARÓ Ignacio (1999), p.256.

¹⁸⁶ “El hombre, al mismo tiempo que está sujeto, como todas las demás criaturas, a fuerzas que lo determinan, es la única criatura dotada de razón, el único ser que es capaz de comprender a las fuerzas mismas a las cuales está sujeto y que, por medio de su entendimiento, puede tomar parte activa en su propio destino...No somos, por consiguiente, las desamparadas víctimas de las circunstancias; en verdad, somos capaces de modificar las fuerzas internas y externas...Podemos fomentar y fortalecer aquellas condiciones que desarrollan el impulso de la virtud y favorecer su realización.” FROMM Erich: *Ética y Psicoanálisis*, p. 251.

atribución de minusvalía moral al delincuente y sobre todo a minorías sociales¹⁸⁷. Atribuyen al OTR@ los males para magnificar lo NUESTRO, lo bueno, lo correcto. Al no adecuar su conducta a la “norma” (lo nuestro) el “otr@” necesita un castigo (paliativo para su minusvalía). Cuando el derecho penal etiqueta a alguno como delincuente (minusválido social) reafirma los valores de quien no se considera así mismo como minusválido. A pesar de que algunas conductas realizadas “normalmente” por la mayoría pueden considerarse vejación, pero por ser "normales" quienes las realizan no son etiquetados ni seleccionados como minusválidos sociales.

APARTADO B. CULPABILIDAD.

Se debe tener claro que estoy afirmando que el ser humano es responsable de sus actos pero que se debe tomar en cuenta las *condicionantes* sociales para reprocharle y proporcionarle su culpabilidad. Esto es importante porque mi posición se fundamenta ya ni en un libre albedrío ni en un determinismo **abstractos**, sino que por el contrario se fundamenta en entender (científicamente) al “delincuente” como un actor, como un ser humano con capacidad de actuar, y por ende con responsabilidad frente a sus actos, es *actor responsable*, pero que a la vez, en el mismo movimiento dialéctico, queda ligado a las estructuras sociales objetivas, las que no pueden ser modificadas a su arbitrio¹⁸⁸. Por primera vez se reconoce, por el Derecho penal, la influencia de la sociedad en la acción

¹⁸⁷ “...(S)e trata pues de sujetos a los que en concreto o existencialmente les está negada la libertad. Con ello evidentemente el concepto de imputable lleva aparejada la idea o estigma o etiqueta de minusvalía, de desigualdad existencial. Con ello surgen entonces dos órdenes diferentes, el de los hombres libres y el de los que no lo son. A los hombres superiores les corresponde la protección de los inferiores y éstos deben aceptarla sin ninguna otra posibilidad.”. **BUSTOS RAMÍREZ** Juan: *Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la siquiatria alternativa*, p. 191 y 192.

¹⁸⁸ Excluyendo la discusión metafísica o abstracta del “indeterminismo versus determinismo” y aceptando que ese dualismo puede ser analizado empíricamente por la ciencia se pronuncian **ESER** Albin y **BURKHARDT** Björn: *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, cuando nos dicen: “Según las consideraciones expuestas hasta ahora, no es el libre albedrío indeterminista, sino la conciencia de poder obrar de otro modo el fundamento de la culpabilidad (...Jellinek...). Por consiguiente, al autor se le reprocha no haberse comportado conforme a Derecho, a pesar de que, visto desde su perspectiva, podía decidirse a favor del Derecho... Sin embargo, este reproche no se plantea en todos los casos en los que el autor ha realizado el hecho antijurídico siendo consciente de que podía obrar de otro modo; esto queda demostrado, sobre todo, por las causas de exculpaciones...Por lo tanto, la **libertad subjetiva** no es condición suficiente de la

de las personas¹⁸⁹. Con ello la sociedad debe responder también frente al actor responsable en la formación de **su conciencia social**. Así el actor responde pero igualmente la sociedad. La sociedad, y específicamente el Estado, debe responder por las condiciones sociales que crea para la construcción de la conciencia social del ser humano, de allí que dependiendo de esas condiciones así puede exigirle al sujeto humano. Con **BUSTOS** y **HORMAZÁBAL** digo que la culpabilidad debe ser entendida como responsabilidad y exigibilidad, en contradicción.

LAS DIVERSAS FORMAS DE ENTENDER LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PENAL.

Las discusiones intelectuales que se llevan a cabo alrededor del principio jurídico-penal de culpabilidad tratan de resolver dos problemas –que en realidad es uno solo-: ¿qué utilidad tiene el principio de culpabilidad? y ¿qué contenido material debe tener ese principio?

Sobre la pregunta ¿qué es el principio de culpabilidad? existe casi un consenso en cuanto a que se refiere a si el imputado debe responder o no al juicio o reproche de haber actuado contrario a lo que una norma jurídico penal le exige¹⁹⁰. Este juicio de reproche es posible por el derecho del más fuerte,

culpabilidad jurídico-penal; debe concurrir además libertad relativa. Este concepto solamente puede ser abarcado de manera negativa, esto es, definiéndolo como estar libre de algunos condicionantes internos y externos de los que se sabe por experiencia que restringen la libertad de decisión subjetiva...". p. 301.

¹⁸⁹ Ilustrativas son las palabras de **TORÍO LÓPEZ** Ángel: *El concepto individual de culpabilidad*: "Las indicaciones precedentes reivindican, como ha sido señalado, el carácter eminentemente individualizador, positivo, concreto del elemento culpabilidad. Esta individualización ha de realizarse atendiendo a las posibilidades y capacidades del autor concreto, tomando en cuenta su formación, profesión, educación, posibilidades económicas, situación familiar, para enjuiciar en tal sentido concreto la conexión personal real existente entre él y el hecho tipificado como delito...La posición aquí mantenida toma en cuenta frente a la doctrina dominante las relaciones sociales del autor. Estas relaciones sociales son significativas para la determinación y valoración en que la culpabilidad consiste. Carencia de medios, paro laboral, emigración, desconocimiento del idioma, falta de integración social, frustración familiar, abandono juvenil, deficiencias educativas, inadaptación, marginación, ausencia de medios alternativos al hecho, contribuyen en medida al menos tan significativa como los factores puramente biológicos o naturales a la deformación de la voluntad. La desigualdad entre los hombres ha de ser atendida por la categoría considerada, si se pretende que se incorpore al delito el pensamiento de que no sólo ha de tratarse lo igual como igual sino también lo desigual como desigual." p. 689.

¹⁹⁰ Se ha dicho que la teoría psicológica de la culpabilidad no realiza ningún juicio normativo de culpabilidad –como lo quieren los teóricos de orientación teleológica-funcional– y por ello se le ataca de

el derecho que nace porque:

“El más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber...Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; es, a lo más, un acto de prudencia.”¹⁹¹

La discusión surge a partir de la pregunta: ¿para qué sirve hacerle el juicio de reproche al imputado?¹⁹² Y las respuestas han sido principalmente dos.

1- Para proteger al individuo del Poder coactivo de la Sociedad (por medio del Estado – ius puniendi- que es su representante) a través de una vinculación psicológica entre el individuo y el hecho realizado por él (estas teorías pueden denominarse *individualistas*). Dentro de esta pretensión de protección tenemos dos distintas formas de entenderlo, principalmente:

a- *La llamada teoría psicológica.* Existe una relación psicológica entre el hecho realizado, prohibido por la norma jurídico-penal, y el sujeto que la realizó. Relación psicológica que se agota en el dolo, en la culpa y en la imputabilidad.

“La imputación contenida en el juicio de culpabilidad, supone, por tanto, dos elementos: a)

naturalista. Sin embargo se puede leer en **von LISZT**: “La relación entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa)”. **LISZT** Franz von, p. 376. De igual manera se achaca al finalismo una “naturaleza de las cosas” sin tomar en cuenta el juicio normativo pero esto también es falso: “La concepción normativista de la culpabilidad, tras su proclamación como máxima garantía de un juicio “personalizado”, esconde su carácter de *máxima legitimación del sistema*”. **QUINTERO OLIVARES** Gonzalo: Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles, p. 150.

¹⁹¹ **ROUSSEAU** Jean Jacques, p. 40 y 41. “La culpabilidad es también una institución integradora en el poder de castigar del Estado. Así se entiende que en nombre de la culpabilidad...ideas que sin duda responden a una voluntad de homogenizar el cuerpo social”. **QUINTERO OLIVARES** Gonzalo: Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles, p. 150.

¹⁹² **JAKOBS** entiende, correctamente, que la controversia entorno al principio de culpabilidad se llevan a cabo a partir de esa pregunta –aunque sea inconscientemente-: “...(U)na formulación más exacta de la cuestión a la que habremos que responder es la siguiente: ¿qué fin tiene la culpabilidad?. o bien: ¿para qué clase de orden social el principio de culpabilidad es una condición de subsistencia?”. **JAKOBS** Günther: *El principio de culpabilidad*, p. 366.

La imputabilidad (Zurechnungsfähigkeit) (culpabilidad) del autor. Esta se da con aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente; es decir, con la *facultad* que tiene el agente de *determinarse* de un modo general, por las normas de la conducta social...b) *La imputación (Zurechenbarkeit) del acto.* Esta se da cuando el autor *conocía la significación antisocial de su conducta*, o cuando hubiese *podido y debido conocerla*, es decir, cuando el agente, en el caso concreto, no ha sido determinado por las normas de la conducta social.”¹⁹³

b- **La llamada teoría del poder actuar de otro modo. Finalismo.** Existe una relación psicológica entre el hecho realizado, prohibido por la norma, y el sujeto que la realizó, en tanto éste tenga el poder psicológico de dirigir su conducta hacia un fin que no contraría la norma jurídico-penal; si lo hace él es responsable de la mala elaboración de su voluntad.

