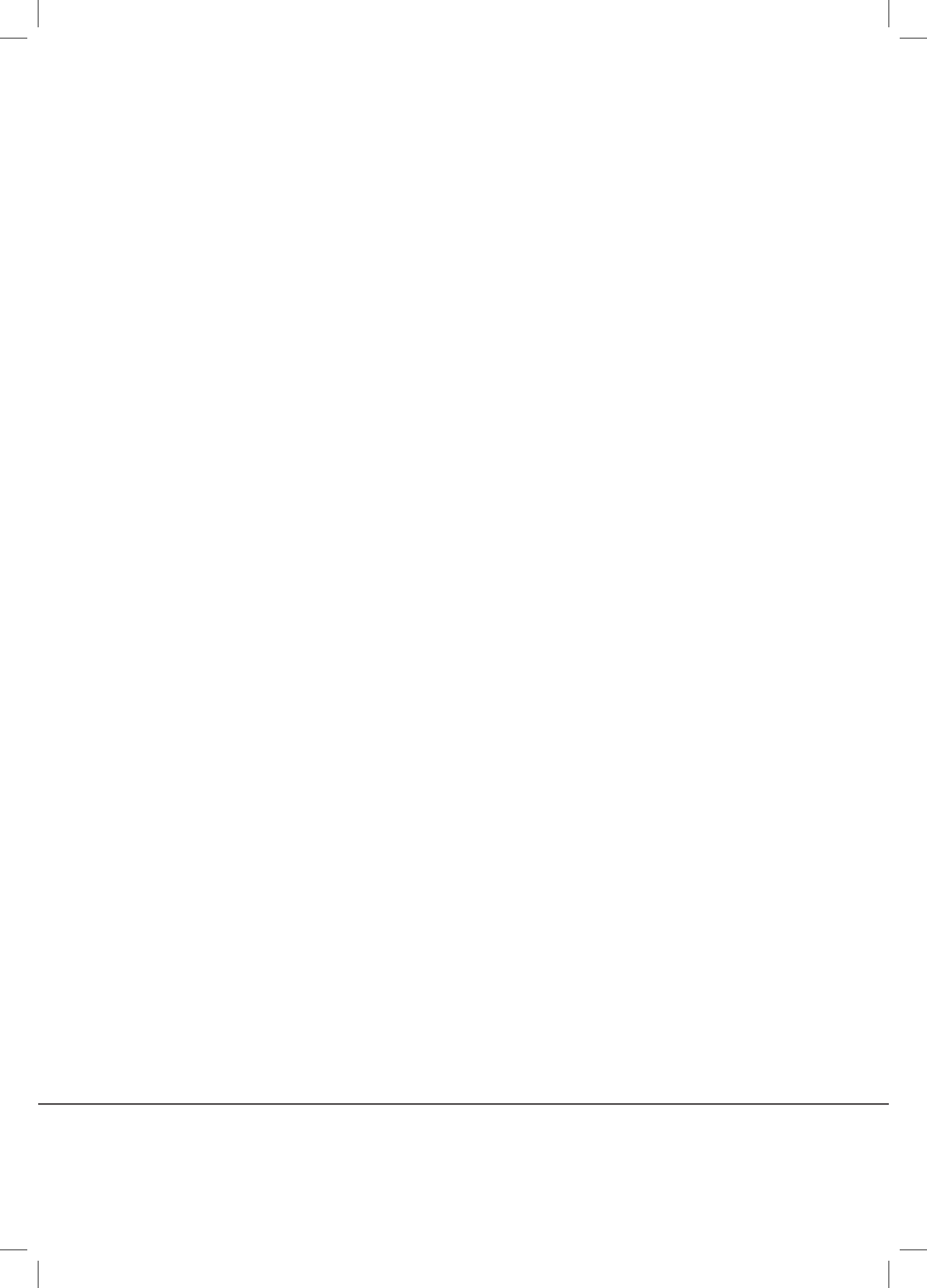






**DE LA CRIMINOLOGÍA AL DERECHO PENAL:
TRAS EL RASTRO DEL DELITO**



DE LA CRIMINOLOGÍA AL DERECHO PENAL: TRAS EL RASTRO DEL DELITO

MAYDA GOITE PIERRE
MYRNA BEATRIZ MÉNDEZ LÓPEZ
MAYRELIS ESTRADA CHACÓN
MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ
ADRIANA MENDOZA SOLÓRZANO
RUFINA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
DAYÁN GABRIEL LÓPEZ ROJAS



DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

EDICIÓN

JOSÉ ANTONIO BAUJIN

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

ALEXIS MANUEL RODRÍGUEZ DIEZCABEZAS
DE ARMADA

SOBRE LA PRESENTE EDICIÓN

- © MAYDA GOITE PIERRE, 2017
- © MYRNA BEATRIZ MÉNDEZ LÓPEZ, 2017
- © MAYRELIS ESTRADA CHACÓN, 2017
- © MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ, 2017
- © ADRIANA MENDOZA SOLÓRZANO, 2017
- © RUFINA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2017
- © DAYÁN GABRIEL LÓPEZ ROJAS, 2017
- © DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES DE LA UCSG, 2017

ISBN

978-9942-769-18-3

DEPÓSITO LEGAL

GYE-XXXXXX

**DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA****DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

AV. CARLOS JULIO AROSEMENA, KM. 1,5
TELÉFONO: +593 4 220 9210
GUAYAQUIL, ECUADOR
correo electrónico: editorial@cu.ucsg.edu.ec
<http://www.ucsg.edu.ec>

345.02

D331d

GOITE PIERRE, MAYDA
MÉNDEZ LÓPEZ, MYRNA BEATRIZ
ESTRADA CHACÓN, MAYRELIS
PALENCIA NÚÑEZ, MÓNICA
MENDOZA SOLÓRZANO, ADRIANA
HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, RUFINA
LÓPEZ ROJAS, DAYÁN GABRIEL

De la criminología al derecho penal : tras el rastro del delito.-
Guayaquil: 1ª edición.- Dirección de Publicaciones de la
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2017.
78 p. : ilus., tpls.

ÁREA: DERECHO

1. DERECHO PENAL.
2. CRIMINOLOGÍA.

ISBN: 978-9942-769-18-3

QUEDA RIGUROSAMENTE PROHIBIDA, SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA
DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT, BAJO LAS SANCIONES ESTABLECIDAS
EN LAS LEYES, LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA POR
CUALQUIER MEDIO O PROCEDIMIENTO, COMPRENDIDO LA REPROGRAFÍA Y EL
TRATAMIENTO INFORMÁTICO, Y LA DISTRIBUCIÓN DE EJEMPLARES DE ELLA
MEDIANTE ALQUILER O PRÉSTAMOS PÚBLICOS.

CONTENIDO

PROEMIO	9
Mayda Goite Pierre	
UN RETORNO AL PASADO, PARA COMPRENDER EL PRESENTE Y PROYECTARSE HACIA EL FUTURO DE LA CRIMINOLOGÍA	13
Myrna Beatriz Méndez López (<i>Universidad de La Habana</i>)	
Mayda Goite Pierre (<i>Universidad de La Habana</i>)	
Exordio	13
Las disquisiciones sobre el origen de la Criminología:	15
un necesario punto de referencia en el mapa epistemológico	15
La coordenada inicial del mapa:	20
el positivismo italiano y la lucha de escuelas	20
Cesare Lombroso (1835-1909)	24
Enrico Ferri (1856-1929)	25
Rafael Garófalo (1851-1934)	27
La Escuela Francesa de Lyon	29
Alejandro Laccassage (1843-1924)	29
Gabriel Tarde (1843-1904)	30
Positivismo crítico	31
La Escuela de Marburgo	31
Escuela de la Defensa Social	32
Los ejes vertebradores del mapa	33
¿Cuál es su objeto de estudio?	33
¿Cuál es su utilidad?	33
Las coordenadas del positivismo criminológico en América Latina	34
Una nueva coordenada del mapa: la sociología criminal	40
El estructural funcionalismo	41
La teoría del aprendizaje	46
Teoría de la sub-cultura	49
Las teorías interaccionistas	52

Interaccionismo simbólico	52
Teoría de la reacción social (Teoría del etiquetamiento o Labeling Approach)	53
¿Cuál es su objeto de estudio?	55
¿Cuál es su utilidad?	56
Un nuevo paradigma: la criminología crítica	56
El neorealismo de izquierda	62
El minimalismo penal	63
El abolicionismo	66
¿Cuál es su objeto de estudio?	69
¿Cuál es su utilidad?	69
Las coordenadas de la criminología crítica en América Latina	69
Un mapa culminado o un mapa por construir: la criminología hoy	72
Derechos humanos y criminología	73
Teoría de la securitización	74
Criminología mediática	76
Prevención situacional	78
Otras manifestaciones que impactan el pensamiento criminológico y requieren de una mirada crítica y nos impiden terminar el mapa	80
Bibliografía	81

GLOBALIZACIÓN, POLÍTICA CRIMINAL Y RUMBOS DEL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO 87

Dayán Gabriel López Rojas (*Universidad de Matanzas*)

Mayda Goite Pierre (*Universidad de La Habana*)

A modo de contextualización	87
Líneas maestras de la política criminal	89
y el derecho penal de la globalización	89
Política criminal del riesgo	90
Derecho penal del riesgo o derecho penal «moderno» (o la Hidra de Lerna)	91
1) Preponderancia de la criminalización, conducente a una hipertrofia irracional	93
2) Frecuentes y parciales alteraciones de la «parte especial» de los códigos penales y edición de leyes penales especiales, cual expresión de la función simbólica que viene desempeñando el derecho penal	93
3) La protección funcional de bienes jurídicos, excesiva creación de delitos de peligro abstracto y crisis del principio de lesividad u ofensividad	96
4) Flexibilización del mandato de taxatividad, ínsito al principio de legalidad penal	97
5) Protagonismo de la función intimidatoria del derecho penal en desmedro de los principios de igualdad y proporcionalidad	97
6) Transformación funcionalista de categorías dogmáticas clásicas	98
Pautas básicas para una modernización razonable del derecho penal	98

Referencias bibliográficas	103
DE LA POLÍTICA CRIMINAL A LA CONCRECIÓN LEGISLATIVA. EN BUSCA DE UN MEJOR DERECHO	107
<i>Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez (Universidad de La Habana)</i>	
<i>Mayda Goite Pierre (Universidad de La Habana)</i>	
<i>Mónica Palencia Núñez (Universidad de La Habana)</i>	
A modo de preludio	107
La reforma procesal penal latinoamericana,	108
punto de partida hacia la oportunidad	108
Una obligada contextualización para la inserción del principio de oportunidad. Sus fundamentos de política criminal	111
A modo de epílogo	121
Bibliografía	122
LA CONSTRUCCIÓN EPISTÉMICA DE LA CULPABILIDAD COMO CATEGORÍA DELICTUAL DE CUALIFICACIÓN SUSTANTIVA	125
<i>Mayrelis Estrada Chacón (Universidad de La Habana)</i>	
<i>Mayda Goite Pierre (Universidad de La Habana)</i>	
<i>Myrna Beatriz Méndez López (Universidad de La Habana)</i>	
Puntualización	125
La crisis del contenido material de la culpabilidad como elemento del delito	127
La culpabilidad desde lo intraculpabilístico	129
La culpabilidad desde el intermedio	131
La culpabilidad desde lo extraculpabilístico	135
La motivación complementada por la valoración.	143
Consecuencias para la configuración de la culpabilidad	143
Bibliografía	149
LA IMPUTABILIDAD Y SUS EXCEPCIONES EN MENORES DE EDAD	155
<i>Adriana Mendoza Solórzano (Instituto Superior Pedagógico para la Enseñanza Técnica y Profesional)</i>	
Presentación	155
Fundamentos doctrinales sobre el concepto de imputabilidad	155
Inimputabilidad en niños, niñas y adolescentes	162
El paradigma de la doctrina de la situación irregular	164
La imputabilidad penal en el contexto del modelo de protección	166
Sistema de Protección Integral	167
y Responsabilidad Penal	167

para Jóvenes	167
Legislación ecuatoriana acerca de la inimputabilidad	169
A modo conclusivo	171
Bibliografía	171

DELITO CONTINUADO Y ESTAFA MASIVA. UN CASO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN EL EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA* 173

Mónica Palencia Núñez (*Universidad de La Habana*)

Mayda Goite Pierre (*Universidad de La Habana*)

A modo de preámbulo	173
Justificación. La pertinencia	174
Del delito continuado y construcciones cercanas	176
Del delito continuado	176
Del desarrollo del concepto de «delito continuado». Orígenes	178
Del delito continuado en el pensamiento contemporáneo	180
La solución cubana: el delito continuado,	186
los delitos de intención ulterior, delitos de resultado	186
ulterior y mutilados de dos actos, y delitos de tendencia	186
Lineamientos para conclusiones	188
Toma de postura	189
Bibliografía	190

SOBRE LOS AUTORES 193

PROEMIO

En la ciudad del futuro, que ya está siendo presente, los teleniños, vigilados por niñeras electrónicas, contemplarán la calle desde el balcón o la ventana: la calle prohibida por la violencia, o por el pánico a la violencia; la calle donde ocurre el siempre peligroso, y a veces prodigioso, espectáculo de la vida.

EDUARDO GALEANO

Decidí utilizar el término «proemio» y no otro de los que normalmente identifican la presentación de un libro, porque quiero acercarme lo más posible a la literatura, porque soy de las que creo que el desafío de enfrentar el delito ha estado marcado hasta hoy por mucha «venganza» y es hora de que recapitemos, y entandamos que es mejor «tender la mano», «ofrecer oportunidades», «ayudar a crecer», antes que «reprimir», «encerrar», «castigar» y «vilipendiar» (de esa reflexión me ocuparé luego). Ahora aprovecho, entonces, la oportunidad que me ofrece un magnífico programa conjunto que he tenido el privilegio de ver «nacer», «ayudar a crecer» y del que, seguro, veré los «frutos», mediante el cual las Facultades de Derecho de la Universidad de La Habana y de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil funden sus esfuerzos en pos de un noble propósito: hacer progresar espiritualmente lo más valioso que comparten, sus «recursos humanos».

Un proyecto con vocación científica en la formación de Doctores en Ciencias Jurídicas, que ha traído consigo un aprendizaje mutuo y beneficios compartidos, que incorpora como complemento conocer más nuestros pueblos, identificar lo común de lo desapercibido, escudriñar en los espacios colectivos que ofrecen nuestros predios y allí encontrar el nacimiento del «manantial» que, si se camina firme, en línea recta, bordeando los obstáculos, saltando las espinas, al final permite el encuentro con el «amigo» que afincará sus raíces y escribirá en letras claras: «¿Quién dijo que somos cubanos y ecuatorianos? Somos, orgullosamente, latinoamericanos».

De ahí que toda mi reflexión sobre la obra que presento, *De la criminología al derecho penal. Tras el rastro del delito*, tenga, como fundamento principal para

explicar su contenido, un impresionante artículo escrito por Eduardo Galeano, ese grande de las letras, que marchó bien temprano quedándole seguro cosas por decir. Aun así, en materia de pensamiento criminológico y justicia penal, Galeano resumió su reflexión cuando dictó su conferencia: «El sacrificio de la justicia en los altares del orden. Los prisioneros», en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996, en la que expresó:

En la era de las privatizaciones y el mercado libre, el dinero se propone gobernar sin intermediarios. ¿Cuál es la función que se atribuye al Estado? El Estado debe ocuparse de la disciplina de la mano de obra barata, condenada a salarios enanos, y a la represión de las peligrosas legiones de brazos que no encuentran trabajo: un Estado juez y gendarme, y poco más. De los servicios públicos ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. La administración pública solo puede disfrazarse de madre piadosa muy de vez en cuando, atareada como está en consagrar sus menguadas energías a las funciones de vigilancia y castigo.

El recorrido que hacemos la profesora Myrna Méndez y yo por el accidentado mapa que ha configurado a la criminología ofrece elementos que constatan esa ideología.

Sigo con Galeano:

en el proyecto neoliberal, los derechos públicos se reducen a favores del poder, y el poder se ocupa de la salud pública y de la educación pública como si fueran formas de caridad pública. [...] crece la pobreza y crecen las ciudades y crecen los asaltos y las violaciones y los crímenes. La criminalidad crece mucho más que los recursos para combatirla. Una creciente y cada vez más poderosa criminalidad organizada, vinculada a la corrupción que visibilizada una justicia solo para los pobres y los desclasados que según la criminología crítica eran los únicos con pasaportes para las prisiones.

Esa criminología crítica fue también objeto de análisis en las reflexiones sobre pasado, presente y futuro de la criminología, porque el *slogan* que marcó este movimiento, «nada anda», no fue lo suficientemente fuerte para impactar o dar solución a los desafíos de su época, aunque animó el espíritu de la izquierda latinoamericana.

Parecía que Galeano compartía una clase sobre *criminología mediática* con Zaffaroni; sus meditaciones lo llevaron afirmar:

mientras el poder enseña impunidad, esos grandes medios y sobre todo la televisión, difunden mensajes de violencia y de consumismo obligatorio. Una [...] investigación universitaria reveló que los niños de Buenos Aires ven cada día cuarenta escenas de violencia en la pantalla chica. ¿Cuántas escenas de consumismo ven? ¿A cuántos ejemplos de despilfarro y ostentación asisten cada día? ¿Cuántas órdenes de comprar reciben los que poco o nada pueden comprar? ¿Cuántas veces al día se les taladra la cabeza para convencerlos de que quien no compra no existe, y quien no tiene no es? Paradójicamente la televisión suele transmitir discursos que denuncian la plaga de violencia urbana y exigen mano dura, mientras la misma televisión imparte educación a las nuevas generaciones derramando en cada casa océanos de sangre y de publicidad compulsiva. En ese sentido, bien podría decirse que sus propios mensajes están confirmando su eficacia mediante el auge de la delincuencia.

En la cuestión criminal, Zaffaroni abunda sobre este fenómeno y pone al descubierto sus riesgos, pero ese es también un reto para la criminología, ¿dónde estará el límite?

Galeano coloca otra pieza clave: «La criminalidad crece mucho más que los recursos para combatirla». Rufina, Mónica y Mayda, desde un análisis de política criminal, llaman la atención acerca de que las herramientas con las que hoy los Estados tratan de combatir la criminalidad no son efectivas y estamos obligados a un replanteo del edificio criminológico, sustantivo y procesal. Lograrlo requiere pensamiento multicausal y es en este contexto social complicado, caracterizado por la presencia de una creciente sociedad de riesgo globalizada y, con ello, por la aparición de fenómenos delictivos congruentes donde se hace más necesario que nunca una política criminal que marque las pautas de construcción de las formulaciones dogmáticas para hacerlas afines y reales; de eso se ocupan también Dayán y Mayda en sus propuestas analíticas.

Por su parte, Mayrelis, Myrna y Adriana comparten elucubraciones teóricas sobre instituciones clásicas vinculadas a «culpabilidad e imputabilidad», trincheras de la garantía de un ciudadano contra el poder del Estado. Por supuesto, Galeano no se refirió a ellas, pero es posible vincularlas a la «seguridad jurídica», que también fue vista en estas palabras: «Para acabar con la falta de garantías de los ciudadanos se exigen leyes que suprimen las garantías que quedan». La criminología y el derecho penal no pueden permitirse esa arbitrariedad institucionalizada.

Para ir cerrando este «proemio», vale recordar que en 1999 Ulrich Beck, en su obra *World Risk Society*, llama la atención al considerar que en las décadas venideras nos enfrentaríamos a profundas contradicciones y paradojas

desconcertantes, donde experimentaríamos «esperanzas envueltas en desesperación», producidas por el «riesgo». Ese es nuestro sentimiento actual, marcado por una tendencia que deja al descubierto cómo cuatro grandes procesos, a saber: la globalización, la individualización, el subempleo y los riesgos globales, marcan el reto de las sociedades que deben responder «simultáneamente» a todos esos desafíos. Por supuesto, todos ellos tienen un reflejo en el quehacer criminológico, pero, a la vez, Galeano especula: «Se multiplican los asustados, y los asustados pueden ser más peligrosos que el peligro que los asusta», y yo le añado: ¡cuidado con las «respuestas», no nos dejemos invadir por el «populismo punitivo», que acabará «multiplicando los asustados»!

Por esa razón este texto llama a criminólogos, penalistas y hombres de bien a trabajar en el diseño de una justicia que, como el mundo, siempre es posible que sea mejor. Nuestra invitación es a compartir puntos de vistas y perspectivas, valoraciones criminológicas y sociales, que de manera significativa impactan a la criminología y el derecho penal. Enfrentamos el desafío para lograr estabilidad y seguridad ciudadana y continuar manteniendo el derecho penal en límites razonables alejados de los dogmas y de los esnobismos, y eso solo se logrará con un pensamiento holístico de la criminología.

No puedo concluir sin dejar plasmada la inmensa satisfacción que he sentido al coordinar esta obra, con la que se reafirma la idea de que las investigaciones ofrecen resultados de impacto cuando son fruto de la inteligencia colectiva. Los estudios aquí recogidos forman parte de los proyectos de investigación I+D, que se desarrollan en el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. En lo particular, cinco de los autores (Myrna Méndez, Rufina Hernández, Mayrelis Estrada, Dayán López y Mónica Palencia) han sido mis discípulos, a ellos me une una fraternal comunidad profesional y una compartida línea de pensamiento que hizo germinar el más sincero de los lazos, la «amistad». Dijo nuestro José Martí que «enseñar es una obra de infinito amor». Gracias a todos por ofrecerme esa oportunidad.

MAYDA GOITE PIERRE
La Habana, julio de 2017

UN RETORNO AL PASADO, PARA COMPRENDER EL PRESENTE Y PROYECTARSE HACIA EL FUTURO DE LA CRIMINOLOGÍA

MYRNA BEATRIZ MÉNDEZ LÓPEZ
MAYDA GOITE PIERRE
UNIVERSIDAD DE LA HABANA

EXORDIO

El abordaje de las corrientes criminológicas contemporáneas nos lleva necesariamente a una valoración de su génesis. Los discursos criminológicos no son algo pasado; de alguna forma, si bien son historia son también presente. A decir de Zaffaroni (2000), hay algo que distingue la criminología de otras disciplinas:

sería trágico que en el ámbito de la medicina convocáramos una junta médica y se pusiesen los médicos a discutir la teoría de los tumores junto a las investigadas hoy con computadoras. Sería absurdo que nos propongamos enviar un mensaje y nuestros amigos se pusieran a discutir si es mejor usar señales de humo, el fax, o Internet. En criminología esto no pasa. En criminología todos los discursos están vivos, es decir, no estamos recorriendo un parque paleontológico, estamos recorriendo un zoológico de animales vivos de todas las épocas. Ningún discurso muere, son los árboles, pero árboles que lo que más puede pasar es que cambien el follaje, pero siguen presentes, son todos contemporáneos.

Entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX irrumpe la criminología como ciencia y, metafóricamente, al igual que un recién nacido, sus primeros pasos fueron dados en una atmósfera de fervientes discusiones. Con el decursar del tiempo, en el nuevo milenio, estas polémicas han permanecido, transitando los puntos polémicos en diversas direcciones, que incluyen desde su intitulación, su carácter, objeto de estudio, hasta la utilidad de este saber.

En lo concerniente a la denominación, fueron dadas desde su aparición variantes como: antropología criminal, biología criminal, psicología criminal, sociología criminal. En aquel entonces obtuvo el triunfo la denominación «criminología», término utilizado inicialmente por el francés Toppinard, pero que logró imponerse gracias a la obra del jurista italiano Rafael Garófalo. La carta de triunfo de la intitulación escogida no es por el hecho de que este tér-

mino no necesite apellido, sino que los otros responden a enfoques parciales o especializados.

Hoy por hoy, este cuestionamiento podría considerarse solucionado, sin embargo el viraje dado por la criminología ha puesto en tela de juicio el nombre de ella. Algunos proponen la conveniencia de un cambio de etiqueta pues consideran a este término vinculante con el positivismo, y señalan nuevas denominaciones: «sociología del control social», «teoría del control social». Otros plantean que la cuestión del nombre no es un asunto de importancia teórica y que, mientras no suceda una reformulación general de las etiquetas académicas de las disciplinas sociales, es necesario llevar el discurso de la criminología con este nombre.

Al ver la luz esta ciencia, se produjo el cuestionamiento de si podría sobrevivir al producirse la ruptura del cordón que la ataba a otros saberes y por ello, para algunos, desde un inicio se trató de adoptar no como independiente sino como parte de otras ciencias ya establecidas, principalmente de la sociología y del derecho penal; para otros la criminología podría ser liberada.

La polémica, a este punto, no ha perdido terreno en la actualidad. Es posible escuchar formulaciones como: «la criminología no es todavía una ciencia, pero está próximo a serlo», «la criminología no consigue emanciparse de las ciencias que la componen», «la criminología es un cuerpo de saberes que aporta información y conocimiento, un arte, pero no una ciencia». Otros sin embargo tienen el criterio de que la criminología es una ciencia independiente, dándole a la misma un carácter especial.

Un fuerte cuestionamiento desde el surgimiento de la criminología fue la delimitación de su objeto de estudio. Al inicio de este siglo se produce lo que ha pasado a la historia con el nombre de «lucha de escuelas», que desde posiciones diversas explicaban el delito: antropológicas –el delincuente es una genuina especie, *species generis humani*–, psicopatológicas –el delito es enfermedad–, biológicas –*praxis est multiplex*–, sociológicas –*tout le monde est coupable excepte le criminel*–. En estas controversias, empero, había un punto en común, se buscaban las causas del delito partiendo no de las normas sino del agente infractor de las mismas (delincuente); de esta forma se perfila el objeto de estudio que fue atacado al considerar que se inmiscuía en terrenos de otras ciencias, razón por la que la carencia de un objeto propio estuvo marcada desde un principio por este cuestionamiento. En la actualidad este debate se mantiene, pero a diferencia de sus inicios se encuentra presente en todas las ciencias sociales; «los objetos y métodos de las ciencias fracasan ante la inabarcabilidad y ambigüedad de los fenómenos que se deben describir y aprehender» (Beck, 1997).

Se impone remontar el pasado para comprender el presente. Podría existir la confusión de que este vía crucis intelectual nos coloque en un laberinto con

densas brumas, el cual, como única certeza, nos llevaría de retorno al punto inicial, pero es tarea vital reconstruirlo y despejar la bruma. Esta difícil labor nos permitirá delimitar los actuales retos y tareas de esta ciencia, pero, hay que insistir en ello, es posible tal empresa solo si se conocen los elementos que le dieron origen; no es posible explicar lo que está pasando si se prescinde de tantear las raíces en la historia propia.

El laberinto que simboliza la historia de la criminología nos lleva a la necesidad de configurar un mapa epistemológico donde se incluyan las coordenadas puntuales de la criminología, que permitirá un adecuado trazado sobre la base de una perspectiva metodológica, teniendo en cuenta las siguientes acotaciones:

- El trazado que se va a estructurar constituye una pequeña parte del desarrollo de la criminología, un recorrido completo sería imposible por su amplitud.
- Partiendo de lo anterior, el análisis es una sección transversal sincrónica, pues hay pocas referencias al momento histórico en el que se desarrollan las diferentes corrientes que, por demás, no responden a un orden cronológico.
- La configuración del mapa está delimitada por una brújula enmarcada por dos puntos cardinales que son objeto de estudio, cuya búsqueda se sustenta en determinar la invariante a través de los diferentes paradigmas y la utilidad de la criminología,

No obstante, su correcta comprensión nos lleva a perfilar las cuestiones controversiales antes referidas y, sobre la base de su desarrollo, analizar los retos de la criminología en la actualidad, sin olvidar que el hoy de la construcción del conocimiento científico está signado por las desconstrucciones y la coexistencia de varios paradigmas emergentes, que deben dar paso en un futuro a uno nuevo, y de tal realidad no escapa la criminología.

LAS DISQUISICIONES SOBRE EL ORIGEN DE LA CRIMINOLOGÍA: UN NECESARIO PUNTO DE REFERENCIA EN EL MAPA EPISTEMOLÓGICO

La construcción del mapa epistemológico impone la interrogante y necesaria respuesta sobre ¿cuándo surge la criminología como ciencia?

La respuesta a este primer cuestionamiento nos conduce a la valoración de los cambios que se generan en el siglo XIX, en el transcurso del cual se estructura un gran número de controles sobre el individuo, siendo esta la razón por la que se le denomina época de «ortopedia social». Con el desarrollo de estas características, a finales de esta centuria comienza a «formarse un

cierto saber del hombre, de la individualidad, del individuo, saber este que, en verdad, nace de las prácticas sociales de control y vigilancia... al lado del saber tecnológico aparece un nuevo saber, el de la criminología» (Foucault, 1986).

Siguiendo la línea de pensamiento de Michel Foucault, se verifica un consenso, aunque sin unanimidad, de que el surgimiento de la criminología se produce a finales del siglo XIX, criterio al que se suman las autoras. Sin embargo, existen razonamientos que ubican su génesis en otros períodos de la historia, pues los seres humanos no esperaron el advenimiento de la criminología para formarse ideas sobre el crimen y el criminal, y un verdadero origen parte de los antecedentes que dieron lugar a lo que se pretende estudiar. Nada en el mundo –y las ciencias incluidas– se forma por generación espontánea: «Criminología la ha habido siempre, desde que ha habido crímenes [...]; una criminología, siquiera, incipiente, rudimentaria, elemental, tan elemental y tosca, tan pedestre y vulgar como los romances de ciego, que siempre tuvieron en el delito una de sus favoritas inspiraciones» (Quirós, 1940).

Quintiliano Saldaña, en su obra *Nueva criminología*, establece dos etapas para la historia de la disciplina: antigua y moderna. La antigua incluye las fases: sentimental (valora que desde la fase sentimental existe criminología como ciencia), vindicativa, humanitaria utilitaria, especulativa y práctica. Por su parte, la etapa moderna la subclasifica en crítica, que incluye las corrientes teórica y doctrinal; en esta última fija la Escuela Positiva Italiana, y en la constructiva a su vez integra las corrientes sintética y analítica (Saldaña, 1936).

Por su parte, Schneider (1933), en su obra *Criminología*, distingue tres épocas: Escuela Clásica (siglo XVIII), Escuela Positiva (finales del siglo XIX y principios del siglo XX) y Moderna Escuela (mediados del siglo XX). Al igual que Schneider, que fija el origen de la criminología en el siglo XVIII, Jiménez de Asúa (1945), en su libro *Tratado de derecho penal*, toma como punto de partida esta centuria y vincula su origen con la publicación de causas célebres.

El argentino Eugenio R. Zaffaroni, al referirse a los discursos criminológicos, argumenta que «no se animó a hablar de un objeto, un método. Simplemente me animo a mirar el camino, a resaltarlo y a señalar las terribles dificultades que tuvo y que seguirá teniendo siempre la criminología para poder delimitar su ámbito, para poder señalar su límite epistemológico» (Zaffaroni, 2000). Puntualiza este autor que existen momentos importantes en lo referido al derecho penal y al discurso criminológico, que tienen un punto de viraje radical cuando en se expropia a la víctima de su papel en el conflicto punitivo. Siguiendo las valoraciones de Michel Foucault (que serán abordadas en otro momento de la exposición), surge así una nueva forma de indagación y de poder, la que desemboca en una aberrante jerarquización biológica plasmada en la obra fundacional de la criminología, que para Zaffa-

roni (2000) es el *Malleus Maleficarum* de 1484; «no es cierto que la criminología nace con Lombroso. No es cierto que la criminología nazca con ideólogos del liberalismo penal. La criminología nace en 1484 con el libro *El martillo de las brujas*» (Anitua, 2005).

Más allá de estas disquisiciones, cada una de ellas con argumentos puntuales para ubicar la génesis de la criminología, el recorrido tomará señales necesarias a tener en cuenta en la construcción del mapa epistemológico de la criminología.

Las huellas nos conducen al siglo 1100 a. C., en Egipto, durante el reinado de Ramsés IX: en un papiro encontrado en la región de Tebas se narra un hecho de profanación de una ciudad funeraria; el relato refiere el porqué de la conducta de los detenidos, señalando que conjuntamente con los móviles de ambición se unen las condiciones de vida miserable (Wehner, 1974).

Desde la antigüedad, en todas las concepciones y conocimientos que desbordaban los parámetros del saber común, se inscribían explicaciones sobre el crimen y en tal sentido se encuentran valoraciones en las obras de importantes pensadores como Aristóteles, Heráclito, Platón y Sócrates.

Dimensiones criminológicas se hallan en los primeros textos jurídicos de la humanidad. El primero de ellos es el denominado *Código de Urukagina*, aproximadamente de fecha 2350 a. n. e. Hasta el presente no ha sido encontrado y sus referencias llegan mediante otros documentos, donde se refiere que era una recopilación de ordenanzas y leyes dictadas por los reyes de Mesopotamia (cfr. <http://www.wwlia.org/hist.htm>) y que entre otras estipulaciones facultaba a los jueces para ordenar diferenciación de las penas siguiendo determinados criterios, que podrían catalogarse como valoraciones criminológicas. Siguiendo esta perspectiva, se ubica el mal llamado *Código Ur-Nammu* (Kramer, 1983), quien fue coronado en la tercera dinastía Ur, en época neosumeria (250 a. n. e.), y fue redactado bajo fórmulas condicionales, en cuya prótasis se argumenta un hecho; de esta manera aparecen 32 leyes, entre las cuales se recogen iguales apreciaciones en su articulado (Peinado, 2001).

El *Código Hammurabi* muestra diferenciaciones en el enjuiciamiento de conductas semejantes entre pobres y ricos que son penadas de manera distinta; a los que ostentan una condición más elevada se les exige en definitiva una moral más sublime que a los modestos, pues sus motivaciones según este código son diferentes.¹ Referencias en este sentido también se localizan en el

¹ Sirva de ejemplo el precepto 8 que señala: «si un señor roba un buey, un cordero, un asno, un cerdo o una vaca, si lo robado pertenece a la religión o si pertenece al Estado sustituirá hasta tres veces, si pertenece a un subalterno lo restituirá hasta 10 veces. Si el ladrón no tiene con qué restituir será castigado con la pena de muerte» (Peinado, 2001).

derecho hebreo, pues para algunos autores las compilaciones contenidas en el Antiguo Testamento, específicamente en el Éxodo, son una aplicación directa o indirecta de las normas del *Código Hammurabi* -«este ha sido el progenitor inmediato o lejano del sistema legal hebreo» (Colombo, 1966)-, donde hay exigencias de conductas conformes a las normas, con diferentes sanciones según el implicado.

En la Edad Media, el afán de llegar al secreto del delito se manifiesta fuera de las leyes en todas aquellas ciencias ocultas, que son como el seno, el vientre en que se ha formado la moderna criminología (Quirós, 1940). Entre ellas tenemos, en primer lugar, la astrología, que pretendió hallar el secreto de los destinos humanos en la constelación bajo la que cada cual ha llegado al mundo. Luego, la oftalmoscopia, que lee igualmente en los ojos el carácter de las personas; la metoposcopia, que investiga en las arrugas de la frente; la quiromancia, dedicada a la interpretación de las líneas de las manos, y, sobre todo, la fisionomía, que por el aspecto físico de las personas determinaba su predisposición a la maldad.

Las anteriores no fueron meramente curiosidades de los nigromantes de los tiempos viejos, sino que tuvieron aplicaciones judiciales a veces de extraordinaria gravedad. Registrando en las crónicas judiciales napolitanas de fines del siglo XVIII, hallamos la curiosa figura del Marqués de Moscardi, que durante años se reservó una última instancia en los procesos sentenciados con la pena de horca y con la de cadena, simplemente mediante la inspección de la cabeza y de la fisionomía del reo; las crónicas cuentan la larga serie de procesos en que alternativamente usó de una o de otra de estas fórmulas para conmutar la pena en sentido perjudicial o benigno, visto el resultado de su reconocimiento: «*Auditi testibus pro et contra, visa facies et examinata capite, non ad catenas, sed ad fuscan damnamus*» (es decir, «Oídos los testigos de cargo y de descargo, vista tu cara y examinada tu cabeza; te condenamos a la horca y no a las cadenas» o por el contrario, en el caso de conmutación benigna, «te condenamos a las cadenas y no a la horca») (Quirós, 1940).

Esto no era un caso excepcional, un capricho judicial del Marqués de Moscardi en el país Napolitano, pues en las prácticas del derecho criminal de la época, en casi todas, se hace alusión a la fisionomía sospechosa del acusado, inclusive se desarrollan tratados que sirven de precedente a la obra del Lombroso, entre ellos el de Giovanni Battista della Porta (1545-1616), y más adelante la obra de Johann Kaspar Lavater (1741-1801).

El utópico Tomás Moro (1478-1535) vislumbró que el encarecimiento de la vida es origen y motivo de que todos despidan al mayor número de sus criados. Y estos, ¿qué hacían entonces?, mendigar o echarse a robar. Al reflexionar sobre lo anterior propuso una verdadera acción preventiva: «mejor valdría

asegurar a cada uno su subsistencia de modo que nadie estuviera obligado por necesidad primero a robar y luego a ser ahorcado» (Moro, 1973). En él encontramos un arraigado pensamiento vinculado con la defensa de la víctima: argumenta que los poderes públicos deberán arbitrar las medidas necesarias para que el delincuente satisfaga con su trabajo a la víctima, compensando así el daño causado; su soñada isla de la Utopía debía priorizar las medidas preventivas antes que las de índole represivas.

Un notable impulso al examen del problema criminal tiene su origen en la actitud crítica frente al antiguo régimen de insignes precursores de la Filosofía de las Luces (Cesare Beccaria), ilustrados enciclopedistas (Rousseau, Montesquieu, Voltaire) (Molina, 1988). Los tres últimos autores son indudablemente los más nombrados, pues sus obras son referencia obligada, ya que provocaron un fluir intelectual que revocaba, inexorablemente, todo el pasado oscurantista y rendía tributo apasionado a la inteligencia humana. Cristalizan también un mero contenido de ideas políticas y jurídicas (Fernández Bulté, 1997), y con ello introducen un cambio de paradigma en el *ius naturalismo*, calificado de *ius naturalismo militante*. Sin lugar para las dudas fueron autores que marcaron una impronta en la política, la filosofía y el derecho. Pero las valoraciones de este importante periodo histórico se detendrán en la obra del autor que trajo de manera rigurosa las expresiones esenciales del pensamiento iluminista al ordenamiento penal, aplicando coherentemente en este terreno las nociones contractuales (Cueva, 1990); nos referimos a Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, quien en su obra *De los delitos y las penas* (1764) sienta cimientos importantes como el principio de legalidad en los delitos y en las penas, y la conveniencia de una política de prevención del crimen... surge el intitulado «derecho penal liberal».

Para él «las leyes son la necesidad que obliga a los hombres a ceder parte de sus libertades y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica» (Beccaria, 1920). Por otra parte, consideraba que:

el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible; ni deshacer un delito ya cometido... el fin pues no es otro que impedir que el reo cause nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guarde proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y las menos dolorosas en el cuerpo del reo (Cueva, 1990).

En el discurso de Beccaria no solo encontramos motivaciones *ius* filosóficas, su obra citada es un llamado a humanizar el derecho penal, teniendo como centro indiscutible al ser humano, como realidad, muy por encima de la abstracta razón social de «delito», «pena» y «juicio», preocupación puntual para la posterior ciencia criminológica.

En el siglo XIX se produce un viraje radical en el pensamiento filosófico; irrumpe el positivismo, que alcanza al derecho, y es el sostén para que se pretenda definir el estudio del problema criminal como una ciencia. Surge de esta forma la criminología, aspecto que será abordado en el siguiente tema, tomando como punto de partida el pensamiento de los más connotados positivistas.

LA COORDENADA INICIAL DEL MAPA: EL POSITIVISMO ITALIANO Y LA LUCHA DE ESCUELAS

Establecida la génesis de la criminología como ciencia con la aparición de las obras de los representantes de la Escuela Positiva Italiana, es preciso en el trazado del mapa epistemológico fijar las ideas de los positivistas, lo que remite necesariamente al pensamiento de Augusto Comte (1798-1857), Herbert Spencer (1820-1903) y Emile Durkheim (1858-1917).

Augusto Comte es considerado como el promotor del positivismo sociológico, cuyo programa tiene dos dimensiones fundamentales:

- Teoría social: Oposición a lo negativo y prescripción de toda metafísica.
- Epistemología: Constatar la realidad empírica, exigencia rigurosa de atenerse a los hechos, racionalismo empirista; en este orden Comte precisa que la investigación de los hechos debe realizarse como oposición a las ilusiones trascendentales del conocimiento útil ante la contemplación ociosa y para ello propone como métodos la observación, el experimento y la comparación.

En el espíritu positivista de Comte, la palabra positivo es usada al menos con cinco acepciones: lo real como antagónico a lo quimérico, lo útil contrapuesto a lo inútil, la certeza y lo preciso opuesto a lo indeciso, lo positivo como contrario a lo negativo y lo relativo contra lo absoluto (Comte, 1981).

Por su parte, Herbert Spencer constituye otro positivista de indudable influencia, su obra es casi paralela al surgimiento de la criminología como ciencia, lo que no es obstáculo para que sus postulados sean valorados por los pioneros de esta. Al publicar en 1877 su obra *Los principios de la sociología*, da los elementos necesarios del primer estudio sistemático dedicado a una exposición del análisis sociológico. En sus valoraciones nos legó un punto de partida

de aspectos que hoy constituyen objeto de estudio de la criminología. «Aquí y allá deberíamos traducir algún término» (Inkeles, s. f.), para atemperarlo al lenguaje contemporáneo; cuando habla del sistema de restricciones se refiere a lo que se denomina hoy en día «control social», por solo tomar un ejemplo. De su obra no solo se heredó lo anterior, sino una manera de interpretar la realidad social: «debemos tratar con hechos de estructura y función, observados en las sociedades en general, aislándolos, hasta donde sea posible de hechos especiales debidos a circunstancias especiales también» (Spencer, 1910).

Spencer consideró a toda la sociedad como una unidad de análisis, manteniendo que las partes de esta sociedad, aunque se trata de unidades distintas, no están acomodadas por casualidad, sino que tienen entre sí alguna relación constante. Un criterio válido de este autor se encuentra en el fundamento del derecho de castigar, señalando la necesidad social de mantener condiciones indispensables para la vida en sociedad, por tanto, si se han violado una de esas condiciones la primera cosa que debe exigirse es que se repare el daño (Spencer, 1901), criterio que fue retomado por los autores que participaron en el llamado período de «lucha de escuelas», que será abordado más adelante.

Un lugar destacado en la corriente positivista le corresponde a Emile Durkheim, considerado el padre de la sociología. El desarrollo de su obra no es únicamente paralelo a la génesis de la criminología, sino también a la denominada «lucha de escuelas». Desde un inicio consideró que la criminología no debería ser ciencia, criticando fuertemente el objeto de estudio propuesto por uno de sus fundadores (Durkheim, 1895), sin embargo, sus ideas se proyectaron y alcanzaron el ámbito criminológico. E. Durkheim critica a R. Garófalo cuando esta última señala que el objeto de estudio de la criminología es únicamente el delito natural, pues según Durkheim no se puede fragmentar un fenómeno de la manera en que propone Garófalo.

E. Durkheim dotó a la sociología de un método válido y utilizado por la criminología, postulando cuatro reglas:

1. Tratar los hechos sociales como cosas.
2. Rechazar pre-concepciones de la vida cotidiana para lograr definiciones objetivas.
3. Explicar los hechos sociales a través de otro hecho social.
4. Distinguir eficientemente una causa normal de una causa patológica.

A partir de las definiciones de causa normal o patológica, Durkheim ubica al delito como algo normal que es inevitable, pues inclusive constituye un factor de salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana, «el crimen es

normal en cuanto manifestación de la diversidad, inevitable incluso en una sociedad mecánica y uniforme» (Durkheim, 1895).

Este autor fue el primero en utilizar el término «anomia» para describir la situación de algunas personas que no poseen un freno, una guía, en medio del aumento de las aspiraciones que tiene el ser humano, que llevan al progreso y la civilización, que cuando se tornan excesivas y desmesuradas provocan la inseguridad y la criminalidad. Esto se produce cuando existe un vacío o por la inexistencia de normas que pueden llevar a la conducta desviada y a la desorganización social. A partir de esta concepción desarrolló los diferentes tipos de suicidios: altruista, egoísta, anómico y fatalista. La mencionada clasificación está en relación con los niveles de integración social y regulación conductual que tengan los individuos, demostrando con fuentes estadísticas cómo el suicidio anómico, el más común, constituye una expresión de la inexistencia de normas y una muestra de desorganización social (Ritzer, 1992).

El recorrido epistemológico se inició a partir del cuestionamiento referido a fijar el momento en que la criminología se constituía como ciencia, interrogante que se solucionó señalando que el punto de partida era la Escuela Positiva Italiana (últimas décadas del siglo XIX). En esta época

se inventaron a partir de problemas jurídicos, judiciales y penales, formas de análisis muy curiosas que yo llamaría examen y ya no indagación. Estas formas de examen dieron origen a la sociología, la psicología, la psicopatología, la criminología, el psicoanálisis [...] que nacieron en conexión directa con la formación de un cierto número de controles políticos y sociales (Foucault, 1986).

Razón por la cual la Escuela Positiva Italiana es el verdadero punto de partida del mapa. El positivismo criminológico desarrollado en Italia «fue una reacción dentro de las mismas ciencias penales contra el individualismo, fruto de la filosofía del siglo XVIII (Jiménez de Asúa, 1945).

El crimen y el criminal habían sido tema obligado y preocupación de muchos pensadores desde la antigüedad, pero faltó el sentido científico, presupuesto de la investigación para hacer la imprescindible recolección sistemática de las experiencias. Con el positivismo, el estudio de la cuestión criminal se transforma, se cree en la existencia de leyes «naturales» que tienen su origen no en una instancia *ius* natural o metafísica sino en el orden físico o social. No hay más realidad que la de los hechos y en el modelo científico no basta con la descripción de estos sino que es necesario un análisis causal explicativo, así de lo que es podrá inferirse lo que será.

La influencia positivista en lo penal se separó en dos sendas bien independientes y particulares aunque, lamentablemente, a diario vemos cómo se confunden una y otra corrientes (Fernández Bulté, 1997; Píres, 1985). La senda que seguirá el trazado del mapa fue la seguida por la ya mencionada Escuela Positiva Italiana, que representó la superación de la etapa (mágico-teológica) de la antigüedad y (abstracta metafísica) de la ilustración, en cuanto a la manera de estudiar el delito y para dar paso al surgimiento de una nueva ciencia: la criminología. Ello no fue solo producto del desarrollo del pensamiento del momento, aun cuando ese desarrollo fuese la expresión de la época considerada como de «ortopedia social»,² sino que como manifestación de una época cumplía una función determinada: proteger el orden de la sociedad industrial burguesa y, pese a que el positivismo criminológico es el cimiento sobre el cual se construyó todo el entramado de esta ciencia, sus ideas no pueden ser consideradas como progresistas: «en la ciencia como en la sociedad, hay periodos que son revolucionarios y otros que no lo son y los finales del siglo XIX, no fueron revolucionarios en ninguna de las dos» (Hobsbawm, 1984). No obstante a ello, «los hombres de este siglo no podemos menos que apropiarnos de lo mejor de la herencia del positivismo penal. No hacerlo por apasionada exaltación de algunas de sus exageradas conclusiones sería tanto como negar la dialéctica interior del saber humano, sería tanto como negar la dialéctica misma de la ciencia» (Fernández Bulté, 1997).

Los preliminares reseñados permiten valorar cómo el positivismo criminológico de la Escuela Italiana abrió un gran debate doctrinal en tres frentes principales:

1. Contra la Escuela Clásica.
2. En el propio seno de la Escuela Positiva Italiana.
3. Entre la Escuela Positiva Italiana y otras escuelas, lo que se conoce con el nombre de la «lucha de escuelas».

El recorrido a seguir comprenderá el segundo y el tercer puntos de la polémica, pues el primero carece de importancia para la comprensión del desarrollo de la criminología como ciencia. El desarrollo de los debates sostenidos en el marco del Positivismo Italiano es prudente analizarlo brevemente a partir de sus tres autores principales, que a su vez representan las corrientes que a lo interno se desplegaron: Cesare Lombroso, orientación antro-po-biológica; Enrico Ferri,

² La designación «ortopedia social» es utilizada por M. Foucault para designar la etapa que comienza a finales del siglo XIX hasta nuestros días para llamar la atención sobre los controles excesivos a que es sometido el individuo en la sociedad.

orientación sociológica, y Rafael Garófalo, síntesis del pensamiento positivista en el mundo jurídico.

CESARE LOMBROSO (1835-1909)

Considerado el padre de la criminología; médico militar en una prisión de Turín, Italia; en cumplimiento de su profesión había tenido necesidad de practicar algunas autopsias de criminales obsesionado por una idea que al fin se le aparece con toda claridad. Practicando un día una autopsia de un bandido calabrés llamado Vilella encontró en la estructura craneal de este hombre rasgos nada frecuentes: la foseta media de la cresta occipital y desde ese instante Lombroso sostuvo haber descubierto el secreto de la delincuencia: «No fue simplemente una idea sino un rasgo de inspiración. Al ver ese cráneo, me pareció comprender súbitamente, iluminado con una vasta llama bajo un cielo llameante, el problema de la naturaleza criminal, un ser atávico que reproduce en su persona los instintos feroces de la humanidad primitiva y los animales inferiores» (Lombroso, 1910).

En su libro *El hombre delincuente* (1876) expuso por primera vez la descripción del delincuente nato, pero su tipología la ofrece de manera acabada en la cuarta edición de esta obra, que quedó estructurada de esta manera:

1. Delincuente nato o atávico.
2. Delincuente loco moral.
3. Delincuente epiléptico.
4. Delincuente loco: a) alienado, b) alcohólico, c) histérico, d) matoide.
5. Delincuente ocasional: a) pseudo criminales, b) criminaloides.
6. Delincuente pasional.