Esta concepción surge al trasladarse el problema del dolo y la culpa a la tipicidad (tipo subjetivo en el tipo complejo), por lo que la culpabilidad fue establecida como un elemento más del delito que requiere “...intelectualmente, que el autor pueda reconocer lo ilícito de un hecho; y, volitivamente; que le sea posible motivarse conforme a ese conocimiento.”¹⁹⁴, esto es el “poder actuar de otro modo”¹⁹⁵.

“La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él podría observar las exigencias del deber ser del Derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad, allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica.”¹⁹⁶

“La culpabilidad puede, por ello, tener la raíz ya en la construcción deficiente o errónea de este estrato de la personalidad, como fundamento determinante de la acción antijurídica individual.”¹⁹⁷

¹⁹³ LISZT Franz von, p. 377. “Culpabilidad no es un juicio de culpabilidad. La culpabilidad es algo existencial que está en un autor, por lo menos una propiedad de la conducta del autor, o sea, algo que también debe hallarse en la cabeza o en el corazón del autor...El juicio de culpabilidad es la capacidad de culpabilidad (imputabilidad).”. BAUMANN Jürgen, p. 210.

¹⁹⁴ HIRSCH Hans Jiachin: *El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal*, p. 26.

¹⁹⁵ COBO DEL ROSAL Manuel y VIVES ANTÓN Tomás Salvador: *Derecho penal. Parte General*, p. 443 y 444.

¹⁹⁶ WELZEL Hans, p. 166.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 179.

A pesar de los ataques que se realizaban entre ellos, los causalista y los finalistas, en cuanto al problema de la culpabilidad, vemos claramente que coinciden en que existe una *relación psicológica* (personal o individual) entre el sujeto activo y el hecho antijurídico en la cual éste no tuvo la facultad (Liszt) o el poder (Welzel) de conducirse de acuerdo a las normas (Liszt) o motivarse de acuerdo a las mismas (Welzel). Con diferentes palabras pero dicen lo mismo. Y salta a la vista igualmente que parten de un supuesto común: la plena libertad del ser humano (indeterminismo) para elegir el camino de la norma.

2- Para proteger a la Sociedad (por medio del Estado) del individuo. Igualmente esta protección se realiza a través de una vinculación psicológica entre el individuo y el hecho realizado por él, sin embargo, la perspectiva ahora es desde cómo mantener el régimen socioeconómico de la sociedad perturbado por el “delincuente” (a estas teorías podemos llamarlas *totalitarias*). También han surgido dos corrientes:

a- ***La llamada teoría teleológica idealista.*** Para ellos existe una relación psicológica entre el autor y su hecho antijurídico. Así, a pesar de que posee la capacidad de ser sugestionados por la norma (motivados) no quiso serlo, y por ello debe responder.

“Mi concepción, que he sostenido desde siempre, es la siguiente: culpabilidad en el sentido del Derecho Penal es la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y la facultad de conducirse de allí derivada”.¹⁹⁸

“La paz y la seguridad jurídica en una sociedad resultan de la expectativa de que los hombres pueden ser inducidos por regla general, a través de prohibiciones y mandamientos, a un comportamiento fiel al derecho. Cuando alguien contraviene las leyes penales, ello provoca una conmoción de la conciencia jurídica general (y con ello provoca insatisfacción e inseguridad), que nuevamente es suprimida cuando las normas se afirman en su validez mediante un castigo. Si los delitos permanecen siempre sin castigo, entonces las normas perderían su capacidad de motivación y la sociedad caería más y más en la

anarquía. De ello sigue que la imposición del derecho penal es innecesaria e inadecuada donde la suposición de que un hombre era motivable por la ley, no estuviese fundada en razón de su estado espiritual o anímico o por la situación de sus circunstancias. Así se comporta en el caso de enfermos espirituales o mentales y respecto de hombres inmaduros o aquellos que no alcanzan un conocimiento de la norma. Si contraviene la ley, no se frustra ninguna expectativa social y no se conmociona la conciencia jurídica general. Nadie es incitado a la imitación, porque la validez de la norma no es disminuida por tales hechos en los ojos de la generalidad.”¹⁹⁹

ROXIN ataca a la escuela clásica y al finalismo porque, según él, en la elaboración de sus conceptos psicológicos recurren al supuesto filosófico del libre albedrío, que dice es científicamente indemostrable. Para mí esas escuelas recurren a este supuesto porque sus representantes más distinguidos eran filósofos y no poseían una visión globalizadora de los fenómenos sociales, es decir, una visión interdisciplinaria de las ciencias. En realidad, ellos ven únicamente al Yo (la voluntad de determinarse o motivarse); y su falta de conocimiento de los motivos determinantes psicosociales de la conducta del ser humano les llevó a formular esa hipótesis que hoy sabemos es falsa. Sólo lograron intuir ciertos determinantes que excluyen la culpabilidad colocándolos en el contenido material de la culpabilidad como causas fisiológicas. Mismas causas que son invocadas por **ROXIN** como excluyentes de la culpabilidad a pesar que en su defensa de la utilidad del principio de culpabilidad sostenga que su concepto psicológico sí puede ser verificado científicamente²⁰⁰.

Así el concepto de facultad de determinarse (escuela clásica), el concepto de poder actuar distinto de ello (escuela finalista) y el concepto reacción normativa (escuela teleológica racional)

¹⁹⁹ **ROXIN** Claus: *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, p. 138 y 139. En contra **STRATENWERTH** Günter: *El futuro del principio penal de culpabilidad*, p. 114: “Habría que pensar, por ejemplo, en la posibilidad de concebir el comportamiento contrario a la norma no ya como la defraudación de una expectativa normativa si este no aparece como decisión personal contra Derecho.”

²⁰⁰ “Las acciones humanas están determinadas de diferentes modos por móviles conscientes e inconscientes. Lo que se denomina comúnmente *libre voluntad* no es más que el conjunto de los móviles conscientes del Yo...El planteamiento entretanto psicológico de la cuestión permite la formulación siguiente: Las acciones humanas tienen una *determinación múltiple*. Además de las causas determinantes puramente fisiológicas, podemos señalar los sistemas psicológicos eficaces dinámicamente en el aparato anímico: el Yo, el Super-yo y el Ello.”. **ALEXANDER** Franz y **STAUB** Hugo (1961): *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, p. 88.

pueden ser científicamente verificables o refutables a través de la Psicología dinámica (especialmente por el psicoanálisis).

Sostengo, desde mi concepción psicosocial, que esas proposiciones parten del libre albedrío pero en el sentido de entender al Yo libre sin los influjos de lo social y lo instintivo aunque si lo fisiológico. Por tanto, la voluntad humana –que incluye una finalidad, es decir, es *normativa* (social) y no solamente natural– debe ser juzgada según los motivos que la fuerzan a realizar un hecho antijurídico y, además, la fuerza y poder del Yo para dominar esos motivos.

b- ***La llamada teoría teleológica funcional.*** Igualmente parte de una relación psicológica entre el sujeto activo y el hecho antijurídico debido a la voluntad defectuosa del sujeto activo por no dejarse motivar (o sea por no ser fiel del Derecho).

“...(L)a culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria, en el sentido de que la defraudación que se ha producido viene motivada por la voluntad defectuosa de una persona...(E)n cuanto menor sea la voluntad del sujeto de tener en cuenta la norma, esto es, en cuanto mayor y más obstinada sea la infidelidad a la norma de la actividad que su comportamiento den, más grave será su culpabilidad, y es menos grave si la infidelidad a la norma aparece más bien como un paso fallido atípico.”²⁰¹

Como podemos darnos cuenta esta concepción del principio de culpabilidad también parte de que el ser humano realiza una defectuosa autoelaboración de la voluntad de respeto y fidelidad a las normas. No toman en cuenta que esa elaboración de la voluntad no es tan autónoma sino que es heterónoma, en el sentido que viene determinada por las relaciones e influjos del sujeto activo con otros miembros de la Sociedad. Y en nuestras sociedades latinoamericanas, capitalistas o sea fragmentadas en clases sociales, no se le puede reprochar a un sujeto de clase baja ser infiel a una norma que no responde a sus propias necesidades, capacidades y facultades, sino que responde a las de

²⁰¹ JAKOBS Günther: El principio de culpabilidad, p. 365 y 368.

un grupo social específico minoritario: el de los capitalistas.

A estas dos escuelas se les ha criticado que su pretensión es que el poder sugestivo de las normas (elaboradas por el Estado) pueda lograr la estabilización de la convivencia social a fin de funcionalizar al ser humano según las necesidades socioeconómicas de la Sociedad.

Afirma **DONNA**:

“...(L)a deducción de la culpabilidad a partir de criterios de prevención significa que el concepto dependa de una idea servidora de la utilidad tecnocrática, que degrada al individuo, colocándolo como un eslabón más del mecanismo de estabilización. Se da la paradoja, según la cual, la teoría de la responsabilidad se amarra en un sujeto, al cual, al mismo tiempo, se le niega su subjetividad.”²⁰²

He llamado a estas teorías *totalitarias* porque en última instancia lo que pretenden es sugestionar (forzar) al ser humano para que se someta voluntariamente al poder del Capital, a la Sociedad tecnocrática capitalista. En sus discursos todos ellos hablan de la necesidad (del sistema capitalista por supuesto) de la **FIDELIDAD AL DERECHO** (burgués desde luego) para la convivencia social, según creen en su sistema ideológico de pensamiento, cuando sabemos que el Derecho es instrumento de dominación y autoritarismo. **JAKOBS, ROXIN, WELZEL, von LISZT y HASSEMER** pretenden (inconscientemente la mayoría) utilizar al derecho como instrumento para someter a los individuos al Sistema social, haciéndoles nacer una fidelidad a las normas dominantes. Es por ello que se afirma lo siguiente:

“...(L)a necesidad de pena no estaría fundamentada en el utilitarismo y la responsabilidad sino en la necesidad integradora, no estigmatizadora. La utopía en definitiva, debe fijar sus objetivos “en la reducción de las necesidades y miedos sociales” que desemboca en postulados culpabilistas. El Derecho penal debería apartarse de aquellas fórmulas teóricas que asignan a las normas funciones de constitución y estabilización de fidelidades a la sociedad...; de esta manera, el delito y las consecuencias legales que comporta, perderían el poder de fascinación subyacente ejercido en la sociedad actual.”²⁰³

²⁰²

DONNA Edgardo Alberto: *La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos*, p. 272.

²⁰³

QUINTERO OLIVARES Gonzalo y otros: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 401 y 402.

Aún así, las teorías *individualistas* ofrecen, a diferencia de las *totalitarias*, cierta garantía al ser humano de que su *personalidad* va a ser respetada porque, tomando en cuenta sus problemas de adaptación a la sociedad capitalista (deficiente construcción de la voluntad o anormalidad), no va a ser sometido a la barbarie de la pena (forma de autoritarismo ético-jurídico para someter al “buen camino”) precisamente por sus problemas anímicos, pero si a medidas de seguridad psicológicas. En cambio, para los autoritarios, el principio de culpabilidad así entendido resulta un obstáculo para la estabilización sistémica, que pretenden realizar a través de un sistema penal orientado políticocriminalmente. Es por eso que ven con disgusto este principio que han pretendido eliminar.

La exigencia de fidelidad a las reglas produce seres humanos existencialmente precarios, sin poder liberarse para ser plenos por las necesidades y miedos sociales. Esto conlleva que en lugar de producir comunidad se produce fraccionamiento y por ende peligro para la supervivencia de la sociedad. Y cuando esto se vuelva global peligro para la existencia de la Humanidad.

En resumen, tanto las escuelas individualistas como las totalitarias parten del mismo supuesto: El libre albedrío del ser humano para elaborar su voluntad acorde al mandato normativo. Esta discusión si resulta estéril si se realiza en el plano meramente intelectual, abstrayendo al ser humano de sus relaciones sociales cotidianas, es decir, si la hacemos desde el idealismo. Pero si la llevamos al plano de la realidad, de las ciencias sociales –y el Derecho es una ciencia social-, al plano de la refutación empírica de los hechos, nos damos cuenta que el ser humano no es libre absolutamente para elaborar su voluntad. Y esta afirmación ha sido no sólo verificada sino que no ha sido refutada científicamente por ninguna Psicología dinámica²⁰⁴.

204

Para ejemplo las siguientes citas: “El proceso reflejo condicionado se extiende hasta abarcar y

Una vez descartadas las críticas de la disputa metafísica entre determinismo e indeterminismo se me podría achacar de ser “naturalista” al entender la conducta humana como si fuera una cosa material sujeta a la “inexorable” ley de la causalidad (causa-efecto) sin poder dirigir su propio destino y por ende estar sometido al mismo.

De lo anterior quiero decir que debemos recordar que nuestra mente –al igual que el resto de nuestro cuerpo– está formada de los mismos elementos físicos y químicos de los que están formados toda la demás materia del Universo –incluyendo al planeta Tierra, a la Naturaleza que vive en ella y a los animales que cohabitan en ésta, dentro de los que debemos contar a los seres humanos , entiéndase: fuerzas gravitacionales, electromagnéticas, nucleares fuertes y débiles, así como el hidrógeno, el oxígeno, el helio, etc. Es decir, todo lo que existe en el Cosmos viene del mismo origen o de la misma explosión originaria²⁰⁵.

Si una piedra se desprende de la cima de un guindo debe caer al pie del mismo, si una cabra trata de brincar de una piedra a otra en el mismo precipicio pero yerra en el intento cae también. Si el pastor

determinar la mayor parte de los actos que un hombre puede realizar. Así ocurre porque el cerebro, no sólo recoge huellas aisladas, sino grupos de huellas unidas por vínculos asociativos.”. **TIEGHI** (Osvaldo Nelo): *Reflexología criminal. Psicología y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1974, p. 151 y “...(P)ara la psicología de la forma la conducta es un problema de campos de fuerzas. Lo expresado por KOFFKA significa, en otras palabras, que el campo conductual, en el cual se ha de gestar y producir la conducta, está determinado, por un lado por el campo físico o geográfico, el cual actúa en forma ineludible a través de sus influjos telúricos, cósmicos y sus leyes, como la de la gravedad, y, por el otro, por el campo fisiológico, entendiéndose por tal no sólo el movimiento psíquico-muscular, capaz de vencer la fuerza de atracción terrestre y las condiciones ambientales desfavorables, sino también la serie de mandatos viscerales y endocrinos, que si bien no ejercen una proyección directa consciente sobre el campo psíquico influyen sobre las estructuras o formas (Gestalten) que éste hace del campo físico, según las leyes perceptivas mencionadas, y del cual, en definitiva, resultará el campo conductual y la conducta misma...Desde el punto de vista subjetivo e individual (campo del yo o campo yoico) también entra en la configuración del campo conductual el pretérito personal del sujeto, su edad, sexo, nivel cultural, grado de madurez mental y visomotora, tono afectivo y herencia biológica...”. **TOZZINI** (Carlos A.): *Dolo, error y eximentes putativas (Desde el punto de vista de la Psicología de la Forma)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma. 1964, p. 24 y 25.

²⁰⁵ **HAWKING** Stephen W.: *Historia del Tiempo. Del big bang a los agujeros negros*, p. 73.

trata de salvarla pero no logra sostenerla y se ve arrastrada por ella, también cae y se golpea –aunque piense durante la caída que es un sueño y que no le va a pasar nada-. La piedra no sabe que cae por la fuerza de la ley de la gravedad y no le importa; el animal tampoco lo sabe pero si queda vivo aprenderá a tener más cuidado cuando pasa por el mismo lugar otra vez porque al caer sufrió; y el ser humano tiene la capacidad de hacer esas diferencias, sabe el por qué cae e incluso puede escribir estas líneas, es decir, podemos ser conscientes de las leyes que nos determinan y controlarlas. ¿Cuánta gente sabe que muchas de sus acciones responden a las fuerzas de sus instintos libidinales o los de destrucción? o ¿cuántos de ellos saben el grado de determinación de las fuerzas económicas sobre su voluntad?.

De igual forma: ¿y las normas morales, los fines o valores humanos? También son parte del quehacer *material* humano. El ser humano, como el animal, crea normas de convivencia. El animal si viola una de sus reglas la causa es, en su peor suerte, la muerte. El ser humano en su uso de razón sabe que no es animal sino humano, es decir, tiene consciencia de que comparte la condición de humano con el peor de los “delincuentes”, y por eso mismo intuye, por un lado, y experimenta, por el otro, fuerzas más fuertes que su Yo (voluntad) que lo obliga a realizar acciones irracionales, es decir, contra otros seres humanos o contra sí mismo. A mi parecer es por esta razón que ha surgido el principio de culpabilidad: para *juzgar* humanamente al prójimo sin necesidad de caer al estado animal ya superado por nosotros.

En efecto, la sociedad crea normas, ideales, deber ser de conductas, pero el hecho de que hayan sido socialmente creadas no quiere decir que sean las mejores para el desarrollo pleno del ser humano. Como de hecho sucede en nuestra sociedad, las normas actuales surgen para el mantenimiento de un modo de producción de vida específico: el capitalista. Las normas han sido hechas para perpetuar al Capital pero no para crear vida humana. Mientras se perpetúe el orden social, a través de prohibiciones y mandatos *contra* el ser humano, así la “delincuencia” irá aumentando porque los seres humanos

están siendo obligados a realizar acciones (a través del sometimiento a la autoridad llámese papá o policía por el miedo al rechazo o al castigo) que no responde a su naturaleza, a sus instintos naturales. Este fraccionamiento produce angustia, temor o miedo (síntomas de las inadaptaciones como la neurosis, la psicosis, la locura, la esquizofrenia, la paranoia, etc.) que es una cierta tensión en el organismo que debe liberarse. Su liberación se puede llevar a cabo de dos formas: siguiendo los instintos o siguiendo las conductas normativamente impuestas. Si la persona se decide por la primera forma es un inadaptado social porque se comporta “raro”, “anormal, o “enfermo” –o sea, según sus instintos– y es estigmatizado, marginalizado o separado de la sociedad (en un manicomio o en una cárcel: jaulas donde deben estar los animales). Si se decide por la segunda forma en apariencia es un ser “normal” pero al estar sobreforzando su naturaleza se comporta violentamente. Nuestra sociedad es en extremo violenta, es lo “normal”. Una persona que no desea ser violenta sino amorosa (que es un paso más allá –más humano- de la genitalización del libido) es denominado neurótico. Pero como sus instintos no los puede satisfacer plenamente queda como opción para liberar la tensión la violencia contra nuestros semejantes o contra nosotros mismos.