Si bien Lombroso vincula la comisión de un delito con determinadas características biológicas del sujeto, en su última obra, *El crimen, sus causas y remedios*, no olvida factores sociales que tienen influencia en el comportamiento criminal, aspectos que la mayoría no tiene en cuenta al momento de valorar su pensamiento. Igual sucede con su teoría de la pena y la de reforma del delincuente, que en todo caso se articula en función del delincuente concreto y no del crimen abstracto. Por ello reclama un tratamiento individualizador, que se ajustará a las características de cada caso, distinguiendo los fines de la pena según el tipo de criminal «nato», «ocasional», «pasional». El pensamiento de Lombroso, de manera indirecta, influyó en todos los positivistas, para los cuales el delincuente es un enfermo, que para los más «humanistas» habría que curar, y para los más reaccionarios habría que eliminar.

Valorar la obra de Lombroso no es tarea fácil pues desde su época las opiniones se dividieron en bandos extremos; de un lado sus fervientes defensores y de otro sus irreconciliables detractores, mayores en número y argumentos como estos: «la originalidad de Lombroso consiste en no haber inventado nada, no haber tenido ninguna originalidad», «Lombroso olvidó el problema ético y social del delito», «causa perturbación no solo en la mente de algunos sabios criminalistas, sino también en la de todos los criminales sabios, muchos forajidos y ladrones han dicho: yo soy un criminal nato y no puedo ser de otra manera», «en toda su obra falta espíritu propiamente filosófico». En 1923 en un homenaje realizado a Lombroso, G. Prezzonili manifestó: «hoy el recuerdo de Lombroso hace sonreír a Italia» (*apud* Saldaña, 1936, pp. 245).

Comprender el papel de Lombroso, no puede significar colocarse acriticamente en el bando de sus defensores a ultranza, que lo consideran «un maestro y es necesario perdonarle mucho como a la Magdalena, porque amó la ciencia y la investigación» (Niceforo, 1941), es imprescindible colocarse en un tercer bando que reconoce y no le perdona su falta de originalidad, su método de investigación pues tanto sus estudios antropométricos como sus inferencias estadísticas exhiben un escaso rigor de un empirismo incipiente, su teoría del delincuente nato; pero sí hay que reconocer su gran mérito que no es otro que el llamar la atención sobre el protagonismo del hombre y la mujer delincuente en el suceso criminal.

ENRICO FERRI (1856-1929)

Su formación universitaria la recibe en la Universidad de Bolonia y de Pisa, donde tuvo como profesores a dos principales representantes de la que más tarde en sus ataques denominara Escuela Clásica: Pretro Ellero y M. Carrara. Posteriormente se traslada a Turín para obtener la oportuna habilitación, y conoce a Lombroso, a quien con anterioridad había criticado –inclusive llegó a manifestar públicamente: «cómo se cree Lombroso que yo, un hombre de leyes, voy a tener que medir cráneos de criminales para ser un positivista»-. Pero a pesar de estas diferencias y otras que acontecieron a lo largo del desarrollo de la doctrina de ambos, se consolidó una fuerte amistad a la que con posterioridad se suma Rafael Garófalo –entre los tres constituyen el andamiaje de la Escuela Positiva Italiana.

El sociologismo de Ferri no es defendido por este a ultranza pues, aunque reconoce la influencia de factores sociales, tiene en cuenta también la predisposición congénita; es decir, que en su explicación causal del delito mezcla aspectos de índole biológica con elementos de naturaleza sociológica. Fundamentando esta posición enarbola lo que llama la «ley de la saturación

criminal», que enuncia: «Como en una determinada cantidad de líquido dado a una temperatura dada debe disolverse una cierta cantidad de sustancias, ni una molécula más, ni una molécula menos, así del mismo modo, en una determinada sociedad, en un instante dado debe cometerse un número dado de delitos, ni uno más, ni uno menos» (Ferri, 1930). Según Ferri, esta ley, en ciertas ocasiones de anormalidad, hay que completarla con otra ley de la súper saturación criminal. Teniendo como punto de partida lo anterior, explica cuáles son las causas de los delitos que para él no se reduce el asunto a una única determinante sino una combinación, es decir, que no existe un único determinante sino varios, por lo que el delito es el resultado de la conjugación de tres clases de factores:

- Factores individuales (temperatura peculiar de cada cual, la herencia con la que cada uno viene al mundo).
- Factores físicos (causas locales continuas que de ordinario se engloban bajo la palabra clima, la temperatura, la humedad, la electricidad, los vientos).
- Factores sociales (los que aporta la vida social).

Ferri confiere una clara prioridad etiológica a los factores sociales: «el hombre es responsable porque vive en sociedad» (Ferri, 1930), pero deben tenerse en cuenta los otros dos, por eso su sociologismo es moderado.

Su tipología del delincuente coincide casi con exactitud con la de Lombroso, pues dentro de la misma está la del delincuente ocasional, delincuente habitual, pseudodelincuente, agregándole otro tipo: delincuente involuntario o culposo, explicando que este se debe tener en cuenta «pues cada vez es más frecuente dada las complicaciones e intensificaciones de la vida moderna, sobre todo en su aspecto mecánico, químico, eléctrico de uso cotidiano y común [...] este tipo de delincuente merece un examen más profundo tanto en la ley como en el juicio» (Ferri, 1913). Con lo anterior Ferri dejaba sentada las bases para la regulación futura de los delitos culposos o imprudentes.

Un aporte importante de Ferri es lo concerniente a lo que denominó como medios defensivos de la reacción social, que los clasificó en:

- Medios preventivos.
- Medios represivos.
- Medios eliminativos.
- Medios reparadores.

Teniendo como fundamento esta clasificación, valoró que los últimos son una forma de reacción social, que se diferencia de los preventivos y se identifica

con los otros dos, en la medida en que se utiliza solo cuando ha ocurrido el hecho ilícito. Para este autor, los medios reparadores comprenden: la remoción del estado antijurídico, la nulidad de los efectos del acto antijurídico y el resarcimiento de los daños producidos. Ejecutado un acto antijurídico, el primero y más eficaz remedio es impedir la prosecución y evitar la persistencia, y si esto no es posible, procede quitar todo valor jurídico a los efectos de esos actos si aún son eficaces y, finalmente, obligar al agente y, en consecuencia, a su patrimonio, a resarcir los daños producidos (Ferri, 1887). En este sentido, los medios reparadores podrán ser empleados como penas principales o tener carácter de accesorios a partir de los caracteres psico-antropológicos, del valor económico del acto y de la capacidad de solvencia del agente.

Por ser la obra de Ferri un tanto ecléctica en todos los sentidos, no recibió, ni recibe, la fuerte reprobación que conoció la de su colega anterior.

RAFAEL GARÓFALO (1851-1934)

De la triada de la Escuela Positiva Italiana, el menos conocido es Garófalo. Lo anterior puede estar motivado porque él fue más jurista que criminólogo; su interés no fue la búsqueda de las causas del delito o las características físicas o psíquicas del infractor,³ sino que su obra la dedicó fundamentalmente a definir el delito desde el punto de vista de la nueva ciencia: «la clasificación jurídica no debe ser obstáculo para las investigaciones del criminólogo [...] toda vez que los límites de la criminalidad son vagos y dudosos, el criminólogo no debe dirigirse al legislador para pedirle la definición del delito, como se dirigía a un químico para obtener la noción de una sal o de un ácido o a un físico para pedirle la de la electricidad de la luz o el sonido» (Garófalo, 1912).

Como juez concibió un conjunto de medios para la defensa social, colocando a la reparación como una forma eficaz en el sistema de consecuencias penales. Garófalo escribe su obra *La indemnización a las víctimas de los delitos*, teniendo como bases teóricas los aportes de J. Bentham, que estableció entre otras cualidades de las penas la de ofrecer una indemnización a la parte perjudicada. De esta forma se pueden llenar dos objetos a un tiempo, castigar el delito y repararlo, «quitar todo el mal de primer orden y hacer cesar toda alarma, es una vieja característica de las penas pecuniarias» (Bentham, 1981). La satisfacción, como la denominó Bentham, es necesaria que siga al delito, vinculando lo pasado y lo futuro. Así, la satisfacción por lo acontecido sería la indemnización y lo ulterior es hacer cesar el mal del tiempo. H. Spencer, en cuanto a la reparación

³ Aunque Garófalo realizó una tipología de delincuente, no utilizó delincuentes de su época condenados a prisión, sino que la estructuró a partir de la literatura, específicamente de la obra del gran novelista ruso F. Dostoyevski.

de las víctimas de delitos, se adentra en el análisis de los principios dominantes en las diferentes legislaciones de la época y la jurisprudencia, fundamentalmente italiana y francesa, que le permite argumentar su propuesta, donde concibe que el Estado, ante el hecho delictivo, debería tener dos fines fundamentales: la tutela de la sociedad contra semejantes atentados y la reparación del daño. Valora que la reparación para determinados delitos (Garófalo, 1914) fuera la pena principal, mediante una multa a favor del perjudicado y concluye con una propuesta de cómo debe quedar regulado en el aspecto sustantivo y adjetivo lo concerniente a la indemnización de las víctimas.

¿Cuál es la dificultad de Garófalo?: Ver en el objeto de estudio de la criminología a un segmento especial de delitos, «se pueden agrupar cierto número de hechos que en todos tiempos y en todos los pueblos hayan sido considerados como delictuosos» (Garófalo, 1914) y a este segmento le denomina «delito natural», que no es otro que aquel que «Ofende a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida en que los posea un determinado grupo social» (Garófalo, 1914). Esta fórmula fue discutida; admirada⁴ y censurada⁵ en su época; hoy esta polémica ha perdido terreno a partir de las teorías de la reacción social (*labeling approach*) y más aún en la criminología crítica, quienes se encargaron de demostrar que una conducta es delito en tanto y cuanto los mecanismos de control social la definan como tal, por lo que el delito natural no existe.

Al margen de su concepción del delito natural, Garófalo no solo nos legó la intitulación de la ciencia, sino también la posibilidad del investigador de no someterse a los rígidos conceptos legados.

El mapa ya tiene sus coordenadas iniciales en la Escuela Positiva Italiana, cuyos autores desarrollaron sus ideas desde perspectivas diferentes, pero no al extremo de que se produjera un verdadero debate en el sentido etimológico del término. Esta escuela es como un gran río con tres afluentes (que significan las tres tendencias: antropobiológica, sociológica y jurídica), pero que, al final, continúan siendo el mismo río.

El verdadero debate se produce en los escenarios de los congresos internacionales celebrados a partir de 1885, entre los que se encuentran, Primer Congreso de Antropología Criminal de Roma (1885), Segundo Congreso de Antropología Criminal de París (1889), Congreso de Derecho Penal de Bruselas (1889), Congreso de Derecho Penitenciario de San Petersburgo (1890),

⁴ Autores como Sighele, Bernaldo de Quirós, Dorado Montero, partieron de la concepción del delito natural para el desarrollo de su obra.

⁵ La crítica más fuerte en torno a la cual se desarrollaron las demás fue la de E. Durkheim, que en su obra *Las reglas del método sociológico* refutó la posibilidad de considerar solo un segmento del fenómeno como objeto de estudio de una ciencia.

Congreso Jurídico de Florencia (1901), donde las diversas escuelas emiten sus criterios con respecto a la criminología, denominándose lo anterior «lucha de escuelas».

El mapa ya no solo tiene sus coordenadas en Italia, sino en diversos puntos del continente europeo; por eso, un punto importante no es un país específico, sino este período, que a partir de él puede afirmarse que «desde entonces quedaron trazadas ya las coordenadas y directrices fundamentales del pensamiento criminológico de la primera mitad del siglo xx» (Molina, 1988).

Las escuelas de mayor relevancia son las siguientes:

- Escuela Francesa de Lyon.
- La Terza Scuola italiana o Positivismo Crítico.
- Escuela de Marburgo o Joven Escuela de la Política Criminal.
- Escuela de la Defensa Social.

Esta etapa puede ser considerada como un tornado que simboliza la lucha de estas tendencias. Como todo tornado, su fuerza cesó y vino la calma, que permite realizar el balance de ese fenómeno: solo alteró algunas construcciones, pero dejó incólume el terreno original; es decir, la criminología positivista, de ahí que sea procedente responderse las interrogantes que marcan el rumbo de este trazado al final del presente epígrafe, incluyendo tanto la Escuela Italiana como el resto, que se analizará a continuación:

LA ESCUELA FRANCESA DE LYON

Entre los representantes más importantes de la Escuela Francesa de Lyon, encontramos a Alejandro Laccassage y Gabriel Tarde.⁶ Las explicaciones criminológicas de ambos se encuentran entre la sociología, la medicina, la psicología y la filosofía penal. El principal postulado de esta escuela es que el criminal es como el microbio o el virus; algo inocuo, hasta que encuentra el adecuado caldo de cultivo que le hace germinar y reproducirse, función esta última que desempeña el medio social respecto a la predisposición criminal individual en ciertos sujetos.

ALEJANDRO LACCASSAGE (1843-1924)

⁶ Para algunos autores, como por ejemplo García de Pablo, Tarde no debe ser enmarcado en tendencia alguna por lo peculiar de su obra. No obstante, por los puntos de contacto con esta escuela donde, inclusive, fue redactor de la revista *Archives de Antropologie Criminelle et des Sciences Penales*, órgano difusor de la Escuela de Lyon, es que sostenemos el criterio de incluirlo.

Al igual que Lombroso, médico, pero a diferencia de su colega italiano, explicó la etiología del delito valorando dos factores: los individuales y los sociales, siendo los primeros de escasa importancia, solo como una predisposición al delito, no una fatal determinación al mismo. Los factores sociales son los determinantes, los que desencadenan el crimen haciendo germinar las tendencias e inclinaciones individuales que por sí solas no podrían generar. Dentro de las influencias del medio que provocan la aparición de anomalías en el hombre que contraviene la ley desempeñan un papel decisivo la pobreza, la miseria, las condiciones socioeconómicas, llegando a la conclusión de que, en términos estadísticos, existe una clara correlación entre los delitos contra el patrimonio y los cambios operados en las estructuras económicas.

Toda su obra se desarrolla a partir de dos frases utilizadas por él en el Segundo Congreso de Antropología Criminal, celebrado en París en 1890: «Así como los pueblos tienen los gobiernos que se merecen, los pueblos así mismo tienen la criminalidad que se fabrican», «el criminal es el microbio simplemente y la sociedad es el caldo de cultivo que desarrolla la mera potencialidad dormida de aquel agente morbosos».

GABRIEL TARDE (1843-1904)

Jurista, psicólogo y sociólogo, es un ejemplo muy significativo de genialidad, prestigio y eminencia intelectual, desligado del liderazgo y boato de la vida académica. Uno de los pensadores más originales y tal vez peor conocidos de la criminología (Molina, 1988). Su línea de pensamiento se estructura a partir de su obra denominada *Las leyes de la imitación*, donde argumenta que existen tres formas de repetición universal: la ondulación, la generación y la imitación, que se presentan ligadas y sujetas a la forma antecedente, pero que pronto tiende a emanciparse y a su vez a subordinarla. El entramado social lo diseña a partir de dos tendencias que signan los actos individuales, la invención y la imitación, la primera forma garantiza la renovación y el cambio y la imitación que asegura la continuidad y la estabilidad.

A la interrogante ¿qué es la sociedad?, responde que es imitación y define «la imitación como toda impresión fotográfica inter-espiritual, sea o no volitiva» (Tarde, 1907). Sobre la base de estos postulados elabora tres leyes de la imitación:

- El hombre imita a otro en proporción directa al grado de proximidad o intimidad.
- El superior es imitado por el inferior.

- El carácter subsidiario o alternativo con que actúan ciertas modas recíprocamente excluyentes cuando concurren en el tiempo (ley de la inversión).

Concluye de esta manera que el crimen no es un fenómeno antropológico sino social, gobernado por la imitación y, por tanto, a menudo nace como una moda y a través de la imitación se convierte en costumbre.

Al participar en los diferentes Congresos de Antropología Criminal y Derecho Penal, impuso su teoría sociológica de la comprensión del fenómeno delictivo y dedicó un importante espacio a lo concerniente a la necesidad de la reparación a la víctima. Pero, a diferencia de otros positivistas que fundamentaron la creación de instituciones dedicadas a tal particular (cajas reparadoras o sociedades aseguradoras), explicó los reales peligros que ello implicaría, y su propuesta la dirigió a que con el trabajo de los sancionados se destinara una parte a solventar la reparación a la víctima (Tarde, 1908).

El pensamiento de este autor permite afirmar que la tesis atávica del delito muere a manos de Gabriel Tarde. Después de él, casi no vuelve a hablarse de atavismo. Este autor tuvo una proyección mucho mayor que la criminología positivista pues sus estudios son adelantos de la sociología y la psicología social y tuvo notable influencia sobre los pensadores estadounidense (Anitua, 2005) que serán analizados más adelante.

POSITIVISMO CRÍTICO

El positivismo crítico es una escuela que se caracteriza por el eclecticismo, lo que motivó la denominación de intermedia, y es fruto de una actitud de compromiso. Propone una nítida distinción entre disciplinas jurídicas y disciplinas empíricas -las primeras necesitadas de un método lógico-abstracto y deductivo; las segundas de un método experimental, causal-explicativo.

Desde un punto de vista etiológico, el delito se concibe como hecho complejo, como fenómeno social causado naturalmente y producto de factores tanto endógenos como exógenos. Ferri, en su época, definió a esta tendencia como un meteorito de corta duración (profecía que se cumplió) y a esta caracterización le agregó su escasa originalidad.

LA ESCUELA DE MARBURGO

Con la publicación del llamado Programa de Marburgo se desarrolló «una poderosa corriente doctrinal [...] que conducía a consecuencias opuestas, en el orden metodológico y en el de contenido» (Píres, 1985), dando origen a la Escuela de Marburgo, cuyo máximo representante fue Franz Von Liszt (1851-1919),

el que adopta una postura equidistante de los postulados clásicos y de los positivistas.

En el análisis del origen de la delincuencia, discrepa tanto de las explicaciones antropobiológicas de Lombroso, como de la sociología de Tarde. Propone, siguiendo a Ferri, una comprensión pluridimensional del crimen que tenga en cuenta factores individuales sin olvidar el medio o entorno, «el delito es el resultado de la idiosincrasia del infractor en el momento del hecho y de las circunstancias externas que le rodean en ese preciso instante» (Liszt, 1925).

A diferencia del positivismo italiano, no sugirió la sustitución del derecho penal por la criminología, sino que propuso una ciencia penal conjunta, en la que el objeto criminal aparezca estudiado desde diferentes perspectivas: derecho penal, psicología criminal, sociología criminal y sobre todo la política criminal, que debe estar adecuada a los fines sociales –esta última, bajo el impulso de la criminología y la penología, debe buscar la solución científica al fundamento jurídico y a los fines del poder penal.

F. V. Liszt casi siempre se vincula con el derecho penal, pues con él se inicia la denominada corriente analítica (Devesa, 1991), que se mantiene hasta nuestros días y tiene una marcada influencia no solo en la doctrina y el ordenamiento penal en Alemania, sino en el resto del mundo. Pero vincularlo únicamente con el derecho penal sería no saber valorar justamente su legado, pues es él quien da los fundamentos de la política criminal y traza la necesaria convergencia entre criminología, derecho penal y política legislativa penal, tan necesaria hoy (Gunther, 1996).

ESCUELA DE LA DEFENSA SOCIAL

Aunque se agrupan en torno a la Escuela de la Defensa Social diversos pensadores, tiene tendencias bien delimitadas. La primera, representada por la obra de A. Prins (1910), se desarrolla previo a la Primera Guerra Mundial. En esta etapa participan sus representantes en la «lucha de escuelas». La segunda tendencia se extiende entre las dos guerras mundiales y, por último, la tercera etapa arranca a partir de la post-guerra y, por las diferencias con respecto a las fases anteriores, se le denomina «Nueva Defensa Social», cuyos representantes son F. Gramatica y M. Ancel.

Para la construcción del mapa que realizamos no es necesario un pormenorizado estudio de cada una de estas tendencias, solo es pertinente subrayar que la Escuela de la Defensa Social, en sentido estricto, es un determinado movimiento de política criminal, preocupado por articular una eficaz protección de la sociedad a través de la debida coordinación de la criminología, la ciencia penitenciaria y el derecho penal. Estas concepciones tienen sus raíces en el positivismo y sus postulados fueron recepcionados por diferentes

legislaciones; incluso se ha llegado a articular un movimiento en torno a la definición de la «defensa social», expresión adoptada por la Organización de Naciones Unidas (Ochoa, 1998).

LOS EJES VERTEBRADORES DEL MAPA

En síntesis, se encuentran plasmadas las coordenadas de la génesis y la etapa de la lucha de escuelas de la criminología; lo que conduce a precisar los dos ejes que sirven de brújula para construir el mapa.

¿CUÁL ES SU OBJETO DE ESTUDIO?

Aunque diferentes escuelas y tendencias, en relación con el objeto de estudio se verifica que es la delincuencia, es decir, el fenómeno criminal, analizado desde la óptica del paradigma etiológico: la búsqueda de las causas del delito, desde diversas posiciones (antropológicas: el delincuente es una genuina *species generis humani*; psicopatológicas: el delito es enfermedad; sociológicas: *tout le monde est coupable excepte le criminale*), con la salvedad de que el análisis se vincula a partir del estudio de los delincuentes. Es decir, su interés está limitado únicamente a los sancionados que se encuentren en prisión o los dementes internados, en última instancia los controlados por la policía. Su laboratorio habría de ser la sociedad; en la práctica fue solo la cárcel, el manicomio, la comisaría de policía.

Esta limitación es realmente paradójica pues estos autores se habían dirigido hacia la búsqueda de un fundamento natural, ontológico, de la criminalidad –recordemos, por solo citar un ejemplo, a Garófalo con su definición de «delito natural»-. Contra toda lógica, sus teorías constituyen una demostración de lo contrario, o sea, de que la criminalidad es un fenómeno normativo y que todo debe partir de las leyes, «según las cuales no existe otra criminalidad que la conocida por la legislación penal y que los únicos delincuentes son los controlados por la policía, castigados por la magistratura, detenidos en las cárceles y en los manicomios judiciales» (Baratta, 1989).

Se puede afirmar, que, aunque no coinciden todos los representantes del positivismo, sí se localizaron autores que, al estudiar la delincuencia, enfatizaron en la necesidad de no hacerlo únicamente desde la perspectiva del infractor o delincuente, sino que argumentaron tener presente a la víctima, incluso propusieron posibles soluciones para proceder a su reparación o indemnización.

¿CUÁL ES SU UTILIDAD?

Un simple análisis llevaría a señalar que los principales exponentes de esta tendencia limitaban la utilidad de esta ciencia a dar una explicación causalista

del fenómeno criminal, sin embargo fueron ellos los que establecieron la necesidad de incluirla como asignatura de la Carrera de Derecho con el objetivo de estudiar el delito no solo como una oración cuyo predicado era la pena, sino que en esa relación debía resaltar el ser humano como centro. A partir del positivismo criminológico los juristas comenzaron a comprender que no solo importaba el crimen sino y sobre todo quien lo cometía e incluso el sujeto que se afectaba directamente con esas acciones, es decir, la víctima.

LAS COORDENADAS DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO EN AMÉRICA LATINA

El rumbo con que continúa el recorrido no va en busca de una nueva coordenada que muestre la invariante en el objeto de estudio; entonces, ¿por qué detenerse en esta estación? Esta parada es obligada para la configuración correcta del mapa en dos sentidos. En primer lugar en lo referido a que si la historia de las ideas no se articula con la tradición del pensamiento nacional, regional, continental, se corre el riesgo de su desarticulación; es por ello que es de vital importancia buscar «la imbricación dialéctica con la herencia cultural nacional y con las expresiones del pensamiento de la región» (Guadarrama, 1998). En segundo lugar, se pretende fijar cómo se concibe la utilidad de la criminología desde una perspectiva latinoamericana.

La llegada a este territorio nos muestra que la realidad de América Latina, aunque diversa entre sí, responde a una lógica uniforme, que ha sido dictada por el proceso de conquista y colonización que se llevó a cabo en siglos anteriores, lo que motiva que las huellas iniciales del recorrido se perdieran en la noche del tiempo o en lo profundo de la selva o en las cumbres de los Andes, donde los blancos europeos no llegaron al dominio directo. No obstante, de esta mutilación de la cultura se realizan reconstrucciones de esos pasos, sobre todo en civilizaciones tan desarrolladas como la azteca, la maya y la inca.⁷

La génesis de la criminología como ciencia en Latinoamérica aparece unida por una «real línea isobara», con su desarrollo en el continente europeo. Esta «no es una excepción a toda la problemática de dependencia que ha caracterizado la ciencia, la técnica y aún las políticas de los países de la periferia» (Beck, 1997; Zaffaroni, 2000), siendo ello la razón de que sus primeros representantes siguieran la línea del positivismo y, principalmente, la de la Escuela Italiana. Expresión de esta indudable dependencia fue que las ideas de la criminología comienzan a ser divulgadas cuando al regresar del Primer Congreso de Antropología Criminal celebrado en Roma en 1885, el argentino

⁷ Con lo mínimo dejado por los conquistadores se ha reconstruido esta parte de la historia de América Latina, trabajos en este sentido fueron presentados en el II Encuentro del Proyecto del Control Social en América Latina, La Habana, 1986.

Norberto Piñero se hace vocero de los postulados principales de este evento en su propio país.

La obra pionera de esta ciencia, publicada en Latinoamérica, data de 1888 y fue *Los hombres de presa*, del argentino Luis María Drago, y tal fue su éxito que apenas dos años después aparecía en Italia con prólogo del propio Lombroso y en 1921 volvía a ser editada, esta vez, bajo el título de *Antropología criminal*. Este autor sostuvo la interdependencia de la consecuencia jurídico penal en relación con la clasificación del delincuente; de esta forma los medios correctivos se impondrían a los delincuentes de ocasión. La reclusión (medio de eliminación parcial) debía ser utilizada para los delincuentes habituales o de profesión y los medios de eliminación total o perpetua para los llamados incorregibles.

En 1888 se funda la Sociedad Jurídica en Buenos Aires y se comienza a enseñar criminología en la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de esta ciudad. Un año después, en 1889, se crea en Río de Janeiro la Asociación Antropológica y de Asistencia Criminal, y en 1896 se publica en este mismo país la obra *Criminología y derecho penal*, de Cloves Bevilacqua, y en 1897 la de Afranio Peixo, *Epilepsia y delito*. Por su parte, en otros países se publican obras de corte criminólogo como las de Miguel Macedo (México, 1889, que será valorado más adelante), Octavio Beche (Costa Rica, 1890), Francisco Herboso (Chile, 1892), y Bautista Saavedra (Bolivia 1901). En Cuba, Luis Montané inaugura en la Universidad de La Habana el curso de antropología criminal (1899).

Más adelante, en 1917 en México se crea la Especialidad en Criminología en la Carrera de Leyes y, al propio tiempo, se funda la Escuela de Criminología. En Chile, Israel Drapkin instaura el Instituto de Criminología por esta misma época, y en 1919 Oscar Miró Quesada establece la primera Cátedra de Criminología en la Universidad de San Marcos, Perú.

En los finales de la década del treinta comienzan a efectuarse eventos vinculados con la criminología, como fueron los dos primeros Congresos Latinoamericanos de Criminología, efectuados en 1938 (Argentina) y en 1941 (Santiago de Chile); en el año 1945 se celebra en la ciudad de Sao Paolo la Primera Conferencia Panamericana de Criminología, que acuerda realizar al siguiente año un Congreso Panamericano de Medicina Legal, Odontología Legal y Criminología.

En toda esta etapa, la criminología se imparte como asignatura en las principales universidades latinoamericanas, con la utilización de manuales extranjeros, conjuntamente con un autor del país en cuestión. Al incluir este saber en el currículo de la carrera de leyes, esta era impartida exclusivamente por profesores formados como abogados, denotando el carácter eminentemente jurídico, y se pretendía dotar a los estudiantes de leyes de un conocimiento

general sobre las diferentes corrientes que se desarrollaban en torno a la delincuencia, incluyéndose aspectos que son objeto de estudio de otras ciencias, como la criminalística y la medicina legal, por lo que en aquel entonces se castraba su utilidad y solo se consideraba una «disciplina para la discusión» (Olmo, 1990).

En 1912 se realiza la primera recopilación bibliográfica sobre criminología con la obra del argentino Eusebio Gómez *Criminología argentina*; sin embargo, el primer tratado de criminología clínica ve la luz en ese mismo año con la obra del también argentino José Ingenieros, quien más adelante crea un instituto adjunto a la penitenciaría de Buenos Aires para estudios criminológicos.

Los trabajos de Ingenieros aparecieron en diversas revistas y, posteriormente, fueron compilados en *Criminología* (1916). En ella aparece una de las tantas clasificaciones que los pensadores positivistas realizaron de los criminales, la de este autor más próxima a los representantes de la Escuela francesa de Lyon. Ingenieros estableció que los infractores debían dividirse siguiendo el criterio de que las anomalías pueden ser:

- Anomalías morales, divididas en congénitas (las que se aprecian en los delincuentes natos), las adquiridas (que son las de los criminales habituales) y las transitorias (en los delincuentes ocasionales).
- Anomalías intelectuales, subclasificadas en congénitas (locuras constitucionales), adquiridas (locuras adquiridas) y transitorias (alcohólicos).
- Anomalías volitivas, divididas en congénitas (epilépticos), adquiridas (alcoholismo patológico) y transitorias (locuras transitorias).

Este autor configuró un programa criminológico conformado por tres eslabones concatenados y coordinados entre sí. El primero representado por la etiología criminal, que determinaría las causas del delito y por qué esta persona se convirtió en infractor. El segundo, la clínica criminológica, encaminada a la temibilidad del delincuente y, por último, la terapéutica criminal referida a la pena que se le debía imponer siguiendo los resultados obtenidos en los estadios anteriores.

José Ingenieros se convirtió en una voz autorizada de este período no solo en Argentina, sino en otros países de América Latina, e incluso en Europa, donde participó en 1905 en el Congreso Internacional de Psicología celebrado en Roma, exponiendo sus criterios y siendo recibido con una acogida favorable por los pensadores descolantes del período de la lucha de escuelas. Su pensamiento rebasó los marcos de la cátedra para fijar rumbos de opiniones, punto donde comienza el germen de las posiciones latinoamericanistas.

Es preciso reconocer el peso indiscutible del desarrollo de la criminología en Argentina, que trascendió las fronteras de este país, sin embargo, las ideas de sus principales exponentes no calaron el entramado legal del derecho penal, lo que sí ocurrió en otros países, donde se reflejaría la concepción criminológica en la ley penal, como fue en Colombia, México y Cuba (Anitua, 2005).

Las ideas positivistas en México fueron introducidas en la cátedra, en los debates políticos y en la ley punitiva por dos pensadores, Carlos Romaunac y Miguel Macedo. El primero construye su andamiaje criminológico sobre la base de la psicología criminal; su principal obra, *Los criminales en México: ensayo de psicología criminal*, es una muestra fehaciente de la aplicación del método positivista para el estudio del fenómeno delictivo. Por su parte, Miguel Macedo incorpora el positivismo criminológico en la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Nacional Autónoma de México. Sus posiciones se estructuran teniendo como fundamento el sociologismo francés, en lo fundamental las ideas de Gabriel Tarde, como se demuestra en el propio título de los trabajos de la Asociación Metodófila, *Ensayo sobre los deberes recíprocos de los superiores y de los inferiores*; pero este autor asume posturas con el sello indiscutible del racismo al tomar como referencias las estadísticas oficiales que apuntaban un mayor número de hechos delictivos violentos cuyos autores eran las «personas inferiores», indios y mestizos, para los cuales proponía –y de hecho se llevó a la práctica punitiva– severos castigos.

Tanto el código penal mexicano de 1931 como la ley penitenciaria, tuvieron el sello positivista. Fueron obras concebidas no a partir de la culpabilidad por el hecho, sino sobre la base de la peligrosidad del autor. Se consideraba al delincuente como un enfermo al que había que curar, y sobre este postulado se concibió el sistema de consecuencias jurídicas penales y el tratamiento penitenciario.

En Colombia, al igual que en el resto de América Latina, se produjo una traslación del pensamiento positivista europeo, donde se destaca la figura de Rafael Escallón (1891-1951), quien al igual que otros autores de su época se limitaron a repetir las ideas expuestas por los criminólogos del llamado viejo continente, recibiendo la denominación de «escolásticos» (Jiménez de Asúa, 1954), que sin grandes aportes teóricos sí influyeron en la legislación punitiva colombiana de entonces.

La criminología latinoamericana reconoce que Luis Montané estableció en la Universidad de La Habana el curso de Antropología Criminal (Ochoa, 1998);⁸ sin embargo, existe consenso en reconocer que la génesis de esta ciencia

⁸ Hay autores que señalan que sus primeras manifestaciones se localizan en la obra de Felipe Poey (1799-1891), considerado el primer antropólogo cubano, quien relacionó la antropología con el derecho penal.

en Cuba se encuentra vinculada a Fernando Ortiz, quien se constituyó en el vocero más importante del positivismo en las ciencias penales cubanas. En un viaje a Italia conoció personalmente a Cesare Lombroso y Enrico Ferri y con el primero estableció una amistad profesional.

Ortiz, en sus diferentes obras, inicia un estudio metódico y positivista de la delincuencia cubana, que parte de posiciones marcadamente racistas al considerar que el brujo afrocubano es un delincuente nato, pero no por atavismo, «más bien puede decirse que al ser transportado de África a Cuba fue el medio social el que para él saltó improvisadamente hacia delante, dejándolo con sus compatriotas en las profundidades de su salvajismo, en los primeros escalones de la evolución de su psiquis [...] El brujo y sus adeptos son en Cuba inmorales y delincuentes porque no han progresado; son salvajes traídos a un país civilizado». En su análisis del problema de la delincuencia, parte de la poliétnica sociedad cubana y valora cuáles son los aportes de las razas (blanca, china y negra) en la configuración del fenómeno delictivo (Ortiz, 1975).⁹

Una obra poco conocida de Fernando Ortiz, y que escribió a petición del propio Lombroso, es *La filosofía penal de los espiritistas*, donde establece un paralelo entre los conceptos del positivismo y los del espiritismo. Teniendo como base los argumentos de Lombroso y de Allan Kardec, desarrolla tópicos como el concepto de delito, de determinismo y libre albedrío, los factores de la delincuencia, el hombre criminal, atavismo y herencia de los criminales, concluyendo «que el materialismo lombrosiano y el espiritualismo de Allan Kardec» coincidían notablemente en no pocos extremos y que una misma teoría criminológica podría ir partiendo de premisas materialistas y conducida por el positivismo más franco, que arrancado de juicios espiritualistas y llevado por el idealismo más sutil (Ortiz, 1932). En esta obra Ortiz deja sentados conceptos necesarios a tener en cuenta para los estudios criminológicos.

Su tesis de doctorado la dedica a la indemnización de las víctimas del delito y, siguiendo los criterios de Garófalo, así como las discusiones sobre el tema desarrolladas durante el período de la lucha de escuelas, propone mecanismos para la compensación de las víctimas, que otros autores cubanos retoman en sus obras,¹⁰ las que sirvieron de base para la aprobación del Código de Defensa Social y otras disposiciones legislativas sobre el tema (Goite Pierre, 2000).

⁹ Para Fernando Ortiz, que inició su labor intelectual con una óptica racista, evolucionando hasta el extremo de considerarse un gran defensor de la igualdad racial, Cuba es una sociedad desarrollada a partir de la «transculturación» de todas las razas que en ella, por una razón u otra, convergieron.

¹⁰ Entre ellos, Diego Vicente Tejeda, considerado más penalista que criminólogo, es, sin embargo, pionero en los estudios victimológicos, por sus escritos sobre tal particular.

Paralela a la obra de Ortiz es la de Israel Castellanos, director del Gabinete Nacional de Identificación de la República de Cuba, quien comenzó sus investigaciones a partir de las religiones afrocubanas. En su libro *Medicina legal y criminología afrocubana*, establece la diferenciación del brujo y del ñañigo. Este último

por sus caracteres psicológicos, es más violento que el brujo, carente de odios colectivos [...] atávica, regresiva, es la sangrienta delincuencia del ñañigo, arquetipo de la represalia, que como el hombre de la época prehistórica, tiende a camppear por la violencia, imponiéndose a golpe de cuchillo [...] En cambio el brujo, el fetichero, no hace más que conservar el estado psíquico en que fue introducido, manteniendo las formas de su incultura (Castellanos, 1937).

En este mismo orden de cosas, distingue los fenómenos criminosos de la brujería y el ñañiguismo: «el brujo resulta un delincuente por su inadaptabilidad, por su parasitismo, pero no un criminal por violar gravemente la ley [...] el ñañigo es un criminal instintivo, peligroso, en nuestro medio y fuera de él [...] la criminalidad del ñañigo y del brujo está psicológicamente diferenciada, el primero delinque de mala ley, el segundo delinque de buena fe» (Castellanos, 1937).

Israel Castellanos es citado y reconocido por autores extranjeros, no por el trabajo referido sino por sus obras *La mandíbula del criminal* y *La mano del alienado y del criminal*. Con el estudio de la mandíbula, buscaba algunas indicaciones acerca de los alimentos que se trituran habitualmente, lo que daría el coeficiente fisiológico de la nutrición, no sólo general del sujeto, sino de la nutrición local. De este resultado se delimita el peso de la mandíbula; así la del hombre primitivo, obligado a triturar los alimentos sin coacción, y la del criminal, cuya hipertrofia es producto de su inferioridad. Por su parte, el estudio de la mano, según Castellanos, era importante por el uso probable de ella y no por su forma, puesto que la acción no va de la mano al pensamiento, sino del pensamiento a la mano.

Este autor realizó un trabajo denominado *Los jóvenes delincuentes en Cuba*, donde reflexionó con respecto a este grupo etario que era recluido y sobre la base de este análisis propone que los centros donde se internen debían ser atendidos por personal calificado, como por ejemplo los médicos.

Otro importante autor cubano es Evelio Tabío, Magistrado del Tribunal Supremo y presidente de la Asociación de Funcionarios del Poder Judicial, quien analiza los problemas macrosociales que de una forma u otra tienen que ver con la situación del delito en la Isla. Fue el mayor promotor y expositor del

Primer Congreso Panamericano de Medicina Legal, Odontología y Criminología, celebrado en La Habana en 1946. Por su labor fue seleccionado para ser el representante cubano en el Instituto Interamericano de Defensa Social, el cual fue fundado en Caracas, en abril de 1953, y posteriormente, a instancia de él, se creó en 1955 el Instituto Cubano de Defensa Social.

En su obra denominada *Criminología*, realiza una valoración de las causas del delito, que nos recuerda la teoría de Ferri, pues para Tabío existían tres factores que generan la delincuencia: individuales (morfológicos, anatómicos, fisiológicos y psicológicos), sociales (las profesiones, las razas, el alcoholismo, el medio familiar, económico y social), naturales (el clima y el lugar).

El pensamiento de estos autores cubanos tuvo un notable peso en la legislación punitiva cubana; así como en la práctica judicial, policial y penitenciaria de la Isla.

La génesis de la criminología en América Latina denota su vinculación con el paradigma etiológico positivista, donde la vulneración de las normas del control social se valora a partir de una relación causal establecida entre la acción infractora y las características específicas de índole físico o psíquico del infractor, que se tiene como un ente que solo es objeto, no sujeto histórico-social, con participación activa en la construcción o transformación de su contexto. La óptica positivista criminológica presenta al referente real de forma determinada, «ya dada» y estable, donde el ser humano tiene una conducta que está predeterminada y el papel de la ciencia es el de la predicción. De esta forma se concibió no solo el discurso académico, sino también la política criminal, la ley penal y el tratamiento penitenciario de esta región.

UNA NUEVA COORDENADA DEL MAPA: LA SOCIOLOGÍA CRIMINAL

En la génesis de la criminología, autores como Ferri, Von Liszt y, más aún, Lacassagne y Tarde explicaron el fenómeno criminal partiendo de la incidencia del factor social, sin embargo, sus puntos de vista constituyeron explicaciones fragmentarias, no integradas en un modelo teórico de relación de los acontecimientos sociales (Molina, 1988). Con la sociología criminal se estructura el marco teórico necesario, perspectiva de fuerte arraigo en los Estados Unidos de Norteamérica, y se extiende en el tiempo de tal manera que es punto de referencia obligado para abordar la criminología contemporánea.

La tendencia sociológica no se configuró de forma homogénea, puesto que sus diferentes corrientes se presentan, en algunos aspectos, como círculos concéntricos y en otros como planos secantes; es decir, con puntos comunes, pero también con aspectos que no lo eran. Enumerar todas las corrientes que se desarrollan en tal sentido sería imposible dada su extensión; es por ello que se bosquejarán las que, a criterio de las autoras, constituyen el núcleo central,

por el hecho de que a partir de ellas se desarrollan las demás. Desde esta perspectiva se propone la siguiente clasificación:

- El estructural funcionalismo.
- La teoría del aprendizaje y de la sub-cultura.
- Las teorías interaccionistas.
 - Interaccionismo simbólico.
 - Teoría de la reacción social o enfoque del etiquetamiento.

EL ESTRUCTURAL FUNCIONALISMO

La teoría estructural-funcionalista parte de concebir la sociedad como una estructura de partes relacionadas entre sí que se sostienen en diversos grados por mecanismos de equilibrios. Las raíces de esta tendencia la encontramos en las obras de H. Spencer y E. Durkheim. De forma más elaborada en la sociología comprensiva de Max Weber (1864-1920),¹¹ por lo que se propone una valoración de los postulados de este último, que constituyen el cimiento para los autores norteamericanos que analizaremos –no se puede obviar que Parsons estudió profundamente la obra de este alemán e incluso fue el encargado de la traducción de algunas piezas al idioma inglés.

Weber propone un método especial, llamado del entendimiento (*verstehen*) (Weber, 1944). Para él la esencia de todo fenómeno económico-social se halla determinada no solo por sus aspectos objetivos, sino que el investigador ineludiblemente le imprime su punto de vista, «toda interpretación persigue la evidencia. Pero ninguna interpretación de sentido, por evidente que sea, puede pretender, en méritos de ese carácter de evidencia ser también la interpretación causal válida» (Weber, 1944). Por eso es necesario la construcción de conceptos tipos que tienen la peculiaridad de la abstracción, pero que son relativamente varios frente a la realidad concreta de lo histórico. Sobre esta base se estructuran los tipos ideales que muestran en sí la unidad más consecuente de una adecuación de sentido lo más plena posible. Siendo por eso mismo tan poco frecuente en la realidad, es la forma pura absolutamente ideal de tipo.

La acción social debe ser estudiada tomando en cuenta lo anterior, pero ¿qué es una acción social?:

no toda clase de acción es social, no toda clase de contexto entre los hombres tiene carácter social; si no solo una acción con sentido propio dirigida

¹¹ Max Weber es considerado por muchos como un positivista, otros argumentan que es un neokantiano; su obra extensa y diversa es, por tanto, difícil de circunscribir en una corriente específica. Su sociología comprensiva puede quedar situada en una, u otra, o muchas teorías, según palabras de Neil Joseph (Smelser, 1994).

a la acción de otros. Un choque de dos ciclistas, por ejemplo, es un simple suceso de igual carácter que un fenómeno natural. En cambio, aparecería ya una acción social en el intento de evitar el encuentro, o bien en la riña (Weber, 1944).

De esta reflexión weberiana se deduce claramente que el delito es una acción social y por tanto debe ser estudiado teniendo como sustento el *verstehen*. El delito se constituye como tal mediante el orden del derecho, sin olvidar el otro orden que es la convención, donde la conducta discordante habrá de tropezar con una relativa reprobación general y prácticamente sensible que hará posible su configuración legal.

Valoró cómo las estructuras sociales son cada vez más transversalizadas por las normas y valores de la racionalización, argumentando críticamente el significado de la disciplina, que sirve de sostén al sentido de racionalidad instrumental del poder punitivo y, aunque no hay una perspectiva criminológica sobre los delitos y las penas propiamente weberianas, sus reflexiones son fundamentales para la sociología jurídico-penal (Anitua, 2005) y, como ya se anunció, constituyen el cimiento de dos importantes autores paradigmáticos de la corriente estructural funcionalista: Talcott Parsons y Robert Merton.

Parsons es el sociólogo de la integración, pues para él el sistema social sería el marco de referencia de la acción y con su teoría se cambia la naturaleza del término de control social en lo que respecta a la significación de la conformidad moral. Sin duda su principal innovación se da justamente por el reconocimiento del derecho como una manifestación del control social, destinado como toda variante controladora a garantizar el orden social. Con ello se separaba de la originaria diferencia entre la función de control social y la gestión de control estatal.

Importante fue su valoración de la sociedad homogénea para poder interpretar la orientación de la conducta humana, que se distingue en dos, una orientación motivacional y otra de orientación por el valor. La primera corresponde a la personalidad y surge del cálculo hecho por el individuo para satisfacer sus deseos con muy poco sacrificio. La orientación de acuerdo a valores es la que impone la sociedad, que es un elemento del sistema simbólico compartido por todos y puede dividirse en valores estéticos, epistémicos y éticos. El individuo tiene la posibilidad de expresarse libremente, eligiendo entre las diversas alternativas que ofrece el sistema, que a su vez está constituido por las interacciones de la conducta de sus miembros. Estas interacciones orientan hacia la escala común de valores, que se estabilizan en las instituciones.

Para este autor, el orden social está marcado por la correspondencia y la subordinación de las orientaciones motivacionales a las orientaciones de valo-

res sociales. Los mensajes que emite el sistema los interiorizan o internalizan los individuos que lo hacen suyos. De esta manera se demuestra nuevamente la importancia de la institución, pues es en definitiva la que gobierna y determina la conducta humana por medio de un interés común.

Entre otros aspectos desarrollados por Parsons, se encuentran los conceptos pares de conformidad/desviación, tan necesarios para poder conformar un sistema social integrado. En efecto, habrá individuos que no internalicen estos valores, pero en consecuencia serán tenidos como desviados, enfermos o mal socializados. En el proceso de socialización, familia, escuela, amigos, trabajo, medios de comunicación constituyen las principales fuerzas de integración para mantener la unidad de la sociedad.

En este proceso se enseña las gratificaciones y sanciones que el individuo puede esperar si actúa de acuerdo a su rol y estatus social. El individuo está entonces en realidad atrapado, compelido a actuar de acuerdo con esos valores sociales para poder obtener esos beneficios y no perjuicios, por ello comparte los valores. En esas circunstancias, quien no los acepta es un desviado, teniendo por tanto un comportamiento anómico, que lleva consigo a que el desviado encuentre la génesis de su patología por el abandono y el desinterés que la sociedad le muestra, provocando la distorsión en las expectativas o necesidades de la personalidad desviada.

Al existir casos de desviación social, el sistema tendrá a su disposición los dispositivos reequilibrantes de los mecanismos de control social. El castigo penal será ese dispositivo para aquellas desviaciones consideradas delictivas. Si la socialización no ha podido introyectar los valores sociales, ese castigo puede ser aprovechado para intentarlo otra vez, pues el proceso de socialización dura toda la vida.

Parsons distinguía dos tipos de conductas desviadas: aquellas cuyo aislamiento social lleva a consolidar las instituciones del control social duro, como cárceles y manicomios, que a su vez requieren y reclaman desviados, y aquella cuya motivación es ambivalente y permite la readaptación mediante la terapia psíquica. En consecuencia, la estructura social estaría constituida por modelos de cultura normativos, institucionalizados socialmente e internalizados individualmente para los casos no desviados, en cuya tarea se destacaría la educación.

La obra de Parsons sirvió de fundamento para otros autores que desarrollaron las teorías de las sub-culturas y para juristas que desde el derecho, y específicamente desde el Penal, propusieron una teoría de funcionalismo sistémico para esta ciencia.¹²

¹² Entre los representantes de esta propuesta, su principal ideólogo, Niklas Luhmann, explicó desde el funcionalismo sistémico la función del derecho en la sociedad, a

Robert Merton, alumno y continuador de la obra de Parsons, logró quitarle carga dogmática y exclusivismo a la teoría estructural funcionalista de su mentor, lo que permite un acceso posible del estudio del comportamiento social, introduciendo un cierto número de matices, que hacen su doctrina más próxima a la criminología. Es considerado el sociólogo-criminólogo más conocido y citado en la actualidad.

En el análisis de la estructura social, Merton contempla la conducta desviada como fenómeno social, normal y funcional, cuya génesis y etiología está en correspondencia con la estructura y grado de desarrollo del propio sistema social y a partir de ello se traza como primer propósito el de descubrir cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista. «Si podemos localizar grupos particularmente sometidos a esas presiones, esperaríamos encontrar proporciones bastantes altas de conducta divergente en dichos grupos, no porque los seres humanos que los forman estén compuestos de tendencias biológicas diferentes, sino porque reaccionan de manera normal a la situación social en que se encuentran» (Merton, 1987).

Para explicar su propósito, este autor define en primer término las metas culturales y las normas institucionales. Las primeras consisten en objetivos, propósitos e intereses culturalmente definidos, sustentados como objetivos legítimos por todos los miembros de la sociedad, o por individuos situados en ella en una posición diferente. Por su parte, las normas se encargan de la definición, regulación y control de los modos admisibles de alcanzar esos objetivos.