Como dice **FROMM**:

“En la sociedad industrial, los valores oficiales, conscientes, son los de la tradición religiosa y humanista: la individualidad, el amor, la compasión, la esperanza, etc. Pero estos valores se han convertido en ideología para la mayor parte de la gente y no intervienen en la motivación de la conducta humana. Los valores inconscientes que sí motivan de manera directa la conducta de la gente son los que han engendrado el sistema social de la sociedad industrial y burocrática. La propiedad, el consumo, la posición social, la diversión, el excitamiento, etc. Esta discrepancia entre valores conscientes e inefectivos y los valores inconscientes pero efectivos causan daños en la personalidad.”²⁰⁶

Las escuelas penales alemanas del principio de culpabilidad lo que pretenden es hacerlo a uno culpable, y como consecuencia de ello merecedor de una pena –que en su idealismo irracional pretenden con ella volver a estabilizar al sistema como si alguna vez estuviese estabilizado-, por no

hacer lo que las normas prescriben, es decir, no ser fiel o ser obstinado a seguir al Derecho; normas que sirven al orden socioeconómico establecido, normas que prescriben una moral abstracta, normas para la producción de mercancías, pero que en su acatamiento se destruye la personalidad del ser humano, es decir, van contra *su* naturaleza, y contra *la* Naturaleza.

El problema es la forzada separación que hacen estos autores entre la naturaleza humana y el orden social. Según ellos las normas sociales crean la realidad y las normas innatas o naturales deben ser eliminadas (por medio de la moral, del derecho, de la religión) por ser contra la razón (entiéndase aquí contra la Autoridad). Lo que existe de hecho es una dialéctica entre individuo (instintos) y sociedad (normativo); uno no elimina a otro, ni viceversa²⁰⁷.

Tanto la bondad como la maldad son innatos en los seres humanos (son los instintos de amor y los de destrucción). Como lo demostró **MARX**, nuestro sistema capitalista se basa en la maldad, es decir, para la perpetuación del Capital se requiere catalizar los instintos de la destructividad esto es la competencia, el egoísmo (odiarse a sí mismo), la insolidaridad (que no se compensa con la caridad), la avaricia, el tener, etc. Y las normas del Derecho no hacen más que eso: tratan de desplegar la decadencia humana y mantenerlo en su estado animal para evitar su trascendencia a estados de plena

²⁰⁷ “Probablemente, la cuestión de la libertad de la voluntad no puede resolverse abstractamente –o sea, en base a construcciones ideales del individuo y de su carácter puramente existente para sí-, sino sólo con la conciencia de la dialéctica de individuo y Sociedad. La libertad, también la de la voluntad, es algo a realizar, pero no es algo que pueda suponerse como positivamente dado. Por otra parte, la tesis general del determinismo es exactamente tan abstracta como la del *liberum arbitrium*: la totalidad de las condiciones de las cuales han de depender –según el determinismo– los actos de la voluntad no es conocida, constituye ella misma una idea y no puede ser tratada como una magnitud de la que se dispone. La teoría de Kant de que todas las acciones empíricas vienen determinadas por el carácter empírico, pero que éste, sin embargo, establecido originariamente por lo inteligible, puede reconducirse a un acto de libertad, es tal vez el modelo más grandioso, si bien resulta difícil imaginar que el sujeto sea capaz de darse a sí mismo su carácter; entretanto, la psicología ha descubierto determinantes de la primera infancia que la formación del carácter en los cuales la filosofía alemana de fines del siglo XVIII no podía ni siquiera soñar.” **ADORNO** Theodor W.: *Tabús sexuales y Derecho en la actualidad*, p. 327. “Libre albedrío (base de la culpabilidad) y peligrosidad (cuya base es el determinismo) revelan la miseria de nuestra ciencia penal, que para construir un modelo de control penal ha tenido que recurrir a ficciones y de ese modo no enfrentarse al Estado.” **BUSTOS RAMÍREZ** Juan: *Los mitos de la ciencia penal en el siglo XX: Culpabilidad y peligrosidad*, p. 6. Lo patentizado es mío.

humanidad o espiritualidad.

La culpabilidad individual bien entendida pretende limitar la violencia del Estado a fin de que la pena no se convierta en el medio para amedrentar al ser humano para que no logre su plena libertad.

Digo culpabilidad bien entendida porque tanto la escuela clásica como la finalista parten de que como el ser humano no acató las normas penales ese sujeto está enfermo, y por ello hay que curarlo, es decir, adaptarlo al ordenamiento, a través de la pena, ya no como retribución sino como prevención general e individual, y la única excusa es una mala formación de la voluntad entendida únicamente fisiológicamente.

Sin embargo, quien le es infiel al Derecho no es un enfermo, o sea alguien que no quiso formar su voluntad a Derecho, sino que es una persona en *plena liberación* de la represión (violencia estructural) que se le impone patriarcalmente –y que luego se autoimpone él mismo (lo que llaman el Super-Yo)-, es decir, socialmente. Represión de sus instintos de unión, o lo que es lo mismo de amor, de su libido. Un infiel es una persona (Yo) en lucha entre elegir entre dos alternativas: si obedece a sus instintos de amor (Ello) u obedece a la moral social destructiva o autoritaria (Super-Yo). Nuestra sociedad capitalista industrial impulsa una moral destructiva del ser humano, entonces esa persona busca satisfacer otros instintos (los del libido) pero a la Sociedad no le es útil que el ser humano sea capaz de amar porque con ello deja de producir mercancías que no necesita ya que estaría muy ocupado haciendo el amor²⁰⁸. Por ello las teorías penalistas de la culpabilidad buscan, únicamente, una supuesta mal formación de la voluntad para excluir la pena, pero en realidad muchos “delincuentes”

²⁰⁸ Hacer el amor no significa aquí el placer meramente genital, ese placer también sirve a la producción de mercancías por lo que muchas veces es efímero pero no sustancial, sino al placer genital, al placer sensual –de los otros puntos eróticos de nuestro cuerpo- y al placer de cuidar, hacernos responsables, preocuparnos por la persona con la que compartimos esta tragicomedia que es la vida.

aunque no tengan una mal formación de su voluntad son irresponsables penalmente porque sus instintos libidinales o amorosos, y los básicos de alimentación, y su propia consciencia se imponen a su moral (anti)social autoritaria.

De esta forma no caemos en la barbarie de creer que los “delincuentes” son enfermos innatos o sociales y que los que son culpables, como los que no lo son por problemas fisiológicos, merecen ser reeducados.

En resumen, estos autores pretenden hacernos sumisos, obedientes, irracionales, esclavos, imbéciles, aduladores, del Poder, de la autoridad, del burgués y, por último, del Capital. Así como los moralistas pretende que yo sienta un deber (instinto) de realizar cierta conducta (sumisión) según me lo piden ciertas normas (Autoridad) porque de lo contrario me debería sentir culpable (sentimiento de culpabilidad) así los penalistas pretenden que yo sienta un deber (ser fiel) de realizar una conducta (reacción normativa) según me lo piden ciertas leyes penales (Estado autoritario) porque de lo contrario soy culpable y por ello merecedor de una pena. En realidad nos enfrentamos a una Ética y a un Derecho autoritarios en contraste de una Ética y un Derecho humanista, es decir, libre y natural.

Todo esto tiene una analogía con lo que dice **RUSSELL** respecto de la religión:

“El Decálogo comienza con: “Dios pronunció estas palabras y dijo”. En todos los libros de la Ley es el Señor el que habla. Hacer lo que Dios prohíbe es pecado, y será por eso castigado; pero sería pecado igualmente aunque no fuera castigado. Así, la esencia de la moralidad empieza a ser la obediencia. La obediencia fundamental se debe al mandato de Dios, pero hay muchas formas derivadas que deben su sanción al hecho de que las desigualdades sociales han sido instituidas de forma divina. Los súbditos deben obedecer al rey, los esclavos a su amo, las mujeres a sus maridos y los niños a sus padres.”²⁰⁹

Hice esta cita no sólo para tener consciencia del origen mutuo de las normas religiosas, morales

²⁰⁹ **RUSSELL** Bertrand, p. 33. Hacer lo que el Orden, el Estado, la Sociedad prohíbe es delito. Así la esencia del Derecho empieza a ser la fidelidad. Para tener conciencia de los orígenes psicológicos de esta actitud autoritaria y vislumbrar unos valores no autoritarios sino humanistas ver la obra **FROMM** Erich: *Ética y Psicoanálisis*.

y jurídicas, sino que también para tratar de combatir la idea de que existe una estricta separación entre el Derecho, la Moral y la Religión. ¡Esto es absurdo! Necesidad básica de los penalistas es separar culpabilidad ética de culpabilidad jurídica, pero no lo logran: ellos son los sacerdotes del dios “Derecho”. Y el Derecho no es eterno sino que histórico, es decir, cambiante.

MI PROPUESTA.

Todas las escuelas anteriormente tratadas adolecen de un idealismo epistemológico, es decir, que su método para reproducir o figurarse²¹⁰ la realidad objetiva en su mente, y así tener consciencia de ella, no es el apropiado. Cuando nuestros autores se enfrentan a una conducta cualquiera se separan de ella –esto es necesariamente que la sienten distinta a *su* conducta– creando con ello una aparente asepsia o neutralidad²¹¹. Es por eso que creen que la conducta que analizan está aislada de los influjos sociales, esto es que esa conducta hermetizada se mueve libremente. Por tanto es libre para motivarse por la norma y seguir los mandatos sociales para “convivir”. Según ellos la única excusa para no motivarse por la norma sería porque la conducta se ve afectada por patologías fisiológicas o por el contrario se le juzgaría como infiel al Derecho y por ello mismo merecedor de una pena.

Distinto sería la situación de aquel científico penalista –hablamos aquí no sólo de los teóricos sino, también, de los jueces– que, por el contrario, en una actitud honesta y objetiva acepta que su sujeto-objeto de estudio (la conducta y personalidad del “delincuente”) influye en sus juicios de valor respecto de él. Por ejemplo, si el científico fue educado en un grupo familiar cristiano eclesiástico estrictamente severo en cuanto a la sexualidad humana verá negativa cualquier conducta sexual entre

²¹⁰ **WITTGENSTEIN** Ludwig: *Tractatus logico-philosophicus*, p. 23, 25 y 27.

²¹¹ Alentados también por la supuesta exactitud de la teoría del delito, que es al final –según ellos– quien aplica una sanción y no el juez quien sólo aplica esta teoría: “La huída del juez al mundo pseudoexacto de la legislación, el horror del jurista, desconcertándose a veces, a todo intento de comprensión de los móviles humanos, no son más que una fuga ante la responsabilidad personal. Cuando se logra subsumir lo mejor posible un delito determinado en un precepto legal, se aquieta todo remordimiento. La responsabilidad de una posible injusticia se traslada entonces a la ley escrita e impersonal.”. **ALEXANDER** Franz y **STAUB** Hugo, p. 34.

un adulto y un adulto joven (personas entre 15 y 25 años) porque su valoración de la sexualidad es de impureza y mundanidad, y más aún si se trata de jóvenes.

Aceptando que nuestro sujeto-objeto de estudio influye en nuestro ánimo y afecta nuestro juicio así aceptaremos que la conducta del “delincuente” ha sido influenciada por otros seres humanos, y que por ende, su conducta no es libre del todo (como tampoco lo es la nuestra) sino que esta determinada en última instancia por la Sociedad.

Llegando a este punto, entonces, partimos de lo real del ser humano: de lo social. Y como nuestra más básica necesidad-instinto es la alimentación, para mantener nuestro organismo viviendo, es hasta las relaciones-influencias socioeconómicas donde debemos llegar en el proceso de síntesis mental, es decir, hasta las relaciones de producción de vida que se basan en una dialéctica capitalista-trabajador. Posteriormente debemos llegar de nuevo a la conducta del “delincuente” pero esta vez saturada o llena de determinaciones para juzgarla no ya libre sino determinada.

Esta posición mía difiere de la de los funcionalistas –que al igual que yo parten de lo concreto social– en que su proceso mental de síntesis y análisis no llega hasta la base socioeconómica sino que se “vara” en el nivel social del derecho –que no es sino que las normas que sugestionan psíquicamente para actuar según las necesidades no ya del ser humano sino del modo de producción– que es la relación-influencia de expectativas de comportamiento según valores o fines determinados – que en el actual momento histórico le son funcionales al sistema como la competencia, la avaricia, el engaño, el atesoramiento de bienes, etc.-. De esta forma el Derecho es la base común para que surjan comunicaciones entendibles entre los distintos sujetos, y por ello surjan expectativas, que si son defraudadas el sujeto debe responder en nuestro caso penalmente.

Pero si vamos más lejos y partimos no de las relaciones jurídicas sino de las relaciones socioeconómicas nos damos cuenta que el Derecho lo crea el grupo económicamente más fuerte, por lo que, muchas veces no es posible comunicación alguna –sobre todo entre grupos sociales o subculturas alejadas de los bienes y personas que satisfacerían sus necesidades-instintos básicos–. Pero todavía más, ese mismo Derecho torna imposible la vida de los mismos sujetos al programarles conductas que reprimen sus instintos de vida y que catalizan sus instintos de muerte.

De esta forma, es en el nivel de culpabilidad donde debemos realizar el reproche por la conducta realizada tomando en cuenta el grado de deterioro de la personalidad del sujeto activo según el grado de influencia de la Sociedad en su actuar.

Por ello es que **HASSEMER** afirma que la función del proceso es la observación de las circunstancias en las que debe apoyarse una condena;

“...precisamente a este tipo de observación se sustrae la libertad de voluntad, antes incluso de que la observación comience. Lo que se puede aprehender con el instrumental del proceso penal no es la libertad del acusado para actuar de otro modo, sino las limitaciones materiales de la libertad, los indicadores de los déficits de libertad.”²¹²

Por ejemplo:

“Cuando los miembros de una pandilla juvenil asaltan a una anciana y la golpean para sacarle algún dinero o sólo para disfrutar del terror de la mujer, se puede pensar que los

²¹² **HASSEMER** Winfried: *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, p. 7. Igualmente: “Esto lleva a primera vista a la estupenda conclusión, a la que por demás estamos inclinados, de admitir la libertad de una persona, tanto más cuanto menos sepamos sobre los impulsos bajo los que actúan. Dicho de otro modo, en este aspecto el progreso de las ciencias empíricas humanas sería el proceso progresivo de la limitación de la libertad: Mientras más factores causales conozcamos que nos muestren una determinada conducta en una determinada situación como condicionada por ellos, tanto menor será el espacio en el alojar la libertad.”. **HASSEMER** Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 285.

sentimientos de esos jóvenes acerca de la vida humana y de la propiedad no son los que comúnmente se atribuye al conjunto de la población. Es claro que estamos ante un comportamiento tipificado como delito. Pero es menos claro que esos jóvenes se “sientan” delincuentes. Quizás estén disfrutando de la vejación de su víctima como una de las formas sociales que para ellos adquiere el goce. Su comportamiento no es para ellos delictivo. Pero la noción de “delito”, o más todavía, la de “culpa moral”, pudiera resultarle socialmente ajena.”²¹³

Nos encontramos frente a una conducta de una persona que lesiona o entra en conflicto con otra persona (de sus intereses). Ese daño causado encuadra en un tipo penal, pero, además, el juez debe no sólo determinar el encuadre sino que realmente se lesione un Bien Jurídico tutelado porque si no es así su conducta será atípica. Evidentemente los jóvenes tienen la intención de causar daño y dirigen su voluntad a ello (tipicidad subjetiva). Su conducta podría estar justificada y por ello el juez debe determinar si hubo o no permiso de parte del Ordenamiento Jurídico para realizar la conducta. Y por último, debe realizar el análisis de exigibilidad-culpabilidad donde el juzgador debe tomar en cuenta el grado de madurez del imputado, la influencia del alcohol y otras drogas, la influencia de la sociedad de consumo (lo que **ZAFFARONI** llama co-culpabilidad de la sociedad), la vida llena de carencias que conlleva pocas oportunidades de vida digna y mayor posibilidad de delinquir.

“Precisamente allí donde la sanción jurídicopenal no pueda tener otra función que la de reforzar la validez de una norma social, la responsabilidad del individuo debe constituir el punto de partida si es que debe tener la posibilidad de reconocer tal sanción como legítima. Antes bien, puede decirse que no habrá ninguna tentativa a favor de la resocialización que pueda tener éxito si no considera al sujeto como igual. Dicho con otras palabras: en lugar de un Derecho Penal retributivo que atribuye la lesión de un derecho sólo al autor ayudándose para ello con el reproche de culpabilidad y que lo abandona con posterioridad a su propio destino, debe implantarse una forma de la reacción jurídicopenal que extraiga las consecuencias de la corresponsabilidad de la sociedad y que ejerza por lo tanto frente al autor una solidaridad humana.”²¹⁴

²¹³ **GALLARDO MARTÍNEZ** Helio: *Política y Transformación Social. Discusión sobre Derechos Humanos*, p. 275.

²¹⁴ **STRATENWERTH** Günter, p. 120. También **VITALE** (Gustavo L.): *Estado Constitucional de Derecho y Derecho penal*, p. 113: “...(L)os jueces se encuentran obligados a reconocer la *co-culpabilidad* al resolver las cuestiones atinentes a la imposición y determinación de la pena, aunque nada diga al respecto el texto expreso de la ley penal, pues ésta es una obligación impuesta a todos los órganos del Estado por las normas constitucionales e internacionales que rigen la materia (a través del principio de *culpabilidad por el hecho*).”. Y **LÜDERSSEN** nos dice: “Precisamente porque, como enseña la moderna Sociología criminal, la

La pregunta sería: ¿A pesar de que su conducta está conminada penalmente (prohibida) pueden ellos actuar de otro modo para no apartarse del derecho?, ¿A pesar de que su conducta realiza un injusto penal se sienten ellos delincuentes y por eso se le debe exigir responsabilidad? Debido a su estrato social (si se quiere clase social) es posible que los jóvenes hayan tenido una vida conflictiva y desigual, por ello no han tenido la posibilidad de gozar su vida humanamente. Es por ello que sienten “placer” haciendo sufrir a OTR@S, pero ¿serán capaces de comprender eso?, la respuesta es no, como podrían comprenderlo si todas sus vidas han sido víctimas de la violencia estructural de nuestra sociedad de clases²¹⁵. ¿Cómo exigirles que no causen dolor y violencia si no conocen otra forma de vida, si su vida ha sido eso: violencia y dolor?²¹⁶

corresponsabilidad social por la delincuencia es tan grande, hay que hacer el esfuerzo equivalente por compensarla; hay que imaginar algo con sentido para dar una oportunidad de liberarse de su miseria a las víctimas -ahora me refiero a los delincuentes- de la criminalización socialmente condicionada y del surgimiento de la delincuencia.”. **LÜDERSEN** (Klaus): *La imputación individualizadora de lesiones de Bienes Jurídicos: Un límite infranqueable para las alternativas de la pena. (Reflexiones sobre el concepto de libertad del Psicoanálisis y sus consecuencias para el Derecho penal moderno)*, p. 187. También **FERNÁNDEZ** Gonzalo D.: *Bien jurídico y principio de culpabilidad*, p. 185.