Toda sociedad traza sus objetivos y metas culturales que constituyen el marco de referencia de las expectativas y ambiciones de sus miembros. Pero al propio tiempo define, regula y controla los modos admisibles de alcanzar aquellos cauces institucionalizados que pueden coincidir con los sentimientos de la mayoría, no regidos necesariamente por la idea de eficacia, sino por re-

partir de la generalización congruente de expectativas de conducta. Una sociedad con un elevado número de complejidades, como son las actuales, se caracteriza por las contingencias; es decir, por una infinidad de posibilidades y alternativas. Son necesarias estructuras de expectativas, también muy complejas, que sean capaces de reducir la complejidad del sistema, pues sirven para saber qué conductas podemos esperar de los demás y también qué esperan los demás de su entorno. Una de esas expectativas, la principal, sería el derecho entendido tanto como reglas como aplicaciones del poder, entre las cuales aparece el castigo claramente. Estos postulados muestran su rápida utilización por juristas, en lo fundamental penalistas, pues se puede justificar el sistema penal y el castigo si se sostiene que el establecimiento de una sanción penal para el caso en que se vulneren las normas punitivas es la única forma para que la norma pueda mantenerse.

presentaciones axiológicas de valor (Merton, 1987a). En esta situación la única pregunta importante es la siguiente: ¿Cuál de los procedimientos disponibles es más eficaz para aprehender el valor culturalmente aprobado?

Merton responde a esta interrogante diciendo que existen dos formas: las legítimas (para algunos imposibles) y las ilegítimas que producen la anomia (falta de norma); el procedimiento más eficaz desde el punto de vista técnico, sea legítimo o no, para la cultura; se convierte en el preferido por antonomasia para la conducta institucional prescrita. Si este proceso de atenuación continúa, la sociedad se hace inestable y se produce lo que Durkheim llamó anomia. Y de inmediato Merton define la anomia como: «la quiebra de la estructura cultural que sucede particularmente cuando hay una difusión aguda entre las normas y los objetivos culturales; así como las capas socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquellos» (Merton, 1987a).

En la explicación sobre cuándo se produce la anomia, este autor estructura una tipología de los modos de adaptación individual:

MODOS DE ADAPTACIÓN	METAS CULTURALES	MEDIOS INSTITUCIONALIZADOS
1- Conformidad	+	+
2- Innovación	+	+
3- Ritualismo	-	+
4- Retraimiento	-	-
5- Rebelión	±	±

Leyenda:

+ Significa aceptación ± Significa rechazo de los valores vigentes y su sustitución por valores nuevos - Significa rechazo

A partir de esta tipología Merton desarrolla su explicación de la conducta desviada. La relevancia criminológica y penal de los cinco modos de adaptación se valora a partir de que el conformista y el ritualista, por su apego rígido a las normas institucionalizadas, no presentan desviación. La opinión del retraimiento trasciende a lo criminológico e inclusive a lo penal, pues son personas que, por sus características, son proclives al delito. La rebelión tendrá este carácter cuando se matice políticamente e implique la ejecución de actos en sí delictivos y la innovadora, aunque en sí no significa desviación, sí es la más próxima a ella, cuando se escogen los procedimientos no institucionalizados.

Las teorías funcionalistas consideran que las causas de la desviación no se encuentran en los factores bioantropológicos y naturales ni en una situación patológica de la estructura social. Como la desviación es un fenómeno normal de toda estructura social, para este enfoque solo cuando se excedan determinados límites esa desviación es negativa para el desarrollo estructural de la sociedad, y es acompañada por un estado de desorganización en el que el

sistema de normas pierde su valor. La cuestión ética y política, los asuntos individuales o colectivos y el tema etiológico se subordinan ante la importancia que se le confiere a la funcionalidad del delito y de la pena.

Merton cuestiona el sistema de valores de una sociedad que preconiza una cultura de éxito económico y que los medios no están al alcance de todos para lograrlo, por lo que la sociedad norteamericana debe reformularlos para tal fin. A partir de los postulados de este autor, y en sentido general de la corriente que analiza, se han desarrollado diferentes vertientes, algunas de las cuales, al fusionarse con otras, formulan una nueva perspectiva, como por ejemplo la teoría de la oportunidad diferencial de Cloward y Ohlin, que integraron las tesis anómicas y de las subculturas, subrayando la importancia del barrio o comunidad en el orden del aprendizaje y la posibilidad efectiva de ejercitar el rol criminal. Otras, al asumir los argumentos de esta, respetan su esencia, pues consideran el centro de atención al sistema social subordinando a su funcionamiento cualquier valoración ético-política, individual o colectiva, como ocurre con la moderna teoría sistémica de la prevención integradora (Baratta, 1995).

La perspectiva estructural funcionalista fue y es objeto de críticas, más aún la de Robert Merton, por considerarla como una doctrina con validez únicamente local, aplicable en la época y país en que se fundamentó. A despecho de lo anterior, en muchas investigaciones se siguen recurriendo a ideas básicas de esta tendencia, en especial la de Merton. Entre los méritos del estructural funcionalismo, está que significó un paso de avance sobre la concepción positivista al estudiar «el problema social en forma dinámica, con relación a la elaboración de normas y dentro de un proceso global más amplio» (Pont, 1997).

LA TEORÍA DEL APRENDIZAJE

La teoría del aprendizaje se concreta en la obra de E. Sutherland, quien la estructuró a partir de que el aprendizaje viene dado por la idea de la organización social diferencial. Configuró la teoría de la asociación diferencial:

La asociación diferencial es una hipótesis que parte de que la conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definan esa conducta favorablemente y en aislamiento de aquellos que la definan desfavorablemente y que una persona en una situación apropiada participa de esa conducta delictiva cuando y solo cuando el peso de las definiciones favorables es superior al de las definiciones desfavorables (Sutherland, 1969).

De ello se desprende que la asociación diferencial es una explicación hipotética del delito, desde el punto de vista del proceso por el cual una persona es iniciada en el delito, vinculada a la desorganización social.

¿Qué es entonces la desorganización social?

[Es también una] explicación hipotética del delito desde el punto de vista de la sociedad... que puede ser de dos tipos: anomia, es decir, la falta de *standars* que dirigen la conducta de los miembros de una sociedad en general o el conflicto de *standars* que es semejante a la asociación diferencial porque comprende una proporción entre organización favorable a la violación de la ley y organización desfavorable a la violación de la ley por lo que se intitula organización social diferencial (Sutherland, 1969).

Estas dos hipótesis (asociación diferencial-desorganización social) son complementarias, una es contrapartida de la otra y según Sutherland sirven para la explicación de cualquier comportamiento criminal.

La teoría de la asociación diferencial trata de demostrar que el crimen no se hereda, ni se inventa, no es algo fortuito ni irracional, el crimen se aprende y pueden señalarse como aspectos centrales los siguientes (Fonticoba, 2000):

- El comportamiento delictivo es aprendido, por lo que se descarta el componente hereditario.
- El comportamiento delictivo se aprende en la interacción con otras personas en un proceso de comunicación (verbal o extra-verbal).
- Este aprendizaje se verifica dentro de grupos de individuos íntimamente relacionados. Esta teoría niega la influencia importante que ejercen los medios de comunicación.
- El aprendizaje incluye las técnicas de comisión del delito incluso las de mayor complejidad, además de la orientación de los móviles, las actitudes.
- Una persona se convierte en delincuente cuando las interpretaciones desfavorables al respeto de la ley superan las favorables, esto se conoce como principio de asociación diferencial.
- Las asociaciones diferenciales pueden variar en cuanto a la frecuencia, la duración, la prioridad e intensidad.
- El proceso de aprendizaje de la conducta delictiva por asociación con patrones delictivos y no delictivos posee todos los mecanismos de cualquier aprendizaje, lo que representa que no está restringido al proceso de imitación.
- Aunque la conducta delictiva expresa un conjunto de necesidades y valores, no puede explicarse a través de ellas, pues son las mismas del comportamiento no delictivo.

La obra de Sutherland se vincula principalmente con los denominados delitos de «cuello blanco», relación atinada, pues teniendo como fundamento la asociación diferencial y la desorganización social, explicó este tipo de actividad criminal. A partir de él se comienza a considerar que las investigaciones criminológicas puedan no estructurarse mediante las cifras oficiales, «las estadísticas delictivas muestran inequívocamente que el delito, según se entiende comúnmente y se mide oficialmente, tiene un alto índice en la clase socioeconómica baja y un bajo índice en la clase socioeconómicamente alta» (Sutherland, 1969). Esto trae como consecuencia que se relacione a la conducta delictiva con la pobreza, argumento que no es válido, pues se parte de una muestra prejuiciada de todos los actos delictivos y viciada por dos aspectos:

1. Las personas de la clase socioeconómica alta son más poderosas política y financieramente y escapan al arresto y a la condena mucho más que las personas que carecen de ese poder, aun cuando son igualmente culpables de delitos.
2. Parcialidad en la administración de justicia penal.

Es de ahí que «la muestra de conducta delictiva en que se basan las teorías está viciada respecto al status socioeconómico, este prejuicio es bastante cierto, como lo sería si los especialistas seleccionaran solo delincuentes pelirrojos para su estudio y llegasen a la conclusión de que el pelo rojo es la causa del delito» (Sutherland, 1969). Este autor demostró, que la ecuación de pobreza-conducta delictiva no era absoluta, que, en las clases medias y altas, encontramos un gran número de delincuentes y que los delitos cometidos por estos últimos son más peligrosos pues «no solo son deliberados, sino también organizados».

Numerosos señalamientos se le han realizado a la teoría de la asociación diferencial, «su talón de Aquiles es sus pretensiones generalizadoras porque no todo crimen es producto de un aprendizaje social, es una doctrina que no resulta eficaz para explicar las conductas individuales» (Bergalli, 1983). Lo anterior es cierto pero en lo que sí todos están de acuerdo es en que Sutherland nos demostró que las cifras oficiales no son confiables pues a ella escapan un sinnúmero de acciones delictivas efectuadas por los poderosos y que estos actos tienen una incidencia nefasta sobre la sociedad; al no tomarse medidas legales y políticas contra ellos se vuelvan una plaga difícil de sacudir.

Sutherland fue el punto de partida de otros autores, quienes tomaron como fundamento la teoría de la asociación diferencial. Es posible ilustrar esto:

- a. Teoría de la identificación diferencial de Daniel Glaser: establece que el aprendizaje del delito implica más identificación con roles criminales que asociación o contactos con delincuentes (Glaser, 1956).
- b. Teoría del refuerzo diferencial de Akers: el crimen es un comportamiento aprendido, pero el mecanismo de adquisición se precisa mejor con ayuda del denominado condicionamiento operante (Akers y Burgess, 1966).
- c. Teoría de la neutralización (M., 1964) parte al igual que Sutherland de que el proceso en virtud del cual una persona se convierte en delincuente responde a un aprendizaje basado en la experiencia, pero especifica que la mayor parte de los delincuentes comparten los valores convencionales de la sociedad, de modo que lo que aprenden son ciertas técnicas capaces de neutralizarlos, racionalizando y auto-justificando así la conducta desviada de los patrones de la clase media (Matza, 2009).

TEORÍA DE LA SUB-CULTURA

En los diversos trabajos de Sutherland, se aprecian elementos de la sub-cultura, al considerar el crimen no tanto como oposición a unos valores sino como adecuación a otros valores diferentes, criterio que sería desarrollado por autores como Robert Park, Clifford Shaw, Walter Cade Reckless y William Foote.

El último autor citado, en su libro *La sociedad de la esquina*, analizó la estructura social del barrio bajo, tomando como ejemplo el bajo barrio italiano de Chicago y determinó la forma que especialmente afectaba a los menores, en especial a los adolescentes, la estructura de la dinámica de estas zonas. En sus valoraciones distingue dos clases de adolescentes y también jóvenes: los de la escuela y los de la calle.

Los chicos de la escuela intentarían conseguir el sueño americano, mediante la introyección de los valores de la clase media estadounidense que les inculcaban en la escuela y los medios de comunicación. Por su parte, los chicos de la calle se identificarían totalmente con la cultura del barrio bajo.

Pero qué se entiende por cultura: no es otra cosa que el conjunto de costumbres, códigos morales y jurídicos de conductas, creencias, prejuicios, que las personas de una comunidad comparten y aprenden en la participación social. Sin embargo, dentro de la cultura general pueden existir sub-grupos que, aunque identificándose en lo esencial con esos valores generales, se distinguen en algunas cuestiones relevantes. Se conforma así una subcultura criminal. Las conductas desvaloradas por la cultura jurídica y moral son legítimas; en base a estas se niega rotundamente las diferencias biológicas entre los diversos

seres humanos. En esencia, esos son los postulados claves de varios autores que abordaron las subculturas y con ello, la comprensión de minorías (en lo fundamental: emigrados, negros, etc.), que además desarrollaron un compromiso de progreso social que debía tener como un presupuesto importante la incorporación de estas minorías.

Hito importante entre los teóricos de las subculturas, con proyección social-demócrata, es Albert Cohen (1956), discípulo de Parsons, cuya obra más destacada fue *Delincentes juveniles: la cultura de las pandillas*. Argumentó la existencia de una subcultura propia en las bandas de delincentes juveniles, las que definió como grupos organizados, integrados por jóvenes que se reúnen con asiduidad, disponen de estructura jerárquica de grupo y tienen criterios de admisión. Estos jóvenes instituyen un sistema de creencias y valores que surgen de la interacción con otros jóvenes en similar situación y que resuelven por su intermedio los problemas de adaptación causados por la cultura dominante.

Cohen rebatió las posiciones que explicaban el problema delictivo a partir de la psicología individual y por tanto una personalidad del delincuente, pues para él se podría dar en cualquier personalidad si las circunstancias permitían el contacto con modelos delincuenciales en vez de con modelos respetuosos de la ley.

La propuesta de Cohen demuestra cómo de manera correcta se imbrica la teoría de la anomía y la de los contactos diferenciales, rebasando con ello las limitaciones de una y otra, pues de manera aisladas no pueden explicar a las bandas criminales, ya que una presupone la delincuencia como un acto racional y la otra es circular y no logra comprender por qué surge el *slum* como la subcultura en ese lugar. Ahora, juntas las teorías sí pueden analizar este fenómeno: en primer lugar, la presión social que impone el bloqueo de la satisfacción de unos individuos y la asociación con otros en la misma situación hacen valorar cómo se soluciona ese bloqueo.

A partir de la teoría de la anomía (influencia de Parsons y Merton), explica que la subcultura surge entre jóvenes de clase obrera que no encuentran respuesta para su frustración dentro de los cánones de la cultura general que enfatiza el éxito económico. La teoría de los contactos diferenciales explica el proceso de influencia cultural del grupo sobre el individuo, que permite que unos y otros valoren positivamente el acto desvalorado por la cultura general.

Define las características de las bandas de delincentes juveniles de la forma siguiente:

- Cometan delitos expresivos y no utilitarios; esto es que producen placer por sí mismo y sobre todo permiten tener el reconocimiento de los demás miembros del grupo.

- Maliciosos, que no es otra cosa que causar malestar a los que respetan la cultura general.
- Negativistas, se definen en contraposición a los valores de la cultura general; no tienen referencias autónomas, sino que son justamente lo contrario de lo que aquella prescribe.
- Variables, pues no se especializan en un comportamiento delictivo, sino que realizan una gran variedad de acciones delictivas.
- Hedonistas a corto plazo, esto es que no tienen una gran planificación, sino que responden a un impulso de realizar un acto delictivo como valor cultural en sí.
- Reforzadores de la independencia del grupo, porque de esta forma afianzan sus valores como grupo y pueden enfrentar otros grupos informales y a instituciones que implican autoridad y control (familia, escuela, policía).

Al estudiar las bandas demostró que eran formadas por jóvenes del sexo masculino, proveniente de capas bajas de la sociedad, cuya condición social les impedía o dificultaba acceder al llamado sueño americano. Reciben la presión por alcanzar ese estatus, pero su propio origen lo limita y su procedencia le hace adquirir otra dificultad, relacionada con la educación, que los pone en situación de inferioridad frente a los que provienen de clases sociales privilegiadas.

La presión surge de los medios de comunicación, la escuela y la propia familia, que, aunque humildes, los alienta al éxito. Para alcanzar el éxito se debe ser en extremo competitivo y tener las cualidades que se necesitan para ello: ambición, buenas calificaciones, conocimientos extras, respeto a las normas; que son las que coinciden con los valores de la cultura general. Si el joven de clase baja toma en consideración ese diferencial y acepta los valores de la cultura general, se percata de que se encuentra en el estatus más bajo de la sociedad y experimenta sensaciones negativas, como son: culpa, auto-rechazo, ansiedad, resentimiento, hostilidad, etc. Un problema que en cualquier momento deberá ser resuelto, según Cohen por tres vías:

- Se esfuerza, pese a todo, por obtener un reconocimiento, por ser aplicado, por superarse (Mead, 1982).
- Renuncia a las aspiraciones del éxito y asume el papel de buen chico de barrio humilde.
- Se adhiere a la vía de la subcultura criminal.

En el último supuesto se consigue el estatus del éxito deseado, pues se encuentra el reconocimiento entre los demás miembros del grupo, que han sustituido

los valores generales, por los de la sub-cultura, que solo puede solidificarse y sobrevivir así en los individuos que la han creado. Si estos nuevos valores pueden enfrentarse a la reacción adversa de fuera del sub-grupo y a los propios remordimientos provocados por la interiorización de los valores generales por el joven en concreto, se produce entonces la ruptura individual con la cultura general y el aislamiento grupal con respecto al resto de la sociedad e incluso de otros grupos de la sub-cultura. Surge así el chico de la esquina, cuya integración social solo se hará efectiva en una pandilla.

Aunque la teoría de la subcultura, y en especial la de Cohen, explicó un fenómeno propio de la sociedad norteamericana de aquel momento (primeros cincuenta años del siglo xx), sirve de marco referencial apropiado para explicar el fenómeno de las pandillas en la actualidad y, en específico, las de procedencia latinoamericana, como son las «maras» (Galeano, 1996).

LAS TEORÍAS INTERACCIONISTAS

Las explicaciones sobre la estigmatización, el etiquetamiento y las conductas desviadas se recogen en la corriente interaccionista (interaccionismo simbólico y teoría de la reacción social) que, si bien surge sin la pretensión de explicar el fenómeno delictivo, brindó importantes aportes a su explicación y sirvió de punto de partida al vuelco que posteriormente da la criminología como ciencia.

El interaccionismo simbólico y la teoría de la reacción social o enfoque del etiquetamiento (*labeling approach*): ambas, aunque tienen sus diferencias, presentan homogeneidad en un aspecto clave como el referido al objeto de estudio, pues lo invierten en relación con el paradigma positivista: «más exactamente se pasa de la fenomenología criminal, a los procesos de criminalización, esto es el estudio del fenómeno criminal como realidad ontológica, a los mecanismos sociales que definen su comportamiento» (Pavarini, 1983).

INTERACCIONISMO SIMBÓLICO

El principal autor del interaccionismo simbólico es el psicólogo social norteamericano George M. Mead y el eje central de su concepción es el individuo *como un ser activo frente a la sociedad*, con la posibilidad de moldearla y viceversa. El individuo es también flexible para poderse adaptar a ella, puntualiza el surgimiento de la persona solo en el momento en que aparece la comunicación simbólica –de ahí lo de interaccionismo simbólico–. La importancia de esta corriente y su vinculación con la criminología es que permite señalar la criminalidad como una realidad socialmente construida; no tiene en consecuencia una existencia anterior a la realidad social y constituye un producto de interacción social que se concreta a través de una definición.

La construcción social es edificada por los propios hombres «pero es difícil que las personas se den cuenta de esto, debido al fenómeno de la socialización que hace prácticamente imposible percibir este proceso, así la construcción social de la realidad tiene origen en un nivel subjetivo y privado; pero fundado en la realidad objetiva (Mead, 1982). Lo subjetivo se convierte en objetivo mediante tres procesos:

1. Externalización.
2. Objetivación.
3. Internacionalización.

Mediante estos procesos se sugiere que la realidad es externa al ser humano, independientemente a la conciencia, de carácter absoluto y ontológicamente verdadero, y ordenada.

Esta teoría del interaccionismo simbólico es el punto de partida para la «oposición a la visión tradicional del positivismo que veía al hombre como reflejo del medio, como un ser pasivo, en el que el medio ambiente se plasmaba de una forma determinista» (Gómez, 1990).

TEORÍA DE LA REACCIÓN SOCIAL (TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO O LABELING APPROACH)

Teniendo como cimiento la teoría de la interacción simbólica, esta corriente también interaccionista «surge con la modesta pretensión de aportar un enfoque o perspectiva al análisis de un determinado ámbito del comportamiento humano, sin el rango de teoría etiológica» (Becker, 1974). Se destacan principalmente cuatro autores: Edwin Lemert, Demin Chapman, Howard Becker y William Payne; todos operan con dos conceptos claves: conducta desviada y reacción social.

El primer problema que enfrentaron fue cómo definir la conducta desviada. Para ello señalaron que desviación «no es una cualidad del acto cometido por la persona, sino una consecuencia de la aplicación que los otros hacen de las reglas y las sanciones», por lo que los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas, cuya infracción constituye la desviación: «el desviado es una persona a quien se ha podido aplicar con éxito dicha clasificación: la conducta desviada es la conducta así llamada por la gente» (Garófolo, 1912; Becker, 1971).

Al conceptualizar el primer término, explicaban el segundo y a partir de ambos analizaron el control social, pues para ellos una teoría de la desviación ha de enfocar específicamente las interacciones. No basta definir la conducta como desviada, sino que también hace falta organizar y activar la aplicación de sanciones a los individuos, grupos e instituciones, pronunciándose abiertamente de que el llamado «consenso» para la creación de las normas a escala social es

una ilusión, pues son los que detentan el poder dentro de una sociedad los que se arrogan el derecho de ello y en cuanto a lo penal son los que determinan quiénes serán considerados como criminales y quiénes no, al tener en sus manos la posibilidad de elaborar las leyes y aplicarlas.

Estos autores, tienen coincidencia en los aspectos medulares, con peculiaridades propias al analizar la conducta desviada y la reacción social. En primer término, Becker parte de un modelo secuencial y propone los siguientes tipos de conducta:

TIPOS DE CONDUCTA

	CONDUCTA OBEDIENTE	CONDUCTA TRANSGRESORA
Percibida como desviada	Acusado falsamente	Desviada pura
No percibida como desviada	Conformista	Desviada secreta

La conducta conformista es simplemente aquella que obedece las reglas y que los demás perciben como obediente; la conducta desviada pura es aquella que no solo desobedece las reglas, sino que es percibida como infractora. Por otra parte, la falsa acusación es lo que los criminales a menudo llaman *bum rap* (literalmente se traduce como un reto ligado de arriba), pero esa traducción literal no nos dice nada, por eso se define como conducta que se produce cuando una persona es acusada por los demás de haber cometido un acto incorrecto, aunque en la realidad no ha sido así. Y por último, la desviación secreta es cuando se cometen actos incorrectos, pero nadie se da cuenta; se reacciona como una violación de las reglas.

Estos cuatro tipos teóricos, según Becker, permiten combinar las conductas con las respuestas frente a los mismos, posibilitando distinguir entre fenómenos que difieren en aspectos importantes, pero que habitualmente se consideran similares.

Lemert, por su parte, explica la desviación poniendo el énfasis en la reacción social. Parte de considerar que la desviación puede ser «primaria» y «secundaria» (Lemert, 1971). La primera surge en una gran variedad de contextos sociales, culturales y psicológicos que tendrán repercusiones limitadas en la estructura psíquica del individuo. Y cuando en el proceso de interacción dicha conducta puede provocar una reacción social de rechazo o castigo, surge la segunda.

La desviación secundaria aparece mediante un proceso a través del cual el individuo asimila las definiciones que los otros dan de él. Relaciona las nuevas actitudes hacia él, la estigmatización y la etiqueta, comenzando a autoconsiderarse como desviado y, con ello, a ejecutar las conductas propias del desviado.

Por último, W. Payne explica la desviación mediante las etiquetas, definiéndola como una designación con nombre estereotipado, imputado a una persona sobre la base de alguna información que se tiene sobre ella, que puede ser positiva o negativa, e induce un comportamiento coherente con dicha etiqueta.

El proceso para hacer a un criminal, por lo tanto, es un proceso de etiquetamiento, definición, identificación, segregación, descripción, énfasis en la (auto)concientización. Se convierte en una forma de estimular, sugestionar y acentuar ciertos rasgos.

La teoría de la reacción social no ha escapado a las justificadas críticas ya que se considera que pone como centro del estudio a los desviados y a su subcultura, sin tener en cuenta la sociedad en su conjunto; inclusive, al explicar la desviación no llega a delimitar por qué unas personas se hacen desviadas y otras no, pues ciertamente con la sola explicación de la imposición de la etiqueta por la reacción social no se agota la comprensión de la conducta desviada. Sin embargo, con este enfoque ocurre una ruptura epistemológica en criminología: el paso de un paradigma basado en el estudio de la criminalidad a un paradigma basado en el estudio de la criminalización, de un paradigma basado en el individuo y en sus cualidades intrínsecas a un paradigma basado en lo social y que ubica a la realidad externa al individuo, la reacción social, en el origen del problema de la desviación.

Esa ruptura significó una verdadera etapa de transición entre la criminología tradicional y la nueva criminología, un istmo: una porción de territorio que unió el pasado con el futuro, y ese istmo, estrecho por cierto, propició que no entraran paralelamente por el mismo territorio la criminología y el derecho penal, tal y como había sucedido desde su génesis, sino que la primera se colocaba por delante del segundo, marcándole pautas a tal extremo que propició la revisión de los límites de una categoría tan importante como el *ius puniendi* (Hormezabale, 1996), y al final de este accidente geográfico encontramos una isla inmensa que significó la llegada de la criminología crítica, donde se produce la verdadera ruptura.

La corriente sociológica, con importantes aspectos coincidentes, pero a la vez con puntos de vistas divergentes, hace patente la dificultad para encontrar respuestas a las interrogantes que sirven de puntos de referencia en el mapa epistemológico. Sin embargo, de forma general pueden ser respondidas de la siguiente manera.

¿CUÁL ES SU OBJETO DE ESTUDIO?

Los autores ubicados en esta corriente no se pronunciaron de forma explícita sobre este particular, sin embargo la valoración integral da cada una de las

posiciones permiten delimitar que su personaje central continua siendo la delincuencia pero «más allá del marco estrictamente legal» (Viera, 1989).

¿CUÁL ES SU UTILIDAD?

En esta coordenada, por las características en que se estructuran sus tendencias, hay que aclarar que su utilidad no se limita a los juristas, sino que se extiende a la sociología y la psicología. Su aporte fundamental, aún sin proponérselo, fue que legó a la criminología la comprensión del fenómeno criminal con una óptica que rebasa lo jurídico.

UN NUEVO PARADIGMA: LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

El istmo representado por el *Labeling Approach* nos conduce a una isla que constituye, sin lugar a dudas, la próxima coordenada del mapa epistemológico, cuyo surgimiento se ubica en la década del sesenta, época de los grandes movimientos sociales que ponían en tela de juicio la supuesta sociedad estable que servía de referencia a los positivistas.

El nuevo referente real impone una explicación diferente. Es así como en la criminología se produce un real proceso tectónico que desemboca en la «criminología crítica». Se puede afirmar que esta tendencia en criminología marcó el paso de la modernidad a la postmodernidad. La frase inicial de este movimiento, «nada anda», sirvió de punto de partida a la revisión de todo lo que se había realizado con anterioridad en la materia, teniendo como fuente las obras de F. Engels y C. Marx, los que desarrollaron aspectos referidos al delito y la desviación, que con posterioridad fueron retomados por los criminólogos críticos.

Para F. Engels (1978):

el delito, al igual que el alcoholismo, se manifestaba ante todo como una forma de desmoralización, el colapso de la humanidad y la dignidad del hombre, y es índice, también de decadencia de la sociedad. La desmoralización es consecuencia de la industrialización capitalista [...] si las influencias desmoralizadoras del obrero actuaran en formas más poderosa y concentrada que la habitual, este se convertiría en un delincuente tan seguramente como que el agua abandona el estado líquido y se transforma en vapor a 80 grados Réaumur».

Por su parte C. Marx critica el fundamento de la responsabilidad penal basada en el libre albedrío. Valorando la filosofía de la pena de Hegel, señala que este eleva al delincuente a la posición de un ser libre y que se determina a sí mismo:

Empero, si examinamos el asunto más detenidamente descubrimos que aquí, como en casi todos los otros casos, el idealismo alemán se ha limitado a dar una sanción trascendental a las normas de la sociedad existente. ¿No es acaso un engaño sustituir al individuo con sus motivos reales y con las múltiples circunstancias sociales que influyen sobre él, por la abstracción del libre albedrío, solo una entre las muchas cualidades del hombre? Esta teoría que considera la pena como resultado de la propia voluntad del delincuente, no es más que una expresión metafísica del viejo *jus talionis*: ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre (Marx, 1980).

En otro artículo escrito para el *New York Daily Tribune* en 1895, Marx expuso una teoría de la reacción social al examinar las estadísticas sobre el delito en Inglaterra entre 1844 y 1858:

Sin embargo la aparente disminución de los delitos a partir de 1854 es atribuible exclusivamente a ciertas modificaciones técnicas de la jurisdicción británica, en primer lugar, a la ley sobre delincuentes juveniles y en segundo término a la aplicación de la ley sobre justicia penal de 1855, que autorizó a los magistrados policiales a aplicar penas de corta duración con el asentimiento de los presos. Las violaciones de la Ley son, en general, consecuencia de causas económicas que escapan al control del legislador, pero, como lo demuestra la aplicación de la Ley sobre delincuentes juveniles, en cierto grado dependen de la sociedad oficial que determinadas violaciones de sus normas sean calificadas de delitos o simplemente de transgresiones. Esta diferencia de nomenclatura, lejos de ser indiferente, decide el destino de miles de hombres y determina el clima moral de la sociedad. *La Ley puede no solo castigar el delito sino también inventarlo* (Marx, 1973).

Y además, como otro antecedente, el interaccionismo simbólico, que se presentó como una de las teorías del conflicto social, siendo esta la más radical.¹³ La criminología crítica en un inicio dirigió sus cuestionamientos al tradicionalismo

¹³ Las teorías del conflicto social se clasifican en:

- a. Teorías del conflicto cultural (*Taft Selhin*): atribuyen el conflicto a los diferentes grupos culturales de la sociedad por lo que para muchos realmente no se debe considerar como de conflicto.
- b. Teorías del conflicto social: mantienen que el crimen es producto de los conflictos históricos existentes en toda sociedad.
- c. Teorías del conflicto marxista: nueva criminología, o criminología crítica.

positivista anterior. En este sentido, se señalaron varios aspectos: partieron de valorar la «visión consensual» que los positivistas tenían del mundo, pues si se insiste en que hay un consenso en la sociedad, es innecesario estudiar la posibilidad de que haya conflictos fundamentales de valores e intereses. Solo hay una realidad y la conducta desviada es resultado de una socialización insuficiente: «de un plumazo se eliminan las cuestiones éticas respecto al orden y la reacción contra el desviado, las tareas humanitarias del experto se convierten en reintegrar al hereje al rebaño consensual» (Walton y Young, 1980). De lo anterior se desprende un inadecuado compromiso con lo impuesto por el orden social.

El positivista, al ubicarse en el centro del consenso, defiende la realidad de su propio mundo que permite no ponerlo en tela de juicio, se acepta tal cual es, juicio que se refrenda al considerar al delito como realidad ontológica preexistente a la reacción social e institucional y la aceptación acrítica de las definiciones legales como principio de individualización de aquella pretendida realidad ontológica (Gómezb, 1990).

Por otro lado, los criminólogos críticos, refutan el sistema de la ciencia elaborado por el positivismo. La emulación con la ciencia natural ofrece al positivista una argumentación de peso, el sistema de pensamiento que produce milagros en la tecnología y la medicina es un pabellón prestigioso bajo el cual combatir, que concede al positivista el don de la objetividad, cubre sus pronunciamientos con el manto de «la verdad» y da su sugerencia con medidas terapéuticas, que son realmente amenazadoras para los derechos y la dignidad humana (Walton y Young, 1980).

Este método es excesivamente unilateral, orientándose según los criterios del derecho penal y centrando únicamente su atención «en el delincuente y la delincuencia tal y como aparecen descritos por los códigos penales, manteniendo un extremado determinismo que permite presentar una situación absoluta» (Baratta, 1989).

Pero ubicar esta tendencia únicamente en la valoración de lo realizado con anterioridad no es justo, pues su principal aporte es cuando realiza una fuerte crítica a las estructuras de poder: «El momento crítico llega a su maduración en la criminología cuando el enfoque se desplaza del comportamiento desviado a los mecanismos de control social del mismo y en particular del proceso de criminalización» (Walton y Young, 1980). Con ello la criminología crítica no solo se coloca por delante del derecho penal, sino y sobre todo que es su blanco principal, que comienza a replantearse, como «derecho desigual» por excelencia. Al analizar el control social se llega a la conclusión de que todos sus mecanismos tienen un carácter selectivo y estigmatizador siendo en la prisión donde más se manifiestan estos rasgos.

La criminología crítica se diferencia de la criminología positivista en:

PARÁMETROS	POSITIVISMO	CRIMINOLOGÍA CRÍTICA
Orden social	Consenso	Disenso
Acción desviada	Patológica	Diversas variables
Estatus del acto desviado	Oposición	Sobreposición
Reacción	Absoluta	Relativa
Estadística	Objetivas	Construcción social, refleja actuaciones de los órganos de control social.

Este movimiento tuvo su génesis en Estados Unidos e Inglaterra. En el primero se destacan R. Quincey, W. Chamblis, A. Turk, A. Platt, H. Shewendinger, I. Taylor, P. Walton. El segundo cobra auge al desarrollarse la National Deviance Conference, que logró generar relaciones entre los ámbitos académicos y ciertas organizaciones políticas de izquierda, provocando que se pudiera brindar un adecuado respaldo a la batalla llevada a cabo por los propios detenidos y personas implicadas en su lucha; pasa por un verdadero proceso de diáspora, llegando a las más disímiles regiones del planeta.

La criminología crítica en Noruega logró un notable impulso cuando Christie asume la dirección del Instituto de Criminología de la Universidad de Oslo. Y en Suecia, la KRUM (Asociación Nacional Sueca para la Reforma Penal) contribuyó a la difusión de las ideas de esta postura, teniendo esta organización una oficina nacional y trece locales jurisdiccionales que actuaban en diversos niveles.

En la antigua República Federal Alemana se vinculó este pensamiento con la AJK (Círculo de Trabajo de Jóvenes Criminólogos) y sus integrantes, Dorothee y Helga Peters, M Hilbers y W Lange, son los encargados de dar a conocer y divulgar la criminología crítica que luego es aceptada y desarrollada por otros importantes criminólogos.

Por su parte, en Italia se vinculó sobre todo con la formación del grupo estructurado en el Instituto Giudico A. C. de la Universidad de Bologna, dirigido por F. Bricola y A. Baratta, destacándose igualmente las opiniones de Melossi y Pavarini. En Francia la revaluación del derecho penal y la criminología van de la mano de Michel Foucault: sus comprometidas ideas no solo quedaron en los predios académicos, sino que fue el fundador del Grupo de Información sobre Prisiones, cuyo centro principal constituía una denuncia sobre la situación de las prisiones y una atención a los detenidos. Su prolifera obra hace difícil una clasificación dentro de una determinada corriente o paradigma; aborda aspectos tenidos en cuenta por los estructuralistas (aunque el mismo se negó a ser considerado como tal), se nutre de la sociología de Durkheim y de

Weber, del pensamiento de Freud, Nietzsche y de Marx, lo que hace infructuoso colocarle una etiqueta: se autodenominó genealogista (Anitua, 2005). La decisión de incluirlo dentro de la criminología crítica es que es el más crítico de los criminólogos de ese período y sus postulados sirvieron de soporte para otros autores de este movimiento, siendo por ello necesario referir sus principales aportes.

Foucault propone la arqueología como método social para evitar la exaltación histórica, pues su misión es servir para hurgar datos que permitan reevaluar la contemporaneidad. En su propuesta no es importante remontar el tiempo para encontrar una gran continuidad, ni una pretendida evolución o determinismo, sino al contrario, percibir los accidentes, que están en la raíz de lo que hoy se conoce y existe.¹⁴ En su ciclo de conferencias, publicado bajo el título *La verdad y las formas jurídicas*, realiza un pormenorizado análisis de las formas del saber (indagación examen), definiendo al proceso penal como una forma de saber-poder.

Argumenta que el ocaso del litigio judicial entre partes y la génesis del sistema punitivo estatal se producen no por factores jurídicos, sino de índole política y económica, al producirse un proceso de absoluta concentración de poder político, que necesita del saber y el control que proporciona este tipo de proceso, delineándose entonces varios aspectos que legitiman ese poder:

- El procurador, como representante del soberano, ocupando el lugar de la víctima para restarle toda entidad protagónica y convertirse él, finalmente, en la única víctima.
- La infracción como daño a la ley del soberano, en sustitución al daño a otra persona.
- El soberano (luego el Estado) como destinatario final de la reparación impuesta al culpable; lo que introduce así «el mecanismo de confiscación, fondo político y económico de esta transformación» (Foucault, 1986).

Las compensaciones pagadas por los infractores a sus víctimas en otros tiempos se convirtieron en confiscaciones y multas a favor del Estado, que vio en ello una importante fuente de ingreso, un suplemento para los impopulares tributos. El análisis de Foucault en cuanto a los sujetos parte de considerarlos en relaciones recíprocas y múltiples que se generan en el entramado social, en

¹⁴ Es el postulado fundamental de la tarea metodológica señalada por Michel Foucault, recogida en varias de sus obras, sobre todo en *Nietzsche, la genealogía, la historia y Arqueología del saber*.

relación con el poder, el cual no es valorado como intención o decisión, sino como circulación, y en sus redes los sujetos circulan pero también son puestos en la condición de sufrirlo y ejercerlo, como elementos de recomposición.

Vigilar y castigar se sitúa como un referente obligado para la comprensión del sistema punitivo y el ejercicio del poder mediante prácticas efectivas reales. Comienza la obra con la descripción de un condenado en la Francia de mediados del siglo XVIII, en comparación con la vida de los internos de una prisión norteamericana. Con ese paralelismo establece dos formas en apariencia muy diferentes de castigo, pero que implican, sin lugar para las dudas, una punición sobre los cuerpos de los sancionados. Fijando como hilo conductor esos ejemplos realiza un profundo estudio histórico de los castigos, determinando el momento y el porqué se transforma patíbulo en la pena de cárcel.

Convertida a partir de la Ilustración en la consecuencia jurídica penal por excelencia, la privación de libertad genera un tipo de comportamiento vinculado a la disciplina, pero este autor no se limita al análisis de ello en condiciones carcelarias sino que lo extiende a todos los dispositivos del control social: la familia, la escuela, el hospital, el ejército, determinando que la disciplina se encuentra en relación con el cuerpo, pero no se dirige únicamente a crear habilidades, sino a un proceso de transformación que mientras más se obedece se es más útil, definiendo la época histórica que propicia esos controles como ortopedia social. Y, como se refirió en el inicio de este *excursus*, motivó la aparición de nuevos saberes dentro de los cuales incluye a la criminología.

Foucault, advierte que los fines con los que se impone la privación de libertad son irrealizables, siendo ello la razón por la que se encuentra condenada al fracaso. Sin embargo, la prisión se coloca como reina de las penas pues se usa para clasificar, excluir y hacer útil a los que la sociedad etiqueta como delincuentes.

Visionario en sus argumentos, consideró que la sociedad se ha transformado en un auténtico panóptico, donde los individuos son vigilados y controlados de forma sutil por los más diversos dispositivos. Basta comprobar que, en el mundo de hoy, con los avances tecnológicos, se somete a los actores sociales a la vigilancia electrónica, que nos hace recordar la fantasía orweliana del Gran Hermano. Lo cierto es que la obra de Michel Foucault se constituye en referente obligado para el estudio del sistema penal, de la pena, de los mecanismos de control social dominados por el saber-poder, de la historia y la comprensión de la contemporaneidad mediante el método arqueológico. La impronta foucaultiana está en las ciencias políticas, en la sociología, en el derecho (en lo fundamental el penal), pero sobre todo en la criminología de hoy.

La criminología crítica que, si bien tiene como postulado común un ataque «al tradicionalismo positivista anterior y a las estructuras de poder capitalista», no se conformó de forma monolítica, sino todo lo contrario, se reagrupó en tres tendencias fundamentales, que son:

- Neorrealismo de izquierda
- Minimalismo penal
- Abolicionismo

EL NEORREALISMO DE IZQUIERDA

El surgimiento y desarrollo del neorrealismo de izquierda hay que ubicarlo en Inglaterra y Estados Unidos, en la década de los ochenta, y se desarrolla para contrarrestar al denominado «neorrealismo de derecha».¹⁵ Toma este calificativo de neorrealista con el objetivo de diferenciarse del idealismo en que había incurrido, según sus cultores, la criminología crítica en sus inicios, y el apellido de izquierda obviamente tiene la intencionalidad de diferir del ya mencionado neorrealismo de derecha. Es una tendencia que «pretende criticar a las teorías criminológicas existentes, cuyo propósito principal es el de ser leal a la realidad del delito» (Young, 1988).

Para enmarcar sus ideas se hace necesario analizar cuatros puntos cardinales:

- Las causas del delito: El neorrealismo de izquierda acusa a la criminología crítica inicial de haber abandonado el estudio de las causas del delito y de no estructurar una sociología del crimen que permitiera comprender el delito como un problema real para la mayoría de la gente. Y, sobre la base de lo anterior, propone regresar al análisis de las causas del delito.
- El delito como problema real: Partiendo de que el propósito fundamental de toda criminología es la de ser leal a la realidad del delito, se ve a este como un problema, equiparable a otro que padece la clase trabajadora -desempleo, analfabetismo, inflación etc.-, aunque por sus características constituyen el punto álgido, colocándose por encima de todos los demás. Para ser fiel a la realidad se propone partir del análisis del delito «así como la gente lo vive», buscando la percepción que tiene la población de la actividad delictiva.

¹⁵ Entre sus autores se encuentran Van Den Hang, Wilson James, Edward Berfiel, Freda Alleo, que se destacaron por su carácter conservador y que inclusive ayudaron en la campaña electoral de R. Regan y M. Thatcher.

- La víctima del delito: Según sus principales exponentes es necesario abordar los estudios sobre las víctimas, con el objetivo de focalizar los grupos de riesgos.
- Nuevas propuestas sobre el control penal: En cuanto a este punto, objeto de estudio principal de la criminología crítica, se proponen los siguientes aspectos:
 - Reducción del control penal y extensión en otras áreas.
 - Reinserción de delincuentes.
 - Disuasión preventiva.
 - Defensa de la prisión.

Sometido a un balance el neorrealismo de izquierda, se puede determinar que en sus propuestas hay aspectos acertados, como el de considerar el delito un problema real, buscando la percepción que tiene la población sobre este fenómeno; el abordaje de los estudios sobre la víctima, y, sobre todo, las propuestas que se realizan sobre el control social. En este balance, el principal aspecto negativo, que para algunos constituye un verdadero retroceso, es cuando proyectan el análisis de las causas del delito, a partir no del hecho de estudiarlas, sino de la forma de focalizar el problema. Es decir, incurren en el error de averiguar por la causa de un fenómeno (delito) que es así por un poder de definición.

La balanza se inclina hacia los aspectos favorables. Indiscutiblemente, es una propuesta más efectiva que la realizada en los inicios de la criminología crítica.

EL MINIMALISMO PENAL

Esta corriente se desarrolla fundamentalmente en Europa (Italia, España y Alemania y en este último país, a partir del llamado «Proyecto Alternativo» -*Alternativ-Entwurf-Wiederutmachung*-, cuya propuesta será explicada al abordar la justicia restaurativa).

Es válido replantearnos los cuatro puntos señalados en el análisis del neorrealismo de izquierda, pues sin duda constituyen los aspectos en debate entre estas dos corrientes de la criminología crítica:

- Causas del delito: Los minimalistas consideran que la etiología no solo es ineludible, sino fundamental para una criminología que se considere crítica, pues para pedir la reducción del derecho penal es necesario fundamentarla mediante estudios, lo que sí enarbolan siempre como premisa de que el delito existe por un poder de definición.

- El delito como problema real: Admiten al delito como un fenómeno real y sobre la base de esta consideración no agotan su comprensión con ello, sino que también incluyen los fundamentos estructurales que lo sustentan, pero siempre partiendo de que el delito solo existe por una definición.
- La víctima del delito: No se proponen el estudio de la víctima pero sí en sus análisis reconocen que las clases subalternas no son solo las más criminalizadas sino las más victimizadas, al ser las menos protegidas por el derecho penal.
- Propuestas sobre el control social: Enarbolando el paradigma inicial de la criminología crítica, los estudios principales de esta corriente se vinculan con el control social, sin embargo, en cuanto al tema no existe unidad pues se manifiestan, como puntalicé al inicio, dos posiciones:
 - Para algunos la ley penal debe ser defendida como ley de los más débiles y sobre la base de ello proponen una transformación del sistema penal actual en un derecho penal garantista (Ferrajoli, 1989).¹⁶
 - Para otros la ley penal sirve sobre todo para limitar la violencia institucional, postulando una reorganización general de las respuestas institucionales del sistema de justicia para que pueda ser superado, lo que constituye el sustento del proyecto alternativo de Claus Roxin.

Esta visión dual se puede centrar en la consideración de que el derecho penal no solo legitima la intervención penal, también la limita. En consecuencia, este no solo permite castigar, sino que evita castigos excesivos.

Con las diferencias señaladas, no obstante, coinciden en sus propuestas en cuanto a la política criminal a seguir:

- Transformación radical de la sociedad como la mejor política criminal.
- Contracción del sistema penal y extensión a otras áreas.
- Defensa de un nuevo derecho penal a corto plazo (Martínez, 1995).

¹⁶ Considerado el filósofo del derecho más influyente de la actualidad, Ferrajoli ha señalado que la primera tarea de la filosofía del derecho y de la criminología es la de encontrar un verdadero derecho penal mínimo y garantista. Para este autor, en el hoy por hoy de los criminólogos más progresistas debe ser punto ineludible el criticar la expansión del derecho penal y de su expresión más dañina el «derecho penal del enemigo»; por tanto, la lucha ente el racionalismo penal y el irracionalismo penal es la tarea de primer orden.

Este nuevo derecho penal se replantea el cuestionamiento de las consecuencias jurídicas del delito. En el minimalismo de Roxin la pena comienza a ser tenida no solo como la imposición de un mal y/o de privaciones de derecho, sino también, y sobre todo, la imposición de trabajos, tareas, obligaciones, *Konstruktive Leistung*, a favor de las víctimas, sobre todo en cierta clase de criminalidad, «composición autor-víctima, reconciliación, esfuerzos personales del condenado... transformación de la socialización son las ideas por las que abogó» (Roxin, 2000).

Al tercer milenio, creador de tantas transformaciones, compete redimensionar el derecho penal y en ello desempeña un papel trascendental la reconstrucción de la naturaleza de la pena no solo como privación de derechos, no solo o principalmente, como un mal, no solo vindicativa, sino punitiva, restaurativa de satisfacción a las víctimas: «el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarse con consecuencias penales de carácter social constructivo» (Roxin, 2002).¹⁷

Por su parte, Ferrajoli argumenta una revisión de la principal consecuencia jurídico-penal, planteándose y respondiendo a la pregunta cardinal: ¿por qué castigar? (Ferrajoli, 1989). A partir de este eje se pueden fijar distinciones entre por qué existe la pena y por qué debe existir la pena, precisiones que delimitan no solo su justificación y fines, sino la crítica al abolicionismo penal y, a su vez, cimienta la propuesta del garantismo.

Este autor desarrolla el intitulado utilitarismo reformado a partir de varios puntos. En principio orienta el derecho penal hacia el fin único de la prevención general negativa de las penas (informales), así como de los delitos, imponiendo a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas y concurrentes, que son, respectivamente, el máximo bienestar posible de los

¹⁷ En *Problemas fundamentales de la política criminal y el derecho penal*, Roxin desarrolla diferentes tesis para concebir una nueva visión del derecho penal. En la tesis cuarta, en su epígrafe tercero señala que una gran función social del derecho penal es incluir a la víctima para su mayor protección. En muchos casos, los ordenamientos jurídicos que dejan al derecho civil la indemnización de la víctima la dañan adicionalmente a través de la sanción penal, pues frecuentemente la pena privativa de libertad y la multa desalientan al autor al pago de la indemnización a la víctima. Quien se encuentra en la penitenciaría no puede ganar dinero y regularmente está sin recursos, de ahí que quien ha debido pagar mucho dinero al Estado normalmente no le ha sobrado nada más para la víctima. Esta precaria situación solo puede cambiar si se le atribuye a la pena un sustancial significado; ello puede consistir en la reparación voluntaria, normalmente en dinero, pero también en fuerza de trabajo. Además, debería estar acompañada de la posibilidad de reconciliación entre el autor y la víctima. Una compensación del autor a la víctima, que satisfaga a esta última o una reparación que imponga considerables servicios personales o renunciadas personales puede restablecer considerablemente, para delitos leves, la paz jurídica, de modo que se puede prescindir de la pena.

no desviados y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la máxima tutela de los derechos de unos y otros, de la limitación de la arbitrariedad y de la minimización de la violencia en la sociedad. En esencia, su propuesta es un sólido fundamento de la necesidad del derecho penal y de la pena, todo ello sin perder de vista al ser humano, desviado o no desviado. Su construcción permite fundamentar coherentemente no solo un derecho penal mínimo, sino también garantista.

EL ABOLICIONISMO

El abolicionismo como tendencia se ha desarrollado principalmente en el norte de Europa, aunque en América Latina también ha encontrado importantes seguidores. Para analizarla se replantean los puntos recogidos en las dos anteriores, pues el abolicionismo centra su foco de atención en la ilegitimidad del derecho y del proceso penal y a partir de este postulado argumenta sus posiciones porque, aunque no son idénticas, sí existe consenso en cuanto a lo anterior.