²¹⁵ “(V)iolencia estructural es la represión de las necesidades reales y, por tanto, de los derechos humanos en su contenido histórico-social. La violencia estructural es una forma de violencia, es la forma general de la violencia en cuyo contexto directa o indirectamente encuentran su fuente otras formas de violencia...De todas las formas de violencia...en el sistema de justicia criminal son tomadas en consideración solo algunos tipos de violencia individual. La violencia de grupo y la violencia institucional son consideradas solo en relación con las acciones de personas particulares y no en el contexto del conflicto social que ellas expresan...El modo como el sistema de la justicia criminal interviene sobre este limitado sector de la violencia “construido” con el concepto de criminalidad, es estructuralmente selectivo” (p. 15 y 16). Continúa diciendo “La afirmación de los derechos humanos por medio de la democracia es, al mismo tiempo, la vía para la superación de la violencia.” (p. 27.) **BARATTA** (Alessandro): *Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*, en: *Antología del curso Sociología de la violencia*, Escuela de Antropología y Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 2000.

²¹⁶ Ilustrativo resulta ser el voto 591-f-97 del Tribunal Superior de Casación Penal al decirnos: “Así, en la sentencia recurrida no se advierte el vicio alegado por la impugnante, pues si bien es cierto la juzgadora estimó todas las circunstancias anotadas por la recurrente; dentro de la integralidad del fallo se aprecia también cómo la jueza, al fundamentar la aplicación del tipo de sanción impuesta, tomó en consideración la vida del menor antes de la conducta punible y sus circunstancias personales, familiares y sociales, estimando que “...el ambiente familiar y el entorno de interrelación en que se ha desarrollado, han sido determinantes para edificar en el caso en estudio un ser humano carente de oportunidades y afectos...”, sin que se deban pasar por alto los antecedentes estigmatizantes que rodean a un adolescente que se encuentra frente a un proceso penal...” Tribunal Superior de Casación Penal, a las catorce horas cuarenta minutos del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y siete.

Si usted por algún motivo, consciente o inconscientemente, rechaza esta realidad asume la siguiente posición: el delincuente es un minusválido social (o si lo quiere religiosamente, es el diablo suelto en la Tierra) porque no acepta e interioriza EL DERECHO (visto como algo natural (ontológico) y no como una construcción social). Por eso invisibiliza la clase social y el lugar social, desaparece los procesos de socialización y de control social, es decir considera que no existen procesos de identificación y de identidad humana. De tal forma que construye una identificación con los valores sociales que dominan y que se explican a sí mismos, y, lo que es peor, no acepta alternativas ni críticas a la realidad social actual, es decir, a la realidad del capitalismo tecnócrata.

Por eso es que el juez debe comprobar el grado de exigibilidad y no debe temprarle la mano cuando considere necesaria desaplicar una norma en un caso concreto como en el ejemplo dado. Esto porque resulta imperativo moral expulsar del proceso de criminalización, lo más pronto posible, al imputado-víctima para no reproducir en él la violencia estructural e institucional de nuestras sociedades heroicas del suicidio colectivo.

CONCLUSIÓN.

A lo largo de este trabajo he demostrado que el discurso de la ciencia penal ha justificado la violencia de clase ejercida por el Estado en contra de los “delincuentes”. Desde el discurso de la ciencia neutral para abordar el estudio del delito, pasando por los presupuestos epistemológicos para entender al sujeto delincuente, utilizando políticas criminales autoritarias para terminar en el uso de una teoría del delito ideológica. Mientras tanto el sujeto señalado por el Derecho Penal recibe una sanción suponiendo como único fin de venganza por lo hecho.

El penalista debe optar por la víctima del sistema social capitalista, como punto de partida ético, a fin de construir un método de análisis del delito que excluya al sujeto seleccionado de la sanción de cárcel y por tanto del Sistema Penal genocida. Así tomamos consciencia de un política criminal realista,es decir, socialista.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO Theodor W. (1969): Tabús sexuales y Derecho en la actualidad, en **BAUER** y otros (editores): Sexualidad y crimen, Madrid, España, Editorial REUS, traducción de Enrique Gimbernat.

ADORNO Theodor W. (2001): La sociología y la investigación empírica, en: **ADORNO** Theodor W. y otro Max: Sociológica, en: Antología de lecturas del curso Epistemología de las ciencias sociales, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Sociología.

AL DÍA (periódico), jueves 6 de agosto de 1998, p. 8.

ALEXANDER Franz y **STAUB** Hugo (1961): El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico, Madrid, España, Biblioteca Nueva, segunda edición, traducción de Wegner Goldschmidt y Víctor Conde.

ANIYAR DE CASTRO Lola (1987): Criminología de la Liberación, Maracaibo, Editorial de la Universidad de Zulia.

ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel (1979): Desarrollo y perspectivas para un concepto materialista-histórico del delito, San Pedro de Montes de Oca, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

ASTRADA Carlos (1967): Fenomenología y praxis, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, pp. 114.

BACIGALUPO Enrique (1985): Lineamientos de la teoría del delito, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, segunda edición, pp. 158.

BALDÓ LAVILLA Francisco (1997): Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, en **SILVA SÁNCHEZ** Jesús-María (editor): Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, José María BOSCh editor.

BARATTA Alessandro (1979): El modelo sociológico del conflicto y las teorías del conflicto acerca de la criminalidad, Revista DOCTRINA PENAL Teoría y práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, Argentina, año 2.

BARATTA Alessandro (1986): Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal, México D.F., México, siglo veintiuno editores, s.a. de c.v.

BARATTA Alessandro (1999): Derechos Humanos: entre la violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos, en: Antología del curso Sociología de la violencia, Escuela de Antropología y Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica.

BARBERO SANTOS Marino (1989): Marginación social y Derecho Represivo, Barcelona,

Bosch casa editorial S.A., pp. 206.

BAUMANN Jürgen (1981): Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, traducción de Conrado Finzi.

BECK Ulrich (2000): Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms, Barcelona, España, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., traducción de Bernardo Moreno.

BERISTÁIN Antonio (1985): Ciencia penal y criminología, Madrid, Editorial Tecnos S.A.

BUNGE Mario (1984): Ciencia y desarrollo, San José de Costa Rica, Editorial Estudiantil de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Costa Rica.

BUSTOS RAMÍREZ Juan (1982): Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la siquiatria alternativa, en **MIR PUIG** Santiago (editor): Derecho penal y ciencias penales, Bellaterra, España, Servicio de publicaciones, Universidad Autónoma de Barcelona.

BUSTOS RAMÍREZ Juan J. y **HORMÁZABAL MALARÉE** Hernán (1997-1999): Lecciones de Derecho Penal, Madrid, Editorial Trotta, S.A., Volumen I y II.

BUSTOS RAMÍREZ Juan (2002): Los mitos de la ciencia penal en el siglo XX: Culpabilidad y peligrosidad, en **DÍEZ RIBOLLÉS** José Luis y otros (editores): La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos.

CAMPOS SANTELICES Armando (1999): Introducción a la Psicología Social, San José, EUNED, 4a. reimpresión de la 1a. edición, p. 570.

CARRANZA LUCERO Elías (1994): Criminalidad: ¿Prevención o promoción?, San José, Editorial EUNED.

CASTILLO GONZÁLEZ Francisco (1999): El Dolo. Su estructura y sus manifestaciones, San José, Juritexto.

COOPER David (1979): El lenguaje de la locura, Barcelona, España, Editorial Ariel, traducción de Alicia Román García.

CRUZ CASTRO Fernando (1980): La pena privativa de libertad en Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, n.42 (Separata), septiembre-diciembre, Colegio De Abogados-Universidad de Costa Rica.

CHAN MORA Gustavo (1996): Noción de delito, castigo y ejercicio del poder político en la sociedad fragmentada. Elementos para la construcción de una nueva lógica de lo sancionatorio, San Pedro de Montes de Oca, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

DE SOLÁ DUEÑAS Ángel (1979): Socialismo y delincuencia (Por una política criminal)

socialista), Barcelona, Editorial Fontamara, 1979.

DONNA Edgardo Alberto (1998): La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos, en **VV.AA.**: Teorías actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc S.R.L.

DUCOUDRAY Louis (1979): Causalidad y problemática científica contemporánea, **AA.VV.**: Causalidad y Determinación, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica.

DURKHEIM Emile (s/f): Las reglas del método sociológico, Madrid, España, Ediciones Orbis, S.A.

ELBERT Carlos Alberto (1996): Criminología latinoamericana. Teoría y presupuestos sobre el control social del tercer milenio. Primera parte, Buenos Aires, Editorial Universidad.

ELSTER Jon (1998): ¿Qué vive y qué está muerto en la filosofía de Marx?, en: Antología de Lecturas del curso Marxismo y teoría política, Escuela de Filosofía, Facultad de Letras, Universidad de Costa Rica.

ESER Albin y **BURKHARDT** Björn (1995): Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, Madrid, España, Editorial COLEX, traducción de Silvana Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá.

EZCURRA Exequiel (1994): El ambiente en los tiempos del cólera, San José, en: América Latina: entre lo real y lo imaginario, cátedra de comunicación y lenguaje, Escuela de Estudios Generales, Universidad de Costa Rica.

FERNÁNDEZ Gonzalo D. (1995): Bien jurídico y principio de culpabilidad, en **MAIER** J.B.J. y otro (comps.): El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Profesor David Baigún, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan (1989): Derecho Penal Fundamental, Bogotá, segunda edición, volumen II, Editorial Temis.

FERRAJOLI Luigi (1995): Derecho y razón. Teoría el garantismo penal, Madrid, España, Editorial Trotta, S.A., traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros.

FERRI Enrico (1933): Principios de Derecho Criminal. Delincuencia y delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia, Madrid, España, Editorial Reus, S.A., traducción de José-Arturo Rodríguez Muñoz.

FEYERABEND Paul K. (2002): Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento, Barcelona, España, Ediciones Folio S.A., traducción de Francisco Hernán.

FOUCAULT Michel (2000): El sujeto y el poder, en Antología del curso de Sociología de la Violencia, Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Sociología y Antropología.

FREUD Sigmund (1998): Esquema del psicoanálisis, Barcelona, España, Editorial Debate, traducción de Luis López-Ballesteros y de Torres.

FROMM Erich (1973): Ética y Psicoanálisis, México D.F., México, Fondo de Cultura Económica, octava reimpresión, traducción de Heriberto F. Morck.

FROMM Erich (1976): Alienación y capitalismo, en **VV.AA.**: La Soledad del hombre, Caracas, Venezuela, Monte Ávila Editores C.A., traducción de Santiago González, quinta edición.

FROMM Erich (1987): La revolución de la esperanza. Hacia una tecnología humanizada, México D.F., México, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducción de Daniel Jiménez Castillejo.

FROMM Erich (1992): Marx y su concepto del hombre, México D.F., México, Fondo de Cultura Económica, traducción de Julieta Campos.

FROMMEL Monika (1989): Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel, Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penal, tomo VLII, fascículo II, mayo-agosto.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio (1984): Estudios penales, Barcelona, Bosch, casa editorial, S.A.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio (2001): Criminología, dogmática y política penal, en **VV.AA.**: Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el siglo XXI. Volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma S.A., 2001.

GALLARDO Helio (1996): Globalización, reforma del Estado y sector campesino, Revista Pasos, n. 63.

GALLARDO MARTÍNEZ Helio (2000): Política y Transformación Social. Discusión sobre Derechos Humanos, Quito, Ecuador, pp. 312.

GONZÁLEZ Alfonso (1984): Psicología Social cognoscitiva: antecedentes epistemológicos y algunos desarrollos teóricos actuales, San José, Instituto de Investigaciones Psicológicas, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica.

HAWKING Stephen W. (1988): Historia del Tiempo. Del big bang a los agujeros negros, México D.F., México, Editorial Grijalbo, S.A., traducción de Miguel Ortuño.

HABA MÜLLER Enrique Pedro (1977): Derechos Humanos, Libertades individuales y racionalidad jurídica (Algunas observaciones de orden metodológico), Revista de Ciencias Jurídicas, San José, enero-abril.

HABA MÜLLER Enrique Pedro (1995): Pedagogismo y "mala fe", San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A.

HABA MÜLLER Enrique Pedro (1995): Imposibilidades para las ciencias de lo humano. Una

ideología profesional: la concepción “misionera” de las ciencias sociales, Revista de Ciencias Sociales, n. 70, diciembre.

HASSEMER Winfried: ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, Revista de Ciencias Penales, n. 3, volumen 2, año 90.

HASSEMER Winfried (1984): Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona, España, Bosch, casa editora, S.A., traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero.

HASSEMER Winfried y **MUÑOZ CONDE** Francisco (1989): Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Valencia, España, Editorial Tirant lo blanch.

HASSEMER Winfried (1994): El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”, Revista de Ciencias Penales, v. 5, n. 8.

HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán (1985): Política penal en el Estado democrático en VV.AA.: El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Argentina, ediciones Depalma.

HINKELAMMERT Franz J. (1995): Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión, San José, Editorial Departamento Ecuménico de Investigación.

HIRSCH Hans Jiachin (1997): El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal, Revista Nueva Doctrina Penal, 1996/A.

HORKHEIMER Max (2001): Sobre el concepto de la razón en: **ADORNO** Theodor W. y otro: Sociológica en: Antología de lecturas del curso Epistemología de las ciencias sociales, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Sociología.

HULSMAN Louk y **BERNAT DE CELIS** Jaqueline (1984): Sistema Penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa, Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., traducción de Sergio Politoff.

ISSA EL KHOURY JACOB Henry (1985): Algunas consideraciones entorno a la teoría de la acción de Hans Welzel, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, enero-abril.

ISSA EL KHOURY JACOB Henry y **CHIRINO SÁNCHEZ** Alfredo (1991): Metodología de resolución de conflictos jurídicos en materia penal, San José, ILANUD.

ISSA EL KHOURY JACOB Henry y **CHIRINO SÁNCHEZ** Alfredo (1993): Bien Jurídico y derecho de castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional, Revista de Ciencias Penales, San José, año 5, n.7, julio.

JAKOBS Günter (1995): La Imputación Objetiva en Derecho Penal, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, traducción de Manuel Cancio Meliá.

JAKOBS Günter (1997): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., segunda edición.¿

JESCHECK Hans-Heinrich (1981): Tratado de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, España, Bosch, Casa Editorial, S.A., traducción de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig.

JIMÉNEZ Alexander (1997): Tecnología y destrucción ecosocial en América Latina, en: **ZAMORA** Álvaro (compilador): El otro laberinto (Tecnología, filosofía, historia), Cartago, Editorial Tecnológica.

KOFLER Leo (1974): Historia y dialéctica, Buenos Aires, Argentina, Amorrortu editores.

KOSIK Karel (1967): Dialéctica de lo concreto (Estudio sobre los problemas del hombre y del mundo), México D.F., México, Editorial Grijalbo S.A.

KOSIK Karel (1998): La crisis contemporánea, en: Antología de lecturas del curso Marxismo y teoría política, Escuela de Filosofía, Facultad de Letras, Universidad de Costa Rica.

LISZT Franz von (1927): Tratado de Derecho Penal, Madrid, España, tomo segundo, segunda edición, Editorial Reus S.A., traducción de Luis Jiménez de Asúa.

LÜDERSSEN Klaus (1982): La imputación individualizadora de lesiones de Bienes Jurídicos: Un límite infranqueable para las alternativas de la pena. (Reflexiones sobre el concepto de libertad del Psicoanálisis y sus consecuencias para el Derecho penal moderno), en **MIR PUIG** Santiago (editor): Derecho penal y ciencias penales, Bellaterra, España, Servicio de publicaciones, Universidad Autónoma de Barcelona.

MANNHEIM Karl (1941): Ideología y Utopía. Introducción a la sociología del conocimiento, México D.F., México, Fondo de Cultura Económica.

MARCEL Gabriel (1998): Yo y el otro en: Antología de lecturas del Seminario sobre la persona en Kant, Buber y Marcel, Escuela de Filosofía, Universidad de Costa Rica.

MARCUSE Herbert (1995): El hombre unidimensional, Barcelona, España, Editorial Planeta-De Agostini, S.A.

MARCUSE Herberth (1972): Ensayos sobre política y cultura, Barcelona, España, Ediciones Ariel, tercera edición, traducción de Juan-Ramón Capella.

MARTÍN-BARÓ Ignacio (1998): Psicología de la liberación, Madrid, España, Editorial Trotta, S.A.

MARTÍN-BARÓ Ignacio (1999a): Acción e Ideología. Psicología Social desde Centroamérica, San Salvador, UCA editores, novena edición.

MARTÍN-BARÓ Ignacio (1999b): Sistema, grupo y poder. Psicología social desde Centroamérica (II), San Salvador, UCA editores, cuarta edición.

MARX Karl: Capital punishment.

(<http://www.marxists.org/archive/marx/works/1853/02/18.htm>).

MARX Karl y **ENGELS** (Federico (s/f-a): La ideología alemana, San José de Costa Rica, Impresos Culturales, S.A.

MARX Carlos y **ENGELS** Federico (s/f.b): Manifiesto Comunista, La Habana, Cuba, Editorial de Ciencias Sociales.

MARX Carlos (1974): Manuscritos: economía y filosofía, Madrid, España, Alianza editorial, quinta edición.

MARX Carlos (1978): Contribución a la crítica de la economía política. Introducción a la crítica de la economía política, México D.F., México, Ediciones de Cultura Popular, S.A., octava reimpresión.

MARX Karl (1980): El Capital. Crítica de la Economía Política, México D.F., México, Siglo XXI Editores, libro primero, tomo I, volumen I, traducción de Pedro Scaron, novena edición.