Los abolicionistas consideran inútil a todo el sistema penal y para ello se fundamentan en que no cumple las funciones esperadas de contener los conflictos sociales, ni se constata el cumplimiento de los fines de la prevención general y prevención especial atribuidos a la pena. Para ellos el sistema penal, en definitiva, genera mayor violencia, estigmatizando a aquellos que caen en su esfera al sumergirlos en el mundo de la marginalidad. Con respecto a la víctima, enfatizan que el sistema penal la expropia del conflicto, impidiéndole reparar de alguna manera el daño causado.

El abolicionismo en las condiciones actuales es realmente una propuesta utópica pues «la historia del derecho penal, más que la historia de su desaparición, es la historia de su progresivo control» (Fernández, 1996) y por lo menos, en la hora actual, el derecho penal carece de sustitutivos globales. Si se prescindiera de él, no sería fácil encontrar un sistema de control social menos represivo, ni menos selectivo, «quizá solo se lograra un cambio de etiqueta» (Díaz, 1997). Al pretender abolir el derecho penal, lo único que se quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú.

El discurso abolicionista, pese a su utopía, sin embargo, ha logrado mover sensibilidad con respecto a la víctima y a los excesos del sistema penal y con esta última crítica logra su principal mérito, que es, sin lugar a dudas, la humanización de este sistema a partir de su principal propuesta, la «justicia restaurativa».

La propuesta de la «justicia restaurativa» (Carlucci, 2004),¹⁸ inicialmente fue defendida por los abolicionistas. En lo fundamental, se nutrió de las ideas

¹⁸ La estructuración de esta concepción es todavía imprecisa. El debate comienza con su misma intitulación, pues para algunos es justicia positiva, para otros es pacifi-

de Nils Christie y Louk Hulsman,¹⁹ quienes se replantean los conflictos sociales y en consecuencia el concepto de delito, que en una perspectiva tradicional siempre comienza o casi siempre se inicia con un hecho humano, realizado por una persona o un grupo de personas, es decir, una conducta. Para estos autores, ello no es el punto de partida, sino que lo que se valora es una situación, pues lo que importa es la opinión de las personas involucradas y la reconstrucción de la forma en que esa situación se puede atribuir a la conducta (Christie, s. f.).²⁰

Hulsman refiere que el control social es un concepto ambiguo, por lo que propone distinguir varias lógicas del mismo: hay una forma de control social a través de la compensación; hay una forma terapéutica, una forma que tiene que ver con la educación; también las hay con el castigo y la conciliación. Esta lógica se ilustra sobre la base del siguiente ejemplo: 5 estudiantes vivían juntos en una residencia y uno de ellos se puso bravo o llegó a un estado emocional diferente; como consecuencia de ello, lanzó el televisor por la escalera y lo rompió. Describiendo varias formas de reacción de los compañeros: uno que lógicamente no estaría de acuerdo con la actitud del compañero, tal vez lo hubiera metido dentro del modelo de castigo y diría que esa es una conducta precisamente insoportable, totalmente inaceptable y que si alguien

cadora relacional o comunitaria y los demás proponen reparativa o restauradora. Anexado a estos adjetivos, aparecen sustantivos como restitución, reconciliación, restauración, recomposición, reparación, expiación, indemnización del daño, servicios comunitarios, mediación, trabajos en beneficios de las víctimas. Pero la denominación de «justicia restaurativa» es la que se abre paso cada día más, siendo la utilizada en los documentos internacionales. Con referencia a estos instrumentos podemos citar el Congreso Internacional de Criminología de Budapest, 1993, y conferencias internacionales realizadas en diferentes países como Australia, Canadá, Holanda. Se ha llegado a hablar de las tres R: responsabilidad; restauración y reintegración (*Responsability, Restoration and Reintegration*). Sin embargo, autores cuyo idioma oficial es el español o el italiano buscan su sustitución, pues en el lenguaje común la palabra «restauración» y «restaurazione» se vinculan con actividades más materiales, lo que no sucede con «restorative» en inglés y «restaurative» en francés.

¹⁹ Con anterioridad a estos dos autores, se citan dentro de la perspectiva abolicionista a Hermann Bianchi, con sus obras: *Nosotros y el delito* (1959), *Ética del castigo* (1964), *Ensayos sobre el orden y la autoridad* (1967) y *Estigmatización* (1971) y a Plack, con *Alegato por la abolición del derecho penal* (1974).

²⁰ Hulsman toma como ejemplo el siguiente: Salgo de compras y voy al supermercado, un supermercado grande, y se presenta algo así como una explosión, a consecuencia de lo cual se cae el techo. Una persona como yo no tendría mucho interés en atribuir ese evento a una conducta. Trato más bien de ver cómo me salgo y si llego a quedar herido, veo cómo me recupero. Realmente no me interesa saber lo que sucedió, así que simplemente lo consideraría un accidente. En este enfoque no es necesario un perpetrador (Camacho e Ibáñez, 1994-1995, pp. 206-207). Por su parte, Christie ve en un ejemplo de una tribu de Tanzania cómo, más que la conducta, en la decisión a tomar para la solución del conflicto se maneja el criterio de los que intervienen.

actúa de esa forma debe ser castigado por exclusión, ahora tal vez; otro diría, bueno cada uno tiene sus propias formas de comportarse y paradójicamente somos responsables de nuestros actos, así que las consecuencias de este acto son responsabilidad de quien tiró el televisor por la escalera, por lo cual él tiene que encargarse de que muy pronto tengamos otro televisor y si lo reemplaza pues está bien, este es el modelo de compensación. El primer estudiante pediría más bien la intervención del modelo penal y el otro bajo un contexto civil; y luego un tercero de estos muchachos: no está acostumbrado a este tipo de violencia pues fue educado en una familia muy funcional y conservadora, allí nunca había sucedido nada por el estilo y realmente le pareció algo tan extraño que él consideraba que necesitaba un tratamiento psicológico, y el último podría decir: si se pone tan bravo nuestro amigo todos somos responsables, es nuestra responsabilidad común, algo malo está pasando aquí en nuestra vivienda y debemos hacer un examen de conciencia en conjunto (Christie, s. f.).

De esta manera, se propone una reconstrucción válida de este evento que solo se logra si se enfoca desde diferentes prismas, pues para este autor metafóricamente ni el menú es la comida, ni el mapa es el territorio; es decir, un evento que es objeto de un discurso es siempre reconstruido, y la reconstrucción nunca será idéntica. La pregunta obligada es si es válida la misma, lo que no se puede hacer nunca cuando estamos exclusivamente ante una conducta, porque allí únicamente solo se aprecia la reconstrucción en el modelo de organización social y si solo lo vemos en el modelo de castigo se nos olvidan todas las demás formas, resultando entonces una idea totalmente errónea acerca de lo que está sucediendo y de lo que puede suceder.

Para Hulsman y Christie, en sentido general para los abolicionistas, la reconstrucción válida debe hacerse si está basada en el significado de los que directamente están involucrados, proponiendo la sustitución del modelo punitivo –«busquemos opciones a los castigos, no solo castigos opcionales» (Christie, 1994)–, proponiendo un modelo que si bien parte de la compensación económica, tiene un alcance mayor, que se traduce en un soporte ético mucho más complejo que el mero resarcimiento y que se identifica con la justicia restaurativa.

La propuesta abolicionista es lo que hace necesario responderse una necesaria interrogante: si la composición entendida desde la justicia restaurativa tiene como finalidad punir o no. Si se concibe desde el abolicionismo, no debe tener carácter punitivo; para ellos, si se idea de esta manera se lastrarían sus aspectos positivos y encerrarían los mismos problemas que hoy presentan las sanciones tradicionales (privación de libertad, multa, trabajos correccionales etc.): «describir la justicia reparadora con ojos punitivos es ensuciarla, hay que cambiar los vidrios de los lentes, reemplazar el objetivo del aparato

de foto, abandonar la perspectiva retributiva para adoptar la vista general reparadora» (Carlucci, 2004).²¹

Con independencia de la falta de homogeneidad en el punto que simboliza la criminología crítica en el mapa epistemológico, las dos interrogantes planteadas sí encuentran coincidencia, por lo que se responden de forma general.

¿CUÁL ES SU OBJETO DE ESTUDIO?

En la criminología crítica, la criminalidad se enfoca desde una perspectiva diferente pues toma como punto de partida el control social, entendido como el conjunto de sistemas normativos (religión, ética, costumbres y derecho), así como los mecanismos de ejecución de dichas normas. El control social es el eje en torno al cual se estructuran los demás aspectos, pues solo mediante el se definen los conceptos de delito, delincuente y delincuencia.

¿CUÁL ES SU UTILIDAD?

Al igual que su antecedente más directo el interaccionismo simbólico no limita la utilización de la ciencia al campo jurídico, sino que lo extiende a otros saberes. La Criminología Crítica reconoce el compromiso político progresista de esta ciencia, que demuestra como el control social penal tiene un marcado carácter selectivo y se traza como pauta dejar de ser una disciplina para la discusión en los centros universitarios, buscando rebasar estos recintos para que sus valoraciones sean tenidas en cuenta en la política criminal.

LAS COORDENADAS DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN AMÉRICA LATINA

La convulsa década del sesenta del siglo xx también irrumpe en América Latina con sus movimientos y cambios radicales. Esta región despierta de su malinchismo intelectual. La filosofía, la literatura, la música, la religión, la ciencia comienzan a replantearse desde una perspectiva propia: «desde diferentes sectores sociales y desde diversas perspectivas, emergió, entonces, una nueva conciencia del subdesarrollo o del desarrollo estancado y con ella, la premura por actuar en algún sentido: las cosas no podían seguir igual» (Rodríguez, 1990).

La criminología no queda exenta de esta mutación, por eso la línea isobara que la ataba principalmente con el continente europeo se esfuma, pues, si bien la nueva criminología o criminología crítica tiene su génesis en otras áreas geográficas, la importación de esas ideas no ocurre de la manera

²¹ Carlucci toma la frase de Howard Zehr, director del Comité Central Menodita, sobre la justicia penal, quien en 1990 escribió un libro que tituló *Changing Lenses* (Cambiar los lentes).

tradicional –es decir, recepcionándola y aplicándola en una forzada adaptación maquillada–, sino que el desembarco se realiza armonizando dialécticamente lo producido universalmente con las condiciones históricas contextualizadas y a la vez trascendentes. Esta nueva criminología no olvidó la concreta realidad sociopolítica del continente y, sin desmerecer esfuerzos personales al respecto, la verdadera historia de la criminología crítica en el área corresponde al Grupo Latinoamericano de Criminología Comparada, organización que a partir de 1974 comienza a desarrollar investigaciones y cursos donde se muestra un total distanciamiento de la línea del positivismo, estando en su agenda, como primer punto, la violencia y sobre todo la violencia institucional.

Sucesivos seminarios realizados en Quito (1976), Lima (1977), Bogotá (1978) fueron dando cohesión al triunfo. Para entonces sus integrantes establecieron un real compromiso con su proyecto principal: averiguar las relaciones entre el poder político y económico en América Latina. Esto determinaba una estructura legislativa e institucional que, en general, extrae de la esfera penal o penitenciaria las acciones delictivas de los poderosos, una transmisión diferencial de valores con relación a estos delitos y los convencionales, la incidencia de las trasnacionales, los falsos delincuentes de cuello blanco como chivos expiatorios que facilitan la impunidad de los delincuentes mayores y la naturaleza puramente simbólica de la ley penal.

La nueva forma de enfocar la criminología tuvo sus peculiares matices y sus golpes realmente dramáticos. Algunos de sus propios integrantes pagaron con su vida el demostrar que esta ciencia debe servir para algo más que para explicar determinados fenómenos, pues se trazaron como principal tarea la de denunciar la realidad latinoamericana.

En 1981 se aprueba en México un manifiesto con el objetivo de concretar los postulados de la nueva criminología crítica. Más adelante, en 1988, este manifiesto fue reelaborado debido a la impetuosa necesidad de atemperarlo a la evolución teórica de la criminología y a la emergencia de nuevas conductas dañinas cometidas desde el poder trasnacional, internacional, político y económico.

De las tres posibles tendencias dentro de la criminología crítica, América Latina se ha proyectado solo en dos de esas vertientes, el «minimalismo» que es la mayoritaria (Zaffaroni, Anillar de Castro y García Méndez) y el «abolicionismo» (N. Moureal, H. Pozo) y, aunque esta última es criticada por su utopía, muchas de las características negativas denunciadas por este movimiento son realmente ciertas y en la región adquiere matices dantescos debido a las injusticias, ineficacias y carácter selectivo del sistema penal.

A los abolicionistas de América Latina es necesario reconocerle que han logrado poner en práctica dos propuestas fundamentales:

- Justicia compensatoria, de la cual no se han logrado los resultados esperados.
- Justicia comunitaria, con la cual inclusive el resto de los criminólogos está de acuerdo, pero no con una perspectiva a escala social, ya que su sentido se logra dentro de los valores propios del grupo, por ende, debe ser aplicada en áreas delimitadas. Experiencias de este tipo de justicia la encontramos en sociedades indígenas, como son las rondas campesinas en Perú, comunidad guajira en Colombia y en asentamientos urbanos (por ejemplo, en las favelas de Río de Janeiro); todos han solucionado sus problemáticas con respuestas basadas en costumbres ancestrales de organización social. Más adelante en Constituciones que pertenecen al Nuevo Constitucionalismo se le otorga rango superior a esta forma de justicia.²²

Estas propuestas que fueron defendidas por los abolicionistas a nivel mundial y también en América Latina, con introducción en prácticas sociales y jurídicas, han tenido inevitables cuestionamientos, pues esa justicia comunitaria, en lo fundamental, la relacionada con las formas originales de resolución de conflictos, implica la aplicación de castigos que a la luz de los derechos humanos constituyen un ataque frontal a la dignidad al ser consideradas verdaderas torturas.

De igual manera, proyectos como los de «rondas campesinas», «vigilancia vecindal» o «espacios defendibles» se han enarbolado por políticas populistas, donde se «aúnan criterios privatizadores con una nueva legitimación del accionar estatal para llamar a la participación en un modelo represivo previamente definido» (Anitua, 2005).

La criminología crítica en América Latina encauzó sus esfuerzos a la elaboración de un discurso autóctono que evitara el desembarco acrítico de lo que se elabora en áreas muy distantes al referente propio. En este sentido se proyecta principalmente Lola Anillar de Castro, Emiro Sandoval, Mauricio Martínez, Juan Guillermo Sepúlveda, Roberto Bergalli y Eugenio Zaffaroni.

Este último autor analiza la deslegitimación del derecho penal (Zaffaroni, 1998), al generar más violencia de lo que previene, estableciendo abusos desmedidos, prisiones provisionales que se constituyen en una verdadera pena, violación flagrante de los derechos humanos en el proceso penal. Argumenta cómo el derecho penal y la pena son un hecho de poder, que no puede ser

²² En la Constitución de la República del Ecuador se reconoce en el artículo 171 la justicia indígena; en la de Bolivia se reconoce la jurisdicción indígena originaria campesina en los artículos 190 al 192; y en la colombiana, en los artículos 246 al 248, se regula lo referido a las jurisdicciones especiales, concernientes a la de los pueblos indígenas.

legitimado y, en las condiciones actuales, lo único que debe hacerse es limitarlo, reduciendo la violencia del poder punitivo.

Zaffaroni valora que en América Latina se castiga a grupos humanos que debido a sus condicionantes culturales (Zaffaroni, 2010) no pueden adecuar su comportamiento a las pautas jurídicas y culturales dominantes. Sostiene la necesidad del estudio de la vulnerabilidad social, que comprende no solo a los marginados vulnerables, sino también a los hacedores del control social formal. Con los argumentos expuestos, Zaffaroni enfatiza que el abordaje del derecho penal y la criminología debe estructurarse a partir del margen, entendiendo la marginalidad latinoamericana en tres niveles: como zona periférica del poder planetario, cuyo vértice se encuentra en los llamados países centrales; como un hecho de poder en el marco de dependencia del poder central y como un conjunto de la población latinoamericana marginada del poder, pero objeto de la violencia del sistema penal (Zaffaroni, 2012).

Su propuesta la intitula «realismo criminológico marginal» (Zaffaroni, 1988) y la concibe a partir de argumentar un derecho penal racional y no legitimante (Zaffaroni, 1993). Con ello traza pautas para el ejercicio del poder legítimo frente a un hecho de poder deslegitimado y propone lineamientos de pautación decisoria y garantías en un discurso jurídico penal racional.

Los criminólogos latinoamericanos se propusieron, y no pocos casos aún se trazan como meta, «el advenimiento de un mundo americano original, que no sea reflejo ni copia del mundo europeo, sino luz y síntesis de las poderosas fuerzas que atesora» (Martí, 1953, t. I, p. 602).

A raíz de todos estos cambios, la enseñanza y utilidad de la criminología se transforma, incorporándose un nuevo carácter, el de la transdisciplinareidad y de una disciplina para la discusión en los recintos universitarios se torna en una ciencia de un marcado compromiso social. Sus principales exponentes, aunque se les hace difícil por el referente real de Latinoamérica, han tratado de que la criminología no sea ciencia muerta y que sus ideas adquieran vida en la sociedad. Con este fin se han colocado en puestos importantes del Gobierno para convertir los programas criminológicos en transformaciones de esa sociedad.

Esta parada en la configuración del mapa muestra la necesaria articulación dialéctica en la criminología, que debe atemperarse, necesariamente, en y para cada sociedad, en cada momento histórico y en cada coyuntura concreta, no con una forzada capa de maquillaje, sino partiendo del referente socioeconómico y político imperante en cada lugar.

UN MAPA CULMINADO O UN MAPA POR CONSTRUIR: LA CRIMINOLOGÍA HOY

La etapa actual es ambiciosa y, a la vez, parecería perdida; por ello vamos a tratar de anclar la parada del mapa tras el pensamiento criminológico de

Zaffaroni, el más lúcido en estas primeras dos décadas del siglo XXI para América Latina, que abarca conceptos y teorías que iniciaron en el siglo pasado y maduraron con vocación de permanencia, y otros que son consecuencia de aquellos y del avance de fenómenos y nociones que impactan cualquier análisis desde la criminología; a saber: «sociedad globalizada» y «sociedad de riesgo». Sobre estas dos últimas nos hemos pronunciado ya en este camino; ahora se trata de verificar sus efectos y analizar tendencias surgidas de sus discursos y posicionamiento social, que se erigen en «teorías» para tratar de explicar y sobre todo describir más que solucionar el fenómeno criminal del tercer milenio.

DERECHOS HUMANOS Y CRIMINOLOGÍA

El discurso sobre la protección de los derechos humanos, no es «joven» pero sí actual.²³ Cada día se reclama más protección de los ciudadanos en relación con esos derechos, vistos estos en su acepción más amplia, como «derechos» inherentes a todos los seres «humanos», sin distinción de sexo, nacionalidad, lugar de residencia, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, edad, partido político o condición social, cultural o económica. Todos tenemos los mismos «derechos humanos», sin discriminación alguna, que tributan a la dignidad humana y al desarrollo integral de las personas.

Esa mirada trae consigo lo que el profesor Zaffaroni alerta desde hace mucho tiempo, cuando se pronuncia por la necesidad de poner fin a las posibles arbitrariedades de los Estados (Zaffaroni, 2010), en vínculo con los hechos de tortura, lesiones, desapariciones forzadas, abuso de autoridad, entre otras conductas que se destacan de ciertos servidores públicos. No se puede perder de vista que los Derechos Humanos son la base para el desarrollo de una sociedad que permita la articulación de las políticas públicas, y sobre todo que la ausencia de estos derechos daña de manera sensible a la sociedad.

²³ En la Conferencia sobre Educación en Derechos Humanos y Democracia, promovida por la UNESCO y realizada en Montreal en el año 1993, se manifestó el concepto de la cultura de los derechos humanos como uno de los objetivos prioritarios para el siglo XXI. Posteriormente, la noción aparece en la Declaración y Plan de Acción de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Viena en el año 1993; en el Plan de Acción de las Naciones Unidas para el Decenio de la Educación en Derechos Humanos de 1994; y en la Declaración y Plan de Acción de la 44.ª Conferencia Internacional de Educación de la UNESCO del año 1994. La idea central del concepto es propiciar una manera de vivir juntos basada en los derechos humanos o en ubicar al hombre en el centro del desarrollo sostenible, en razón de que es un fin y no un medio o un instrumento, lo que supone la consagración definitiva del respeto y la protección de la dignidad humana.

Gino Ríos (Patio, 2016) considera que para hacer efectivo el binomio antes plasmado se debe entender que la legislación penal por sí sola no satisface los presupuestos constitucionales relativos a la política penal y la política criminológica, por lo que resulta imprescindible demostrar la necesidad de que los derechos humanos sean la fuente de la criminología para que la política criminológica sirva mejor a su finalidad. Es necesario insistir en que la educación es el principal medio idóneo para convertir al hombre; e instar a que el sistema penal no sea un instrumento eficaz por sí solo, para que el Estado afronte la tarea de prevenir, controlar y reducir la criminalidad.

Generalmente, el tema de los derechos humanos en los estudios criminológicos ha estado vinculado a los sistemas penitenciarios y algunos supuestos procesales como, por ejemplo, las medidas cautelares, pero generalmente estos análisis se realizan tras el cumplimiento o no de los instrumentos internacionales. Sin embargo, el binomio derecho humano-criminología debe ser más profundo, abarcador y analítico con la finalidad de preservar los derechos y garantías conquistados por los ciudadanos, teniendo como base que los fenómenos que estamos abordando en este último mapa están indisolublemente vinculados a los derechos humanos. Miremos solo algunos de los que impactan la criminalidad contemporánea, a saber: «sociedad de riesgo», «desarrollo sostenible», «seguridad e inseguridad ciudadana», «ciberespacio», «género», «organización criminal», «impacto mediático del delito», que permiten, además, reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico, cuya vinculación se encamina a una criminología de los derechos humanos.

TEORÍA DE LA SECURITIZACIÓN

La teoría de la securitización o «securitización», término devenido de los estudios realizados por la denominada Escuela de Copenhague (Barry, 1987; Buzan y Hansen, 2009; Buzan, Waever y Wilde, 1998). Esta teoría fue acuñada con esa denominación para los fines de la seguridad por McSweeney (1999). La Escuela de Gales y la Escuela de París, junto a la de Copenhague, engloban un conjunto de corrientes de estudios críticos de «seguridad»²⁴ y la secularización

²⁴ Aunque buena parte de las discusiones ya se inician en la década ochenta, la renovación de los debates sobre seguridad no se produce hasta los años noventa y, en particular, hasta el fin de la guerra fría y la subsiguiente toma de conciencia sobre las limitaciones presentes en los enfoques clásicos de los estudios estratégicos, los estudios de seguridad y las relaciones internacionales para responder a las dinámicas de cambio estructural que supone la desaparición del escenario bipolar. Por un lado, frente a las visiones estrictamente militaristas, emerge un gran debate en torno a la ampliación de la agenda de la seguridad incluyendo otros ámbitos como, por ejemplo, el desarrollo o el medio ambiente. Y por otro lado, en un mundo crecientemente globalizado e interdependiente, y tras el mencionado informe del

es una de sus principales contribuciones. Ole Waever es uno de sus exponentes principales (Peoples y Vaughan-Williams, 2010).

Los discursos de la securitización, como todo lo relacionado con la criminología, tienen un trasfondo político deslegitimador de un sector de la población –pobre, obrero, negro, inmigrante, en fin, selectivo y discriminatorio–, lo que en este caso va de la mano de potentes discursos políticos, que enarbolan una «política del miedo» y construyen el imaginario social hacia el enemigo, como por ejemplo: George Busch, 11-S,²⁵ Afganistán, Irak, España 11-M, Reino Unido de 2007 a 2014 frente a la ola de inmigrantes rumanos, África y Medio Oriente, son «causantes del mal» (Tello, 2011). La «Estrategia Europea de Seguridad», como documento, es la versión para Europa de la «Estrategia Nacional de los Estados Unidos» publicada en el 2002 en el primer aniversario del 11-S.²⁶

¿Qué se va a entender por teoría de la securitización? Con ella se pretende ofrecer elementos de cómo un determinado asunto se convierte en una «amenaza» para la seguridad. Para la Escuela de Copenhague, la seguridad supone desplazar la política a un ámbito que se encuentra más allá de las reglas de juego establecidas, al enmarcar, identificar o definir un asunto como amenaza y, por lo tanto, como una cuestión «especial» que se sitúa fuera o más allá del juego político ordinario y requiere medidas excepcionales (Buzan *et al.*, 1998). Con esto se considera admisible y justificable la vulneración de determinados procedimientos y garantías y se alega la necesidad de utilizar recursos excepcionales, sean de índole económica, política o jurídica (Balzacq, 2011). La seguridad ha sido también entendida como paradigma de las relaciones internacionales del siglo XXI.

Todo ello se realiza inicialmente mediante un discurso propio del constructivismo que introduce las acciones de emergencia y las medidas excepcionales (Abrahamsen y Williams, 2011). En esta conceptualización fueron vitales «la

PNUD (1994) en el que se acuña el concepto de seguridad humana, surgen voces que apelan a la profundización de la seguridad y la toma en consideración del individuo como objeto de referencia de la seguridad, en contraposición a las visiones estatocéntricas que han predominado hasta entonces y que tienen al Estado como único objeto de referencia (Booth, 2007; Fierke, 2007; Pérez de Armiño y Mendia, 2013).

²⁵ Desde el 11-S, la generalización del discurso de la seguridad está normalizando formas de hacer política internacional para las que tradicionalmente se había reservado un carácter extraordinario, de excepción severamente restringida, debido a los especiales poderes que acarrea su condición temporal de emergencia. Muestra de ello son las detenciones de sospechosos de terrorismo en la base militar de Guantánamo, en flagrante violación de la legislación internacional, que han quedado diluidas en la legitimación moral de la defensa preventiva de EEUU ante la amenaza potencial de otro ataque terrorista.

²⁶ El documento de la Casa Blanca se encuentra disponible en <http://ndu.libguides.com/merln>

teoría de los RSC» de Barry Buzan y Ole Waever del año 2003 y la teoría de la securitización que los dos autores elaboran junto con Jaap de Wilde en 1998 (Buzan, Waever e Wilde, 1998).²⁷

Se trata en este análisis de seguridad, incluso de ir más allá de la justificación en los conflictos armados y se recurre al concepto más abarcador del «riesgo» desde la construcción de las sociedades modernas en las que el binomio «seguridad-desarrollo» transmite la necesidad de enfatizar en las acciones propias de esa mirada, incluyendo en ello, por supuesto, a determinadas conductas, como son asilo político, drogas, crimen organizado, terrorismo, entre otras, que se abren en este estadio, tomando en consideración que las relaciones transnacionales son tan importantes o más que las relaciones intergubernamentales. Por ello se presta especial atención a los actores no estatales que van ganando terreno en la escena internacional: mercados, crimen organizado (Strange, 1998).

Los actores no estatales pueden ser tan importantes como los Estados en las lógicas de poder. La distinción entre relaciones internacionales y política interna cada vez es menos apropiada y limitadora para la comprensión de la dinámica de los procesos transnacionales. Por último, la seguridad debe ser entendida de forma más cabal, teniendo otros temas relevantes para la disciplina como garantizar los bienes públicos globales (como el medioambiente) y erradicar los «males públicos globales» como la pobreza, las pandemias o el crimen organizado (Strange, 1998).

Es así que, en este nuevo escenario, la seguridad tiene un impacto directo en el pensamiento criminológico y en la lógica de entendimiento de los procesos para su enfrentamiento, con una evidente vinculación entre criminalidad y seguridad, con lo cual los estudios sobre seguridad son trascendentes en este nuevo contexto.

CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA

Fue el profesor Zaffaroni (2012) quien acuñó el término de «criminología mediática» para referirse a la influencia de los medios de comunicación en el imaginario social y formar juicios de valor sobre el delito y la delincuencia. Considera, además, que no es un recurso nuevo; por el contrario, fue detectado por los sociólogos desde fines del siglo XIX. Con motivo del poder de los diarios en el caso Dreyfus;²⁸ de lo que se trata es del «neopunitivismo» de los Estados Unidos, que se expande por el mundo globalizado.

²⁷ Para una explicación de las principales diferencias entre los estudiosos ampliadores y los profundizadores del concepto de seguridad: S. Tarry (1999) y B. Møller (2000).

²⁸ El Profesor Zaffaroni recuerda lo ocurrido en el Caso Dreyfus en Francia que dio lugar al célebre libro del escritor francés Émile Zola *Yo acuso*, y que tuvo una réplica

El medio ideal para Zaffaroni es la televisión (Christie, 1998)²⁹ porque proyecta imágenes y estas no dejan lugar al pensamiento racional, sino que se absorben como producto acabado. Sin embargo, en la actualidad no podemos desconocer la influencia que también en imágenes tienen las redes sociales, pueden crear un efecto tan devastador en el imaginario social como la misma televisión. Se utiliza el impacto mediático del delito que conmociona al ciudadano, para aparentar que se da respuesta a las justas reclamaciones de la sociedad, asediada por múltiples violencias (León, 2013).

En tal sentido, la criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un «ellos» separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de diferentes y malos: «Los *ellos* de la criminología mediática molestan, impiden dormir con puertas y ventanas abiertas, perturban las vacaciones, amenazan a los niños, *ensucian* en todos lados y por eso deben ser separados de la sociedad, para dejarnos vivir tranquilos, sin miedos, para *resolver todos nuestros problemas*» (Zaffaroni, 2012).

Esta estratificación del bien y el mal, visto desde la propaganda, logra difundir ideas y creencias que se materializan en leyes del Estados para combatir a los «ellos» con «mano dura», creando también legislación de enfrentamiento mediático y a conveniencia, lo que también hace tambalear el edificio criminológico en su construcción de política criminal, también distorsionada. Algunos medios masivos de comunicación se convierten en protagonistas de la problemática criminal y en defensa de la sociedad en riesgo, difunden desde las entrañas de las salas de audiencia los más escandalosos novelones judiciales, mientras otros exacerbaban el terror nocturno llevando al público la vida vergonzosa y la trayectoria criminal de genocidas, homicidas, secuestradores, violadores y bandidos de la peor laya (León, 2013).

Este fenómeno se entrelaza con el anterior, pues tiene como eje común la creación de un sentimiento de «inseguridad» y una exigencia de la sociedad que se materializa en la creación de nuevas leyes penales y el desborde del poder punitivo. Por ejemplo, en el Perú la presión mediática conllevó a que se promulguen leyes penales innecesarias, como la Ley de feminicidio (2013), Ley

o *affaire*, como señalaron los medios argentinos, en el caso «el Traidor» al exponer la influencia de los medios en sucesos relevantes relacionados con el derecho penal, que pueden tener una influencia decisiva, en la que en ocasiones un sujeto es sancionado sin que se pruebe su culpabilidad (Gilbert, 2012).

²⁹ Es la filosofía del delito como elemento determinante del *rating* televisivo, que se revela tras el pensamiento de Christie.

de sicariato (2015) y la Ley de acosos sexual callejeros (2015). Todo ello es una clara manifestación del denominado «populismo punitivo».³⁰

Lo anterior da luces respecto a que las causas del crimen dependen de una diversidad de factores, por lo cual una severa ley penal lejos de extinguir la conducta que pretende reprimir con dureza, se convierte en un factor criminógeno más, como sostiene Rodríguez Manzanera (1989). Hay, al respecto, muchos casos en los que desde el poder legítimo e institucionalizado se violan derechos humanos.

Ello nos obliga, dice Zaffaroni, a pensar en estrategias de comunicación que adquieran formas que permitan llegar a lo que queremos tramitar, se trata de pensar qué delincuencia en realidad hay que combatir y en la necesidad de una «criminología cautelar»³¹ y militante, con la cual la sociedad civil se pronuncie cuando haya cualquier descontrol punitivo, difusión desproporcionada y sistemática de noticias violentas en los medios, discursos vindicativos, discursos represivos, discriminación mediante estereotipos criminales, promulgación de leyes penales innecesarias y otros generados por la criminología mediática.

PREVENCIÓN SITUACIONAL

La prevención es uno de los pivotes sobre los que erige su diseño la criminología y forma parte esencial de su cometido. Se han ofrecido distintas clasificaciones de la prevención: primaria, secundaria, terciaria y aun otras (Molina A. G.-P., 1999) y de las que ya comentamos *supra*; sin embargo, a partir de la década de los setenta se abre espacio al concepto de «prevención situacional», que algunos autores sitúan en el año 1976, tras las investigaciones sobre suicidios realizadas por el Home Office Británico, en las que se comprobó que el índice de suicidios en Gran Bretaña descendió como consecuencia de un cambio producido en el

³⁰ Se le denomina así, a la manifestación de una política criminal, en la que el aumento de las penas y la creación de nuevos delitos se presenta como único medio para la solución de los fenómenos que afectan la seguridad de los ciudadanos. Al decir de Javier Llobet se utilizan frases cortas en formas de *slogan* que tienen como pretensión ir creando una conciencia de manifiesto rechazo y repulsión contra el delito y para exigir un tratamiento agravado. Algunos de estos ejemplos son: el «sistema penal garantiza los derechos de los delincuentes, pero no los de las víctimas»; «debe aplicarse mano dura contra la delincuencia»; «debe existir una política de tolerancia cero con la criminalidad»; el «sistema penal es una alcahuetería»; los que «defienden las garantías están a favor de los delincuentes y en contra de las víctimas»; «hay un derecho a tener armas para defenderse de los criminales»; «los delincuentes entran por una puerta en la cárcel y salen por otra»; «las víctimas se encuentran bajo rejas, mientras que los delincuentes andan libres»; «la prisión solo funciona para engordar a los presos y darles unas vacaciones pagadas»; «las penas de prisión no se cumplen, debido a los beneficios penitenciarios»; «cometer un delito es un vacilón»; «el sistema penal garantiza la impunidad» (J. L. Rodríguez, s. f.).

³¹ Fue también Zaffaroni el que introduce este término que deberá tener un punto de desarrollo en la criminología (2012).

gas para uso doméstico. Ante esto, el director de la unidad del *Home Office Británico*, Ronald Clarke, concluyó que si esto podía ser cierto respecto a una decisión tan seria como lo era el suicidio, podía serlo también para el caso del delito.

La «teoría de la prevención situacional» tiene entre sus principales aportes los estudios Ray Jeffery en los Estados Unidos, el que construye un discurso en el que se evalúa la posibilidad de disminuir las conductas delictivas colocando obstáculos físicos y con ello crea la noción de la «prevención criminal a través de la modificación del ambiente físico». Algunos autores (Pulgarín, 2012) consideran que la prevención situacional nace al amparo del pensamiento económico predominante en las sociedades actuales, indisolublemente vinculado al neoliberalismo que potencia el uso de los avances de la tecnología, fundamentalmente los enlazados con la vigilancia electrónica (cámaras, sensores, alarmas...), y viene marcada por un período de aparente distanciamiento de la relación existente entre las estructuras sociales y económicas en determinadas sociedades. Con ello los Estados se sienten exonerados de compromiso con la génesis del delito y la lucha contra el mismo se convierte en un problema de resultados: ¿cuántos se han capturado? o ¿cómo se han reducido los índices de criminalidad? Un asunto de estadística (Pulgarín, 2012).

En su desarrollo, esta teoría toma como elemento el hecho de que la convivencia en espacios comunitarios ofrece «oportunidades» que facilitan las conductas delictivas, o al menos sus resultados; por ello, es necesario reducir al mínimo las condiciones para delinquir. Lo que se impone es trazar una estrategia de prevención que incremente las probabilidades de detectar los delitos de manera temprana.

De esa forma se llega a considerar que el delito puede ser prevenido mediante la reducción de las oportunidades. Los métodos de reducción de oportunidades para la prevención del delito situacional pueden ser aplicados en todos los aspectos de la vida diaria, pero deben adaptarse a cada situación delictiva en particular (Ariza, 1998).

La teoría de la prevención situacional está encaminada desde ese punto de vista a la modificación del entorno, y se diseña sobre cuatro principios, teniendo como eje central que la vigilancia y enfrentamiento al delito deben ser en primera instancia un asunto de grupo comunitario, tanto poblacional como laboral: a) vigilancia natural; b) refuerzo de lazos afectivos; c) control de accesos; d) mantenimiento del espacio público... todo implica infraestructura y recursos puestos a disposición de esos propósitos.

Muchas han sido las variables u opciones que se han pretendido poner en práctica para hacer efectivo el combate contra el delito, aunque la criminología ha dejado sentada la postura que enfatiza la idea de que el fenómeno criminal es multicausal. Por ello, se han intentado desde el control social

formal e informal y de la prevención también diversas acciones; entre ellas, en los últimos años se ha construido el denominado «Triángulo de Análisis de Problemas Delictivos» (Scarpa, 2009), que es un modelo que apoya la realización de análisis de problemas, para el que la prevención del delito situacional proporciona un modelo de intervención.

Esto se hace mediante la evaluación de aquellas oportunidades que se presentan en situaciones específicas y que a su vez facilitan o promueven la comisión de un delito. En el modelo de prevención del delito situacional, se han identificado cinco formas principales por medio de las cuales se puede modificar una situación con la finalidad de reducir las oportunidades de que se cometan delitos. Estas son:

- Incrementar el esfuerzo que el delincuente debe llevar a cabo para poder cometer un delito.
- Aumentar el riesgo que el delincuente debe enfrentar para completar un delito.
- Reducir los beneficios o recompensas que el delincuente aspira obtener al completar un delito.
- Limitar las excusas que el delincuente puede emplear para «racionalizar» o justificar sus acciones, reduciendo o evitando las provocaciones que pueden incitar o tentar a un delincuente a cometer actos criminales.

Estas «orientaciones» parten de igual forma de las premisas de la «teoría de la oportunidad» y de la «teoría de la selección racional», que son dos miradas que el presunto autor del delito toma en cuenta para elaborar su «estrategia delictual», la que según la prevención situacional puede ser contrarrestada si se colocan obstáculos suficientemente eficaces y en eso los medios electrónicos de vigilancia son un mecanismo útil y efectivo.

La prevención situacional ha sido vinculada en ocasiones al pensamiento que inspiró la denominada «teoría de las ventanas rotas», en la que se considera al delito como resultado del desorden en las comunidades y su falta de vigilancia, retomando la idea de que la desorganización social es premisa para el crimen y que su control desde la comunidad con recursos extrapenales puede contribuir a la prevención.

OTRAS MANIFESTACIONES QUE IMPACTAN EL PENSAMIENTO CRIMINOLÓGICO Y REQUIEREN DE UNA MIRADA CRÍTICA Y NOS IMPIDEN TERMINAR EL MAPA

La problemática criminológica se ve además impactada hoy por una creciente criminalidad organizada, que cada día resulta más peligrosa y extensiva, que motiva una gran preocupación de la comunidad internacional, porque

no se circunscribe a una sola «actividad delictiva» sino que abarca disímiles manifestaciones y ello complejiza su enfrentamiento en un mundo globalizado neoliberal, donde las fronteras de los Estados se diluyen y un creciente movimiento del derecho penal internacional convoca a repensar los atributos e ideales fundacionales de esta rama del derecho; a saber, por solo citar dos de ellos: el *ius puniendi* del Estado nacional y la «territorialidad», ante los retos de «bienes jurídicos supraindividuales», «justicia universal», «personas jurídicas penalmente responsables», «organización criminal», «terrorismo», «pandillas», «derecho penal del enemigo», entre otros.

Por otro lado, el auge que han tomado los estudios de género en este siglo y la impronta de protección a las disímiles manifestaciones delictivas que ello trae consigo han movido el pensamiento penal y criminológico, todo lo que se asocia a una «falta de igualdad real y efectiva» (Acale y Gómez, 2015) vinculándola de esa forma a la necesidad de protección tanto a los sujetos pasivos como activos de estas manifestaciones.

Las tecnologías han venido ser otro de los desafíos para los estudios criminológicos: cómo se insertan estas en la producción de delitos clásicos y cómo ellas mismas generan nuevas fuentes de riesgos delictivos y por sí mismas también pueden ser típicas conductas delictuales. Siendo así, entonces, es necesaria la adaptación del derecho penal y de la criminología al desarrollo social y tecnológico (Romero y Flores, 2012).

En resumen, el mapa no se puede concluir. La criminología tiene que colocar puntos de análisis y una reflexión holística que le permita ofrecer bases y presupuestos para la construcción de una política criminal que pueda ofrecer respuestas coherentes para prevenir, controlar y reducir la criminalidad en este escenario reprensible.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAMSEN, R.; WILLIAMS, M. (2011). *Security Beyond the State. Private Security in International Politics*. New York: Cambridge University Press.
- ACALE, M. S.; GÓMEZ, R. L. (2015). *Derecho penal. Género y nacionalidad*. Granada, España: Comares.
- AKERS, R.; BURGESS, R. (1966). A Differential Association-Reinforcement Theory of Criminal Behavior. *Social Problems*, 14(2), 128-147.
- ANITUA, G. I. (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- ARIZA, J. J. (julio de 1998). El control social del delito a través de la prevención situacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^{da} época (2).
- BALZACQ, T. (2011). *Securitization Theory. How Security Problem Emerge and Dissolve*. New Yor: Routledge.

- BARATTA, A. (1989). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México D. F.: Siglo XXI.
- BARATTA, A. (1995). *Integración-prevenición: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo.
- BARRY, B. (1987). *An Introduction to Strategic Studies: Military Technology and International Relations*. Studies in International Security.
- BECCARIA, C. (1920). *De los delitos y las penas*. Barcelona: Presa.
- BECK, U. (1997). De la teoría crítica de la sociedad a una teoría de la autocrítica social. *Revista Diálogo Científico*, 9-30.
- BECKER, H. S. (1971). *Los extraños. Sociología de la desviación*. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo.
- BECKER, H. S. (1974). Labeling Theory Reconsidered. *Deviance and Social Control*, 80-85.
- BENTHAM, J. (1981). *Tratado de legislación civil y penal*. Madrid: Nacional Torregalindo.
- BERGALLI, R. (1983). *El pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis.
- BOOTH, K. (2007). *Theory of World Security*. New York: Cambridge University Press.
- BUZAN, B.; HANSEN, L. (2009). *The Evolution of International Security Studies*. Cambridge University Press.
- BUZAN, B.; WAEVER, O.; WILDE, J. DE (1998). *Security. A New Framework for Analysis*. Colorado: L. R. Publishers.
- CAMACHO, J.; IBÁÑEZ, A. (1994-1995): Entrevista al profesor Louk Hulsman, febrero de 1994. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, XVII(54-55), 206-207.
- CARLUCCI, A. K. (2004). *Justicia restaurativa*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- CASTELLANOS, I. (1937). *Medicina legal y criminología afro-cubana*. La Habana: s. e.
- CHRISTIE, N. (1994). *Los límites del dolor*. México D. F.: Fondo Cultural.
- CHRISTIE, N. (1998). El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobre-criminalización. *XX Jornadas internacionales de derecho penal*.
- CHRISTIE, N. (s. f.). Los conflictos como pertenencia. *De los delitos y de las víctimas*, 112.
- COHEN, A. K. (febrero de 1956). Delinquent Boys: The Culture of the Gang. *AnthroSource*, 55-56.
- COLOMBO, L. (1966). Culpa aquiliana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 288-289.
- COMTE, A. (1981). *Discurso sobre el espíritu positivo*. Madrid: Alianza.
- CUEVA, L. M. (1990). *Metodología y ciencia penal*. México D. F.: Civitas.
- D, G. (1956). *Criminality Theories and Benarrional Images America Journal of Sociology*. New York: s. e.
- D, M. (1964). *Delinquency and Drift*. New York: s. e.
- DEVESA, J. R. (1991). *Manual de derecho penal español*. Madrid: Dyckinson.
- DÍAZ, G. L. (1997). El abolicionismo penal. *Derceho penal y criminología*, 163-171.
- DURKHEIM, E. (1895). *Las reglas del método sociológico*. Francia: Schapire.

- ENGELS, F. (1978). *La condición de la clase obrera en Inglaterra*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- FERNÁNDEZ, M. D. (abril de 1996). Historia del derecho penal. *Derecho penal y criminología*, 211-216.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J. (1997). *Filosofía del derecho*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- FERRAJOLI, L. (1989). *Derecho y razón, Teoría de un garantismo penal*. Madrid: Trota.
- FERRI, E. (1887). *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*. Madrid: Góngora.
- FERRI, E. (1913). *Principios del derecho criminal*. Madrid: Reus.
- FERRI, E. (1930). *Sociología criminal*. Madrid: Reus.
- FIERKE, K. M. (2007). *Critical Approaches to International Security*. New York: Cambridge University Press.
- FONTICOBA, T. D. (2000). *Criminología*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- FOUCAULT, M. (1970). *Arqueología del saber*. México: Editorial Siglo XXI.
- FOUCAULT, M. (1986). *La verdad y las formas jurídicas*. México D. F.: Gedisa.
- FOUCAULT, M. (1992). *Nietzsche, la genealogía, la historia*. Madrid: Editorial La Piqueta.
- GALEANO, E. (marzo de 1996). La escuela del crimen. *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación* (23), 55-60.
- GARÓFOLO, R. (1912). *Criminología*. Madrid: Jorro.
- GARÓFALO, R. (1914). *Indemnización a las víctimas de delitos*. Madrid: La España Moderna.
- GILBERT, I. (2012). Intimidaciones del caso Dreyfus argentino. Recuperado de https://www.clarin.com/ideas/el-traidor-adrian-pignatelli_0_B1elCktnvQe.html
- GLASER, D. (1956). Criminality Theories and Behavioral Images America Journal of Sociology. *American Journal of Sociology*, 61(5).
- GOITE PIERRE, M. (2000). La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito. En M. G. Cuenca, *Selección de lecturas de derecho penal general* (450-463). La Habana: Félix Varela.
- GÓMEZ, A. J. (1990a). *Antología de criminología*. Querétaro: Universidad Autónoma de Querétaro.
- GÓMEZ, A. J. (1990b). *El interaccionismo o la teoría de la reacción social como antecedente a la criminología crítica*. Querétaro: Universidad Autónoma de Querétaro.
- GUADARRAMA, P. (1998). *Humanismo, marxismo y postmodernidad*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- GUNTHER, K. (1996). La función de la criminología con respecto a la política legislativa penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10-19.
- HOBBSBAWN, E. (1984). *La era del capitalismo*. México D. F.: Siglo XXI.

- HORMEZABALE, H. (mayo-junio de 1996). Revisión de los límites al *ius puniendi* a la luz de las modernas teorías criminológicas. *Derecho Penal y Criminología*, XVIII(59), 45-55.
- INKELES, A. (s. f.). *¿Qué es la sociología?* México D. F.: Ciencias Sociales.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1945). *Tratado de derecho penal*. México D. F.: Montalvo.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1954). *La ley y el delito*. Buenos Aires: Hermes.
- KRAMER, S. N. (1983). *The Ur Nammu Law Code: ¿Who was its author?* Roma.
- LEMERT, E. (1971). *Patología Social*. Buenos Aires: Tiempo contemporáneo.
- LEÓN, W. F. (2013). Populismo penal. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/ Penal/noti-121030-01-populismo-punitivo.cs.html>
- LISZT, F. V. (1925). *Política criminal*. Madrid: Reus.
- LOMBROSO, C. (1910). *Causas y remedios del delito*. Madrid: Reus.
- McSWEENEY, B. (1999). *Security, Identity and Interests. A Sociology of International Relations*. New York: Cambridge University Press.
- MARTÍ PÉREZ, JOSÉ (1953). Nuestra América. En *Obras escogidas en dos tomos*. La Habana: Editorial Lex. Tomo I.
- MARTÍNEZ, M. (1995). *Qué pasa en la criminología moderna?* Colombia: Temis.
- MARX, K. (1973). Artículo para el *New York Daily Tribune*, 1895. En K. Marx, *Obras completas*. Moscú: Progreso.
- MARX, K. (1980). *Prólogo a la Contribución a la Economía Política del Capitalismo*. Moscú: Progreso.
- MATZA, D. (2009). *Delinquency and Drift* (5.ª ed.). New Brunswick, EE. UU.: Transaction Publisher.
- MEAD, M. (1982). *Espíritu, persona y sociedad*. España: Paidós.
- MERTON, R. (1987a). *Estructura social y anomia*. México D. F.: F. C. E.
- MERTON, R. (1987b). *Teoría y estructura sociales*. México D. F.: F. C. E.
- MOLINA, A. G.-P. (1988). *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa.
- MOLINA, A. G.-P. (1999). *Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. Valencia, España: Tiran lo Blanch.
- MØLLER, B. (2000). The Concept of Security: The Pros and Cons of Expansion and Contraction. 18.th *International Conference of the International Peace Research Association*, Tampere (Finlandia), 5-9 de agosto de 2000.
- MORO, T. (1973). *Utopía*. Buenos Aires: Ley.
- NICEFORO, A. (1941). *Criminología*. México: Cajica Jr.
- OCHOA, R. D. (1998). Los límites al *ius puniendi*. La Habana.
- OLMO, R. D. (1990). *América Latina y su criminología*. México D. F.: Siglo XXI.
- ORTIZ, F. (1932). *La filosofía penal de los espiritistas*. La Habana: Universal.

- ORTIZ, F. (1975). *Los negros esclavos*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- PATIO, G. R. (agosto-diciembre de 2016). Criminología de los derechos humanos. Desiderata para la prevención y control de la criminalidad. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, VII(4).
- PAVARINI, M. (1983). *Podery control*. México D. F.: Siglo XXI.
- PEINADO, F. L. (2001). *Los primeros códigos de la humanidad*. Madrid: Tecnos.
- PEOPLES, C.; VAUGHAN-WILLIAMS, N. (2010). *Critical Security Studies: An Introduction*. London: Routledge.
- PÉREZ DE ARMIÑO, K.; MENDIA, I. A. (2013). *Seguridad humana. Aportes críticos al debate teórico y político*. Madrid: Tecnos.
- PÍRES, R. Q. (1985). El pensamiento jurídico penal burgués, exposición crítica. *Revista Jurídica*, (8), 13-24.
- PONT, L. M. (enero-abril de 1997). El pensamiento criminológico. *Revista A*, 90-95.
- PULGARÍN, A. G. (enero-abril de 2012). Prevención situacional y control de los espacios públicos. Revisión de algunos modelos teóricos a propósito del contexto colombiano. *Revista Electrónica. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (8).
- QUIRÓS, C. B. (1940). *Criminología*. Trujillo: Montalvo.
- RITZER, G. (1992). *Teoría sociológica clásica*. México: Mc.Graw.
- RODRÍGUEZ, E. (1990). *La crisis de la izquierda en América Latina*. Venezuela: Nueva Sociedad.
- RODRÍGUEZ, J. L. (s. f.). El «éxito» del populismo punitivo en Costa Rica y sus consecuencias. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 8(8).
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L. (1989). *Criminología*. México: Porrúa.
- ROMERO, C. M.; FLORES, F. M. (2012). *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*. Granada: Comares.
- ROXIN, C. (2000). Transformaciones de la teoría de los fines de la pena. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, XXI.
- ROXIN, C. (2002). Problemas actuales de la política criminal. *Problemas fundamentales de la política criminal y el derecho penal*, 103-105.
- SALDAÑA, Q. (1936). *Nueva criminología*. Madrid: Aguilar.
- SCARPA, M. S. (mayo de 2009). Introducción al análisis delictual. *Conceptos*.
- SCHNEIDER, H. J. (1933). *Criminología*. Madrid.
- SMELSER, N. (1994). *Teorías sociológicas*. California.
- SPENCER, H. (1901). *Prisons Ethics*. Londres: DA Appleton and Comp.
- SPENCER, H. (1910). *Los principios de la sociología*. New York: DA Appleton and Comp.
- STRANGE, S. (1998). *Mad Money*. Manchester University Press.
- SUTHERLAND, E. (1969). *El delito de cuello blanco*. Caracas: s. e.
- TARDE, G. (1907). *Las leyes de la imitación*. Madrid: Daniel Jorro.

- TARDE, G. (1908). *Filosofía penal*. Madrid: Reus.
- TARRY, S. (1999). Deepening and Widening: An Analysis of Security Definitions in the 1990s. *Journal of Military and Strategic Studies*, 19(9).
- TELLO, S. (octubre de 2011). Revisando la securitización de la agenda internacional: La normalización de las políticas de pánico. *Revista Académica Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI)* (18).
- VIERA, M. (1989). *Criminología*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.
- WALTON, P.; YOUNG, J. (1980). *Criminología crítica*. Brasil: Max Da Costa.
- WEBER, M. (1944). *Economía y sociedad*. México: Grandes Estudios.
- WEHNER (1974). *Historia de la criminología*. México: Zeus.
- YOUNG, I. R. (1988). Developments in Criminology. *Developments in Sociology*, 158-160.
- ZAFFARONI, E. R. (1988). *Criminología, aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis.
- ZAFFARONI, E. R. (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Monte-Ávila Editores.
- ZAFFARONI, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. (2000). El curso de la criminología. *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Externado Colombia*, 115-122.
- ZAFFARONI, E. R. (2010). *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madre Plaza de Mayo.
- ZAFFARONI, E. R. (2012). *La cuestión criminal* (3.^{ra} edición). Ilustraciones de Miguel Rep. Buenos Aires, Planeta S. A.

GLOBALIZACIÓN, POLÍTICA CRIMINAL Y RUMBOS DEL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

DAYÁN GABRIEL LÓPEZ ROJAS
UNIVERSIDAD DE MATANZAS

MAYDA GOITE PIERRE
UNIVERSIDAD DE LA HABANA

A MODO DE CONTEXTUALIZACIÓN

La globalización constituye, sin dudas, el fenómeno sociológico sobre el que más se ha polemizado desde el pasado siglo hasta nuestros días. Sus múltiples perspectivas y niveles de análisis, determinados tanto por los disímiles sectores sobre los que irradia como por su constante evolución, le adjudican dosis de alta complejidad.

Tal situación queda perfectamente ilustrada a partir de las reflexiones de Beck (1998), para quien

globalización es a buen seguro la palabra (a la vez eslogan y consigna) peor empleada, menos definida, probablemente la menos comprendida, la más nebulosa y políticamente la más eficaz de los últimos tiempos –y sin duda también de los próximos años-. [...] es preciso distinguir las diferentes dimensiones de la globalización; a saber [...], las dimensiones de las técnicas de comunicación, las dimensiones ecológicas, las económicas, las de la organización del trabajo, las culturales, las de la sociedad civil, etc. (pp. 28-30).¹

Su naturaleza difusa impone serias dificultades a la configuración de un concepto acabado,² sin embargo, todo intento de comprensión al respecto

¹ En este propio sentido se pronuncia Martínez (2005) al sostener que «hay un amplio acuerdo sobre la relevancia de la globalización en nuestros días, pero es un acuerdo que tiene mucho de ficticio porque no siempre se habla de lo mismo cuando se habla de la globalización, con lo que la supuesta coincidencia queda reducida a la simple constatación del uso extendido del término [...] En la literatura pueden encontrarse tantas caracterizaciones como pueda solicitar el más caprichoso de los lectores» (p. 17).

² Refiriéndose a la problemática sobre el análisis de la globalización, afirma Martínez (2005) que «queda un largo camino para llegar a caracterizar satisfactoriamente su continua evolución, entender su lógica y desvelar sus efectos. Algo que, además, no

ha de tomar en cuenta que la globalización, vista desde la arista económica, supone en esencia la mundialización del sistema económico capitalista, de sus componentes, de sus relaciones básicas, de su lógica de funcionamiento y reproducción (Martínez, 2005).³

Con independencia de que no se esté evaluando un término propiamente jurídico, merecen destacarse algunos caracteres esenciales⁴ del fenómeno en el plano económico, político y comunicacional, por su manifiesto impacto sobre el universo de relaciones jurídicas (Borja, 2001; Vogel, 2005).

Así, desde el punto de vista económico, la globalización supone la génesis de mercados globales, en cuyo escenario los agentes económicos –y en especial las empresas transnacionales– gozan de un especial protagonismo y dinámica de movimiento respecto a sus elementos básicos (capital, trabajo, bienes y servicios) a escala planetaria, garantizado ello por el ostensible desarrollo tecnológico en materia de transporte, información y comunicaciones. Además, genera una interdependencia de las economías nacionales respecto a otros Estados u organizaciones internacionales, con serios límites a la autonomía en su dirección y gestión.

En el orden político, la mundialización está provocando que los Estados nacionales pierdan relevancia política, con evidentes mermas de su soberanía, a consecuencia de dos factores fundamentales. De una parte, la influencia cada vez más creciente de las empresas transnacionales y, por otro lado, el sometimiento a organizaciones supraestatales como es el caso de la Unión Eu-

se conseguirá plenamente sin situarla en el seno del nuevo modelo de desarrollo que está pugando para formarse ante nuestros ojos, como resultado de la combinación e interacción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, del avance de la globalización, de la problemática derivada de la sostenibilidad, del ascenso de la financiarización y de la afirmación contradictoria de ciertas opciones institucionales. Será en ese contexto cuando [...] estaremos en condiciones para retomar cuestiones acuciantes relativas a su gobierno, a los objetivos, a los medios y, por qué no, también a las alternativas» (p. 37).

³ Una visión más holística del fenómeno, con la que se coincide, es la ofrecida por Borja (2001), cuando afirma que «con el término globalización se quiere proporcionar una explicación de la realidad de la vida social y de la vida de los individuos desde una perspectiva planetaria, en un mundo sin fronteras; por un lado, interdependiente e intercomunicado (a pesar de las distancias), y a su vez, por otro lado, independiente de la pertenencia a los pueblos, a las etnias o a las culturas de cada uno de los operadores del sistema económico, político o social» (p. 106). Una caracterización del proceso globalizador, desde una perspectiva integral, puede verse en Ramonet (2000), pp. 27 y ss.

⁴ Resulta imposible aprehender en una investigación de estas características todas las aristas de la globalización; de ahí que sólo se intentará una caracterización básica que permita luego analizar y comprender los impactos que genera sobre el derecho penal y, en especial, sobre la configuración de la política criminal que se sigue a nivel mundial para reaccionar contra la moderna criminalidad.

ropea y el Fondo Monetario Internacional, por solo citar dos ejemplos. Ello trae aparejado, como correlato, la emergencia de mecanismos de gobierno global.

Hay que destacar igualmente el impacto que a nivel mundial han provocado las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información –la llamada *globalización de las comunicaciones*–, lo cual ha garantizado que se materialicen las más variadas formas de intercambio mundial, muchas veces de forma instantánea.

Todas estas transformaciones imponen cambios en la dinámica y manifestación de los fenómenos sociales, incluida la cuestión criminal, que en este contexto adquiere formas, matices y protagonistas diferentes.⁵

El desarrollo social y económico de la sociedad moderna, tal y como sostienen Savona y Defeo (*apud* Blanco, 2012), también muestra un lado amargo en el que los actores sociales han aprendido a explotar los mercados globales, las economías de escala y los efectos de armonización entre las políticas nacionales preventivas y de control. De tal modo, la complejidad de la organización criminal es, en suma, una imagen de la moderna complejidad económica y social.

LÍNEAS MAESTRAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

El impacto de la globalización planetaria sobre los distintos fenómenos sociales ha revestido tal calado que se alude hoy día a un nuevo modelo macrosociológico: el de la sociedad de riesgo (Beck, 2002).

El cambio en el potencial de los peligros artificiales en la sociedad actual, básicamente generados por la actividad humana a partir del vertiginoso desarrollo científico-tecnológico, la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad y la sensación de inseguridad subjetiva –que llega a manifestarse incluso ante situaciones en las que no existen peligros reales– constituyen los caracteres configurativos básicos de este modelo social.

Ciertamente, sobre la actual sociedad global se cierne la amenaza de graves peligros: crisis financieras mundiales, migración fuera de control, contaminación ambiental, niveles preocupantes de desempleo, altos índices de violencia, movilidad social en descenso, terrorismo, crimen organizado, guerras, etc.; y todos estos fenómenos, al parecer imposibles de dominar, generan una

⁵ El reacomodo que la globalización impone al sistema penal se advierte a partir de la aparición de nuevas formas delictivas, en consonancia con la emergencia de nuevos bienes jurídicos. Al respecto, reflexiona Correcher (2013) en el sentido de que «la libre circulación de personas y bienes muebles posibilita la aparición de delitos con elementos de extranjería; el aumento de la actividad económica a nivel global provoca un inevitable número de infracciones penales de tipo económico; los avances en materia de telecomunicaciones facultan la aparición de nuevos tipos delictivos insertos en la criminalidad informática» (p. 86).

parálisis en la capacidad de defensa del ser humano y de la sociedad, originándose situaciones de pánico social que traen consigo serias demandas de control. Se configura así el binomio riesgo-inseguridad, en cuya virtud los individuos reclaman al Estado, de manera creciente, la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad (Mendoza, 2001).

La noción básica que se halla en la base del modelo sociológico de la sociedad del riesgo es la aspiración de minimizar la inseguridad y conseguir un control global, aunque ello implique costes para las garantías y principios sobre los que se monta el sistema penal clásico. La prevención es, bajo este paradigma, la clave para reaccionar ante los problemas de la nueva sociedad configurada a partir de los riesgos.

POLÍTICA CRIMINAL DEL RIESGO

La comentada problemática ha tenido una marcada influencia sobre la política criminal contemporánea –entendida como la forma en la que se debe reaccionar ante el fenómeno delictivo–,⁶ cuyos contornos, en congruencia con la línea preventivista antes apuntada, describen un acentuado adelantamiento de la protección penal a partir de la tipificación de delitos de peligro y la configuración de bienes jurídicos universales, de contenido vago, que conduce a un derecho penal preventivo –al que Prittwitz denomina «derecho penal del control global» (*apud* Mendoza, 2001)–, caracterizado por incrementar el catálogo de bienes jurídicos a partir de la tutela de nuevos intereses, incluso, en un estadio previo a su lesión.

Esta tendencia político-criminal, interesada en controlar los riesgos, entrega a la nueva sociedad un derecho penal flexibilizado, convertido en un instrumento de la política criminal que, a costa de satisfacer requerimientos de seguridad y eficacia, se aparta de su rol tradicional, orientado a la protección de un «mínimo ético»⁷ para erigirse en instrumento de control de los grandes problemas sociales. Con ello, deja de reprimir puntuales lesiones a bienes jurídicos y de tutelar a víctimas potenciales, para asumir una proyección preventiva a gran escala de situaciones problemáticas y para proteger vagas

⁶ La política criminal ha sufrido fuertes impactos en la era de la mundialización, concretamente para responder ante las nuevas exigencias de la llamada «sociedad de riesgo». Como consecuencia de tales matizaciones, parece haber adquirido carta de naturaleza el término de *política criminal de la era de la globalización* o *política criminal de la sociedad del riesgo*, a la que se asocia un «nuevo» derecho penal, también calificado como «derecho penal del riesgo», que tiene como contenido la llamada «dogmática de la globalización» (Silva, 2001; Mendoza, 2001).

⁷ Sobre la función protectora de bienes jurídicos que ha de cumplir el derecho penal y su relación con el reforzamiento de los valores ético-sociales de la acción: Hassemer y Muñoz, 1989.

e indeterminadas funciones, afianzando la noción de lo que la doctrina ha calificado como una «huida hacia el derecho penal».⁸

Pero resulta obvio que estas aspiraciones preventivas no pueden alcanzarse bajo el esquema de las clásicas herramientas dogmáticas diseñadas en el seno de un derecho penal nuclear, pensado para reaccionar ante manifestaciones delictivas propias de la sociedad del siglo XIX y de la primera mitad del XX, pues tal modelo, muy por el contrario, impide su materialización.⁹ Es por ello que las estructuras básicas del derecho penal tradicional –entiéndase, los clásicos presupuestos de imputación objetivos y subjetivos (Silva, 2001)– están sufriendo transformaciones y flexibilizaciones conducentes a su reinterpretación en el nuevo contexto, en detrimento de la efectiva vigencia de los principios y garantías propios de un sistema penal democrático que, en consecuencia, también está siendo objeto de una funcionalización a partir de los nuevos intereses político-criminales.

Se advierte así un giro copernicano respecto al tradicional vínculo que, desde la perspectiva de Von Liszt, se establecía entre la política criminal y el derecho penal, en el sentido de que este constituía la barrera infranqueable de aquella. Y es que en el actual contexto, por el contrario, resulta evidente cómo el derecho penal va cediendo su papel limitador para complacer las demandas de criminalización formuladas por una política criminal que se desentiende de los principios de necesidad y *ultima ratio*, para convertirse, al decir de Hassemer (*apud* Mendoza, 2001), en el «brazo alargado» de aquella.

DERECHO PENAL DEL RIESGO O DERECHO PENAL «MODERNO» (O LA HIDRA DE LERNA)

Bajo los designios de la política criminal de la sociedad del riesgo, el derecho penal se ha convertido en el destinatario fundamental de las exigencias de seguridad demandadas por la opinión pública para el control de los nuevos

⁸ Se alude a la «huida hacia el derecho penal» como expresión sinónima de «fe desmedida en el derecho penal», de «expansionismo penal», de «penalización de los conflictos sociales», de «hipertrofia penal», etc. El fenómeno que subyace a todas estas expresiones es el de la funcionalización del derecho penal, al que se le concede cada vez más –con olvido de su naturaleza subsidiaria– el primado absoluto frente a los instrumentos no penales para reaccionar (y pretender solucionar) problemas sociales que no puede resolver y frente a los cuales se muestra absolutamente inoperante y, más aún, contraproducente. Con ello esta rama del ordenamiento jurídico está perdiendo cada vez más su papel de *ultima ratio*, de *extrema ratio*, para convertirse en la vía primaria o reacción natural al delito (García-Pablos, 2012; Luzón, 2012).

⁹ En este sentido apunta Mendoza (2001) que «las crecientes y difusas demandas preventivas de una política criminal interesada en controlar el riesgo no pueden ser satisfechas a través de un derecho penal liberal, que estaría más bien dirigido al pasado, que está dotado de un arsenal de medios limitados y que, como instrumento preventivo, ha de ser prudente» (p. 48).

peligros, atribuyéndosele un rol que no le pertenece y, con ello, generando sensibles fisuras al modelo garantista clásico.¹⁰

No existe duda alguna de que el tercer milenio exhibe un derecho penal que se parece cada vez menos a un instrumento de tutela de la libertad para erigirse paulatinamente en un dinámico sistema de gestión primaria de los problemas sociales.¹¹ Esta gran transformación –o irreconocible deformación (Flávio, 2003)– de la que ha sido objeto el derecho penal clásico en la era de la globalización planetaria, convertido en un hipertrofiado producto de comprobada ineficacia,¹² nos sitúa frente a lo que Morales (2015) denomina como «nueva Edad Media»¹³ y puede graficarse a partir de los siguientes caracteres:

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que la idea de la inseguridad, interpretada en sus extremos, conduce irremediamente a la instauración de un «Estado de la seguridad» que supone un cambio de perspectiva para el derecho penal, en tanto se aleja del tradicional modelo reactivo-represivo y limitador para asumir uno preventivo (Mendoza, 2001). Una caracterización sobre las implicaciones que se derivan de la asunción de este modelo puede verse ya en Baratta (1991).

¹¹ Actualmente existen serios temores y preocupaciones ante la progresiva transformación del Derecho penal en un derecho de gestión ordinaria de los grandes problemas sociales, en tanto ello implica la desnaturalización de esta rama del derecho como *ultima ratio* del Estado para resolver los conflictos (Feijóo, 2008). Especialmente crítico frente esta situación se ha mostrado Hassemmer (1998), quien ha denunciado cómo en estos tiempos el derecho penal se desarrolla con tanta fuerza, homogeneidad y aceptación gracias al clima protector y asistencial imperante, llegando a entenderse como «instrumento eficaz para afrontar los modernos problemas que van desde las agresiones al medio ambiente [...] pasando por el abuso del sistema social. A la vista de los grandes problemas que amenazan la sociedad, en el actual discurso político del derecho penal no vale tendencialmente como *ultima*, sino como *prima* o incluso como *sola ratio*» (p. 38)

¹² Merecen destacarse las palabras de Inzunza (2009) cuando sostiene, con acierto, que «la excesiva confianza en el derecho punitivo como medio para solucionar conflictos sociales no puede menos que calificarse de irracional y de injustificada; irracional, porque desborda las funciones que puede desempeñar, incursionando en una espiral que ensancha sus competencias y agrava la forma de su intervención. No solo existen más tipos penales, sino que las sanciones alcanzan cotas de violencia que en muchos casos llegan a superar la generada hacia la víctima por el autor del hecho criminalizado; injustificada, porque la intervención punitiva no es capaz de lograr los fines que se le atribuyen, sino que, por el contrario, genera un déficit de actuación que deslegitima y pone en entredicho el entero funcionamiento del Estado del que la justicia penal aparece como la cara más visible» (p. 40).

¹³ Morales (2015) ofrece una caracterización detallada sobre la situación que enfrenta hoy el derecho penal, y deja constancia de cómo se ha materializado la hipertrofia de esta rama del ordenamiento jurídico. Sostiene que «en la nueva Edad Media el penalista se interroga por si las garantías del derecho penal, que han dotado de identidad al modelo de Justicia, están en jaque o han empezado a sufrir un declive inexorable, que puede conducir a un nuevo período de anarquía punitiva como el que presidió el mundo anterior al pensamiento de la Ilustración. Estado-nación,

1) PREPONDERANCIA DE LA CRIMINALIZACIÓN, CONDUCTENTE A UNA HIPERTROFIA IRRACIONAL

Si bien los orígenes del excesivo protagonismo del derecho penal no pueden relacionarse con la globalización,¹⁴ sí resulta innegable que en este nuevo contexto socioeconómico y político, de signo neoliberal, la expansión patológica del punitivismo ha alcanzado sectores que antes quedaban libres de la intervención penal.¹⁵

Más allá de la micro-criminalidad propia de las clases marginales (*crimes of the powerless*), sobre la que el derecho penal desde hace algún tiempo centraba su atención a partir de las campañas de «ley y orden», ahora también se aprecia un aumento del interés general por la criminalización de conductas lesivas protagonizadas por los poderosos, fundamentalmente las de naturaleza económica (*crimes of the powerful*).¹⁶

2) FRECUENTES Y PARCIALES ALTERACIONES DE LA «PARTE ESPECIAL» DE LOS CÓDIGOS PENALES Y EDICIÓN DE LEYES PENALES ESPECIALES, CUAL EXPRESIÓN DE LA FUNCIÓN SIMBÓLICA QUE VIENE DESEMPEÑANDO EL DERECHO PENAL

La sucesivas, incoherentes y asistemáticas reformas que se implementan respecto a las construcciones típicas de las distintas figuras que conforman el catálogo de la «parte especial» de los códigos penales, así como la frecuente aparición de leyes penales especiales, constituyen auténticas expresiones del simbolismo, instrumentalización y expansionismo que aquejan al derecho penal en la actualidad.

legalidad y seguridad jurídica son conceptos y valores que no cotizan al alza en la nueva Edad Media» (p. 24).

¹⁴ Merece aclararse que, en realidad, los actuales caracteres que distinguen el llamado derecho penal de la «modernidad» no tienen su origen exclusivo en el proceso globalizador, por lo que lleva razón Flávio (2003) cuando aclara que: «El derecho penal en la era de la globalización es el reflejo de todas las transformaciones (del derecho penal tradicional) que fueron sucediendo a lo largo de los dos últimos siglos (xix y xx), particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, más las profundas y nuevas alteraciones inherentes a la propia globalización» (p. 338).

¹⁵ Al respecto sostienen Arroyo, Neumann y Nieto (2003) que «el suelo penal se ha extendido a nuevas y numerosas zonas tradicionalmente libres de derecho penal», y califica a la delincuencia económica como «el ejemplo más evidente y de mayor dimensión» (p. 19).

¹⁶ Según Flávio (2003) «en el pasado tenían protagonismo exclusivamente las reivindicaciones político-criminales típicas del movimiento de la ley y del orden (criminalización de los marginados y de la micro-criminalidad; encarcelamiento masivo de los excluidos; «tolerancia cero», etc.); en la actualidad, en la era de la globalización, ese escenario se ha modificado notablemente: la influencia de la prensa en la justicia es enorme; las reivindicaciones de algunos sectores de la izquierda contra los poderosos es constante. Luego, la macro-criminalidad también ganó visibilidad («noticias de primera página»); la reacción social contra esa criminalidad ya es claramente perceptible en esta era de la globalización» (p. 339).

Ante los grandes problemas inherentes a la sociedad globalizada –como la seguridad ciudadana y el crimen organizado, por solo citar dos ejemplos–, se nota cómo los poderes públicos acuden continuamente al derecho penal, a través de las permanentes reformas, para transmitir a la ciudadanía una opción política cuyo contenido se traduce en un mensaje de solidaridad con sus preocupaciones; asumiendo de este modo una función política, de legitimación y dirección de las conciencias de los ciudadanos propia de la ética o la moral.¹⁷

No se alude aquí, obviamente, a las reformas que encuentran plena legitimación y justificación en el fin primordial de tutela de bienes jurídicos y control del delito (función instrumental o material), las que por esencia lleven implícitas innegables dosis de simbolismo positivo,¹⁸ sino a aquellas que, guiadas por la obtención de efectos opuestos a la mencionada finalidad, entrañan una instrumentalización del derecho penal en su utilización como medio pedagógico para tranquilizar a la ciudadanía, para inspirar la suficiente confianza en el sentido de demostrar que los gobernantes políticos y los representantes del pueblo se preocupan por los problemas de la inseguridad ciudadana... (Borja, 2001, p. 109).

Sin embargo, a los efectos de analizar en qué casos procede hablar de verdadera expansión punitiva, conviene tener presentes las importantes clarificaciones que trae a debate Terradillos (2004), quien distingue entre una función simbólica propiamente dicha, que entraña siempre la utilización del derecho

¹⁷ Sobre esta tendencia político-criminal que orienta al derecho penal en los tiempos de la globalización, resultan magistrales las reflexiones del profesor Borja (2001) cuando apunta que en estos casos se produce «una instrumentalización del derecho penal en su utilización como medio pedagógico para tranquilizar a la ciudadanía, para inspirar la suficiente confianza en el sentido de demostrar que los gobernantes políticos y los representantes del pueblo se preocupan por los problemas de la inseguridad ciudadana...» (p. 109).

¹⁸ Se coincide con Díez (2013) cuando sostiene la improcedencia de pretender proscribir los efectos simbólicos del derecho penal. Este autor reflexiona sobre la necesaria complementariedad que normalmente se produce entre los efectos instrumentales y simbólicos de toda medida de intervención social, en el entendido de que la modificación de la realidad social lograda a través de la correspondiente medida implica, a su vez, la producción de ciertas representaciones valorativas en los sujetos sobre quienes de un modo directo o indirecto incide aquella. Así, centrándose en el caso del Derecho penal, entiende que: «El efecto instrumental que se procura es la evitación de lesiones o puestas en peligro de los bienes fundamentales para la convivencia, en último término la evitación de la delincuencia, y el mecanismo utilizado para su consecución es la promulgación de normas cuya infracción, debidamente comprobada, da lugar a una sanción. Pero en el logro de tal efecto instrumental desempeñan un papel especialmente relevante los efectos psicológicos, esto es simbólicos, que la amenaza de tal sanción o la mera existencia de la norma producen en ciudadanos que pueden considerarse en muy diversa medida delincuentes potenciales» (p. 36). En esta propia línea de pensamiento Terradillos (2004).

penal «no tanto para proteger bienes jurídicos como para afirmar valores, confirmar expectativas, generar representaciones valorativas, etc.» (p. 235), en la que se aprecia una supeditación de la función instrumental o material a la función asignada a los símbolos, y lo que él denomina una función enmascaradora, la cual supone un estado de indiferencia por parte del Estado ante delitos que no le interesa perseguir, al tiempo que a través del derecho penal se proyecta una «apariencia de resolución de conflictos que permanecen intocados» (Terradillos, 2004, p. 235), de tal modo que no se articulan medios para alcanzar los objetivos que supuestamente justifican la intervención penal y, por ende, hay que coincidir con Terradillos cuando sostiene que en tales casos, más que expansión, lo que se aprecia es una inhibición del sistema penal que termina convirtiéndose en cómplice del delincuente al que solo retóricamente dice perseguir.

Algunos de los «beneficios» que granjea esta deslegitimadora opción político-criminal son resaltados por Díez (2013), quien sostiene que la aludida instrumentalización del derecho penal coadyuva al mantenimiento de una imagen positiva y dinámica del legislador y de los poderes públicos en sentido general, al tiempo que enmascara la ausencia de otras medidas en materia de intervención social que resulten verdaderamente eficaces.¹⁹

Por otro lado, la aparición de específicas leyes penales que se encargan de regular, *extra codicem*, específicas manifestaciones de la delincuencia socioeconómica también constituye una manifestación de la analizada tendencia expansiva que va asumiendo el derecho penal.²⁰ Y es que bajo el argumento de la especialidad de la materia objeto de regulación –especialmente vinculada a la normativa extrapenal que le sirve de base–, en la mayoría de los casos estas leyes sectoriales regulan conjuntamente infracciones penales y administrativas, lo cual conduce a la flexibilización o desdibujamiento (cuando no olvido) de los principios y garantías materiales y procesales que rigen el sistema penal,²¹

¹⁹ En idéntico sentido, Terradillos (2004), quien entiende que «a una tipificación inadecuada suele acompañar la ausencia de otras políticas sociales o de prevención más costosas» (p. 236).

²⁰ Sobre las distintas opiniones en torno a la polémica código penal/ley penal especial, especialmente en materia de delitos socioeconómicos, Martínez-Buján (2014, pp. 147-152).

²¹ Así Terradillos (2003), quien en punto a la problemática relacionada con aquel sector del derecho penal regulado en leyes penales especiales (al que él denomina «derecho penal de segundo nivel»), sostiene que «excepcionaría, sobre todo en los aspectos garantizadores, a la parte general del código penal» y ejemplifica esta problemática a partir de las relaciones entre el principio de lesividad y la construcción de los delitos de peligro, cuyo esquema se muestra más flexibilizado en este tipo de normas administrativas o económicas en las que el fundamento de aquellas tipologías delictivas se hace descansar, la mayoría de las veces, en el mero refuerzo

pasando por alto que, si bien el sector de la delincuencia económica presenta peculiaridades técnicas, ello no justifica en ningún caso que el enfoque con el cual deba analizarse este tipo de delitos sea el empleado por el derecho administrativo, porque a pesar de que este sector del ordenamiento jurídico y el derecho penal confluyan sobre una misma realidad social, la autonomía del derecho penal supone una perspectiva de análisis propia y diferente.²²

El abuso de la legislación penal especial, además de favorecer elusión de las exigencias principales más estrictas de los códigos, también comporta una importante pérdida de seguridad jurídica y suele ir acompañada de un significativo descenso de la calidad técnica de la ley penal.²³

Tal problemática no escapa al ámbito cultural iberoamericano en el que, a pesar del arraigo del principio de codificación, se advierte la proliferación de leyes penales especiales en un buen número de países, entre los que cabe mencionar a Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y Venezuela.²⁴

3) LA PROTECCIÓN FUNCIONAL DE BIENES JURÍDICOS, EXCESIVA CREACIÓN DE DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y CRISIS DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD

Con el advenimiento de la globalización ha proliferado una marcada tendencia a dirigir la tutela penal hacia bienes jurídicos supraindividuales (universales, colectivos, difusos), los cuales ostentan una configuración vaga e imprecisa y en los que no se reconoce, al menos en la mayoría de los casos, un referente directo a un interés individual. Se evidencia así la crisis en que se halla sumido

de decisiones administrativas, o se basan en presunciones; contraviniendo así los criterios de necesidad y proporcionalidad que deben observarse al momento de la incriminación penal (pp. 514 y 526).

²² Al respecto, argumenta Terradillos (2003) que «sin marginar las exigencias impuestas por la complejidad y especialización propias de las materias objeto de regulación, el derecho penal puede reservarse un campo de definición autónomo»; extremo que, al decir de este autor, «resultará más idóneo de cara a sus objetivos (preventivos), que no son los de la legislación sectorial (regulativos, promocionales, de inspección y control, etc.)» (p. 517).

²³ El principio de codificación proclama, en esencia, la necesidad de que la materia penal aparezca regulada en cuerpos legales omnicomprendidos (códigos penales y procedimentales), cuyo fundamento descansa en la idea de seguridad jurídica y respeto a los principios y garantías básicos del derecho penal; y al decir de Díez (2013) esta opción «supone un esfuerzo de racionalización del sistema de control penal, y de obstaculización de decisiones legislativas proclives a abandonar los principios fundamentales del derecho penal por razones coyunturales».

²⁴ En la región latinoamericana esta tendencia se concentra mayoritariamente en contenidos de la «parte especial», en tanto dichos cuerpos normativos bien introducen nuevos delitos no presentes en el código, o bien excluyen de aquel determinados delitos, que son formulados de otra manera.

el principio de la protección de bienes jurídicos,²⁵ cada vez más distanciado de su originaria función de límite negativo de la criminalización para asumir un moderno rol justificativo de la intervención penal.

A tono con la emergencia de bienes jurídicos supraindividuales, se advierte un reiterado empleo de la técnica legislativa consistente en la configuración de delitos de peligro abstracto, contruidos muchas veces sobre la base de la mera desobediencia a la norma, con lo cual se menosprecia el contenido material del principio de lesividad. Se difuminan, por tanto, las fronteras que delimitan lo penalmente relevante del mero ilícito administrativo, sin que pueda soslayarse además que tales incriminaciones revisten enormes dificultades de cara al ejercicio del derecho de defensa y, en oposición, se favorece la actividad persecutoria del Estado.²⁶

4) FLEXIBILIZACIÓN DEL MANDATO DE TAXATIVIDAD, ÍNSITO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

Con más frecuencia de la deseada se acude a la técnica legislativa de normas penales en blanco, en las que se aprecia una erosión del contenido de injusto en tanto los límites de la norma de conducta se desplazan hacia difusos sectores normativos de la administración pública, con lo cual se concede a las instancias administrativas funciones directamente relacionadas con la determinación de lo penalmente relevante cuando ello, legal y constitucionalmente, constituye una función que compete en régimen de exclusividad al legislador.

5) PROTAGONISMO DE LA FUNCIÓN INTIMIDATORIA DEL DERECHO PENAL EN DESMEDRO DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y PROPORCIONALIDAD

Bajo el ideal del «Estado preventivo» o «Estado de la Seguridad», la principal aspiración del derecho penal moderno se dirige a prevenir futuras perturbaciones, más allá de la idea de seguridad o certeza; de modo que ya no importa tanto retribuir proporcionalmente el mal causado, sino más bien alcanzar la

²⁵ Un derecho penal democrático solo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, singularmente importantes, en la medida en que afecten a las posibilidades de participación del individuo en el sistema social; de modo que no deben respaldarse mandatos puramente formales, ni valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometan seriamente el funcionamiento del sistema social (Mír, 2011, pp. 129 y 130).

²⁶ Según Hassemer (2009), con el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto «el legislador alivia el trabajo del juez a la hora de la determinación de los hechos relevantes desde la perspectiva típica; y agrava, al mismo tiempo, el trabajo de la defensa penal, cuya tarea se reduce al número específico de los presupuestos de la punibilidad» (p. 16).

confianza de todos los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal (Hassemer, 2009).

Sobre los costes que implica la asunción de este modelo reflexiona Hassemer (2009), vinculando el principio general de proporcionalidad con el principio de culpabilidad, en el sentido de que

este principio (el de culpabilidad) aparece especialmente amenazado en un sistema penal que persigue objetivos preventivos y que por tanto está particularmente interesado en alcanzar consecuencias beneficiosas mediante presión y golpes de efecto –no solo entre los afectados sino también ante la opinión pública conformada por los medios (p. 39).

6) TRANSFORMACIÓN FUNCIONALISTA DE CATEGORÍAS DOGMÁTICAS CLÁSICAS

En el seno del derecho penal moderno, enfocado hacia la prevención y control de los nuevos riesgos, se plantean problemas a los que los clásicos contenidos de las viejas categorías dogmáticas parecen no ofrecer una respuesta adecuada.²⁷

Comoquiera que la configuración tradicional de aquellas se erige en obstáculo para la eficacia de la nueva política criminal, se generan propuestas de interpretación que provocan disfunciones respecto a las clásicas estructuras y reglas de atribución de la responsabilidad penal, en especial las vinculadas al entendimiento de la relación de causalidad, al contenido del dolo y la imprudencia, a la delimitación entre autoría y participación, así como las fronteras entre la consumación y las formas de realización imperfecta (Hassemer, 1992).

El derecho penal de nuestros días muestra un panorama ensombrecido, que implica un preocupante distanciamiento de las bases del Estado de Derecho y, correlativamente, un acercamiento al totalitarismo (González, 2007; Morales, 2015).

PAUTAS BÁSICAS PARA UNA MODERNIZACIÓN RAZONABLE DEL DERECHO PENAL

No es posible dudar que vivimos en una sociedad diferente –ya se le denomine «sociedad del riesgo», «sociedad del peligro», «sociedad postindustrial», etc.–, que se distancia notablemente del modelo de sociedad preindustrial, centrada en la protección de bienes de carácter individual; y que es distinta también de la sociedad industrial decimonónica que vio nacer los valores de solidaridad,

²⁷ Sobre este particular apunta Mendoza (2001): «las crecientes y difusas demandas preventivas de una política criminal interesada en controlar el riesgo no pueden ser satisfechas a través de un derecho penal liberal, que estaría más bien dirigido al pasado, que está dotado de un arsenal de medios limitados y que, como instrumento preventivo, ha de ser prudente» (p. 48).

confianza social e intereses colectivos. Son tiempos de globalización neoliberal, con todos sus «atributos».

Los múltiples peligros e inseguridades de carácter colectivo, sobredimensionados en sus contornos gracias a la opinión pública, generan demandas de criminalización apoyadas en necesidades de defensa ante peligros que la mayoría de las veces solo están definidos por criterios estadísticos. A ello responden los poderes públicos creando tantas figuras delictivas como sea posible para proteger a la sociedad de los riesgos anunciados (Bajo, 2013), de tal suerte que se configura a este compás un derecho penal inflacionado, irrespetuoso con los derechos y garantías fundamentales y, por demás, carente de efectividad y eficacia (Mendoza, 2001).

Esta situación ha conllevado a que en la actualidad el modelo teórico del derecho penal atraviese una evidente situación de crisis. Las manifestaciones de ese modernizado instrumento punitivo, fundamentadas en un discurso pro-eficacia de contornos ilimitados, constituyen una amenaza cierta de destrucción para el conjunto de garantías que han sustentado el sistema clásico de imputación penal, con el que conectan los principios político-criminales (Silva, 2001).²⁸

Se trata de la cristalización del derecho penal del enemigo (Sanz, 2012), epidemia jurídica que arrasa con la idea del imperio de la ley,²⁹ con las exigencias básicas del Estado de Derecho y con la legitimidad democrática (Maresca, 2005), y que se expande inconteniblemente como consecuencia del fenómeno de la internacionalización.³⁰ Los Estados nacionales, en una mezcla de impotencia y servilismo frente a las decisiones de organismos globales, permiten que sus ordenamientos jurídicos resulten inoculados por las más peligrosas manifestaciones del expansionismo irracional.

²⁸ En este sentido alerta Mendoza (2001) que «con el propósito de conseguir una mayor eficacia de la protección penal se puede estar configurando un modelo que, sin lograr la eficacia que persigue, pretendidamente apoyada en razones de legitimación utilitaria, abandone aquellas garantías que le otorgan justificación axiológica» (p. 182).

²⁹ En opinión de Maresca (2005), «en la cultura del Estado de Derecho la idea del imperio de la ley está unida a la de poner límites al poder del Estado, y concretamente a la idea de minimizar el poder punitivo del Estado» (p. 88).

³⁰ La internacionalización del derecho penal es otra de las consecuencias de la globalización. Su principal significado es que el derecho deja de ser la realidad estática de un determinado ordenamiento para convertirse más en un proceso dinámico de intercambio entre los distintos órdenes de intereses, a tal punto que se va gestando una especie de modelo global al que debe responder toda la actividad incriminadora desarrollada por los Estados para hacer frente a ciertas manifestaciones delictivas, normalmente asociadas a la criminalidad organizada. Sobre las notas características de este fenómeno y su influencia en el derecho penal contemporáneo, entre otros, Méndez (2005), Voge (2008) y Berdugo (2012).

No obstante, pese a que la situación actual se nos presente con altísimas dosis de complejidad, hay que coincidir con Zúñiga (2001) cuando, refiriéndose a las características de ese nuevo derecho penal, defiende que no pueden entenderse como inevitables y menos aún como valorativamente legítimas.

Se impone así la búsqueda de una solución, y, desde la perspectiva que aquí se defiende, el presupuesto es admitir la necesaria modernización del derecho penal clásico, puesto que defender su utilidad en el contexto de la sociedad actual sería algo más que una utopía. Sin embargo habrá que rehuir de aquella tendencia que, orientada hacia el discurso de la eficacia,³¹ propugna al empleo del derecho penal como instrumento de pedagogía social, de transformación de las estructuras sociales, como gestor de grandes conflictos que en realidad solo encontrarían una solución adecuada en otras instancias de protección distintas al sistema penal.

Si bien es cierto que el sistema penal tradicional está pensado para otras épocas y circunstancias y que, por ello, se muestra insuficiente para controlar las formas de criminalidad impulsadas por la economía globalizada, cuyas manifestaciones responden a un modelo de sociedad de corte post-industrial que necesita de un derecho penal preparado y dispuesto a controlar conductas que agredan derechos colectivos, que vayan más allá de los derechos subjetivos para los que están pensados los actuales sistemas penales –esto es, un derecho penal que le sirva de cortapisas a una economía global que no respeta principios ni fronteras–, ello tampoco puede interpretarse como más control penal o más represión.

Solo una modernización del derecho penal que se lleve a cabo con escrupuloso respeto a las garantías ínsitas al Estado de Derecho, y no a golpes de seguridad, representará una verdadera evolución del mismo (Sanz, 2012). Ello implica que el proceso globalizador ha de ser sometido a un control democrático, en busca de nuevas reglas que eviten sus efectos perjudiciales, pero retomando en todo caso el discurso garantista y el debate sobre los valores.

Por lo tanto, la clave no parece hallarse en las propuestas extremas que optan por un expansionismo irracional, ni en una injustificada inhibición de la intervención punitiva frente a sectores necesitados y merecedores de tutela penal; sino en una posición intermedia que, desde una perspectiva más coherente, se muestra a favor de una expansión razonable del derecho penal –en la medida en que así lo exigen los cambios sociales– a aquellos ámbitos que verdaderamente requieran y merezcan protección por parte de esta rama del

³¹ En este sentido alerta Corcoy (2012) que «la eficacia, siendo necesaria, no puede ser el único criterio si no se quiere terminar en un Estado policial» (p. 154).

ordenamiento jurídico,³² pero siempre con sujeción a los límites que al ejercicio del poder punitivo imponen los principios sobre los que se erige el derecho penal de un Estado de Derecho.³³

Ubicar al derecho penal en una posición en la que compatibilicen su acomodo a las exigencias de la contemporaneidad y el respeto al sistema de garantías básicas supone, ante todo, fomentar en primera opción el recurso a otras vías de regulación distintas a la penal, de tal suerte que se emplee esta última con el carácter excepcional que se le debe asignar (Mendoza, 2001). La asunción real (y no meramente formal) del carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal en la solución de los conflictos sociales conduciría a un derecho penal más pequeño que, precisamente por ello, sería un instrumento más eficaz (Ferré, 2007).

Ello exige el rescate y potenciación de los roles legítimos de otras instancias de control, porque solo así quedarán aseguradas la seriedad y eficacia de la conminación penal; sin que en ningún caso pueda renunciarse a ello por más problemas estructurales y operativos que se atribuyan a otras ramas o sectores del ordenamiento jurídico.³⁴ Se trata, en última instancia, de llevar a cabo un adecuado proceso de selectividad sobre lo penalmente relevante que, además de realzar la vigencia cada vez más relegada del principio de intervención

³² Al respecto, sostiene con agudeza Sanz (2012) que «no se trata de abogar por una retirada drástica del derecho penal, sino de que preste batalla allí donde puede, y sin renunciar a las tradicionales reglas de imputación y a los principios garantistas que ordena dicha actuación» (pp. 141-142). Desde una perspectiva centrada en la necesidad y la racionalidad de la intervención penal ante los nuevos intereses dignos y necesitados de tutela, Terradillos (2004) se muestra igualmente partidario de la tutela penal frente a ciertos ámbitos, como lo es el de la responsabilidad por el producto, que entraña un riesgo para la vida o la integridad física de los consumidores incluso con una dimensión transnacional.

³³ Según Mendoza (2001) se trata de «no forzar al derecho penal en una tarea de *prima ratio*, ni de pedagogía social, ni de satisfacción de necesidades -en parte objetivas y en buena medida subjetivas- de seguridad y prevención, que no es seguro que consigan lo que se proponen, pero que con certeza están suponiendo, en más casos que los deseables, transformaciones o tendencias no conciliables con el sistema basado en categorías dogmáticas racionales y coherentes, y en principio garantistas de ineludible cumplimiento en el derecho penal de un Estado de Derecho avanzado» (pp. 188 y 189).

³⁴ Así, lleva razón Mendoza (2001) cuando sostiene que «propugnar que jueguen el debido papel el derecho civil, el administrativo sancionador -convenientemente reformado y adaptado- y el derecho mercantil, no supone dejar de reconocer las insuficiencias que puedan atribuirse a estos, ni olvidar su posible inoperancia o la menor exigencia de garantías que puedan darse trasladando el problema a otras ramas del ordenamiento jurídico. Pero tampoco puede suceder, a la inversa, que estos defectos agudicen la tendencia a recurrir a la más radical «solución penal», sobrecargando al derecho penal, operando transformaciones que desnaturalicen, en suma, el carácter del recurso a la pena criminal» (p. 187).

mínima, apuesta por la recuperación del rol crítico de la teoría del bien jurídico en aras de enfrentar la apocalíptica tendencia expansiva (Pariona, 2007).³⁵

Así, la legitimidad de la intervención punitiva deberá evaluarse no por su repercusión en un determinado sector de la vida social, sino por el grado de respeto a los principios de atribución de responsabilidad individual en cada caso; esto es, analizando la legitimidad de la norma en concreto (Sanz, 2012). Ello implica –más allá de los desaciertos que puedan signar la técnica legislativa empleada en cada caso, siempre perfectible–, que el proceso de interpretación desarrollado por los sujetos procesales con capacidad decisoria no esté regido por exclusivos criterios literales o gramaticales, sino que dé cabida a los teleológicos –que tomen en cuenta la referencia al bien jurídico– y sistemáticos –a partir de la necesaria comparación entre figuras delictivas afines y de la normativa extra-penal (Corcoy, 2012).

Cierto es que la postura aquí defendida entraña conocidas dificultades, pero también es verdad que uno de los fines más relevantes del Estado democrático consiste en lograr un equilibrio entre la garantía de una vigencia razonable de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y una eficaz tutela de los bienes jurídicos más esenciales para mantener una digna convivencia social (Borja, 2012).

Se es consciente de que el reacomodo del Derecho penal a las nuevas realidades dependerá, en buena medida, de la evolución de la economía y de la sensibilidad social de los agentes políticos y económicos que hoy dominan el mundo; pero también, como ha destacado Muñoz (2004), del nivel de resistencia intelectual que podamos oponer los penalistas y criminólogos comprometidos con la prevención de la criminalidad dentro de las coordenadas del Estado de Derecho.

Resulta verdaderamente preocupante que un sector de la doctrina penal se muestre, cuando mínimo, justificador de eso que se ha denominado «derecho penal moderno», cuya expresión más genuina se aprecia en aquellas legislaciones antigarantistas que responden a discursos de «ley y orden» y a «políticas de mano dura», absolutamente ineficaces para solucionar los grandes problemas sociales. Esta posición teórica, que tiene en Günther Jakobs a uno de sus principales ideólogos, representa sin dudas una amenaza para las concepciones democráticas que se hallan en la base del Estado de Derecho, en

³⁵ En igual sentido Corcoy (2012), quien apuesta por un rescate necesario de los límites derivados de los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y lesividad. Así, entiende esta autora que «muchas veces la pregunta no es tanto si se debe castigar una determinada conducta en atención a lo que se pretende evitar, sino cómo se debe castigar; es decir, preguntarse qué conductas de entre todas las posibles son realmente lesivas y limitar la intervención penal en este sentido» (p. 160).

tanto sirve de coartada ideológico-penal a las comentadas iniciativas legislativas (Ramos, 2004).

Cabe afirmar, en términos conclusivos, que un derecho penal ajustado a nuestros tiempos –el que necesitamos para hacer frente a los fenómenos inherentes a la contemporaneidad globalizada–, tendrá que ser un derecho penal que se adapte a los nuevos perfiles del fenómeno criminal: a la cultura de la violencia, de la criminalidad económica organizada y del terrorismo internacional (Sanz, 2011). Pero conviene no perder de vista que los estándares de eficacia que esta rama del orden jurídico puede y debe cumplir solo resultan alcanzables, en el contexto de un modelo democrático, siempre que se preserven las comentadas conquistas garantistas. La clave está, como ha resumido magistralmente Sanz (2012), en hacer frente a los «nuevos» problemas sin olvidar los «viejos» límites; pues lo contrario supone el desvanecimiento de un derecho penal democrático y, correlativamente, la emergencia de un derecho penal totalitario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARROYO, L.; NEUMANN, U.; NIETO, A. (coords.) (2003). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- BAJO, M. (2013). Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del derecho penal. En F. Álvarez, M. Cobos, P. Gómez, A. Manjón-Cabeza y A. Martínez (coords.), *Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos* (407-416). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- BARATTA, A. (1991). Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Penal y Estado (función simbólica de la pena)*, 1, 37-55.
- BECK, U. (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- BECK, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid, España: Siglo XXI de España Editores, S. A.
- BERDUGO, I. (2012). Acerca de la internacionalización del derecho penal. En A. Pérez (dir.), *El principio de justicia universal. Fundamento y límites* (21-44). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- BLANCO, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra, España: Editorial Aranzadi S. A.
- BORJA, E. (2001). *Curso de política criminal*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- BORJA, E. (2012). Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites. *Revista General de Derecho Penal*, 18, 1-57.