MARX Karl (1992): Manuscritos económico-filosóficos, en **FROMM** (Erich): Marx y su concepto del hombre, México D.F., México, Fondo de Cultura Económica, traducción de Julieta Campos.

MARX Karl (1992): La sagrada familia, en **FROMM** Erich: Marx y su concepto del hombre, México D.F., México, Fondo de Cultura Económica, traducción de Julieta Campos.

MELOSSI Darío (1997): Ideología y Derecho Penal. Garantismo jurídico y criminología crítica, Revista Nueva Doctrina Penal, 1996/A.

MIR PUIG Santiago (1982): Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal, en **MIR PUIG** Santiago (editor): Derecho penal y ciencias penales, Bellaterra, Servicio de publicaciones, Universidad Autónoma de Barcelona.

MORA Arnoldo (1993): En los límites de la modernidad, en **JIMÉNEZ** Alexander (compilador): Del búho a las golondrinas: ensayos sobre el posmodernismo, San José, ediciones Guayacán.

MORSELLI Elio (1992): La función del comportamiento interior en la estructura del delito, Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., traducción de Jorge Guerrero.

MUELLER Gerhard O. W. (1963): El Derecho Penal. Sus conceptos en la vida real, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, traducción de Ramón Suárez del Campo.

MUÑOZ CONDE Francisco (1979): Hacia una ciencia crítica del Derecho Penal, Revista Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, Argentina, año 2.

MUÑOZ CONDE Francisco (1982): Culpabilidad y prevención general, en **MIR PUIG** Santiago (editor): Derecho penal y ciencias penales, Bellaterra, Servicio de publicaciones, Universidad Autónoma de Barcelona.

MUÑOZ CONDE Francisco y **GARCÍA ARÁN** Mercedes (1996): Derecho Penal. Parte

General, Valencia, segunda edición, Editorial Tirant lo blanch.

NAUCKE Wolfgang (1982): La filosofía social del Derecho penal orientado a las consecuencias, en **MIR PUIG** Santiago (editor): *Derecho penal y ciencias penales*, Bellaterra, España, Servicio de Publicaciones, Universidad Autónoma de Barcelona.

NOVOA MONREAL Eduardo (1977): *La evolución del Derecho Penal en el presente siglo*, Caracas, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana.

NOVOA MONREAL Eduardo (1980): *Causalismo y finalismo en Derecho Penal (aspectos de la enseñanza en Hispanoamérica)*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro.

NEUMAN Elías (1986): El sistema penal y sus víctimas, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, junio.

NUÑEZ Ricardo C. (1987): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, tercera edición, cuarta reimpresión.

PASHUKANIS E. B. (1976): *La teoría general del Derecho y el marxismo*, México D.F., México, Editorial Grijalbo S.A., traducción de Carlos Castro.

PAVARINI Massimo (1993): *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México D.F., México, Siglo XXI editores, S.A.

PÉREZ Luis Carlos (1987): *Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, tomo I.

PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando (1986): *Curso de Criminología*, Santa Fe de Bogotá, segunda edición, Editorial Temis, S.A.

POLAINO NAVARRETE Miguel (2002): Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal, en **DÍEZ RIBOLLÉS** José Luis y otros (editores): *La ciencia del Derecho penal en el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Editorial Tecnos.

POPPER Karl Raimund (1973): *La miseria del historicismo*, Madrid, España, Alianza Editorial, S.A., traducción de Pedro Schwartz.

PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN (2002): *Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible: Séptimo Informe 2000*, San José.

PROYECTO ESTADO DE LA NACIÓN (2004): *Décimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible*, San José, 2004.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo, **MORALES PRATS** Fermín y **PRATS CANUT** José Miguel (2002): *Manual de Derecho Penal. Parte General*, España, Editorial Aranzadi, S.A., tercera edición, 2002.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo (2004): *Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las*

Leyes Penales y los penalistas españoles, Madrid, Civitas Ediciones.

RAMÍREZ Edgar Roy (comp.) (1985): Ciencia, Responsabilidad y valores, Cartago, Editorial Tecnológica de Costa Rica.

REICH Wilhelm (1979): Materialismo dialéctico y psicoanálisis, México D.F., México, siglo veintiuno editores s.a., novena edición, traducción de Renate von Hanfsstengel y Carlos Gerhard.

RIVERA BEIRAS Iñaki (2005): La Política Criminal de las escuelas del pensamiento criminológico. Intentos integradores y “lucha de escuelas”, en VV.AA.: Política criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas, Barcelona, Anthopos Editorial.

ROUSSEAU Jean Jacques (1998): Contrato Social, Madrid, España, editorial Espasa Calpe, S.A.

ROXIN Claus (1992): Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal), Barcelona, España, PPU S.A., traducción de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée.

ROXIN Claus (1997): Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, España, Editorial Civitas, S.A., traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal.

RUDOLPHI Hans-Joachim (1991): El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal, en **SCHÜNEMANN** Bernd (comp.): El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, Madrid, España, Editorial Tecnos, S.A., traducción de Jesús Ma. Silva Sánchez.

RUSSELL Bertrand (1999): Sociedad humana: ética y política, Barcelona, España, Ediciones Altaya, S.A., traducción de Beatriz Urquidi.

SARAMAGO José (2000): La caverna, México D.F., México, Editorial Alfaguara, traducción de Pilar del Río.

SÁNCHEZ ROMERO Cecilia (2000): Derecho Penal parte general: Doctrina y jurisprudencia, San José, Editorial Jurídica Continental.

SANDOVAL HUERTAS Emiro (1984): Sistema Penal y Criminología Crítica, Bogotá, Editorial Temis.

SCHÜNEMANN Bernd (1991): Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, en **SCHÜNEMANN** Bernd (comp.): El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, Madrid, España, Editorial Tecnos, S.A., traducción de Jesús Ma. Silva Sánchez.

SCHÜNEMANN Bernd (1996): Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencias jurídico-penal alemana, Bogotá, Colombia, Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia.

SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (1997): Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, en **SILVA SÁNCHEZ** Jesús-María (editor): Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, José María Bosch editor.

SOLANO SOLANO Mario A. (1991): Conciencia cotidiana, autoritarismo y medios de difusión de masas, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica.

SOLÓRZANO ALFARO Norman José (1993): Ciencias-Justicia-Derecho. El conflicto (Contribución para la Teoría General del Derecho y la Teoría Política sobre el Poder Judicial), Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

SPINOZA Baruch de (2003): Ética, Buenos Aires, Argentina, Longseller Editorial, traducción de Marco Alarcón.

STRATENWERTH Günter (1980): El futuro del principio penal de culpabilidad, Madrid, España, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, traducción de Enrique Bacigalupo.

SZABÓ Denis (s/f.): Criminología Comparada. Significación y tareas, Maracaibo, Venezuela, Centro de Investigaciones Criminológicas, Universidad de Zulia, traducción de Lola Aniyar de Castro y de Magdalena Richer.

TAVARES Juarez Estevam Xavier (1983): Teorías del delito. Variaciones-Tendencias, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L., traducción de Nelson R. Pessoa.

TIFFER Carlos y **LLOBET** Javier (1999): La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. Con jurisprudencia nacional, San José, UNICEF-ILANUD-CE.

TIEGHI Osvaldo Nelo (1974): Reflexología criminal. Psicología y responsabilidad penal, Buenos Aires, Editorial Astrea.

TOCORA Fernando (1990): Política criminal en América Latina, Santa fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional.

TORIO LÓPEZ Ángel (1985): El concepto individual de culpabilidad, en **DAVID** Pedro R. (comp.): Crime and criminal policy. Papers in honour of Manuel López-Rey y Arroyo, Roma, Italia, UNSDRI.

TORÍO LÓPEZ Ángel (1986): El sustrato antropológico de las teorías penales, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa., Madrid, junio.

TOZZINI Carlos A. (1964): Dolo, error y eximentes putativas (Desde el punto de vista de la

Psicología de la Forma), Buenos Aires, Ediciones Depalma.

TOUCHARD Jean (1985): Historia de las ideas políticas, Madrid, España, Editorial Tecnos S.A., quinta edición, traducción de J. Pradera.

USSEL Jos van (1974): La Represión Sexual, México D.F., México, ediciones Roca, S.A., traducción de J.A. Bravo.

ÜEXKÜLL Jakob von (1974): El organismo animal y su ambiente, citado por **DE MARCHI** Luigi: Wilhelm Reich, biografía de una idea, Barcelona, España, ediciones Península, traducción de Secundi Sorie.

VITALE Gustavo L. (1998): Estado Constitucional de Derecho y Derecho penal, en **VV. AA.:** Teorías actuales en el Derecho penal, Buenos Aires, editorial AD-HOC S.R.L.

WARTOFSKY Max citado en **RAMÍREZ** Edgar Roy (1985): Ciencia, Responsabilidad y valores, Cartago, Editorial Tecnológica de Costa Rica.

WELZEL Hans (1979): Derecho Penal alemán. Parte general, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez.

WITTGENSTEIN Ludwig (2000): Tractatus logico-philosophicus, Madrid, España, Alianza Editorial, traducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera.

ZAFFARONI Eugenio Raúl (1985): Manual de Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar Editores.

ZAFFARONI Eugenio Raúl (1993): En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal), Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, S.A., segunda edición.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, **ALAGIA** Alejandro y **SLOKAR** Alejandro (2002): Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar editores, segunda edición.