- CORCOY, M. (2012). Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales. En S. Mir, M. Corcoy y J. Hortal (coords.), *Constitución y sistema penal* (153-174). Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- CORRECHER, J. (2013). Evolución del derecho penal supraestatal: pluralismo y garantismo jurídico como criterios orientadores. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 28, 109-128. Recuperado de <http://roderic.uv.es/handle/10550/32440>.
- DÍEZ, J. (2013). *Política criminal y derecho penal. Estudios*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- FEIJÓO, B. (2008). Política criminal y delitos socioeconómicos. En J. Boix (dir.), *Diccionario de derecho penal económico* (680-688). Madrid, España: Editorial Iustel.
- FERRÉ, J. (2007). ¿Hacia un derecho penal sectorializado? En F. Pérez, M. Núñez e I. García (coords.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (229-244). Salamanca, España: Editorial de la Universidad de Salamanca.
- FLÁVIO, L. (2003). Globalización y derecho penal. En J. Díez, C. Romeo, L. Gracia y J. Higuera (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (331-348). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- GARCÍA-PABLOS, A. (2012). *Introducción al derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, vol. 2. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A.
- GONZÁLEZ, J. (2007). El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo. *Revista Penal*, 19, 52-69.
- HASSEMER, W. (1992). Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 45(1), 235-250.
- HASSEMER, W. (1998). Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, 1, 37-41.
- HASSEMER, W. (2009). El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. En H. Albrecht, U. Sieber, J. Simón, y F. Schwarz (comps.), *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad* (15-28). Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Puerto.
- HASSEMER, W.; MUÑOZ, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- INZUNZA, E. (2009). *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- LUZÓN, D. (2012). *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

- MARESCA, M. (2005). Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley. En G. Portilla (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (87-118). Madrid, España: Editorial Akal.
- MARTÍNEZ, A. (2005). Economía de la globalización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 9, 17-39.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C. (2014). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- MÉNDEZ, C. (2005). Hacia la internacionalización del derecho penal. En I. Berdugo y N. Sanz (coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública* (33-64). Granada, España: Editorial Comares.
- MENDOZA, B. (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- MIR, S. (2011). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona, España: Editorial Repper-tor.
- MORALES, F. (2015). *La utopía garantista del derecho penal en la nueva «Edad Media»*. Barcelona, España: Ediciones Gráficas Rey S. L.
- MUÑOZ, F. (2004). El nuevo derecho penal autoritario. En M. Losano y F. Muñoz (coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril, 2003* (161-184). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- PARIONA, R. (2007). El derecho penal «moderno». *Revista Penal*, 20, 155-166.
- RAMONET, I. (2000). Situación actual del proceso de globalización. En VV. AA., *El proceso de globalización mundial. Hacia la ciudadanía global*. Barcelona, España: Editorial Intermon Oxfam.
- RAMOS, J. (2004). Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista. En F. Pérez (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta (1425-1446)*. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- SANZ, N. (2011). El derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable. En F. Muñoz, J. Lorenzo, J. Ferré, E. Cortés, y M. Núñez (dirs.), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz (1029-1070)*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- SANZ, N. (2012). El derecho penal ante los retos del siglo XXI: la urgencia de un derecho penal que haga frente a los «nuevos problemas», pero sin olvidar los «viejos límites». *Cuadernos de Política Criminal*, 106(I), 115-151.
- SILVA, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, España: Civitas Ediciones S. L.
- TERRADILLOS, J. (2003). Código penal-leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta. En J. Díez, C. Romeo, L. Gracia y J. Higuera

- (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir (511-530)*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- TERRADILLOS, J. (2004). Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. En J. Terradillos y M. Acale (coords.), *Temas del derecho penal económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico (219-240)*. Madrid, España: Editorial Trotta S. A.
- VOGE, J. (2008). La internacionalización del derecho penal y del proceso penal. *Revista Penal*, 22, 160-167.
- VOGEL, J. (2005). Derecho penal y globalización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 9, 113-126.
- ZÚÑIGA, L. (2001). *Política criminal*. Madrid, España: Editorial Colex.

DE LA POLÍTICA CRIMINAL A LA CONCRECIÓN LEGISLATIVA. EN BUSCA DE UN MEJOR DERECHO

RUFINA DE LA CARIDAD HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,
MAYDA GOITE PIERRE
MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ
UNIVERSIDAD DE LA HABANA

A MODO DE PRELUDIO

Hace más de una década América Latina danza y se mueve al compás del ritmo que trazó el movimiento de reformas procesales, el juicio oral y público, presentado como paradigma de una nueva era de transformaciones, era de la institución sublime que vendría a resolver los males que tanto angustiaban a la administración de justicia en medio del sombrío panorama que nos marcaba el denominado sistema mixto, caracterizado por una «cultura inquisitiva», donde la escritura, el formalismo, la secretividad, el juez unipersonal, entre otros rasgos, seguían afincados al proceso, incluso, en aquellos que habían renovado el procedimiento. Era, en definitiva, el legado que nos dejó una ciencia procesal cerrada sobre sí misma y escondida tras una exégesis mediocre. Ante este reto, diseñar una política criminal efectiva requiere ir sobre algunas instituciones que deben transformar el imaginario de un sistema más garantista y, sobre todo, eficaz bajo el prisma de su función político-criminal.

Las reformas con mayor o menor acierto en los distintos países han sido sin lugar a dudas un motor impulsor hacia la consagración de los principios de justicia, igualdad y seguridad jurídica. Ahora bien, si importante y decisivo es el juicio oral, este viene a ser el momento cumbre de un proceso requerido de un andamiaje previo igual de importante y vital para lograr que esa última etapa trascorra sin sobresaltos. La fase preparatoria o indagatoria reviste especial importancia de cara a la depuración del proceso.

En ese camino, la introducción del principio de oportunidad, como parte del movimiento reformador, es trascendente y ello comienza con un pensamiento de política criminal consecuente con ese propósito, que es precedido por interrogantes como: ¿de qué se trata cuando abordamos este tema?, ¿de principio de oportunidad o selectividad controlada del sistema penal?, ¿de fundamento procesal o criterio criminológico de minimalismo penal? En esa cuerda se mueve el principal pivote para el cambio.

LA REFORMA PROCESAL PENAL LATINOAMERICANA, PUNTO DE PARTIDA HACIA LA OPORTUNIDAD

La reforma del proceso penal resulta de vital importancia, toda vez que una mirada a su desarrollo e instituciones sirve para medir el grado de democratización de un Estado (Roxin, 2000) o, en otras palabras, su desarrollo como Estado de Derecho. Las primeras reformas se produjeron en Alemania en 1974, seguida por Portugal, en 1987, y por Italia y Francia, en 1999 (Colomer, 1988). La iniciada en Latinoamérica a finales del siglo xx y preludios del xxi significó una evolución sin precedentes en materia de justicia penal (Santos, 1988; Catena, 2003).

El epicentro del movimiento reformador en la región se puede ubicar en la época de los ochenta con la discusión del «Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica», de 1988 (Bernal Cuéllar; Rúa, 1989), pues sirvió de guía para la reforma en diversos países. Este código tuvo como bases las propuestas planteadas en el Código Procesal Penal para la provincia de Córdoba, en Argentina, elaborado por los profesores Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, promulgado el 22 de agosto de 1939 y puesto en vigor en 1940 (Struensee; Maier, 2000).¹ Entre los países que siguieron la propuesta de este Código sobresalen: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Guatemala, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Perú, Panamá y República Dominicana (Cristian, 2017).

La reforma, en sus inicios, ofreció una visión cosmopolita de cambio,² un paso fundamental para colmar, con directrices bien definidas, las expectativas de un esquema garantista importante para sacudir la inercia en la que se encontraba sumido el sistema en la región (Goite Pierre, 2009). Sus postulados iniciales, de la mano de Binder (2004) y Maier (Ambos, 2011), fueron lo suficientemente abarcadores para lograr seguirlos. Luego veremos cómo el proceso no era pacífico y no dependía solo de buena voluntad y nuevos pronunciamientos en leyes más o menos acabadas.

¹ En la década de los setenta, el propósito de expansión del movimiento de reforma encontró una fuerte resistencia política debido a los gobiernos militares implantados en diversos países de Latinoamérica. Superada esta época y de manera paulatina, América Latina emprendió el camino de transición a la democracia y ello proporcionó un contexto favorable para la transformación del proceso penal. La reforma procesal asumió de este modo el sentido de vía de «transición a la democracia».

² Como causas inmediatas para la introducción de procesos penales de corte acusatorio en casi toda la región, la consolidación de los grupos académicos que se formaron durante la segunda mitad del siglo xx, principalmente en Argentina, y que lideraron, junto con la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés), esos cambios en los sistemas judiciales.

Un aspecto importante que se debe tener en cuenta, por su relevancia en la reforma, lo constituyen los procesos políticos de transición hacia la democracia, que trajeron, cual novedad, la inclusión de la cuestión judicial como parte del problema democrático en su totalidad. Ya no se tratará solo de los ejes de procesos electorarios libres y transparentes o del respeto a la pluralidad y fortaleza de los partidos políticos, sino de pensar, junto a los problemas intrínsecos de la dimensión democrática, los que aparecen ahora como propios de una república democrática.

El poder judicial, como condición del imperio de la ley en la vida social, se vio así fortalecido. Incluso para sectores cuyo eje de pensamiento había girado exclusivamente alrededor de la transformación social, aparece un horizonte de reflexión vinculado a las instituciones propias de un sistema democrático de base constitucional. La actividad constituyente propia de esas épocas se caracterizó tanto por la reafirmación del constitucionalismo social como por la insistencia en la necesidad de la fortaleza del poder judicial como límite a los poderes ejecutivos (Binder, 2004).

En correspondencia con lo anterior, durante el proceso de reforma se renuncia, si bien con ritmos diferentes en cada país, a la desfasada concepción de interpretar la persecución penal sobre la base de criterios inquisitivos, para adoptar, en su lugar, esquemas normativos coherentes con las exigencias de un marco jurídico internacional avanzado en materia de derechos humanos y libertades fundamentales.³ De este modo, se produce una eliminación paulatina de códigos procesales penales que dan cuerpo a modelos inquisitivos y escritos, plagados de complicados trámites burocráticos y excesivamente formalizados, para sustituirlos por otros que, de base, integren sistemas acusatorios (Ferrajoli, 2005) y orales más dinámicos (Beccaria, 1960), más garantistas (Hassemer, 1991) y destinados a dar cumplimiento al objetivo de brindar justicia efectiva y expedita (Ambos, 2011).

Los cambios estructurales realizados en el proceso de reforma buscan, entre otros objetivos: un procedimiento común en el cual el juicio se constituya en la etapa central del proceso penal; la estricta división de funciones requirentes y persecutorias propias del Ministerio Público, de las funciones decisorias inherentes de la función judicial; la desformalización y simplificación de la etapa de investigación; la regulación de una serie de mecanismos alternativos

³ En este sentido, cabe considerar, entre otros, los artículos 5, 8, 9, 10 y 11 de la *Declaración universal de los derechos humanos*; los artículos 9, 10, 11, 14 y 15 del *Pacto internacional de las Naciones Unidas de derechos civiles y políticos*; los artículos 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 24 de la *Convención americana sobre derechos humanos* (Pacto de San José); los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 7, 13 y 14 del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (con sus protocolos), entre otros.

a la aplicación del procedimiento común y a la sanción punitiva; el estricto respeto de los derechos y garantías fundamentales del imputado, del condenado y de la víctima, y el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte en instrumentos convencionales de derechos humanos (Nores, 2000).

El código procesal penal alemán y el esquema del sistema procesal penal de tradición anglosajona, de una forma u otra, fueron tomados en cuenta en el proceso de implementación de los sistemas de justicia acusatorios latinoamericanos, en general, y en lo relativo a la aplicación de los criterios de oportunidad, en particular.

La diferencia fundamental entre los sistemas de enjuiciar, el continental europeo (González, 1966) y el anglosajón, está dada en la forma total o parcial en que se apropian del conflicto social (Enterría, 1990). Las «Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad», o Reglas de Tokio, también representan un antecedente internacional tenido en cuenta para la introducción del principio de oportunidad en la reforma procesal penal (ONU, 1990).

Sin embargo, estos diseños procesales no han resultado eficaces para enfrentar las complejidades de la nueva delincuencia y las crecientes demandas de seguridad ciudadana, surgiendo las ideas de las contrarreformas (Goite y Medina, 2016), que se apartan cada vez más del pensamiento minimalista de *ultima ratio* y privilegian el redimensionamiento represivo para mantener el orden social, posición indefendible por las afectaciones que ello provoca a la dignidad humana. Por ello, no solo debemos tener en cuenta los estándares que marcó el movimiento de reforma del derecho procesal penal (Binder, 2016), sino también, el decidir qué hacer frente al dilema planteado por los promotores de lo que se va distinguiendo como centro de las contrarreformas.⁴

Siguiendo al hilo de las reformas, uno de los cambios más trascendentales introducidos en la región ha sido la incorporación del principio de oportunidad, tema de la presente investigación, entendido este como la reorientación de las atribuciones del Ministerio Público, con especial relieve en su discrecionalidad para prescindir del ejercicio de la acción penal en supuestos específicos, y ello, muy a pesar de que tienen especial vigencia los principios de legalidad y de oficialidad.

⁴ Aunque debemos significar que el referido movimiento no se opone al principio de oportunidad y más bien ha sido utilizado en el diseño de leyes especiales en el enfrentamiento a la delincuencia organizada y crímenes como el terrorismo, tráfico de drogas, armas y personas, siempre que no se trate de los principales acusados y esté en peligro la seguridad nacional, todo lo que está en consonancia con los postulados propios de la oportunidad.

Varios países, como parte de su proceso de reforma, incorporan el principio de oportunidad partiendo de su reconocimiento desde los textos constitucionales; por ejemplo: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador y México. Tal reconocimiento al principio de oportunidad, desde el rango constitucional, significa un nuevo entendimiento sobre el uso del poder coactivo del Estado y sobre la posición de los individuos que participan. En función de tal, se diversifican las respuestas al delito.

Las razones antes expuestas justifican la necesidad de profundizar en el estudio del principio de oportunidad como uno de los elementos catalizadores y más controvertidos de las transformaciones ocurridas en los procesos de reformas en los últimos años, no solo en Latinoamérica, sino en Europa continental.

Los caminos transitados son esencialmente dos: a) la constitucionalización e internacionalización del derecho del inculpado a un proceso sin dilaciones indebidas; y b) la adopción de métodos y medidas de simplificación de la justicia penal.

UNA OBLIGADA CONTEXTUALIZACIÓN PARA LA INSERCIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. SUS FUNDAMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Dado lo multifactorial que resulta definir las razones que amparan la entrada del principio de oportunidad al proceso penal, después de una reseña sobre la reforma como movimiento iniciador, es necesario abordar concepciones político-criminales por ser estas las determinantes para irradiar hacia otros campos afines como el derecho penal y la criminología.

La actual crisis social (Ochoa, 2014) y la compleja situación socioeconómica (Sánchez, 2001) han generado un aumento en la conflictividad social (Sánchez, 1997) y del delito (Jiménez, 2001), que solo puede ser revertido con una política criminal integral sustentada en políticas activas de prevención, reformas a la legislación y la construcción de cárceles dignas donde sea posible la resocialización (Binder, 1997).

En la doctrina jurídica penal, se consideran razones de política criminal, respecto al interés público, las que permiten evitar la persecución de determinados ilícitos y sobreseer por razones de oportunidad, especialmente tratándose de casos de poca gravedad, como consecuencia del «agotamiento» de posibilidades del sistema de justicia penal. La política criminal (Pasquel, 2013) es aquel aspecto del control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal y que no solo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales, en general, y en la solución de conflictos en particular (Bustos Ramírez; Hormazábal Malarée, 1999).

Los riesgos del mundo contemporáneo no pueden fundamentar una política criminal de expansión práctica del derecho penal, sino hacernos conscientes de que la complejidad de la sociedad, el desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones interpersonales y el mercado en un mundo que ve caer sus fronteras obligan a mirar hacia el mundo nuevo, cargado de desequilibrios aprovechados por la criminalidad moderna y que impone una reflexión profunda sobre la reforma estructural y material de la dogmática penal o sobre la creación de un nuevo derecho penal. Hay que concientizar al poder político y a toda la sociedad de que ello no significa menos delito y que el instrumento penal resulta absolutamente inadecuado para resolver gran parte de los conflictos sociales.

La utilización desmedida de la punición en la resolución de los más diversos conflictos sociales provoca un desmesurado daño social, superior al que se pretende solucionar. En la era de la globalización (Basoco, 1999) y la sociedad de riesgo, se ha generalizado a nivel mundial, y también en Latinoamérica, una tendencia a un expansionismo (Villarejo y González, 2004) acelerado del poder punitivo del Estado,⁵ como consecuencia de la aplicación de políticas de excesiva represión de la actividad delictiva que no distinguen entre los crímenes verdaderamente violentos e intolerables para la sociedad y aquello que, por sus características y las causas que los generan, podrían tener un tratamiento menos represivo. Este fenómeno se ha caracterizado por la creación constante de nuevas figuras delictivas, la promulgación de leyes especiales y, sobre todo, la elevación de las penas privativas de libertad y del rigor en las condiciones de reclusión que, lejos de disminuir los niveles de la delincuencia, ha logrado incrementar significativamente su grado de violencia y agresividad.

La criminalidad de bagatela se vuelve práctica reiterada y afecta esencialmente a la propiedad. El Estado se encuentra imposibilitado de ocuparse de todas las transgresiones normativas que se realizan, razón por la cual, en aras de la eficacia de la persecución penal, la solución más acertada es la que va dirigida a buscar mejores y eficaces métodos que permitan dedicar

⁵ Crecimiento o, en este caso, inicio que se puede advertir, también como antes se señalaba para el expansionismo en términos generales, en las recientes reformas del Código penal español. En términos generales, la doctrina ve con preocupación algunas de las reformas que en nuestro código penal se han introducido. Es la opinión de Díaz-Maroto y Suárez González (2005) que resaltan como línea directriz de aquellas la del endurecimiento de la legislación penal, tomando como referente conceptos formales como los de «inseguridad ciudadana», «delincuencia organizada», «violencia doméstica», «inmigración ilegal» o «lucha contra el terrorismo en todos sus frentes», a los que no se les da un contenido material que dote de soporte sustantivo a las modificaciones legislativas, por lo que cabe pensar que asistimos a un progresivo debilitamiento del «derecho penal del ciudadano» y a su sustitución por el llamado «derecho penal del enemigo».

los recursos humanos y materiales al enfrentamiento de los delitos que más afectan a la sociedad.

La cultura de la judicialización de los conflictos de naturaleza criminal está vinculada a la costumbre del litigio y a criterios de venganza, que impiden apreciar las ventajas y bondades de soluciones alternativas al derecho penal y la creación de espacios donde las autoridades facultadas puedan decidir discrecionalmente en virtud del principio de oportunidad, conforme a criterios de justicia social y comunitaria.

Binder (2004) advierte que, junto al sistema inquisitivo, y con sus raíces en él, existe una mentalidad, una cultura inquisitiva, que comprende el modo en que se relacionan entre sí los componentes del sistema y que puede ser caracterizada por unas cuantas líneas estructurales: una mentalidad eminentemente formalista con la idea mágica de que la preservación de ciertas formas permite solucionar el conflicto, o de que se puede acceder a la verdad mediante la ritualización de ciertos actos y no se cree en la fortaleza de la palabra como pacificadora del conflicto, quedando un apego ridículo a las formas y a las palabras, un lenguaje rutinario, fórmulas rutinarias y, lo que es peor, un horror por salirse del cauce de las palabras superficiales que conforman la vida cotidiana del trámite judicial.

La seguridad ciudadana, el delito y la justicia suelen analizarse desde perspectivas eminentemente represivas, sin vinculación integral del modelo de sociedad que se pretende construir. En la actualidad, el derecho penal está marcado esencialmente por tres escenarios. El primero es el cambio en el potencial de los peligros actuales en relación con los de otras épocas, destacándose que la sociedad se caracteriza por la existencia de riesgos que, a diferencia de los desastres naturales o plagas de otras épocas, son «artificiales», en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de este. El segundo elemento se enmarca en la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad. Y el tercero está condicionado por los anteriores, y es la sensación de inseguridad subjetiva, que puede existir independientemente de la presencia de peligros reales (Goite, 2013).

Esto conduce a una visión distorsionada del fenómeno criminal que, privada de marcos teóricos más amplios y de comprensión de los factores culturales, políticos e ideológicos, brinden una solución adecuada al conflicto social. La sobrecarga procesal constituye un problema en cualquier realidad, tanto de países desarrollados como de los que están en vías de desarrollo, que se correlaciona, lógicamente, con el constante aumento poblacional y de la cantidad de los delitos que se cometen, así como con las insuficiencias presupuestarias. La solución que se acostumbra buscar a este problema es la

que Binder (2004) ha llamado «reduccionismo», que constituye un remedio y no una real solución.⁶

La mora judicial (Junco y Portuondo, 1946) es un problema que se debe resolver en la mayoría de los países y constituye causa directa de la ineficacia de la justicia penal. Resulta uno de los motivos que a través de la historia ha provocado los grandes movimientos de reformas procesales, y es muy sensible respecto a derechos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente (Ibáñez, 2007).

La política criminal (Guedes *et al.*, 2006) no puede ser un instrumento para legitimar el retorno a viejas tendencias criminalizadoras y de endurecimiento de penas, pues son necesarias una nueva ética, una nueva racionalidad, una nueva política, porque está en juego la propia subsistencia de la vida en el planeta y es preciso, si quisiéramos ofrecer una oportunidad razonable a las generaciones venideras, que la humanidad se torne sujeto común de la res-

⁶ Los que así piensan dicen que la cuestión de la administración de justicia penal es una pura cuestión de cantidad de recursos humanos y materiales afectados, y que si se aumenta el número de tribunales, si estos contaran con más recursos materiales, si se aumentaran los sueldos de los jueces y hubiera mayor cantidad de personas, con ello bastaría para resolver el problema. Sin duda, esta actitud es incapaz de conseguir una solución a la crisis, apenas la posterga. Lo que suele ocurrir en estos casos es que, efectivamente, la nueva dosis de recursos materiales produce un alivio en la situación de ineficiencia de la justicia, pero al poco tiempo, en la medida en que no se han superado las causas estructurales del problema, la situación se repite y probablemente ya no se cuenta, esta vez, con la posibilidad de una nueva inyección de recursos. De ello no se debe inferir que la justicia no necesita de un aumento de recursos, pero es necesario tener en cuenta que estos no resuelven por sí el problema y que de no cambiarse las estructuras antiguas, cada nuevo aporte será echado en un saco roto, destinado a la improductividad. También denuncia el reduccionismo procedimentalista, pues, según su enfoque, los problemas de la administración de justicia provienen de ciertas fallas en algunos procedimientos, fallas fáciles de detectar y solucionar mediante «retoques» parciales a las leyes, modificaciones de plazos, de algunos requisitos, etc., siempre del mismo sistema. Esto constituye un retoque y, al poco tiempo, el sistema vuelve a estar sumergido en la misma crisis que antes. La otra manifestación del reduccionismo es la de mejores recursos humanos; para esta postura, el problema de la administración de justicia se resolvería de contarse con jueces y abogados mejores preparados; esto es verdad, pero con ello tampoco se resuelve el problema, porque si el propio sistema le está exigiendo al juez que sea formalista, que se haga cargo de tareas que no le pertenecen ejecutar, lo empuja continuamente a una visión escriturista y formalizada de la justicia y acaba saliendo del sistema y buscando otros horizontes. Y, por último, el reduccionismo administrativo, según el cual todos los problemas de la justicia tienen un origen en la dimensión administrativa de apoyo a los tribunales, con la administración de de los casos y del personal. El juez se convierte en un gerente de los recursos y, en definitiva, si el problema está en la estructura, aun cuando se logre mejorar, lo que logramos es reproducir y no cambiar.

ponsabilidad por la vida. No podemos construir ciencia y, *mucho menos, política criminal, sin la cara de los hombres.*

Resulta necesario establecer una política criminal con medios idóneos de control social (Ochoa, 2001) para resolver los problemas de fondo, buscando la eficiencia del sistema judicial a través de la selección de los hechos más importantes y graves socialmente, que tienda a un descongestionamiento relevante y concreto de la colapsada justicia penal. En tal sentido, hay que pensar en forma racional (Castro, 1987) y responsable frente a la selectividad de los hechos delictivos. Es posible la descriminalización de ciertos hechos punibles de bagatela, cuando existan otros métodos de reacción social más eficaces o se torne innecesario un proceso penal o la aplicación de una pena.

El Estado debe hacer uso del derecho penal cuando no tenga más mecanismos para controlar el actuar de los asociados. Consideramos que el principio de oportunidad es un mecanismo apropiado para empezar a consolidar una verdadera política criminal, pues la delincuencia en un Estado de Derecho no se combate llevando a todas las personas que cometan delitos a una cárcel ni aumentando las penas de las conductas punibles. La delincuencia se combate con una verdadera reforma social y con una verdadera política criminal que permita que los ciudadanos tengan mayores oportunidades frente al Estado, buscando que el derecho penal sea utilizado lo menos posible, solamente en casos extremos, donde se justifique una privación de libertad (Roxin, 1972).

En este orden de cosas, es el principio de oportunidad el que establece reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un presunto hecho delictivo. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios propios de política criminal y, sobre todo, con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad a quienes lo aplican.

Este debe formar parte de las estrategias de una política criminal idónea para producir un cambio positivo en el sistema judicial y rescatar la *ultima ratio* del derecho penal. Estará en las bases para procurar un sistema penal más justo, que responda directamente y de manera eficaz al reclamo social, sin perder de vista la especial atención que se debe tener con las personas involucradas en el conflicto y el cumplimiento de sus garantías procesales.

A través de la facultad de abstención del ejercicio de la acción penal, aparece una verdadera perspectiva de racionalización del poder penal del Estado, que convierte al Ministerio Público en órgano por excelencia capaz de abrir espacio y fortalecer una tendencia a la reducción del protagonismo social del derecho penal. Ello reflejaría lo que Neuman (1990) denomina «una política criminal de perfiles amplios», que constituye la esencia y naturaleza del principio de oportunidad.

Hablar de política criminal, en nuestros días, es tener conciencia de que los elementos *sociedad* y *crimen* se transformarán a pasos agigantados, que inducen a los espíritus incautos a mirar al derecho penal, que fue construido como derecho de libertad, como un instrumento político de lucha contra el crimen –mejor, como instrumento de la creciente demanda de seguridad–. Instrumento político para la criminalización o descriminalización de conductas, que no se toma con criterios de dogmática penal, con valoraciones sociales, económicas y culturales concretas, cuya respuesta no cabe al jurista dotado de rigor científico, sino al político pragmático que toma decisiones aparentemente protectoras de la sociedad.

El diseño de la referida política criminal requiere que se haga sobre bases científicas, tomando en cuenta los resultados de las investigaciones sociales y criminológicas (Valente, 2002) para que cada día nuestras leyes y nuestra justicia se parezca más a la sociedad que construimos, donde tanto juristas como políticos, con fundamentos científicos, busquen la dignidad plena del hombre.

Con el principio de oportunidad se pretende, además, dar paso a la búsqueda alternativa de formas de regular las relaciones en la sociedad. La criminología crítica (Terreros, 2000) considera que la mejor política criminal es una efectiva política social; es decir, que la mejor fórmula para combatir y prevenir la criminalidad debe ser la obtención de condiciones de vida que eviten el surgimiento de comportamientos indeseados y la implementación de un control social activo y no reactivo.

Se trata de evitar la comisión de delitos a través de la implementación de políticas sociales porque las cárceles o centros de reclusión no cumplen la función resocializadora que deben cumplir, hasta el punto de ser considerados verdaderas escuelas para el crimen: «de la cárcel los buenos salen malos y los malos, un poco peor» (Neuman, 2001).

Con esto, más que plantear el principio de oportunidad como la puerta de entrada al abolicionismo radical (M. M. Sánchez, 1990), cuyo objetivo sería el de la abolición del sistema penal, se presenta el principio de oportunidad como una llave que abre las puertas, desde el proceso penal, a las propuestas de alternativas o programas factibles dentro del nuevo sistema penal.

En los razonamientos anteriores, encontramos los motivos de defensa para la entrada al proceso penal del principio de oportunidad, el cual podemos sintetizar en:

- **LA ESTIGMATIZACIÓN SOCIAL.** Resulta, ciertamente, relevante y útil la posibilidad de salvar a los ciudadanos del estigma social que significa ser «cliente» del sistema penal. Londoño, en tal sentido, ha descartado

la crisis moral que produce el sistema penal, producto no del encarcelamiento en sí, sino del solo proceso penal (Giménez, 1954).

Hulsman (1984) se refiere, también, a estudios que han señalado que las sanciones legales y el rechazo social que aquellas traen determinan la percepción personal de los condenados, al asumir que, efectivamente, son seres «desviados» y hasta los impulsan a vivir de ese modo, como si estuvieran al margen de la sociedad. O sea, fuera de provocar perturbación psicológica, inquietud y taladrante incertidumbre sobre el desenlace, vendría, en modo grave, a interiorizar, en la persona afectada, la etiqueta legal y social que se le puso. Y, por tanto, en ciertos casos, la pena solo contribuiría a iniciar carreras delictivas que bien pudieran evitarse. Neuman (2001) ha denunciado el daño que sufre el procesado y lo beneficioso de evitarle el encierro. El señalamiento de la estigmatización de que es víctima el procesado, ciertamente, fue parte de la crítica razonable que han hecho los abolicionistas (M. M. Sánchez, 1999) como corriente criminológica. En modo concordante, Quiroga (2002) considera que el principio de oportunidad se fundamenta en la utilidad pública o el interés social.

La abstención fiscal de formalizar la acción penal en un sentido principista humanitario es acorde, en esta concreta materia, con combatir los efectos criminógenos que tienen las penas cortas privativas de libertad. Igualmente, resulta coherente a los posibles efectos positivos de la prevención especial, entendiéndose que la persona favorecida no volverá a incurrir en delito.

- **RESCATE DE LA VÍCTIMA.** El procedimiento de aplicación del principio de oportunidad tiene, también como virtud, la capacidad de conceder espacio a la víctima, ampliando el esquema del procesalismo tradicional, según el cual la actividad penal debía moverse entre dos intereses: el colectivo, representado por el Estado, y el individual, del imputado por la comisión del delito.

La victimología (Manzanera, 1993) abrió nuevas perspectivas y conceptualizó que, en muchos casos, el proceso penal se convertía en un mecanismo institucionalizado de «victimización secundaria» o de «revictimización» del afectado por el ilícito (Díaz, 1994). Esta, también, fue una crítica razonable de los criminólogos aboli-

cionistas (Molina, 1994), quienes sostenían que solo se usaba como sofisma el que a la víctima «también le interesa la imposición de un castigo» (M. M. Sánchez, 1990).

Silva (J. M. Sánchez, 2000) refiere que ya es dominante la postura de abogar por un mayor protagonismo y beneficios para la víctima tanto en el derecho penal como en el proceso penal. Así mismo, sostiene que la idea de la política criminal como conjunto de criterios de una lucha eficaz contra el delito se ha visto sustituida por una concepción valorativa, en la que se trata de prestar atención tanto a los criterios utilitaristas de la eficacia y la eficiencia como a las garantías del Estado Social y Democrático de Derecho.

La conclusión podrá ser, entonces, suavizar la reacción estatal ante el delito, desde el punto de vista de la víctima, permitiendo espacios de diálogo para los intereses y dificultades de la «pareja penal» (víctima y victimario), con miras a la mayor recomposición posible de la armonía social.

Ocurre que, ante el Ministerio Público, y mediante los criterios de oportunidad, aparecerá un privilegiado interés de actuar en pro de la víctima del delito. Ello importa en lo que deviene «la repersonalización» del conflicto, por destacarse el interés del indiciado y el de la víctima, y así, la intervención estatal imprime una orientación hacia la ayuda efectiva, individual y social (Elías, 1997).

- **REPARACIÓN OPORTUNA.** Constituye un lugar común el consabido y ya mencionado aserto de que la justicia tardía no es justicia y, lamentablemente, lo que más caracteriza a los sistemas judiciales actuales es la mora judicial, las sentencias tardan en demasía y, peor aún, las reparaciones que allí figuran casi nunca ocurren. El asunto de que la reparación no se efectúa luego del proceso amplía el daño ocasionado y deslegitima, en modo grave, al sistema, mostrándolo tanto ineficaz como ineficiente (J. M. Sánchez, 2000).
- **PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE CORTA DURACIÓN.** Para nadie es un descubrimiento que las penas privativas de libertad de corta duración generan más daño que bien. En referencia exclusiva a América Latina, Rico (1981) indica: «El encarcelamiento de poca duración suele ser perjudicial en numerosos casos, ya que favorece la contaminación del delincuente y no da tiempo suficiente para una obra

constructiva de reeducación; por ello, su aplicación frecuente es poco recomendada».

- **EL MODELO INTEGRADOR.** El establecimiento de criterios de oportunidad ha supuesto, también, la atención previa al modelo integrador (con acento en la resocialización) sobre lo disuasorio (Arana, 2001). Es aquel que reúne, dentro de sí, objetivos disuasorios y resocializadores, pretendiendo, a la vez, satisfacer expectativas sociales, tales como soluciones conciliadas a los conflictos penales, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad, así como la misma pacificación de las relaciones sociales. Se habla, entonces, de un «modelo integrador», en cuanto aquel «procura contemplar los intereses, expectativas y exigencias» de todos los implicados en el «problema criminal», con armonía y ponderación (Molina, 1996).

Rosas expresa que el fundamento del principio de oportunidad no hay que encontrarlo ni en la lenidad ni en la arbitrariedad, sino en razones de utilidad pública o interés social (Yataco, 2003).

- **LA TEORÍA DE LO INSIGNIFICANTE.** Considera que la adopción de criterios de oportunidad ha tenido que ver más, desde lo dogmático, con la temática que devino de la teoría de la adecuación social de la conducta y que cristalizó en el derecho penal de lo insignificante. Este asunto planteaba el problema de que un hecho «insignificante» aparecía en el tipo y la sociedad se mostraba conformista ante ello, a pesar de que sancionarlo, fuera de lo negativo que individualmente podría ser, acarrearía entorpecimientos a la tarea jurisdiccional y desmerecimiento de la función de control preventivo del derecho penal (Creus, 1992).

Rechazar el principio de insignificancia o de bagatela en nombre de la «seguridad jurídica» es una mentira porque, llamándola por su verdadera denominación, el rechazo se operaría en nombre de la realización incondicional de una voluntad irracional del Estado, que sería el único bien jurídico que ese derecho penal tutelaría.

Para García, se trata de un problema de relevancia social del delito (Río, 2000): Es necesario tener en cuenta que cuando se habla de «delitos insignificantes» nos referimos a las infracciones penales de menor potencial ofensivo que no es la misma cosa que las infracciones de ofensividad insignificante. Los primeros deben entrar en el sistema penal (aunque no se justifique la prisión), los

últimos deben quedar fuera (porque en ellos se excluye la tipicidad o se hallan justificados).

- **RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD.** Entre los alemanes, el encuentro con el principio de bagatela (*Bagatellprinzip*) llevó a que se fijaran en el principio de proporcionalidad, que debería regir, razonablemente, entre el delito en sí y la gravedad de la intervención estatal ante la producción de aquel (Río, 2000). Así surgió una preocupación general por desarrollar el principio de proporcionalidad en el proceso penal (González, 1990).

La política criminal posee en realidad dos facetas: la primera constituida por la formulación de la misma por parte del Estado, que se concretiza en la forma en que el legislador organiza el ordenamiento legal; y la segunda es la configuración práctica que se perfila en la cotidianeidad del proceso social, agregando que cuando exista una dinámica de correspondencia entre la formulación y la configuración del proceso penal entonces se considerará que el derecho secundario es coherente con la Constitución (Binder, 1990).

Convenimos, entonces, en que los fundamentos del principio de oportunidad se hallan en razones de utilidad pública o interés social (Guzmán, 2005)⁷ las que, en el derecho, se concretan en las siguientes causas: a) la escasa lesión social producida por el delito y la falta de interés en la persecución penal; b) el estímulo a la pronta reparación a la víctima; c) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas; d) obtener la rehabilitación; y, e) conseguir la reinserción social y, en definitiva, resolver el conflicto social creado por el delito mediante otras alternativas, donde está excluida la pena.

La solución al conflicto delictual no puede ser siempre el proceso, la sentencia y la sanción; los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio* del sistema penal obligan a soluciones menos aflictivas, de la misma forma que impulsan a pensar que el sistema penal no puede ser el espacio privilegiado del control social. Hay que buscar, antes del castigo, la solución del conflicto social, y replantear cómo debe intervenir el Estado, con su poder punitivo, frente al conflicto social. Ligado a esto, se advierte que ya el derecho penal no puede

⁷ Augusto Ibáñez Guzmán (2007) señala que «el principio de oportunidad es una estrategia estatal, una fórmula de política criminal, un plan de ejecución frente al delito como lo es el plan de desarrollo para las cuestiones económicas. En su configuración, a propuesta del ejecutivo, como lo señala la Constitución, debe trazar pautas, referencias y gestiones para resolver el conflicto social, es decir, es eminentemente social».

ser concebido exclusivamente con los fines de las penas, interviene también cuando no se imponen penas.

Recordemos lo dicho por Mir Puig (1998): «El derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales». Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.

En resumen, tanto los partidarios del principio de oportunidad como quienes se oponen a su adopción coinciden en la necesidad de reorientar el proceso penal hacia la utilización de medios menos lesivos, un uso más racional y efectivo del derecho penal, buscando la solución al conflicto social en otras alternativas, que ya han demostrado su eficacia, como la llamada justicia restaurativa.

Durante el camino transitado, logramos sistematizar los fundamentos históricos y doctrinales que identifican al principio de oportunidad como un moderno concepto procesal, complementando el de legalidad, que llega al escenario penal por razones de política-criminal y de utilidad pública, con raíces en el sistema anglosajón del *Common Law*, el cual se expresa normativamente, por vez primera, en Alemania (1924) y formó parte de los movimientos de reforma procesal tanto en Europa (1974) como en Latinoamérica (1988), como vía para solucionar el conflicto penal con fórmulas más humanas, racionales y eficientes. Encuentra sus argumentos criminológicos en las modernas corrientes críticas que abogan por un derecho penal de *ultima ratio*, minimalista, reformado y abolicionista moderado, marco conceptual que posibilita buscar su plasmación e instrumentación en el derecho comparado.

A MODO DE EPÍLOGO

La política criminal se erige como pivote para el sustento de una institución que como «adolescente» se desarrolla en nuestros sistemas de enjuiciar, pero con la suficiente madurez para afianzar su persistencia y ello es decisivo toda vez su naturaleza jurídica parte de conceptos político criminales que respaldan las corrientes minimalistas del derecho penal y las soluciones alternativas al proceso penal en busca de mayor efectividad en la solución de los conflictos y con ello cumplir con las exigencias de respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos a la vez que se preserva el orden y la seguridad ciudadanos, reservando la mayor intervención del poder punitivo es las conductas de mayor lesividad social.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. (2011). *Derecho procesal penal contemporáneo*. San José, Costa Rica: EJC.
- ARANA, P. A. (2001). *El Ministerio Público, orígenes, principios, misiones, funciones y facultades*. Perú: Tarea Gráfica Educativa.
- BASOCO, J. T. (1999). El derecho penal de la globalización: luces y sombras. En *Transformación del derecho en la mundialización*. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.
- BECCARIA, C. (1960). *De los delitos y de las penas*. (J. A. Casas, trad.) Madrid, España: Alianza.
- BERNAL CUELLAR, J.; RÚA, F. G. DE LA (1989). *Código procesal penal modelo para Iberoamérica*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BINDER, A. (1990). *El proceso penal*. San José, Costa Rica: Furcap.
- BINDER, A. (1997). *Política criminal: de la formulación a la praxis*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- BINDER, A. (2004). *Justicia penal y Estado de Derecho* (2.^{da} ed.). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- BINDER, A. (2016). La reforma a la Justicia en América Latina. En C. N. Guarino, *La reforma a la Justicia en América Latina en las lecciones aprendidas*. Bogotá, Colombia: Programa de Cooperación en Seguridad regional, Friedrich Ebert Stiftung.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999). *Lecciones de derecho penal*. Valladolid, España: Trotta.
- CASTRO, L. A. (1987). *La criminología como rama de la planificación social*. Los Andes, Venezuela: CENIPEC.
- CATENA, V. M. (2003). El proceso penal español. *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, 13-55.
- COLOMER, J. L. (1988). El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma. Sistemas penales europeos. *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, 27.
- CREUS, C. (1992). *Introducción a la nueva doctrina penal*. Argentina: Santa Fe.
- CRISTIAN, R. R. (2017). *Reformas procesales penales en América Latina: Resultados del proyecto de seguimiento*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- DÍAZ, G. L. (1994). *Victimología*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- DÍAZ-MAROTO, J.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (2005). *Código penal y legislación complementaria*. Madrid: Editorial Thomson-Civitas.
- ELÍAS, N. (1997). *Mediación y conciliación final*. Buenos Aires, Argentina: De Palma.
- ENTERRÍA, E. G. (1990). *Prólogo al libro de Schwartz Bernard. Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid, España: Civitas.
- FERRAJOLI, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (7.^{ma} ed.). Madrid, España: Trotta.

- GIMÉNEZ, H. L. (1954). *El derecho y la justicia*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Jurídica Gustavo Ibáñez.
- GOITE PIERRE, M. (2009). Principios e instituciones de las reformas procesales: seguridad jurídica, *non bis in idem*, cosa juzgada y revisión penal. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 24, 119-224.
- GOITE PIERRE, M. (2013). *Temas de derecho y proceso penal, desde una perspectiva jurídico-penal contemporánea en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. La Habana, Cuba: UNIJURIS.
- GOITE PIERRE, M.; MEDINA, A. C. (2016). *Reformas y contrarreformas del proceso penal en Guatemala y América Latina*. Guatemala: Fénix.
- GONZÁLEZ, C. L. (1966). *El principio dispositivo en el proceso penal*. Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- GONZÁLEZ, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, España: Colex.
- GUEDES, M. V. et al. (2006). *La política criminal en nuestros días. Una visión desde Portugal*. Madrid, España: Dykinson.
- GUZMÁN, A. J. (junio de 2005). El principio de oportunidad. *Revista Universitas*, DC(109).
- HASSEMER, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Nuevo Foro* (51).
- HULSMAN, L. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*. Madrid, España: Ariel Derecho SA.
- IBÁÑEZ, A. P. (2007). Por un Ministerio Público dentro de la Legalidad. *Justicia penal, derechos y garantías*.
- JIMÉNEZ, E. B. (2001). *Ensayos de derecho penal y política criminal*. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.
- JUNCO, A. DEL; PORTUONDO, J. (1946). *Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española*. La Habana, Cuba: Fuentes y Capdeville.
- MANZANERA, L. R. (1993). *Criminología* (8.^{va} ed.). México: Porrúa.
- MIR PUIG, S. (1998). *Derecho penal general* (4.^{ta} ed.). Barcelona, España: PPU S. A.
- MOLINA, A. G.-P. (1994). *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas* (2.^{da} ed. corregida y aumentada). Valencia, España: Tiran lo Blanch.
- MOLINA, A. G.-P. (1996). *Análisis criminológico de los diversos modelos*. Valencia, España: Tiran lo Blanch.
- NEUMAN, E. (1990). El sistema penal y sus víctimas. *Criminalidad*.
- NEUMAN, E. (2001). *El Estado penal y la prisión-muerte: Breve Historia de la pena de prisión*. Buenos aires, Argentina: Universidad.
- NORES, J. I. (2000). *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires, Argentina: CELS.

- OCHOA, R. D. (enero-junio de 2001). Control social y derecho penal. *Revista Cubana de Derecho* (17).
- OCHOA, R. D. (2014). La polémica actual en el derecho procesal. En A. M. Cuenca, *El derecho penal de los incios del siglo XXI en la encrucijada entre garantías penales y el expansionismo irracional*. La Habana, Cuba: ONBC.
- ONU (1990). Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimas-noprivativas>
- PASQUEL, A. Z. (2013). *Estudios introductorios al Código integral. Referido al Libro segundo Código de procedimiento penal*. Quito, Ecuador: CEP.
- QUIROGA, J. L. (2002). El principio de oportunidad. *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*.
- RICO, J. M. (1981). *Crimen y justicia en América Latina, siglo XXI*. Madrid, España.
- RÍO, F. G. (2000). *El principio de oportunidad*. Perú: Legales.
- ROXIN, C. (1972). *Política criminal y sistema de derecho penal*. Barcelona, España: Bosch.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal*. (Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, trad.) Buenos Aires: Del Puerto.
- SÁNCHEZ, J. M. (1997). Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límite. En L. H. Roxin, *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona, España: José María Bosch.
- SÁNCHEZ, J. M. (2000). *Estudios de derecho penal*. Perú: Grijley.
- SÁNCHEZ, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en la sociedad postindustrial* (2.^{da} ed.). Madrid, España: Civitas.
- SÁNCHEZ, M. M. (1990). *Qué pasa con la criminología moderna?* Bogotá, Colombia: Temis.
- SÁNCHEZ, M. M. (1999). *La abolición del sistema penal*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis S. A.
- SANTOS, A. D. (1988). Jueces imparciales, fiscales «investigadores» y nuevas formas para la viejas crisis de la justicia penal. *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, 70-71.
- STRUENSSE, E.; MAIER, J. (2000). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.
- TERREROS, F. V. (2000). *Introducción a la criminología*. Lima, Perú: Grigley.
- VALENTE, M. G. (2002). *Proceso penal*. Coimbra: Almeida.
- VILLAREJO, J. D.-M.; GONZÁLEZ, C. J. (2004). Prólogo al Código Penal. En *Código penal español* (13.^{ma} ed.). Madrid, España: Civitas.
- YATACO, J. R. (2003). *Manual de derecho procesal penal*. Perú: Jurista.

LA CONSTRUCCIÓN EPISTÉMICA DE LA CULPABILIDAD COMO CATEGORÍA DELICTUAL DE CUALIFICACIÓN SUSTANTIVA

MAYRELIS ESTRADA CHACÓN
MAYDA GOITE PIERRE
MYRNA BEATRIZ MÉNDEZ LÓPEZ
UNIVERSIDAD DE LA HABANA

PUNTUALIZACIÓN

Polisémica es la culpabilidad en el derecho penal. Etimológicamente se define como: «calidad de culpable» (*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 1996), siendo culpable «aquel que ha cometido un delito o falta». El desarrollo histórico, teórico y filosófico de la teoría del delito proporcionó a este *definiendum* tres significados. Es así que la culpabilidad como un concepto que parece concluyente admite dimensionarse como principio, como elemento del delito y como criterio y límite para la determinación de la pena. Estas tres dimensiones, a nuestro juicio, responden a una división interna que procura solo un objetivo metodológico y se explica a través de la teoría de la complejidad social.¹

El principio de culpabilidad es un principio básico configurador del derecho penal, fruto del pensamiento liberal ilustrado que se derivó del principio de legalidad, con la finalidad de excluir la responsabilidad objetiva, de garantizar la individualización de la responsabilidad penal y ser la garantía de los individuos contra el *ius puniendi* estatal. Si bien originariamente tuvo un enunciado autónomo, desde el momento en que la culpabilidad se configura como un elemento del delito a partir del sistema clásico, este principio empieza a referirse a la categoría delictual, originando una sedimentación de conceptos, o sea, como principio y como elemento del delito, los que convergen en la justificación filosófico-política y ético-social de la imposición, determinación y medición de penas a un individuo por el Estado.

¹ Explica Couso Salas (2006, pp. 45-47) que fue Achenbach el primero en proponer los tres niveles de culpabilidad: nivel de idea de la culpabilidad, nivel de la culpabilidad como medición de pena, nivel de culpabilidad como fundamento o exclusión de pena en su tesis doctoral dirigida por Roxin, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts systematischen Schuldlehre* (Berlín, 1974), donde además del valor sistemático y la utilidad para ordenar los niveles del concepto, propone la separación radical entre ellos, criterio que no se comparte, al explicarse tal dimensionamiento a partir del pensamiento complejo de Morin, cuando define «no solo la parte está en el todo, sino que el todo está en la parte» (Morin, 1994).

Estas tres dimensiones se entrecruzan, se apoyan y se relacionan, y a su vez están presentes en el todo (Morin, 1994, p. p. 27). De las tres, siguiendo a Zaffaroni (2002b): «he preferido referirme a la culpabilidad [como elemento del delito] porque considero que es el capítulo más delicado y significativo del derecho penal, el más específicamente penal de toda la teoría del delito» y por ser la culpabilidad, como bien argumenta Hassemer (1999, pp. 53-58), la que permite:

- Llevar a cabo la imputación subjetiva.
- La exclusión de la responsabilidad por el resultado, para lo que es necesario admitir sucesos no producidos por factores causales, sino por personas que los dirigen.
- La valoración de grados de responsabilidad.
- Distinta valoración normativa de los grados de participación interna en el suceso.
- Repercusión de lo anterior en la medición de la pena.

Esta es la razón por la cual, conforme con Ferrajoli (1989), la culpabilidad como elemento del delito es el «fundamento político o externo de las garantías de la culpabilidad que eliminan las responsabilidades objetivas, al considerar que las acciones culpables son las únicas que pueden ser no solo objeto de reprobación, de previsión y de prevención, son también las únicas que pueden ser lógicas y sensatamente prohibidas» (p. 492).

Su ubicación en la teoría de delito, junto a la tipicidad y la antijuricidad, se debe al pensamiento de Von Liszt y Beling. A partir de estos autores, las construcciones teóricas que sustentan la evolución de la culpabilidad² se perfilaron en la indagación de su naturaleza jurídica. Así, se concibió como una constatación del nexo psicológico entre el hecho y su autor, posición que cedió ante la concepción normativa neokantiana que privilegió la referencia valorativa en el juicio de reproche. Sobre la base de este *constructo* iusfilosófico, el finalismo enarboló los elementos formales de la culpabilidad: capacidad de culpabilidad, conocimiento potencial de la antijuricidad y la ausencia de causas de exculpación,³ los cuales, en sus aspectos esenciales, perviven hasta la actualidad.

² La culpabilidad como elemento del delito es denominada indistintamente de formas diversas; en este sentido, se utilizan «culpabilidad delictual», «culpabilidad sistémica» y «culpabilidad dogmática», definiciones que se asumen y serán usadas en todo el informe investigativo (Couso Salas, 2006, pp. 45-58).

³ Elemento que actualmente se nombra «inexigibilidad de otra conducta». Para profundizar sobre el debate de si la exigibilidad es un elemento de la culpabilidad y

Sin embargo, en el devenir histórico de la culpabilidad, es su elemento material⁴ el que genera enconados debates y desavenencias entre los diferentes penalistas (Couso Salas, 2006, pp. 136-140; Pérez Manzano, 1986, pp. 95-97; Silva Sánchez, 1992, pp. 13-41). Basado en el libre albedrío, como presupuesto básico de «poder actuar de otro modo», la culpabilidad se justificó en la capacidad de autodeterminación y libertad del sujeto-individuo en el momento de la comisión del hecho. Esta noción, por su escaso perfil científico, acarreó una crisis epistemológica de legitimación del derecho penal, que desde entonces acusa a la culpabilidad como «sospechosa de mala metafísica, como signo de un derecho penal autoritario, que desvía la corresponsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo en quien se manifiesta la maldad general» (Hassemer, 1999, p. 99).

LA CRISIS DEL CONTENIDO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

Es la década del sesenta del siglo xx la que marca el parteaguas entre las concepciones tradicional y moderna de la culpabilidad. Esta última rechaza el libre albedrío, redimensiona los elementos formales, redefine el contenido material y erige como aporte significativo considerar a la culpabilidad un juicio de reproche.

En efecto, comenzó una fase de transición caracterizada por el predominio de corrientes de signo ecléctico, donde la pretensión reside, como afirma Gallas (1959), en el hallazgo de una «síntesis entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo, y ciertas irrenunciables conclusiones del anterior lapso de desarrollo de nuestra ciencia, determinado por un pensamiento valorativo y teleológico» (p. 64). Se busca entonces responder a partir de la crisis del derecho penal a una serie de preguntas: ¿Qué se le reprocha? El injusto (la conducta típica y antiju-

con ello la aceptación de las causas supraleales, véase de la doctrina española, a García Arán (1988, pp. 71-114), Saiz Cantero (1960, pp. 420-453) y de la doctrina alemana que la concibe como el fundamento de las causas de exculpación, véase entre otros a Jescheck y Weigend (2002, pp. 538-545), Roxin (1997, pp. 959-968, 1040-1042).

⁴ El sentido material es el que explica por qué se determina como culpable o no culpable una conducta ilícita, si concurren determinados requisitos positivos y negativos. De ahí que se le conozca indistintamente como «contenido material», «concepto material» o «fundamento material» de la culpabilidad. Este es el criterio «teleológico fundamental que aglutina al conjunto de elementos o sea aún todos los elementos formales de la culpabilidad bajo esta misma categoría, en la medida en que respondan al denominador común» (Achenbach, 1991, p. 134). Por tanto, es el que procura que los elementos formales (capacidad de culpabilidad, conocimiento formal de la antijuricidad y la inexigibilidad de otra conducta) no tengan un puesto independiente y constituyan por sí una nueva categoría del delito.

rídica). ¿Por qué se le reprocha? Porque no se motivó en la norma. ¿Por qué se le reprocha no haberse motivado por la norma? Es en esta última respuesta donde resultan poco convincentes los argumentos dados por el poder actuar de otro modo y se ubica la etapa moderna en la indagación de un criterio alternativo, que supere sus deficiencias. Este es el rasgo común de la dogmática de la culpabilidad en la etapa siguiente al finalismo.

A medida que se fue negando la cadena conceptual libre albedrío-reproche-retribución como coordenadas de la culpabilidad, se comenzó a construir el puente entre injusto y pena bajo las supuestas necesidades preventivas. Alrededor de ello gravitan varios factores, como la criminología crítica que se vuelca en contra del sistema penal⁵ y renace, de la mano de Roxin, la teoría de la imputación objetiva para preservar la primacía del criterio jurídico sobre el criterio prejurídico de la acción, ya que la formación del sistema jurídico penal «no puede vincularse a realidades ontológicas previas -acción, causalidad, estructuras lógico-reales- sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal (Roxin, 1997, p. 203).⁶

Surgen entonces los intentos de lograr una fundamentación racional o teleológica del sistema del derecho penal por varios autores en posiciones similares y discordantes.⁷ De ayuda fue el pensamiento del neokantiano Weber para fundamentar el concepto de acción social, que, a diferencia de la acción causal y la final, el significado convierte a un comportamiento humano en una unidad de sentido social, lo que implica para el derecho penal que la ac-

⁵ Afirman Taylor, Walton y Young que «el momento crítico llega a su maduración en la criminología cuando el enfoque se desplaza del comportamiento desviado a los mecanismos de control social y en particular del proceso de criminalización». Con ello la criminología crítica: «no solo se coloca por delante del derecho penal, sino y sobre todo que es su blanco principal» y se desarrolla en tres tendencias principales: el neorealismo de izquierda, el minimalismo penal y el abolicionismo (Taylor, Walton y Young, 1973, pp. 45-51; Baratta, 2004, pp. 89-111, 139-150; Larrauri, 2000, pp. 143-156).

⁶ La novedad del criterio teleológico-funcionalista en la dogmática jurídico penal se halla, más bien, en la voluntad de racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema. Se trata, como antes se ha indicado, de conformar un sistema abierto, analizando además cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines.

⁷ Parma sistematiza de forma muy acertada las cinco posturas teóricas que se bifurcaron a partir de la crisis de la teoría finalista: 1) Causalistas valorativos, representados por Bauman y Weber; 2) Finalismo ortodoxo de Hans-Joachim Hirsch; 3) Finalismo radical, una corriente subjetivista de Amir Kaufmann y Horn; 4) Funcionalismo moderado, representado por Claus Roxin y Bernd Schünemann; 5) Funcionalismo sistémico de Gunther Jakobs y Enrique Bacigalupo (Parma, 1998, pp. 85-97).

ción debe entenderse como un concepto funcional sobre la base de atribución de un sentido concreto a un hecho.⁸

Según sistematiza Pérez Manzano (1986, pp. 97-265), la búsqueda de un concepto material de culpabilidad se incardinó al tenor de tres tendencias o modelos teóricos que intentan legitimar el *ius puniendi* del Estado:

- Intraculpabilísticas (*in put*) que apelan a mantener la culpabilidad y fundamenta el contenido material a partir de argumentos internos.
- El intermedia, que mantiene la culpabilidad sistémica, pero complementa su contenido material con argumentos preventivos.
- Extraculpabilísticas (*out put*) que sustituyen a la culpabilidad y la fundamenta desde las necesidades preventivas.

No se coincide con ubicar como intraculpabilísticos a Muñoz Conde y a Mir Puig, porque al menos sus actuales configuraciones, si bien parte de mantener a la culpabilidad a partir de la motivación, le resultan imposible determinarla al margen de la consideración preventiva. Por ello, a diferencia de Pérez Manzano, estos autores los colocamos en la posición intermedia.

LA CULPABILIDAD DESDE LO INTRACULPABILÍSTICO

Desde la crítica, respecto a los argumentos internos, se intenta complementar y revisar el concepto de la culpabilidad, con elementos propios o tradicionales a ella. Se ubica aquí el criterio del baremo de hombre medio como respuesta al déficit de la verificabilidad empírica del poder actuar de otro modo y el criterio de responder por el carácter propio.

Jeschek, con el presupuesto lógico de la libertad de una persona (Jeschek y Weigend, 2002, p. 437), propone la vuelta al baremo del ciudadano-tipo-medio como una presunción, un intento de signo garantista favorable al autor en relación a la inexigibilidad y se toma como la respuesta a la crítica de la inde-mostrabilidad empírica del poder actuar de otro modo, pero sin abandonar, a diferencia de los normativistas, la naturaleza jurídica del reproche y la legitimidad de la pena que se apoya en este (p. 565). Por lo tanto, considera justo juzgar al autor con el «por medio», pues la responsabilidad del ser humano adulto y sano constituye un presupuesto imprescindible de todo orden social basado en la libertad.

⁸ Se coincide en argumentar que la acción es un fenómeno social con consecuencias socialmente relevantes, dirigido a la afectación de bienes jurídicos (Weber, 1944, p. 5; Rodríguez Mourullo, 1978, p. 210; Jakobs, 1996, pp. 26-51; Roxin, 1997, p. 218). Desde una postura crítica sobre el excesivo sentido que puede tener la acción social, véase a Silva Sánchez (2003, pp. 43-66), Luzón Peña (2012a, p. 133).

Contra esta propuesta, afirma Roxin (1981) que no es una «comprobación perteneciente al mundo del ser, sino un procedimiento de limitación de la responsabilidad penal atendiendo a puntos de vista normativos» (p. 62), donde se olvida que el autor no tuvo la capacidad y la fuerza de voluntad del hombre medio que se construye. Por consiguiente, no está claro cuál es el criterio valorativo por el que se determinan esas exigencias, siendo un concepto que carece de lógica y no es garantista, pues la imposición de una pena a un individuo concreto no puede justificarse en la situación en que este actuó cuando otro hubiera podido evitar el delito. Añade Roxin: «supone un abandono del punto de partida de que al propio sujeto le ha de ser posible una decisión libre» (Jescheck y Weigend, 2002, p. 590).

Razones que debió considerar Jeschek para proponer como el contenido material de la culpabilidad la actitud interna jurídicamente deficiente del autor (Jescheck y Weigend, 2002, p. 452), a partir de la cual se origina la resolución delictiva de cometer el hecho típico antijurídico, a diferencia de Welzel, en el que coincidía el objeto del juicio de antijuricidad y de culpabilidad, esto es, la valoración de la voluntad de acción de un lado como no debida y de otro como reprochable.

Jeschek ubica el juicio de culpabilidad en un objeto de referencia propio: actitud interna jurídicamente deficiente, la cual Roxin critica con acierto,⁹ por ser autorreferente y vacía de contenido material. La mayor dificultad que tiene este criterio valorativo es que no ofrece un juicio material para definir por qué motivo es censurable la actitud interna jurídicamente deficiente y que sirva de causa de exclusión de la culpabilidad o de exculpación.

Desde este modelo teórico se retoma la concepción caracterológica de responder por el carácter propio como el fundamento material de la culpabilidad. Figueiredo Días, a partir del fundamento antropológico y filosófico de la libertad personal del ser humano y para evitar la dificultad con construcciones metafísicas y la imposibilidad de prueba empírica, propone el tener que responder por la personalidad que fundamenta un ilícito típico, la que

⁹ En este sentido, comparto con Roxin, que pueden existir situaciones en las que no es suficiente la afirmación o negación de la culpabilidad a través de este criterio. Por ejemplo «en la imprudencia inconsciente la actitud interna del sujeto, que desde luego presupone una actitud o disposición consciente, no está dirigida a nada que sea contrario a valor; y a la inversa un asesino sexual puede mostrar una actitud interna extremadamente abyecta, aun cuando deba ser absuelto por falta de capacidad de inhibición». Al igual que la concepción de «Wessels con actitud interna jurídicamente censurable y Schmidhäuser con actitud interna antijurídica del hecho concreto, no desvirtúan tampoco las objeciones que se pueden formular con carácter general contra el criterio de la actitud interna». Véase la opinión crítica de Roxin (1997, pp. 800-801; 1981, pp. 65-68).

no se considera aceptable por vulnerar el principio de culpabilidad y ser una expresión del derecho penal de autor.

La respuesta a la interrogante que origina este análisis no puede ser como la que proponen Figueiredo Días, Engisch y Kai Ambos a partir de la filosofía de Schopenhauer y Bergson (Ambos, 2012). No se puede enjuiciar ni determinar la culpabilidad de una persona por su personalidad diferente, de la que no siempre es responsable, como los que carecen de salud mental o tiene algún trastorno orgánico. La exigencia para ser culpable, por ende, responsable, es realizar un hecho delictivo dolosamente o, al menos, por imprudencia.

Como se nota, el poder actuar de otro modo a través del baremo del hombre medio, la actitud interna jurídicamente deficiente y menos la determinista concepción caracterológica de responder por el carácter propio no resultan suficientes ni garantistas para legitimar el contenido material de la culpabilidad y, por ende, el *ius puniendi*. En este contexto: ¿cómo se responde de forma compatible con la garantía de la libertad individual a la pregunta sobre la legitimación de la imposición de una pena a un individuo concreto? Esto se traduce en adoptar un criterio de referencia entre el injusto-el individuo-sociedad.

LA CULPABILIDAD DESDE EL INTERMEDIO

Con una doble ubicación aparece motivabilidad por las normas como el criterio valorativo de culpabilidad. Ciertamente la motivación es un criterio interno para valorar a la culpabilidad, aunque, de la forma en que se trata en la doctrina, se recurre a esta en función de criterios extrínsecos. Sobre la base de este enfoque, se fundamenta a la culpabilidad desde un criterio diferente, por ser diferente al tradicional y por ser extraño a ella: la prevención, donde se transfiere las explicaciones que se habían considerado propias de la teoría de la pena a la teoría del delito.

Se ubica en este modelo la culpabilidad como motivabilidad por las normas, para la prevención general intimidatoria y la prevención especial; la culpabilidad según las necesidades de la prevención general positiva; así como la culpabilidad según la prevención general integradora y la prevención especial.

Con enfoques muy diferentes Gimbernat, Muñoz Conde y Mir Puig recurren al concepto de motivabilidad de Goldschmidt, pero no como cualidad del individuo bajo un fundamento indeterminista, sino como una cualidad de las normas en función de los individuos, por lo que serían determinados por las normas jurídicas penales al ser amenazados por una pena.

Motivable para Mir Puig puede ser cualquiera, pero culpable solo el normalmente motivable. Para Muñoz Conde culpable son todos los motivables, por tanto, los no motivables no son culpables; mientras para Gimbernat habrá no motivables culpables por la prevención.

Por medio de la psicología y el psicoanálisis, Gimbernat (1981) justifica a la pena con las exigencias de la prevención. En este sentido, considera que no sabemos lo que ha llevado a una persona a delinquir, ni de las condicionantes sociales, «en cambio solo sabemos que la pena es una amarga necesidad» (p. 116), a la que nunca se podrá renunciar. Aunque no abandona el principio de culpabilidad, es acertada la crítica a sus planteamientos, pues no es posible mantener todas las exigencias del principio en el mismo sentido cuando no se concibe como elemento del delito (Cerezo Mir, 1982, pp. 179-197; Mir Puig, 1982, p. 95).

No resulta convincente su postura, teniendo en consideración que no es con fines preventivos generales y especiales que se excluye la responsabilidad por caso fortuito, ni es el argumento para eximir de responsabilidad penal al que actúa por error de prohibición invencible, ni es posible fundamentar la escala de punición entre los delitos dolosos e imprudentes; tampoco aplicar una medida de seguridad al inimputable pues, frente a este, la pena no sería necesaria por razones de prevención especial. En resumen, aunque se concuerda que la configuración de la culpabilidad puede basarse en la prevención, no se debe sustraer a la culpabilidad de su carácter sistémico.

A diferencia de Gimbernat, los otros dos autores, consideran a la culpabilidad como la categoría fundamental del derecho penal, critican el concepto tradicional de la culpabilidad y conciben a la motivación como el criterio y su vez el contenido material de la culpabilidad (Muñoz Conde, 1984, pp. 132-133; Mir Puig, 1982, pp. 93-95).

Muñoz Conde (1985) en el marco de la sociología sistémica, en atención a la norma penal como un sistema de expectativas, define a la culpabilidad no como un problema individual, sino en referencia a los demás, por lo que su concepto formal es «la declaración de frustración social de una expectativa de conducta determinada en la ley penal, que recae sobre su autor y posibilita la aplicación de una pena» (pp. 179-197) y el material es la motivabilidad por las normas como la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas.

De esta manera, la motivabilidad es un concepto con base psicológico individual, donde el autor es culpable, porque individualmente pudo motivarse por la norma. Desde esta postura, se estructura a la culpabilidad en tres componentes aceptados por la teoría penal: capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y la inexigibilidad de un comportamiento distinto, los que ante determinadas situaciones fijadas por el legislador -inimputabilidad, error de prohibición, causas de exculpación- eximen de responsabilidad penal.

La motivación por las normas «en un Estado social y democrático de Derecho que asuma la misión de proteger a la sociedad de forma democrática

y parta de la función motivadora de la norma» (Mir Puig, 1982, p. 98) es importante, pero no puede ser la capacidad de motivación por la norma su eje central.¹⁰ El derecho no puede fundamentar la validez de las normas en modo tan subjetivo, en cuanto a la autocontradicción del autor como ser racional y su acceso a la racionalidad de las normas.

En este sentido, Habermas y Kindhäuser coinciden en la legitimidad discursiva de las normas, donde la motivación racional por ellas es independiente de la aceptación del contenido por el autor, pues cuando una norma es creada en un procedimiento en que el autor del delito como ciudadano tuvo posibilidades reales de participar, hace que se sienta autor racional de la norma aunque no satisfaga la ideología de algunos intervinientes en el proceso discursivo (Kindhäuser y Mañalich, 2001; Rawls, 2006; Habermas, 1988; Santiago Nino, 1980).

Por ello, debe distinguirse entre el conocimiento del contenido de la norma y la motivación del autor por dicha norma. El delincuente por convicción, pese a su conciencia y al carácter vinculante que sobre él tiene el derecho, se siente obligado debido a sus convicciones morales, religiosas o políticas, a tener un comportamiento contradictorio frente al que determinan las normas jurídicas:¹¹ el insumiso que rechaza el servicio militar, el testigo de Jehová que

¹⁰ Ante las críticas a su concepción Muñoz Conde abandona la idea de la motivación individual y conceptualiza su fundamento material con fines preventivos: «a partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que éste pueda motivarse por los mandatos de la norma». Es decir, no es la capacidad de motivación sino la posibilidad de motivarse (Muñoz Conde, 1981, p. 34).

¹¹ Varios criterios se sostienen en la doctrina para justificar el tratamiento de los delincuentes por convicción: como si fuera un error de prohibición (Kaufman, 1982, pp. 234-235); culpables (Welzel, 1987, p. 180) por lo que no puede ser justificado, ni disculpado. «No puede existir un error de prohibición porque el autor conoce la norma lo que rechaza la obediencia a un mandato legal conocido por él» (Jescheck y Weigend, 2002, p. 445) a diferencia de Roxin que lo considera como eximente de pena por motivos de conciencia: «el dictado de la conciencia produce una fuerte presión en la motivación, pero no determina, excluyendo otras alternativas de acción, como lo hace una enfermedad mental o una neurosis obsesiva»; por ello el legislador renuncia con todo a la pena porque no le parece precisa desde la perspectiva de la prevención (Roxin, 1997, pp. 942-953). Consideramos que la renuncia del Estado a sancionar aquellos hechos realizados por motivos de conciencia con los que puede convivir sirve por igual al Estado de Derecho, a la dignidad humana y al progreso social, pero ante esta coalición de intereses, la libertad religiosa y la obediencia del derecho, se debe tener en cuenta la ponderación de la objetivación de la conciencia en la medida en que esta no atente contra los supremos principios constitucionales y contra la seguridad del Estado y tampoco niegue y afecte en principio los derechos humanos de terceros, como la vida y la libertad. Se puede eximir de responsabilidad penal al testigo de Jehová que no jura las armas, pero no al fundamentalista que en nombre de Alá asesina.

por creencias religiosas niega la transfusión de sangre. En estos supuestos se considera que hay culpabilidad jurídica ya que no se encuentran en un error de prohibición, porque rechazan la obediencia, amén del conocimiento de la norma y no se motivan por considerar a la norma jurídica contraria a sus concepciones morales, religiosas y políticas.

La motivabilidad no puede ser solo un juicio empírico, debe ser, además, un juicio normativo que valore al sujeto según sus condiciones de normalidad motivacional, como agrega Mir Puig, «pues los inimputables no tienen esta capacidad» (Mir Puig, 1982, p. 98; 2011, pp. 544-549). De forma acertada Mir Puig sostiene los dos sentidos de motivabilidad. Acepta que no es razonable sancionar a quien no es normalmente motivable y por tanto no es necesario castigar para intimidar a la colectividad. En un «Estado social y democrático de Derecho no es justo llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad, por lo que la posibilidad de pena tiene un límite normativo en la falta de culpabilidad» (Mir Puig, 1982, p. 98). En este sentido, la sociedad comparte el criterio según el cual no es lícito castigar a quien no actúa en condiciones de motivación normal, y esto es justicia.

El fundamento material que defiende este autor es la normal motivación normativa como condición de la infracción de una norma de determinación, que distingue entre anormal motivación y anormalidad situación motivacional como fundamentos de exclusión de la responsabilidad penal. La primera responde a las condiciones sin las cuales el sujeto no puede ser en absoluto motivado por la norma porque no pudo efectuar su intensidad motivadora, como en el incapaz de culpabilidad o el error de prohibición y la segunda se refiere a las situaciones en las que no se pierde la capacidad de culpabilidad pero se actúa en situación de motivación anormal en la cual cualquiera, e incluso el imaginable «hombre medio hubiera sucumbido» (Mir Puig, 2011, p. 604). Estas últimas son las situaciones de no exigibilidad, o causas de exculpación. Por tanto, para este autor la normal motivación «no se trata de un concepto naturalístico, sino normativo o cultural» (Mir Puig, 2011, p. 571).

Más reciente en el tiempo, Muñoz Conde, junto a García Arán, muestra madurez científica y concibe la concepción dialéctica de la culpabilidad como un fenómeno social que explica «el porqué y el para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio» (Muñoz Conde y García Arán, 2007, p. 353) a través del concepto material de la culpabilidad como teoría de un sujeto responsable que se basa en la motivabilidad. Pero el fundamento de esta no está únicamente en la base descriptiva de lo psicológico individual, o sea «en la capacidad para reaccionar frente a las exigencias

normativas» (p. 355), cuando la ubica además en «la función motivadora de la norma penal» (p. 355) y los factores socio-culturales.

Esta es la concepción más apropiada y que seguimos, porque el concepto de culpabilidad es un «principio organizativo de atribución de responsabilidad individual característico de todas las sociedades modernas» (Muñoz Conde y García Arán, 2007, p. 356), por tanto la mantiene como un elemento del delito y la configura a partir de la motivación según tres aspectos: como un concepto normativo, como «una facultad humana que unida a otras (inteligencia y afectividad) permite la atribución de una acción a un sujeto» (p. 356) y como un concepto histórico determinado que no puede configurarse al margen de las necesidades históricas y preventivas en un momento determinado. Pero a la vez la motivación junto al principio de culpabilidad serán la barrera infranqueable de la prevención «en la medida en que la culpabilidad sea una categoría basada en el principio constitucional [...] y en la medida en que el derecho penal positivo respete los principios constitucionales y se sitúe en el contexto de un Estado» (pp. 350-357).

Junto a este concepto material se sitúa la normal motivación y la anormal situación de motivación como referencias o criterios valorativos del juicio de culpabilidad y fundamentos para su exclusión. Sin embargo, consideramos que la motivación, así como la plantean Muñoz Conde y Mir Puig es de una elevada exigencia, al punto que puede ser de dudosa verificabilidad como el poder actuar de otro modo. Por tanto, siguiendo la concepción dialéctica de la culpabilidad, se toma el contenido material de motivación aunque este será complementado más adelante.

LA CULPABILIDAD DESDE LO EXTRACULPABILÍSTICO

El tercer modelo es el que sostiene el criterio extrínseco de la prevención general. Tiene su máxima expresión en el funcionalista radical Jakobs, que se apoya en la teoría sistémica de Luhmann (2003)¹² y sustenta un concepto funcional de la culpabilidad, donde las necesidades de la prevención general

¹² Para LUHMANN la sociedad es un sistema autorreferente y autopoyético que se compone de comunicaciones. Esto es, un sistema cerrado en sí mismo, pero a su vez abierto. Se separa el concepto de autorreferencia (reflexión) de su lugar clásico en la conciencia humana y se le traslada a campos de los objetos: los llamados sistemas reales como objeto de la ciencia. A su vez, se diferencia por distintos subsistemas, que son cerrados y autorreferentes, que tienen un ámbito propio de comunicaciones y operaciones, que reducen su entorno y reducen la complejidad de un modo especializado. Según este autor, las normas designan las expectativas estabilizadas de comportamiento contrafáctico o normas cuya validez es experimentada como independiente de su cumplimiento fáctico. De ello se deduce el concepto funcional de culpabilidad de Jakobs que utiliza el autor para el restablecimiento de la sociedad.

son presupuestos bajo los cuales puede formularse el reproche de culpabilidad. Con la lógica consecuencia de su postura, concibe que «el derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación; y sus actores son personas (tanto el autor, como la víctima, como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad» (Jakobs, 2000, p. 67). Este enfoque desnaturaliza la realidad social y convierte en un simple acto de comunicación el proceso de legítimo ejercicio estatal.¹³

La culpabilidad para este autor se define según el grado suficiente de fidelidad al derecho y no se determina según el estado psíquico del sujeto, sino que se establece «como baremo objetivo a través de una pretensión que va dirigida a cada ciudadano», donde el «culpable no satisface la medida aplicable a los ciudadanos, es decir, tiene un déficit de fidelidad al derecho» (Jakobs, 2004, p. 32). El objetivo del reproche en función de la prevención general es la estabilización de la vigencia de la norma y la ejercitación de la confianza en el derecho por parte de la sociedad, y no la confrontación con el autor.

Esta concepción significa un corte de raíz respecto a la función garantista de la culpabilidad,¹⁴ con un criterio valorativo (el déficit de fidelidad) que viola la dignidad humana, al punto que el autor se convierte en un instrumento para que la pena produzca en la generalidad social el efecto de confianza en el derecho.

No es esta la única crítica que recibe tal planteamiento. Se objeta además, incluso por defensores de la prevención, como García Arán, Muñoz Conde, y Mir Puig,¹⁵ primero, el hecho de que no tenga límites esa necesidad reafirma-

¹³ Este enfoque de la culpabilidad como comunicación social constituye también la idea central de Kindhäuser cuando define la culpabilidad material como un déficit de lealtad comunicativa. Este autor concibe el derecho como un producto de la autonomía comunicativa de los ciudadanos en una democracia y su infracción como la lesión de la autonomía de los restantes conciudadanos (Kindhäuser y Mañalich, 2001, p. 68). Si bien estos enfoques hacen recordar la importancia del lenguaje para el derecho penal y el derecho como lenguaje, confunden dos niveles completamente distintos, pues la vigencia de la norma jurídica demuestra *eo ipso* la existencia del discurso dogmático (que es quien se ocupa del concepto de culpabilidad), mientras que el discurso democrático sobre una eventual reforma de la norma no se desarrolla en la dogmática jurídica, sino en la política jurídica.

¹⁴ En contra la concepción de Jakobs, véase, entre otros, E. Demetrio Crespo (2010, pp. 13-26), Schünemann (1991, pp. 147-178), Zaffaroni (2002a, p. 669), Roxin (1997, pp. 804-806).

¹⁵ Véase, entre otros a Mir Puig (1982, p. 56) cuando expresa: «Al atender solo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, la teoría sistemática de la prevención general positiva aparece como la más peligrosa de las teorías retributivas liberales»; a Bustos Ramírez (1984, p. 368), Cobo del Rosal y Vives Antón, 1999, p. 550) cuando dicen: «las múltiples tentativas de unificar a la culpabilidad y la prevención se hallan abocadas al fracaso».

dora del derecho penal y, a la vez, la constatación de que en el fondo se está manteniendo una orientación similar al retribucionismo clásico: la aplicación del derecho penal para su propia confirmación. La concepción defendida por Jakobs puede resultar tan injusta y anular la virtualidad del principio garantista de culpabilidad como las concepciones que pretende superar.

Sin embargo, fuera del planteamiento de Jakobs, resulta indudable que las concepciones preventivas sobre la culpabilidad tienen hoy una gran vigencia. Un crítico como Hassemer obliga a reflexionar que la referencia de un derecho penal preventivo («curar en vez de castigar») evoca a sentimientos concomitantes irritantes (Hassemer, 1995, p. 107) que pueden exacerbarse y llevar a exigencias punitivas desmesuradas. Así, por ejemplo, la cura coactiva en un establecimiento humano de deshabitación, tiene también los rasgos represivos que provienen de una época ya pasada. Por lo que no se trata de negar la prevención en el derecho penal, sino de discutir en el cómo de esta orientación con la dependencia legitimante de la pena respecto a sus efectos favorables en otros ámbitos del control social.¹⁶

La prevención general ha demostrado que presenta los mismos déficits de fundamentación empírica que la retribución. Ya sea la prevención general negativa, que se corresponde con la idea clásica de intimidación, coacción psicológica o disuasión y conforme a ella, se evitan los delitos mediante el efecto intimidatorio de la amenaza de pena. O la prevención general positiva que explica el efecto atendiendo a la relación de la conducta humana con el contenido de la norma penal que prohíbe la comisión de delitos y con el mecanismo de interacción o comunicación social. Más allá de los efectos intimidatorios, se persigue que el Derecho Penal funcione como mecanismo generador y estabilizador de expectativas de conducta, de manera que la imposición de la pena constituye un acto de reafirmación del ordenamiento jurídico como asume Jakobs.

En este contexto doctrinal, desde una postura funcionalista moderada, Roxin (1997) suma la prevención general integradora y la prevención especial,

¹⁶ El tema es, naturalmente, complejo, pues se trata de decidir si el derecho penal podría reducir su aportación de daño, sin que ello implicara pérdida de eficacia disuasoria; en otras palabras, como persigue la concepción garantista de Ferrajoli, sin que aumentara la violencia social total, por el incremento de delitos o de fenómenos de venganza privada. Se trataría de un derecho penal garantista para la reducción del potencial represivo, del daño social producido por el sistema penal, de la violencia inherente al mismo, manteniendo sin embargo las cotas de protección, esto es, de idoneidad para controlar en una medida razonable los fenómenos de agresión y reacción informal (la venganza). Constituye sin dudas el reto continuo de un derecho penal construido desde perspectivas materialmente garantistas, sobre una relación dialéctica entre el interés en eliminar la violencia social extra-penal y el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal, porque así lo disponen reales razones de utilidad o en atención a otras finalidades garantistas.

y ofrece entender a la culpabilidad como «actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa» (p. 807), en la que esta aparece como condición indispensable junto a los criterios preventivos para declarar la responsabilidad.

Si se pregunta ¿por qué se le reprocha al infractor no haberse motivado por la norma?, la respuesta que da el autor es a partir del criterio valorativo que fundamenta el contenido material de culpabilidad: la asequibilidad normativa, es decir «cuando un sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico; y cuando (aún) le eran psíquicamente aseguibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma» (Roxin, 1997, p. 807).

La asequibilidad normativa o accesibilidad a la norma es un concepto empírico-normativo. Cuando indica que se trata de un fenómeno científico empírico como prueban la psicología y la psiquiatría, «a través de los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad» (Roxin, 1997, p. 807). Para la otra característica de este criterio, el autor parte de la base de que el sujeto posee la capacidad de comportarse conforme a la norma y apartándose de la indemostrabilidad del libre albedrío, se remite a la idea de la libertad como una aserción normativa, lo que significa una suposición de libertad, tratar al ser humano como si fuera libre.

Esta relativización del concepto de libertad, y, por ende, el de responsabilidad, en opinión crítica de Zaffaroni, implica afirmar que todo el plano jurídico, constitucional y político está asentado sobre una ficción y más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es producto de una ficción. Es grave –afirma y se comparte– «considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo [...] es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia resultaría de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también a una ficción» (Zaffaroni, 2002, p. 668).

A este debate actual, la neurociencia le agrega sus últimos descubrimientos que pone en juicio las bases de imputación del derecho penal, al concebir al cerebro humano como mecanismo determinado,¹⁷ lo que aleja la hipótesis indeterminista. Sin embargo, la idea de responsabilidad no debe ser modificada por las neurociencias,¹⁸ ya que la responsabilidad no es un fenómeno natural sino un fenómeno social que se configura estrictamente según criterios nor-

¹⁷ Para profundizar sobre la relación entre Derecho Penal y Neurociencias, véase Feijóo Sánchez (2012); Demetrio Crespo (2013).

¹⁸ Coincidente con Feijóo Sánchez (2012, pp. 71-153).

mativos de imputación y sobre la base de un juicio de culpabilidad, por lo que el determinismo e indeterminismo pueden ir juntos.

Aunque no se considera que la llamada revolución neurocientífica lleve consigo un cambio de paradigma cultural en el sentido del pensamiento de Khun sobre el desarrollo científico, pues como afirma Feijóo (2012), «los procesos neurológicos solo son una parte de la explicación y no precisamente la más importante» (p. 86), si es necesario estar alertas ante la evolución que pueda llegar a producirse, pues el actual derecho penal no puede concebirse de espaldas a las ciencias.

Si se partiera de un derecho penal indeterminista radical, conllevaría a renunciar a la culpabilidad como presupuesto de la punibilidad y se castigarían por retribución todas las acciones típicas y antijurídicas, con lo que estaríamos sometidos a un terror penal insoportable. Pero un derecho penal severamente determinista, como pretende la neurociencia con los experimentos de Libet de 1983 y 2004, se inspira en una causalidad ciega y total que carece de límites racionales, e incompatible con el Estado de Derecho, en el peor de los casos nos conduciría de regreso al sistema peligrosista de la Escuela Positiva Italiana y en el mejor de los casos, al utopismo de la pena médico-protectora.

Por eso se parte de la idea de la libertad no como ficción, pues no se trata de dinamitar el concepto de dignidad sobre el que se construyen los derechos humanos, ni igualarlos y mucho menos rebajarlos a la categoría de ficción. Tampoco se trata de aceptar el fundamento de poder actuar de otro modo, pues como dice Muñoz Conde (1981): «cualquier teoría del Derecho Penal que se apoye en o parta de tal concepto de culpabilidad está destinada al fracaso» (p. 23).

La libertad siempre ha caracterizado al ser humano. De ahí la válida distinción de Sánchez Ostiz (2014) entre libertad innata y libertad adquirida. La primera es la que le corresponde al ser humano por el hecho de revestir esa condición, mientras que la libertad adquirida es la que hace posible al ser que es humano y depende de su reconocimiento, atribución y ejercicio (p. 186). El ser humano por vivir en sociedad, aunque es antropológicamente libre, se rige por normas o pautas que no tienen que ser únicamente las jurídicas, sino otras como la utilidad, el respeto a otros, la benevolencia y su empleo implica toma de decisión.

Esto nos ubica en una posición de un indeterminismo débil,¹⁹ que destruye la idea del libre albedrío salvaje, azaroso, desconocedor de la relación

¹⁹ Coincidentes con Fernández Carrasquilla (s. f.), consideramos que es preciso distinguir entre determinismo débil (que admite la posibilidad de intervención de la conciencia reflexiva no determinada causalmente en el proceso de decisión) y determinismo fuerte o rígido (nada pasa, tampoco por la mente, sino está causalmente determinado por factores materiales previos), y, de modo paralelo, entre libre al-

causa-efecto, y nos sitúa en el materialismo dialéctico-histórico de Carlos Marx, con la visión del ser humano como ser (relativamente) libre y por esto (limitadamente) responsable de sus actos, lo que debe ser reconocido por el derecho positivo pero no como mera hipótesis normativa, sino como imagen del ser real que el derecho tiene que reconocer y proteger.²⁰

Para el derecho penal, ¿en qué sentido se utiliza el término libertad cuando se defiende que la libertad es el fundamento de la culpabilidad? Aunque no siempre se aborde explícitamente esta cuestión, los autores²¹ que sí se lo plantean suelen afirmar que es la libertad de la voluntad –no la de acción– la única que puede fundamentar la culpabilidad. Es decir, en la voluntad consciente del ser humano que tiene capacidad de elegir entre posibilidades y, concretamente, en el caso del delito, de controlar sus impulsos y condicionantes, de frenar y reprimir sus tendencias e intereses antisociales e ilícitos (Luzón Peña, 2012b, p. 33). Ahí está precisamente la debilidad del concepto tradicional de culpabilidad, que Roxin mantiene.

Por tanto, la posibilidad abstracta que tiene el ser humano de elegir entre varios haceres posibles no opera en la culpabilidad sino en el hecho de que el individuo actúe con libertad de voluntad, por error, actúe coaccionado o sin voluntad y, por tanto, no pueda dirigir finalmente el acontecer causal.²² La

bedrío absoluto (libertad sin causas) y relativo (la libertad se expresa por conductos causales y tiene limitaciones y condicionamientos).

²⁰ Las autoras sostienen sus ideas sobre una base filosófica marxista, que considera a ser humano libre dentro de los límites que le son impuestos por las condiciones sociales. La libertad «es necesariamente un producto del desarrollo histórico. En la medida en que los hombres logran procesos en el conocimiento y utilización práctica de las leyes de la naturaleza y la sociedad, crece su dominio sobre esta, y por tanto su libertad» (Marx, 1973, p. 109).

²¹ El término de libertad aplicado al comportamiento humano es susceptible de ser entendido en dos sentidos: como libertad de la voluntad en sentido estricto, que significa la libertad de querer o no querer algo, y en un segundo sentido, la libertad de actuar o no de acuerdo con lo querido. Para las precisiones conceptuales véase, entre otros: Martínez Garay (2004), Luzón Peña (2012b); Pérez Manzano (2011).

²² Necesaria es la precisión acerca de si la acción tiene una posición sistemática autónoma, o si es la característica común a todos los hechos típicamente antijurídicos y culpables. En el debate actual los autores que han ido elaborando los sucesivos conceptos de acción (causalista naturalista, finalista, social, negativo) han tratado, entre otras cosas, de dotarles de contenido, al punto que hoy, como explica Borja, se considera desgastante, y hasta un fracaso. Se advierte como una reacción contra el proceso de desfiguración e hipertrofia del concepto de acción, el considerarla como un elemento del delito cuando es la característica común a todos los hechos típicamente antijurídicos y culpables. Se somete directamente a análisis desde la perspectiva de la categoría de la tipicidad o de la acción típica, de la que la autora es partidaria. Sin embargo, la acción tiene una función específica de enlace que, con autonomía o no, se considera que no se analizan de la mejor ma-

libertad como condición para actuar es base del contenido material de culpabilidad, pero, como declaran Cobo y Vives (1999): «no determina su contenido, solo confiere sentido a la actitud participativa e interpersonal que adoptamos como individuos»²³ y hace posible que se pueda afirmar que la culpabilidad es un juicio de reproche personal.

Roxin (1981) intenta sustraerse a estas críticas que se dirigen al concepto tradicional de culpabilidad, por lo que parte de las necesidades preventivas de la pena, donde «lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación» (p. 71), asignando a la culpabilidad solo una función limitadora del poder de intervención estatal.

Por eso, Roxin (1981) prefiere hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad y, en todo caso, apunta, «la culpabilidad es sustentada por los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena» (p. 70). Con ello la culpabilidad es la barrera infranqueable que en ningún caso puede traspasarse a la hora de determinar la pena aplicable al autor de un delito en el caso concreto y la justificación desde un fundamento político-criminal empíricamente verificable para imponer una pena se basa en las necesidades preventivas (Roxin, 1997, pp. 791-794).

La postura asumida por Roxin tiene un sostén político-criminal que renuncia a la doble funcionalización a diferencia de Jakobs. Solo comparte con este que las categorías del sistema son funcionalizadas desde la perspectiva de los fines del derecho penal; pero no monopolizados por una prevención de

nera en la tipicidad. Me refiero a que la acción debe distinguir *a priori* qué procesos son idóneos o no para ser objeto de un análisis típico; es decir, la función negativa mediante la cual queden excluidos hechos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal, como la fuerza irresistible (*vis physica absoluta*), estado de inconsciencia y los actos reflejos. Estos son tratados como los elementos negativos de la acción por Roxin (1997, pp. 250-251); como causa de atipicidad por ausencia de voluntad por Zaffaroni, Alagia, y Slokar (2006, pp. 326- 330), Silva Sánchez (1991, pp. 1-23), Gallas (1959, pp. 22-23), Cobo del Rosal y Vives Antón (1999, pp. 550-558), Bustos Ramírez (2008, p. 765).

²³ Coincidimos con los autores en que no hay que demostrar la verificabilidad empírica de la libertad. Solo puede mostrarse que desde ese ángulo nos comprendemos a nosotros mismos como seres libres, ya que realizar acciones son expresión de conducta, de intenciones, de razones con que le estamos otorgando significado a la libertad. Como tampoco hace falta mostrar el grado de libertad concurrente en la acción, pues medir el grado de libertad como se mide el nivel de agua en un depósito, es, asegura Cobo y Vives (1999), un error lógico. Con igual criterio se pronuncia Bacigalupo Zapater (1999, p. 152): «Este concepto de culpabilidad, lo mismo que cualquier otro, es totalmente independiente de la prueba de la libertad de la voluntad o del determinismo».

integración, estrictamente funcional-sistémica,²⁴ sino por una prevención heterointegradora que se fundamenta en la teoría dialéctica de la unión,²⁵ donde se utiliza a la culpabilidad para limitar la intimidación; es decir, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad y, en el momento de la ejecución, adquieren preponderancia los fines resocializadores (prevención especial) además de no admitir la bilateralidad del principio de culpabilidad.

Ello se traduce en que la prevención general y especial no son antagónicas, por lo que el valor de la justicia tiene gran importancia para la estabilización de la conciencia jurídica de la colectividad, y exige que nadie pueda ser sancionado con una pena más dura a la que merece; y merecida es solo una pena que corresponde a la culpabilidad. Significa que la responsabilidad jurídico-penal depende de la culpabilidad y necesidades preventivas de sanción penal deducidas de la ley, pero no siempre que haya culpabilidad se declara la responsabilidad, pues la necesidad preventiva de punición puede conducir a la exclusión de esta.

Si bien se acepta la postura de Roxin en cuanto a la prevención de integración en el marco de las teorías mixtas como complemento de su argumentación, el análisis al planteamiento roxiniano para la culpabilidad arroja varias dificultades. En primer lugar, limita el principio de culpabilidad que solo serviría para la protección de los autores culpables, pero no para los inculpables, incapaces de culpabilidad, que quedarían abandonados al poder de intervención del Estado. A la vez, deforma a la culpabilidad por desviarla de la teoría del delito (Creus, 1998, p. 280) y por crear la nueva o tercera categoría: la respon-

²⁴ Existe un consenso doctrinal sobre la distinción entre estas dos corrientes funcionalistas. Para Jakobs la prevención general positiva es la que soporta el fundamento de la pena así como la estabilización del sistema a través de la fidelidad jurídica, a diferencia de Roxin, aunque parte de la tesis de que un moderno sistema del derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas como un criterio decisorio dentro los parámetros de la responsabilidad y en el marco del ordenamiento jurídico. Véanse, entre otros, Donna (1998, pp. 256-266), Silva Sánchez (1992, pp. 67-70); en igual sentido, Pérez Manzano (1997, pp. 79-82), Morillas Cuevas (2014, pp. 41-42).

²⁵ La teoría dialéctica de la unión de Roxin es diferente a la teoría de la unión. En esta última se articulan la teoría absoluta y la relativa, pues los fundamentos de la pena tienen el valor de la utilidad y el valor de la justicia; es decir, reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Sin embargo, como advierte Bacigalupo Zapater (1999), «deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que este plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes debe resolverse, como es lógico, optando por uno de ellos, al que se otorga preponderancia sobre el otro» (pp. 16-17).

sabilidad, «para suplir o tapar las deficiencias y aporías que presenta el viejo y obsoleto concepto tradicional de culpabilidad» (Muñoz Conde, 1981, p. 26). En desacuerdo con Roxin, se considera que es el propio concepto de culpabilidad el que hay que redefinir y dotar de un contenido para que pueda cumplir sin contradicciones ni ficciones su función como principio, elemento del delito, y a la vez fundamental, determinar y limitar la imposición de una pena.

Se defienden las relaciones entre culpabilidad y prevención como un argumento valorativo que se deduce de los principios básicos de un Estado de Derecho y no de tipo empírico-social como considera el autor. En consecuencia y conforme con Pérez Manzano (1997), «el argumento preventivo integrador se utiliza como un criterio complementario para el respeto a los derechos individuales y la limitación de la injerencia estatal en esa esfera de derechos» (p. 86).²⁶ De ello se deduce el fundamento que rompe el binomio culpabilidad-retribución y se concibe al derecho penal con el fin de protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables. Fin que se consigue manteniendo a la culpabilidad vinculada con los efectos integradores, resocializando e intimidando individual y colectivamente.

Hasta aquí, sobre la base de los fundamentos históricos, teóricos, filosóficos y hasta políticos, se ha demostrado que la culpabilidad además de ser una categoría delictual, es un concepto legitimador y delimitador del *ius puniendi*, que revela cuestionamientos teóricos entorno a su contenido material. De los argumentos doctrinales analizados, consideramos adecuado el concepto material de la motivabilidad por las normas, el que, a nuestro juicio, deberá ser complementado para que corresponda plenamente a las exigencias garantistas de un Estado de Derecho, donde la culpabilidad debe ser la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué se tiene que recurrir a la pena y en qué medida debe hacerse uso de este medio, con la ajustada relación entre la norma jurídico-penal y la política criminal.

LA MOTIVACIÓN COMPLEMENTADA POR LA VALORACIÓN. CONSECUENCIAS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA CULPABILIDAD

La motivación, como el concepto material de culpabilidad, es un concepto tipo que permite el real engarce entre los elementos generales «delito» (tipicidad y antijuricidad) y lo individual, para analizar, fundamentar y determinar por qué esa persona, comisora de un hecho antijurídico, es culpable o no.

Es válido aclarar que el concepto de motivación sirve para explicar dos cuestiones relativamente diferentes. La función motivadora de las normas penales que busca determinar la conducta de su destinatario y, en segundo, la función

²⁶ Con iguales criterios, Muñoz Conde (1981, pp. 13-40).

motivadora de la prevención general. Es aquí donde radica la fortaleza de este criterio que sirve de puente entre ambos conceptos, porque a la vez de definir a la culpabilidad limita la necesidad preventiva general, pues a la motivación propia de la prevención general le corresponde llevar el mensaje al individuo que se motive por las normas y ello puede implicar un objetivo preventivo ilimitado.

Pero la motivación no se puede entender etimológicamente como actuar por razón o causa, pues entonces muchos culpables serían inocentes y no cabría castigarlos porque no pueden ser motivados en absoluto por la norma penal como los delincuentes por convicción. Ello obliga, a diferencia de los autores que defienden dicho contenido material, a complementarlo un poco más para que no se convierta en convencional y contradictorio cuando intente responder a la pregunta de por qué se le reprocha no haberse motivado por la norma.

En tal sentido, y atendiendo a que no solo la culpabilidad es una valoración sino también su contenido, es con el concepto marxista de actividad valorativa como reflejo de la conciencia como se complementará el concepto material que se defiende. Por tanto, cuando se pregunte ¿por qué se le reprocha no haberse motivado por la norma?, se responde con la valoración como un proceso subjetivo de la conciencia humana y como el enlace entre la subjetividad y la manifestación externa de lo objetivamente valorado.

Al ser humano se le califica de individuo, sujeto o persona en atención a la categoría subjetividad que permite el análisis de los determinantes conductuales internos de los diferentes sujetos, cuando asumen determinada posición o comportamientos ante la vida en general o ante situaciones específicas, y se compone por los contenidos del mundo psicológico interno y del contexto socio-cultural en el que socializan. La subjetividad desde una «posición marxista es plurideterminada por ser una refracción de la realidad, pues este concepto trae a colación y enfatiza lo que el sujeto es y aporta en la construcción de su representación en la sociedad como su realidad» (Corral Ruso, 2003, pp. 2-3).

El proceso subjetivo en la sociedad constituye la base para la comprensión y manifestación del significado de la valoración en la actividad cognitiva y práctica de los seres humanos. En este sentido, la valoración a partir de la filosofía marxista que ubica al ser humano en una relación activa, multifacética, y sobre cuya base este interpreta, organiza y confiere sentido a su experiencia se «define como un proceso complejo de análisis de la significación del objeto para el sujeto» (Fabelo Corzo, 1989, p. 105),²⁷ por lo tanto esta depende mucho de los intereses del sujeto, como una condición necesaria para exteriorizar la

²⁷ Se sigue el concepto marxista de Fabelo Corzo (1989), coincidente con Rodríguez Ugidos (1985).

significación objetiva de los objetos y fenómenos en correspondencia con su necesidades y su libertad.

En su funcionamiento real se interpenetra con los conocimientos, con las emociones, con la experiencia y con el contexto sociocultural del sujeto, lo que contribuye al carácter dicotómico de las valoraciones, es decir, en positiva y negativa, como uno de los rasgos distintivos que reflejan la significación de los objetos de valoración en el sistema de relaciones sociales. En consonancia con ello, la interrogante ¿por qué se le reprocha no haberse motivado por la norma? puede tener dos respuestas: porque no pudo valorar debido a determinados impedimentos por lo que no es culpable, o porque valoró negativamente la significación socio-jurídico del hecho, y por tanto es culpable.

De ahí que al ser la motivación un concepto psicológico-normativo que se complementa con la visión marxista de la valoración y el concepto material de la culpabilidad, resulta importante considerar al dolo y la imprudencia como formas de conducta, o sea, como la manifestación objetiva de la subjetividad a tenor de que en el dolo hay un desvalor de la acción y del resultado por la intención y en la imprudencia el desvalor recae sobre la infracción del debido cuidado.

Es la motivación complementada por la valoración, a diferencia de los otros conceptos materiales, la que responde acertadamente y con un contenido garantista el porqué se le exige otra conducta, o, en caso de exclusión de la culpabilidad, por qué no aplaza ni oscurece la razón del reproche, y los argumentos son los siguientes:

- En primer lugar, el derecho penal está estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas, y en este sentido la culpabilidad y la punibilidad han de orientarse a los fines del derecho penal garantista. Para ello, la opción teórica más apropiada es la motivación como el criterio valorativo que tiene un fundamento doble: en la función motivadora de las normas penales y en la prevención del derecho penal.
- El concepto material de la culpabilidad es compatible con la indeclinable vocación preventiva del derecho penal y fortalece el sistema de garantías, porque está en la función motivadora de las normas penales, donde el derecho penal como parte del derecho y del control social ejerce una fuerte influencia motivadora a través de las normas jurídicas penales, las que pertenecen al referente real del individuo y que procuran ser interiorizadas al ser conformadas en la conciencia social de todos los individuos, en pos de lograr un comportamiento ajustado a derecho.

- La norma penal se dirige a todos, pero solo son motivables aquellos que tienen la posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma y se encuentren en una situación en la que pueda regirse por la norma. De aquí se desprenden tres referencias valorativas en función de la motivación como criterio valorativo:
 1. El acceso a la norma, como exigencia mínima para la cognoscibilidad de la antijuricidad. Este es un requisito previo al conocimiento mínimo de la prohibición penal, o para cuando exista el motivo de cerciorarse sobre la antijuricidad penal del hecho, lo que implica admitir dos cuestiones. Primero, que las normas penales cumplan con el mandato de certeza jurídica, pues la exigencia del comportamiento se deriva de la concepción y de la función de la norma penal. Y en segundo lugar, que el Estado reconozca su responsabilidad cuando no logra que el sujeto acceda a las normas, como presupuesto indispensable para la exigencia de su cumplimiento. No se trata admitir del antecedente inmediato de la co-culpabilidad, la que ante la imposibilidad de que el Estado asegure a todos sus miembros el mismo espacio social, el reproche de culpabilidad se exige más o quien más posibilidades le ha dado y que cargue con su parte respecto de aquel, a quien menos posibilidades ha dado y en esa medida es co-culpable; pues la co-culpabilidad evoca el perjuicio de la pobreza como causa del delito, ignorando que desde Sutherland con la teoría del aprendizaje, el delito se podía cometer por cualquier clase socioeconómica y en segundo lugar, con la menor reprochabilidad a los pobres y más a los ricos, se fundamenta en derecho de dos velocidades con más garantías para los delitos comunes y menos para los empresariales y organizados. Se trata de que el Estado asuma un nuevo papel ante la necesidad de valorar las diversas situaciones de vulnerabilidad, que avizora Zaffaroni (1993, pp. 110- 116) por condicionamientos sociales y culturales que afectan la adecuada socialización como el analfabetismo y la rusticidad, los que impiden, y no por comodidad del sujeto infractor, el acceso a las normas. De ahí que atendiendo a estas dos cuestiones se analice si existe o no la invencibilidad de un error de prohibición que excluya la responsabilidad del que comete el hecho antijurídico sin quererlo, ni saberlo, y sin poderlo saber.

2. La normal capacidad de culpabilidad o sea la edad penal y salud mental adecuadas para que la norma pueda desplegar la intensidad motivadora y la persona reaccione frente a las exigencias normativas. Por tanto, al incapaz de culpabilidad no le falta necesariamente toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que esta no puede ser interiorizada.
3. Y la normal situación motivacional, en la que no es que el sujeto no sea motivable, sino que la motivación se altera gravemente cuando este en el momento del hecho se encuentre en situaciones que obstaculicen el comportamiento determinante y esperado por la norma penal e imposibiliten adecuar su comportamiento conforme a esa comprensión. Por lo tanto, no tiene sentido culparlo por actuar compelido bajo situaciones tan poderosas que se sobreponen a ese juicio de reproche.

A partir de este concepto material, se derivan cuatro argumentos:

- PRIMERO, la culpabilidad delictual es una categoría social y no una categoría abstracta, ahistórica, que consiste únicamente en un nexo psicológico entre el sujeto y el hecho o en una especial aptitud síquica del individuo.
- SEGUNDO, obliga a valorar al sujeto en su referente real y considerarlo en su totalidad concreta social, por lo tanto el reproche social formalizado en el derecho penal debe tener en cuenta individualmente qué es lo que puede exigir de una persona frente a una situación concreta y qué es lo que no se puede exigir si no se le ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir el respeto por la norma jurídica penal, o sea valorar al ser social concreto en una relación social concreta. De ahí la importancia de apreciar el mundo de las significaciones de cada sujeto, la peculiar relación del ser social con el mundo, es decir, con los moldes de comportamiento social según su condicionamiento histórico social, su cultura y sus valores.
- TERCERO, consolida la idea de que la motivación jurídica, como un concepto psicológico y normativo sustentador del derecho, persigue el respeto a través de la legalidad, es decir, apuesta por lograr y preservar el respeto por el derecho mediante la futura adecuación del comportamiento a la ley. Por tanto, la motivación jurídica puede coincidir con la motivación moral cuando «junto a los móviles morales del cumplimiento del deber, abarca también, como motivos la observancia

del derecho [...] por convertirlo en parte integrante del carácter de la persona» (Henkel, 1964, p. 236); pero si no son coincidentes puede ser considerado culpable en virtud de que el derecho penal como ingrediente del derecho parte de la exigibilidad y vinculabilidad general. Sin embargo, lo dialéctico materialista, por ser una valoración individual para determinar culpable y por ende responsable penalmente al sujeto concreto frente a un hecho antijurídico concreto, cobija la posible flexibilidad del derecho penal en aquellas situaciones que conduzcan, como expresa Henkel, a abotargamiento de la sensibilidad moral.

- CUARTO: De esto se deduce claramente el último argumento: la necesidad de formalizar y de normativizar el reproche social como parte de la seguridad jurídica y la garantía de los justiciables frente al derecho penal, consecuencia que trae consigo el análisis de la igualdad y la dignidad del ser humano en la culpabilidad, porque además de ser una categoría delictual dentro de la ordenación de los elementos del delito y un concepto legitimador y político de la intervención penal con un basamento axiológico que señala la sedimentación del principio de culpabilidad, *es una categoría sustantiva vinculada directamente con los derechos humanos, o sea, la culpabilidad es una categoría delictual de cualificación sustantiva.*

En tal sentido, consideramos que la culpabilidad es la manifestación de validez sustantiva que refiere la conformidad de las normas con los contenidos de las normas superiores. Por tanto, el reproche debe fundamentarse bajo la aquiescencia de:

- El respeto de la autonomía individual frente a las injerencias del Estado en el ejercicio de su poder punitivo, pues, aunque la culpabilidad sea un reproche jurídico, una recriminación del injusto, no puede consentirse el rechazo ni la instrumentalización del autor culpable porque este sigue manteniendo su dignidad y autonomía ético-moral inherente a todo ser humano.
- El principio de la igualdad, por tanto, en el juicio de reproche, tiene que admitir respuestas penales que se fundamenten en la igualdad.
- Del principio legalidad, en virtud del cual solo se reprocha por un hecho cometido y previsto por la ley como delito, se inhabilitan construcciones dogmáticas y normativas como la de la culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida, verbigracia, la reincidencia y las medidas de seguridad predelictivas.
- Del principio de la inocencia, que debe regir todo el tiempo en el proceso penal hasta que se dicte un fallo condenatorio que destruya

la hipótesis explicativa de la inocencia y determine la culpabilidad del sujeto en contraste con todas las pruebas disponibles.

Esto supone una convergencia sustancial en el orden normativo penal y, por ende, en el reconocimiento de la culpabilidad en la norma jurídica.

Una vez entendida así la culpabilidad y su contenido material, el análisis para las personas naturales podría ser el siguiente:

1. Existencia de un sujeto que bajo la exigencia de la culpabilidad es una persona concreta en una relación social concreta.
2. Con capacidad de culpabilidad, es decir, con edad y madurez mental, o sea, con un desarrollo biosicológico suficiente para entender y valorar la significación del hecho que realiza o dirigir su conducta.
3. Con libertad individual, lo que excluye cualquier impedimento de la libertad en la toma de decisión del sujeto.
4. Que conozca potencialmente la norma penal, es decir, que haya tenido posibilidades concretas para su acceso.
5. Que esté motivado por la norma y decida voluntariamente vulnerar la norma penal.
6. Y que se le pueda exigir un comportamiento diferente al que tuvo, porque el sujeto tiene una normal capacidad motivacional y se encuentra en una normal situación motivacional.

Con esta propuesta de concebir a la culpabilidad, en su segunda dimensión, como una categoría delictual de cualificación sustantiva y la motivación, complementada desde la visión dialéctico-materialista por la valoración, además de fundamentar posibles cambios teóricos, estructurales y normativos, puede garantizar la justicia, esa que «respete la inviolabilidad de la persona fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto pueda atropellar y resulta preferible a otra cuando sus consecuencias generales son más deseables» (Rawls, 2006, p. 17).

BIBLIOGRAFÍA

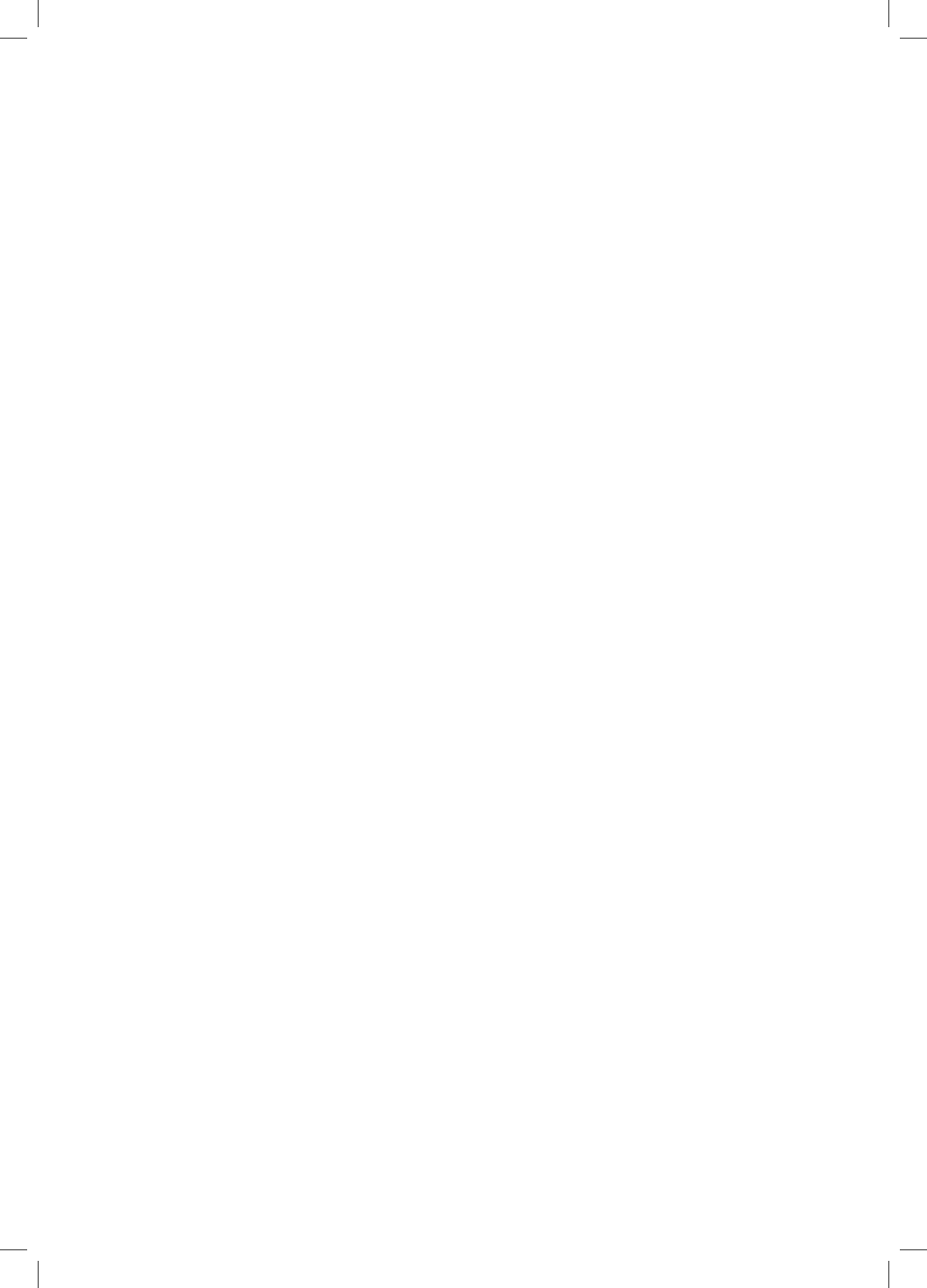
- ACHENBACH, H. (1991). Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. En B. Schünemann, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales, estudios en honor de Claus Roxin en su cincuenta aniversario*. Madrid: Editorial Tecnos, S. A.
- AMBOS, K. (2012). *La libertad del ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal. Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Días*. Recuperado de en https://www.boe.es/.../abrir_pdf.php.

- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1999). *Manual de derecho penal. Parte general*. Argentina: Editorial Hammurabi.
- BARATTA, A. (2004). *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial IB de F.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1984). *Manual de derecho penal español*. Barcelona.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (2008). *Derecho penal. Parte general. Obras completas*. Volumen III. Quito.
- CEREZO MIR, J. (1982). *Problemas fundamentales del derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos.
- COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. (1999). *Derecho penal. Parte general* (5.ª ed. corregida y actualizada). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORRAL RUSO, R. (2003). La psicología: ciencia y profesión. En R. Castellanos Cabrera, *Psicología. Selección de textos*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- COUSO SALAS, J. T. (2006). *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CREUS, C. T. (1998). La culpabilidad y la pena en la actual doctrina penal. En G. E. Ouviaña, *Teorías actuales en el derecho penal, por el setenta y cinco aniversario del Código Penal*. Argentina: Editorial Ad-Hoc.
- DEMETRIO CRESPO, E. (2010). Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Tercera Época (3).
- DEMETRIO CRESPO, E. (2013). *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. España: Editorial IB de F.
- DONNA, E. A. (1998). La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos. En G. E. Ouviaña, *Teorías actuales en el derecho penal, en el 75 aniversario del Código Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- FABELO CORZO, J. R. (1989). *Conocimiento y valoración, la naturaleza del reflejo valorativo en la realidad*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J. (2012). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. España: Editorial Aranzadi, S. A.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (s. f.). *Culpabilidad y libertad de voluntad*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4809653.pdf>
- FERRAJOLI, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- GALLAS, W. (1959). *La teoría del delito en su momento actual*. Barcelona: Editorial Bosch-Urgel.
- GARCÍA ARÁN, M. (1988). Culpabilidad, legitimación y proceso. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLI, Fascículo I, enero-abril.
- GIMBERNAT, E. (1981). ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? En E. Gimbernat, *Estudios de derecho penal*. España: Editorial Civitas.

- HABERMAS, J. (1988). ¿Cómo es posible la legitimidad por la vía de la legalidad? *Revista Doxa* (5).
- HASSEMER, W. (1995). Prevención en el derecho penal. En J. Bustos Ramírez, *Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.
- HASSEMER, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Colombia: Editorial Temis S. A.
- HENKEL, H. (1964). *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*. Madrid: Biblioteca Política Taurus.
- JAKOBS, G. (1996). *El concepto jurídico penal de acción*. Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de derecho penal funcional*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- JAKOBS, G. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas Editorial S. L.
- JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada.
- KAUFMAN, A. (1982). Die Dogmatik in Alternative- Entwurf. En C. Heymanns, *Strafrechts dogmatikz wischens ein und wert*.
- KINDHÄUSER, U.; MAÑALICH, J. (2001). *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Montevideo, Buenos Aires: IB de F.
- LARRAURI, E. (2000). *La herencia de la criminología crítica* (3.^{ra} ed.). Madrid: Siglo XXI de España Editores S. A.
- LUHMANN, N. (13 de enero de 2003). El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft), versão 5.0, de 13/01/2003.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (2012a). *Lecciones de derecho penal. Parte general* (2.^{da} ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (2012b). Libertad, culpabilidad y neurociencias. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4809653.pdf>.
- MARTÍNEZ GARAY, LUCÍA (2004). La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos. Tesis doctoral. Dirección del Catedrático Juan Carlos Carbonell Mateu. Universidad de Valencia.
- MARX, C. (1973). *El capital*. Tomo I, Sección III, Capítulo V. La Habana: Editorial Ciencias sociales.
- MIR PUIG, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*. Barcelona: Casa Editorial Urgel S. A.
- MIR PUIG, S. (2011). *Derecho penal. Parte general* (9.^{na} ed.). Barcelona: Editorial Reppertor.
- MORILLAS CUEVAS, L. (2014). A propósito de la culpabilidad penal. En *El derecho penal de los inicios del siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*. La Habana: Ediciones ONBC.

- MORIN, E. (1994). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- MUÑOZ CONDE, F. (1981). Introducción. En C. Roxin, *Culpabilidad y prevención del derecho penal*. Editorial Reus, S. A.
- MUÑOZ CONDE, F. (1984). *Teoría general del delito*. Bogotá: Editorial Temis, S. A.
- MUÑOZ CONDE, F. (1985). *Derecho penal y control social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. (2007). *Derecho penal. Parte general* (7.^{ma} ed. revisada y puesta al día). Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARMA, C. (1998). *Culpabilidad, lineamientos para su estudio*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- PÉREZ MANZANO, M. (1986). *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid.
- PÉREZ MANZANO, M. (1997). Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. En J. M. Silva Sánchez, *Política criminal y el nuevo derecho penal*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- PÉREZ MANZANO, M. (Abril del 2011). Fundamento y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. *Revista para el Análisis del Derecho*. (2).
- RAWLS, J. (2006). *Teoría de la justicia*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Civitas, S. A.
- RODRÍGUEZ UGIDOS, Z. (1985). *Filosofía, ciencia y valor. Crítica del althusserianismo y de algunas variantes neoalthusserianas en Latinoamérica*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- ROXIN, C. (1981). *Culpabilidad y prevención del derecho penal*. Editorial Reus, S. A.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. España: Ed. Civitas.
- SAIZ CANTERO, J. A. (1960). El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de la no exigibilidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIII, Fascículo III, septiembre-diciembre.
- SÁNCHEZ OSTIZ, P. (2014). *La libertad del derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona: Ediciones Atelier Libros Jurídicos.
- SANTIAGO NINO, C. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- SCHÜNEMANN, B. (1991). La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. En B. Schünemann, *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales, Estudios en honor de Claus Roxin en su cincuenta aniversario*, Madrid: Editorial Tecnos, S. A.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (enero-abril, 1991). Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico-penal de acción. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIV, Fascículo I.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch Editor, S. A.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2003). *Normas y acciones en el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. (1973). *La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Editorial Arnorrortu.
- WEBER, M. (1944). *Economía y sociedad*. México: Editorial Grandes Estudios.
- WELZEL, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general*. Santiago de Chile: Tercera Ed. Castellana.
- ZAFFARONI, E. R. (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Venezuela: Monte Ávila Editores Latinoamericana.
- ZAFFARONI, E. R. (2002a). *Derecho penal. Parte general* (2.^{da} ed.). Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- ZAFFARONI, E. R. (2002b). Discurso en el acto de entrega de la condición de Doctor Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata, Italia, 2002. Recuperado de <http://cubc.mx/biblioteca/libros/Culpabilidad%20por%20la%20vulnerabilidad%20%20Eugenio%20R>.
- ZAFFARONI, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2006). *Manual de derecho penal. Parte general* (2.^{da} ed.).



LA IMPUTABILIDAD Y SUS EXCEPCIONES EN MENORES DE EDAD

ADRIANA MENDOZA SOLÓRZANO

INSTITUTO SUPERIOR PEDAGÓGICO PARA LA ENSEÑANZA TÉCNICA Y PROFESIONAL

PRESENTACIÓN

El ensayo que presentamos trata de la doctrina diferenciada sobre el aspecto de la culpabilidad e inimputabilidad, sobre todo en el caso de menores, la normativa jurídica nacional, estructurada en los diversos cuerpos legales. No se limita el campo de análisis a la esfera de la eximente de anomalía o alteración psíquica, pues todo estudio en profundidad de la misma, teniendo en cuenta su adscripción al ámbito de la imputabilidad penal, obliga a una reflexión en relación con la categoría dogmática de la culpabilidad.

Cuestiones básicas a este nivel como la del fundamento material de la culpabilidad incidirán de manera particularmente relevante en la concepción mantenida en materia de imputabilidad y, por ende, en la propia configuración de las causas de exención de responsabilidad penal ligadas a la no concurrencia de la misma. Se ha pretendido, en definitiva, abordar, por un lado, la fundamentación dogmática de la categoría de la culpabilidad penal, así como de la propia imputabilidad en la que se inscribe la eximente de anomalía o alteración psíquica y sobre las modernas tendencias que posicionan en el caso de menores a la responsabilidad penal.

FUNDAMENTOS DOCTRINALES SOBRE EL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD

En la doctrina de la ciencia jurídico-penal hay una aceptación mayoritaria a considerar a la imputabilidad como capacidad de culpabilidad.

El eminente penalista español don José Cerezo Mir (2006) establece que «la culpabilidad en el aspecto material consiste en la capacidad de obrar de otro modo», (p. 891), es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico; y dice que por ello la culpabilidad, en primer lugar, supone un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biosíquicas que le permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento, por lo que la imputabilidad o la capacidad de culpabilidad es un presupuesto de la culpabilidad.

Por lo general, la legislación penal considera que ninguna persona puede ser castigada por un hecho previsto como delito en la ley si en el momento en que lo ha cometido, no era imputable. Es decir, imputable es quien posee la capacidad de entender y de querer. Por ello, Francesco Antolisei (1960) expresa que la capacidad de entender no es la simple actitud del sujeto para conocer lo que se desarrolla fuera de él, sino la capacidad de hacerse cargo del valor social del acto que realiza. Dice que no es necesario que el individuo se «baile» en situación de juzgar que su acción es contraria a la ley, sino que basta con que pueda comprender genéricamente que contradice las exigencias de la vida comunitaria (p. 439).

En cambio, para este autor italiano, la capacidad de querer significa la actitud de la persona para determinar de manera autónoma, resistiendo a los impulsos, y más precisamente, facultad de querer aquello que a juicio del sujeto debe de hacerse. Sostiene Antolisei que para que exista imputabilidad es preciso el concurso de una y otra capacidad: faltando una sola, el sujeto ya no es imputable. Además, agrega que la capacidad de entender y de querer según el concepto de la ley *folia es dos de individuos*: en quienes no tienen un suficiente desarrollo intelectual y en quienes se hallan afectados por graves anomalías síquicas. El contenido sustancial de la imputabilidad, por tanto, se encuentra en la madurez psíquica y en la salud mental (p. 440).

El tratadista alemán Hans-Heinrich Jescheck (1981) manifiesta que la capacidad de culpabilidad constituye el primero de los elementos sobre los que reposa el juicio de culpabilidad y únicamente quien ha alcanzado una determinada edad y no sufre de graves perturbaciones psíquicas posee aquel mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico-penal. Indica el autor en referencia que el concepto de capacidad de culpabilidad (imputabilidad) apunta:

en primer lugar, a la edad. Antes de alcanzar la madurez biológica reflejada en la edad, o no puede en ningún modo formularse un reproche de culpabilidad (minoría penal), o bien este requiere la constatación de que el autor ha alcanzado un grado de desarrollo intelectual, de madurez moral y de fuerza de voluntad que justifica medir la actitud hacia el derecho actualizada en su hecho con arreglo a baremos adecuados a la juventud, pero dotados ya de carácter jurídico-penal (mayoría penal condicionada). La capacidad de culpabilidad se halla, además, en relación con la salud psíquico-mental del autor, por lo que debe negarse cuando se dan graves manifestaciones de disminución de la misma (Jescheck, 1981, p. 596).

Claus Roxin, considerado uno de los más eminentes penalistas alemanes de todos los tiempos, aduce que el legislador parte de la base de que el adulto que

realiza un injusto jurídico penal, normalmente es imputable y que por eso no regula -al contrario que en el caso de los adolescentes- la imputabilidad, sino su falta excepcional, la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad (Roxin, 2003, pp. 822-823).

Reinhart Maurach y Heiz Zipf expresan los presupuestos de que la capacidad de imputabilidad, la capacidad de comprensión y de determinación pueden faltar por razones muy diversas. En primer término, puede tratarse de una insuficiente inmadurez del autor. Esta, a su vez, puede estar condicionada por dos razones: provenir de un hecho natural, fisiológico, es decir, el normal transcurso de un estadio de transición hasta alcanzar la madurez, cuya llegada a la edad pertinente trae consigo, por regla general, la capacidad de comprensión y de determinación. O bien, tratarse de una inhibición enfermiza, patológica del desarrollo natural. Como segundo grupo pueden existir considerables deterioros («trastornos»), temporarios o permanentes, de ambas capacidades, los que pueden recibir una explicación fisiológica patológica. Por último, la incapacidad de imputabilidad puede ser retrotraída a síntoma de revisión, a un deterioro espiritual que precede al físico. Las fuentes jurídico-penales se hacen cargo de esta diversidad de posibilidades, al distinguir las circunstancias fisiológicamente determinadas de una madurez aún no alcanzada, de todas las demás causales de inimputabilidad (Maurach y Zipf, 1994, p. 608).

La capacidad de comprensión de lo ilícito es un ingrediente esencial de la imputabilidad, según afirma Sergio Vela Treviño (1973):

toda vez que para captar el contenido de las cosas es indispensable poseer el desarrollo intelectual y psíquico suficiente que permita la real obtención de la calidad de lo que atributivamente corresponde a la cosa; la misma cosa (contenido de antijuridicidad) puede ser comprendida en formas diversas según sea el sujeto que trata de captar su contenido. Por esto, asegura Vela, debemos recurrir a la ley para que determine las formas normales de comprensión, ya que es ella la que precisa las valoraciones normales o anormales y las condiciones previas para conferir la facultad de comprensión de lo antijurídico (p. 18).

Por ello, se dice, por ejemplo, que un menor puede saber que matar es antijurídico, pero la ley le niega el pleno conocimiento o facultad de comprensión del contenido antijurídico del hecho y por ello mismo lo convierte en un inimputable, no obstante tener una voluntad o autodeterminación y cierta facultad de comprensión. Para el autor mexicano, la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo

la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta (Vela Treviño, 1973, p. 18).

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, otro de los grandes penalistas mundiales de actualidad, argentino, el delito requiere determinada capacidad psíquica de la gente cada vez que en uno de sus niveles analíticos se demanda la presencia de un aspecto o contenido subjetivo: es necesaria cierta capacidad psíquica para que haya conducta o, lo que es lo mismo, una incapacidad psíquica tan profunda que elimina directamente la conducta (involuntabilidad); la culpabilidad exige capacidad psíquica de culpabilidad o imputabilidad, con lo que se completa el panorama general de la capacidad psíquica del delito, por lo que esta –es decir, la capacidad psíquica del delito– abarca la voluntabilidad, la capacidad psíquica del dolo y la capacidad psíquica de culpabilidad. Esta última es la capacidad del actor para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecue su conducta a esta comprensión. Por lo tanto, la capacidad psíquica de culpabilidad es una condición del actor en tanto que la imputabilidad sería la característica que esa condición le agrega a su conducta típica. Imputar significa poner a cargo y, por ende, imputabilidad es la posibilidad que tiene la acción de ser puesta a cargo del actor, por lo que, imputable es la conducta que solo se puede poner a cargo del autor cuando este tiene capacidad psíquica para comprender su antijuridicidad y para adecuar su comportamiento a esa comprensión (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000, pp. 657-658).

Veamos cómo teoriza el penalista argentino sobre el derecho penal y la imputabilidad:

Es posible reconocer que en una futura sociedad, sin poder punitivo ejercido bajo el manto de la psiquiatría y con un grado de espacio social o de pluralismo mucho mayor que el actual, sería admisible un concepto político de imputabilidad, que quizá permitiese reubicar a esta en la punibilidad, con un sentido por completo diferente del que en su época tuvo con el positivismo y el neoidealismo. No obstante, el discurso jurídico-penal (derecho penal) debe ser construido como un instrumento de reducción del poder punitivo para uso de las agencias jurídicas *en esta sociedad y con el poder punitivo como hecho de poder en la forma en que está configurado*. Por ende, frente a un poder punitivo altísimamente selectivo, que recae sobre los más vulnerables, se impone excluir de su ámbito a quienes se hallan en el extremo de vulnerabilidad por su condición patológica y que, de ser dejados en sus manos o seleccionados por un criterio solo político, su más probable destino sería la prisionización y su consiguiente aniquilamiento físico. Para ello, el concepto de imputabilidad, si bien es político como todo concepto

penal, debe ser construido sin prescindir del límite *óptico* que le impone la existencia innegable de la psicopatología como realidad del mundo. *El concepto político de imputabilidad, pues, debe ser construido con respeto al dato óptico de la patología y de las alteraciones no patológicas de la comprensión y del comportamiento, aunque para ello deba hacerse cargo de la dificultad crítica que importa reconocer y depurar los elementos represivos y controladores o punitivos del propio discurso de las ciencias de la conducta* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000, pp. 663).

Zaffaroni (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000, pp. 663-664) agrega que para ello ha de tenerse en cuenta:

- a. El poder punitivo no se ejerce solo por las agencias del sistema penal ni únicamente con el discurso punitivo manifiesto, pero cualquiera sea la forma que asuma, el derecho no puede habilitarlo ilimitadamente ni fuera de las pautas de mínima racionalidad en ningún caso, sea sobre una persona capaz o sobre una incapaz.
- b. En la realidad existen situaciones en que las condiciones psíquicas de la persona, vinculadas o no a la psicopatología, hacen que nadie pueda reprocharle razonablemente que no se haya comportado conforme al derecho.
- c. Esas situaciones se esclarecen con elementos proporcionados por las ciencias de la conducta, que suelen estar cargados de componentes controladores represivos, que deben ser depurados por obra del derecho penal al incorporarlos, del mismo modo en que este depura su propio discurso.
- d. El derecho penal debe contener tanto el poder punitivo que ejercen las agencias del sistema penal como el que pretenden ejercer las agencias de la salud; respecto de las primeras debe evitar que estas personas que se hallan en el extremo de vulnerabilidad al poder punitivo sean aniquiladas por este; respecto de las segundas debe incorporar las mismas reglas de mínima racionalidad a cualquier manifestación punitiva.
- e. La ley penal no es un instrumento simbólico; si bien es obvio que cumple alguna función simbólica entre muchas otras, no se puede ejercer poder punitivo *para simbolizar*, porque eso estaría violando el respeto a la persona como fin en sí mismo. Este objetivo simbólico no puede perseguirse para señalar que al estado no le gusta que la gente consuma ciertos tóxicos o se suicide o autolesione, pero tampoco para simbolizar que los pacientes psiquiátricos son ciudadanos a costa de criminalizar a una legión de enfermos y encerrarlos en las prisiones,

donde el régimen institucional y el resto de los propios prisioneros acabaría masacrándolos.

- f. Existe una realidad de poder que hace que una considerable cantidad de personas adopte comportamientos que los hacen mucho más vulnerables que al resto y, por ende, debe preservárselos hasta donde sea posible de un poder punitivo que los aniquilaría, sin que esto implique someterlos a otro ilimitado o peor, o ejercer sobre ellos tutela alguna.
- g. Los pacientes psiquiátricos deben ser ampliamente escuchados por los jueces en el proceso penal y posteriormente, en especial cada vez que sea necesario discutir su capacidad jurídica.
- h. Por muy respetable que sea el deseo de alguien por participar en un ritual de reincorporación y por hallar cauce a la expiación de su culpa real o satisfacción a su culpa inconsciente, no se puede asignar esa función al sistema penal que, de ese modo, adquiriría un discurso de legitimación ya ensayado, sino reconocer que ese objetivo debería sea alcanzado mediante una adecuada terapia respetuosa de la dignidad, que le permita sublimar o canalizar en forma constructiva estas necesidades y tendencias.

Y a continuación añade que

todo lo expuesto lleva a la conclusión de que la imputabilidad es uno de los aspectos más delicados de la teoría del delito. No es extraño que quien pretenda resumir el saber jurídico-penal acerca de la imputabilidad se enfrente con una desconcertante disparidad conceptual y sistemática (a cada uno de los conceptos corresponde una ubicación), sin contar con algunas incoherencias entre el concepto y la ubicación correspondiente (o con inexplicables retoques al concepto en aras a una ubicación previamente decidida), y también con una enojosa lucha de corporaciones cuyos discursos han demostrado –por desgracia, demasiadas veces a lo largo de la historia más o menos reciente– su capacidad competitiva represiva (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000, p. 664).

Finalmente, Zaffaroni asegura que

la imputabilidad es la ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión. En la calificación de la acción constituye pues, un requisito negativo que se traduce en una característica positiva que, aunada a la ausencia de error y sumado al otro requisito negativo de

ausencia de otra situación constelacional constrictora, arroja como saldo la ausencia de reductores que puedan operar sobre el ámbito de autodeterminación del agente, lo que equivale a afirmar la efectiva posibilidad de reproche o culpabilidad por el acto. *Dado que la imputabilidad es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para la adecuación de la acción a esa comprensión, corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad por un lado, y de la ausencia de situación constelacional reductora o constrictora por otro, esto es, en la culpabilidad* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000, p. 664).

En las personas adultas hay un método de constatación de la inimputabilidad, siendo este el biológico-psicológico. Expresa Roxin, en su tratado fundamental *Derecho penal* que «la base del mismo es la idea de que primero habrían de ser constatados determinados estados orgánicos ("biológicos"), y que a continuación se habría de examinar si estaba excluida por ellos la capacidad "psicológica" de comprensión o de inhibición» (Roxin, 2003, p. 823).

Roxin señala que en los estados de conexión biológico-psicológicos se encuentran:

- a. El trastorno psíquico patológico que se debe a causas corporales orgánicas, y pertenecen a ella las psicosis exógenas. Expresa que encajan las psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), las psicosis por intoxicación, a las que pertenecen, según la concepción más reciente, también los estados de embriaguez producidos por alcohol u otros medios; las psicosis por infección (como la parálisis progresiva), las dolencias convulsivas orgánico-cerebrales (epilepsia) y los casos de desintegración de la personalidad con base orgánico cerebral (arterioesclerosis cerebral y atrofia cerebral). También, la meningitis cerebral, los tumores cerebrales o las afecciones metabólicas del cerebro pueden conducir a trastornos psíquicos patológicos.
- b. El trastorno profundo de la conciencia. Pertenecen a este grupo trastornos de conciencia debidos a agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o en estados poshipnóticos y sobre todo también determinadas formas de estado pasional. Estos estados de la conciencia deben ser «profundos».
- c. La oligofrenia. Esta es una «debilidad intelectual congénita sin causa demostrable». Tiene su origen en lesiones cerebrales en el claustro materno, o en lesiones traumáticas durante el parto o en la primera infancia, encaja por tanto ya en el elemento del «trastorno psíquico patológico»; con mayor razón rige lo anterior para el debilitamiento

mental debido a procesos orgánico-cerebrales patológicos posteriores. La oligofrenia es una anomalía síquica.

Expresa Claus Roxin que

solo es preciso examinar la inimputabilidad cuando no se puede negar ya la existencia de una «acción» en sentido jurídico. De ahí surge el problema de la delimitación entre la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad. La distinción no siempre es fácil de hallar, particularmente en los supuestos de estados pasionales intensos y de la embriaguez sin sentido, pero tampoco en los estados hipnóticos y pos hipnóticos, y depende también de qué concepto de «acción» se adopte (Roxin, 2003, pp. 837-838).

Para Roxin la «acción» humana es una manifestación de la personalidad, y en los casos citados anteriormente, no se produce una exclusión de la capacidad de acción, sino solo de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

Esta doctrina también analiza la capacidad de culpabilidad o imputabilidad notablemente disminuida. Para el referido autor, esta no es una forma autónoma de «semiimputabilidad» que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, si no un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aún) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. No obstante, la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede costar más o menos poderse motivar por la norma. Entonces, Roxin, asegura que

en consecuencia cuando aún existe capacidad de control, pero está sustancialmente reducida, por regla general disminuye la culpabilidad. Es mucho más frecuente en la práctica que la exculpación por inimputabilidad y tiene su ámbito de aplicación en cada uno de los cuatro estados o diagnósticos de conexión biológico-psicológica sobre todo en los supuestos de defectos paralíticos o esquizofrénicos leves, en las manifestaciones incipientes de demencia arterioesclerótica y senil, en las formas leves de la epilepsia o de la oligofrenia, en las lesiones cerebrales con escasas repercusiones psíquicas, en los estados pasionales, estados de embriaguez, neurosis, psicopatías y anomalías del instinto (sexual). La dependencia de estupefacientes... (Roxin, 2003, p. 839).

INIMPUTABILIDAD EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El concepto básico de la inimputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es otra cosa distinta que la inimputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito; es así que la exigibilidad sistémica es un planteamiento político-criminal que pone el acento en el Estado y en su capacidad para exigir respuestas a ciertas y determinadas personas que el propio Estado declara inimputables, reconociendo su desigualdad.

Según la doctrina predominante, los niños, esto es, las personas que al cometer el hecho punible aún no tienen 14 años, son inimputables. Según la opinión general, se trata de una presunción irrefutable de inimputabilidad que Lange denomina «una gran ficción». Roiz dice que lo correcto es estimar «que se trata de una regulación de la exclusión de responsabilidad que puede basarse bien en que el niño todavía no era normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición» (Roxin, 2003, pp. 847-848). Y con respecto de la responsabilidad de los adolescentes, es decir, de las personas que en el momento del hecho tenían 14, rige el criterio de que «adolescente es jurídico penalmente responsable cuando en el momento del hecho está suficientemente maduro, según su desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar conforme a esa comprensión».

Para Jiménez Díaz (2015, pp. 1-36), en España, la plena irresponsabilidad penal de los menores de 14 años se fundamenta en que, con absoluta independencia de su madurez mental, son consideradas personas inimputables. Más concretamente, son razones de seguridad jurídica las que llevan a que el criterio cronológico se sustente en una presunción *iuris et de iure* que impide considerarlos imputables, aun cuando en la práctica, su madurez mental pueda permitirlo.

En el caso ecuatoriano, si bien la legislación considera la inimputabilidad para niños, niñas y adolescentes, por el auge delincencial de menores de edad, la nueva normativa ha incrementado o endurecido las medidas de seguridad, toda vez que actualmente se considera sanciones de amonestación e internamiento institucional de hasta 8 años, lo que en la anterior ley se estipulaba como máximo 4 años.

Las directrices de Riad (llamadas así en alusión a una reunión internacional de expertos celebrada en la capital de Arabia Saudita en 1988) fueron adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, las cuales, de acuerdo con Roberto Ignacio Liwski, deben ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar una política dirigida a la justicia juvenil: «Sus principios fundamentales establecen que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la

sociedad por lo que es necesario que toda sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia» (Liwski, 2006, p. 32).

EL PARADIGMA DE LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

En el Parlamento Latinoamericano de 1999, con respecto a las sanciones y justicia en jóvenes y adolescentes, se analizó el modelo dominante en materia de legislación de niños y jóvenes llamado «doctrina de la situación irregular».

La doctrina de la situación irregular o modelo protección promueve una idea de justicia de menores -que se iniciaba a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX-, en virtud de la cual esta es concebida para promover una función tutelar y protectora de los «menores abandonados-delinquentes» a través medidas de «reeducación» o «readaptación», en un proceso también conocido como judicialización de la problemática social de los niños.

Emilio García Méndez (2004) señala que

esta doctrina significa legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre niños y adolescentes en situación de dificultad, ya que definido un menor en situación irregular (debe tomarse en cuenta que no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado en situación irregular) se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por soluciones de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción (p. 7).

Un elemento fundamental en este modelo es el tratamiento que se da, por un lado, respecto de los menores infractores de la ley penal y, por otro, de aquel que solo se encuentra en una situación de abandono o riesgo social, de modo que resulta «relevante el motivo por el cual el menor llega ante la justicia, ya que medidas que esta adoptará son las mismas en uno u otro caso. Esta confusión deriva de una concepción sobre los niños como seres dependientes, incapaces, no autónomos; y relaciona con una estrategia de control social que busca ampliar su campo de acción: si son incapaces de comprender el alcance de sus actos, son peligros para la sociedad; como son peligrosos y no se controlan, hay que controlarlos. Como generalmente dichos menores pertenecen a los sectores más desposeídos de la sociedad, de escasas oportunidades en educación y empleo, recae sobre ellos una mirada estigmatizante y criminalizadora: ser joven y ser pobre es sinónimo de delincuente o, al menos, de serlo en potencia. De esta manera, surge una nueva confusión en el sostén en cuestión: ligar las necesidades de apoyo o carencias del menor con una cierta

tendencia causal hacia la delincuencia, otra huella que el positivismo ha dejado en esa materia.

La crítica a esta doctrina se ha centrado en los siguientes aspectos:

- En primer lugar, la finalidad tutelar y protectora del derecho de menores es más aparente que real, puesto que los fines de la intervención estatal apuntan más bien «al control y represión de un amplio segmento de la población identificado como socialmente peligroso: en el fondo, se busca la protección de la sociedad ante futuros delincuentes más que la protección y asistencia de los niños».
- En segundo término, dado que el fin supuestamente perseguido es de protección y no de represión, y ya que «están fuera del derecho penal», no es necesario asegurar ni respetar a los jóvenes los derechos y garantías que sí tienen los adultos. Sin embargo, lo que en verdad ha ocurrido con ellos es que han sido sometidos a «medidas de protección» de naturaleza similar a las «penas» (ya que también son coactivas y restrictivas de derechos y libertades), aplicándoseles sin que hayan cometido un hecho tipificado por la ley como delito, ni contado con una defensa legal adecuada, y mucho menos con un proceso público y reglas claras. En el fondo, no se trata más que de un «fraude de etiquetas»: medidas de protección en vez de penas, internamiento en vez de prisión, derecho tutelar en vez de derecho penal. En resumen, el menor nunca salió del derecho penal, pero sí quedó al margen de sus garantías y sin las limitaciones que el reconocimiento a la dignidad de las personas ha ido introduciendo al ejercicio del *ius puniendi*, quedando sujeto a arbitrariedades incompatibles con un Estado democrático de derecho.
- Por otro lado, y en tercer lugar, como las medidas se imponen en beneficio del niño no es necesario que ellas sean determinadas en el tiempo. De ahí que deban durar cuanto sea necesario para su reeducación, readaptación o «sanación», convirtiendo la protección en un hecho continuo y permanente. Por cierto, que lo anterior, inimaginable respecto de adultos, deja al menor completamente sometido al arbitrio de jueces (lo que se ha denominado una excesiva «libertad» del juez) y demás operadores de la justicia de menores, arbitrariedad que repugna más aún si consideramos la habitualidad de medidas de internamiento, que no son más que privaciones de libertad disfrazadas. Finalmente, el sistema judicial de menores tiende a ponerse en funcionamiento no por violación de normas, sino por la existencia de necesidades sociales, produciéndose una ambigüedad en torno al papel de la justicia. Esta deja de intervenir exclusivamente en virtud de una agresión grave a un

bien jurídico tutelado y cuya protección es la que pretende reforzar la ley penal, para convertirse en el último eslabón de la asistencia social, supliendo con sus «medidas» las carencias de ella, en un proceso lleno de espejismos en torno a las responsabilidades de la sociedad civil y el Estado en definición de políticas de bienestar para los niños.

Por todo lo anterior es que se ha dicho con razón que a los menores se les ha aplicado un «sistema penal reforzado», ya que están sujetos a sanciones propias del derecho penal, pero sin contar con las más simples garantías exigidas, lo que Zaffaroni llama «la minimización formal del control para lograr el máximo de represión material».

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la *Convención sobre los derechos del niño* implica un cambio sustancial respecto de la manera de tratar el tema de la infancia. Esta transformación se conoce como la sustitución de la «doctrina de la situación irregular» por la «doctrina de la protección integral», que en otros términos significa pasar de una concepción de los «menores» como objeto de tutela y protección, a considerarlos como sujetos plenos de derecho (CIDH, 2001).

En este sentido, el interés superior del niño implica un rechazo tanto de doctrinas como la de la «situación irregular», que sitúa al niño como un objeto de compasión o represión y parten en gran medida de perfeccionismos o paternalismos injustificados, como también de doctrinas que desconozcan en gran medida la vulnerabilidad de los niñas, niños y adolescentes de forma contraria a la adecuada satisfacción de sus necesidades (Comité de Derechos del Niño, 2002).

LA IMPUTABILIDAD PENAL EN EL CONTEXTO DEL MODELO DE PROTECCIÓN

Como ya señalamos, un aspecto esencial de la teoría de la situación irregular es distinguir entre menores infractores y no infractores de la ley penal y la razón de dicha monstruosidad jurídica es muy simple: como todos los menores tienen en común ser «irresponsables», el Estado no puede castigarles por sus acciones, sino solo protegerles. Y no siendo responsables, serán incapaces, distintos, anormales, por ello solo podrán ser objeto de tutela, protección y represión, quedando «fuera del derecho penal». Para hacer operativa esta mirada del asunto, la irresponsabilidad es vestida en inimputabilidad en nuestras legislaciones.

Además, el Parlamento Latinoamericano concluye que

La inimputabilidad penal entendida según la concepción normativa hegemónica como la incapacidad de entender lo ilícito de un acto y de

autodeterminación en razón de dicho entendimiento, solo lleva a negar el carácter de persona del niño, a no reconocerlo como sujeto de derechos. En consecuencia, si «el menor no puede ser “malo”, ya que no tiene capacidad de autodeterminarse libremente»; entonces, «sí puede ser “anormal”, en cuanto su capacidad no se corresponde con la capacidad media del desarrollo adulto. Y, sobre todo, puede ser un sujeto peligroso, en tanto amenaza el sistema social y los bienes jurídicos. Dicha noción deja al niño desresponsabilizado por el acto ilícito cometido, por lo que sale del derecho penal y de sus garantías relativas al principio de culpabilidad por el hecho y de legalidad, y queda sometido a la arbitraria posibilidad de ser objeto de sanciones indeterminadas en el tiempo, justificadas desde la defensa social por ser, en el fondo, más eficientes cuando se requiere tratar la peligrosidad de un sujeto y no su culpabilidad. Además, con este concepto de inimputabilidad –y su etiqueta de anormalidad– se profundizan las condiciones de desigualdad de los jóvenes pobres que caen bajo el alero de la justicia de la situación irregular, dificultando aún más sus pocas posibilidades de movilidad e inserción en la vida social.

SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y RESPONSABILIDAD PENAL PARA JÓVENES

El documento del Parlamento Latinoamericano que analizamos establece que, tal como lo describe Beloff, una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, comienza un acelerado proceso de reconocimiento de los derechos humanos por parte de la comunidad internacional, dinámica de la que no escapan los niños. Muy por el contrario, al igual que para la mayoría de los grupos vulnerables o débiles frente al poder y el privilegio, dicho reconocimiento universal les ha significado un paso adelante en la conquista de mayores espacios de libertad e igualdad, avance que tiene en la *Convención internacional sobre los derechos del niño* su punto más fuerte y sólido pues formaliza jurídicamente en el ámbito global un nuevo paradigma en la relación de la infancia con el derecho y obliga a los Estados a adecuar sus legislaciones nacionales con los postulados que contiene. Esta doctrina, que en materia penal se relaciona con el modelo de responsabilidad, tiene como contenido fundamental el reconocer en los niños la condición de sujetos plenos de derecho, lo que implica que ellos salen de un ámbito puramente privado de relaciones para emerger hacia «lo público», adquiriendo centralizada la vigencia de sus derechos y garantías: de ahí que uno de los elementos de ruptura con el sistema anterior sea la relación con el «reconocimiento de las garantías sustantivas y formales de que deben gozar los niños y

jóvenes frente al aparato coactivo del Estado» por parte de la doctrina de protección integral (Beloff, s. f., pp. 161-180). Agregando que

el segundo aspecto diferente al modelo anterior tiene relación con que se distinguen las situaciones en que puede estar el menor, no es lo mismo una infracción a la ley penal que requerir atención y satisfacción de necesidades sociales. Por lo mismo se diferencian claramente las reacciones sociales según cada situación de la protección, la potestad punitiva de la función tutelar del Estado, en un caso actuará ante la comisión de un delito y en el otro para procurar el bienestar del sujeto. Las consecuencias de esta diferenciación no son accesorias y, articulan el cambio entre los paradigmas en cuestión. En tercer término, se postula mayoritariamente la creación de un derecho penal mínimo para jóvenes, lo cual se entiende en el sentido de que así se refuerza más y de mejor modo la condición de sujetos de derechos de los niños, puesto que el menor deja de ser incapaz recuperando su dignidad como persona, en cuyo contexto la responsabilidad le es reconocida como inherente a su condición de sujeto de derecho y ella será la base en la adopción o no de las sanciones. Asimismo, un derecho penal de jóvenes asegura la aplicación de reglas claras y garantías formales que el sistema antiguo discrecional informal no reconocía (Parlamento Latinoamericano, 1999).

Concluyendo que:

este derecho penal de menores implica recuperar para los jóvenes y adolescentes todas las garantías que se le reconoce a los adultos y que sistemáticamente le fueron negadas en las legislaciones tutelares, es decir solo intervendrá la justicia en razón de la comisión de un delito previamente tipificada como tal por la ley; solo será objeto de sanción el que haya participado en su realización lo que deberá estar debidamente acreditado; se mejora la posición legal del menor con los derechos a la defensa, a ser escuchado, a presumirle inocencia, etc. Sin embargo, un derecho penal mínimo lo que se recomienda, en el fondo, debe elaborarse una concepción específica de infracciones juveniles, restringiendo los posibles ilícitos en relación con los adultos.

El documento señala además que en este marco, solo por razones político-criminales, se recomienda dejar fuera del ámbito del derecho penal los actos cometidos por personas menores de cierta edad, siendo en este caso las respuestas exclusivamente de asistencia social. Por otro lado, la respuesta

jurídica al delito ha de ser concebida desde el criterio de la responsabilidad del joven, la que no es igual a la del adulto, pues se trata de una persona que está creciendo, pero que no por ello deja de ser un sujeto de derechos. González Zorrilla expresa con claridad que lo que se busca al concebir un régimen de respuestas o sanciones flexibles, es «limitar, garantizar y adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva del joven»; limitar, en cuanto solo se activa por delitos, pero no por todos ellos (principio de oportunidad e intervención mínima); garantizar, en relación con el respeto que se debe a todos y cada uno de los derechos y garantías ciudadanas; y adecuar, en el sentido de «introducir criterios de enjuiciamiento y adopción de sanciones que consideren junto a la gravedad del hecho, las condiciones familiares y sociales del menor», es decir, contemplando un amplio abanico de posibles sanciones, orientadas hacia fines educativos y dignificantes de la persona, evitándose la privación de libertad.

LEGISLACIÓN ECUATORIANA ACERCA DE LA INIMPUTABILIDAD

Nuestra Constitución refiere que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores, además, en el capítulo tercero, sección quinta, habla de las personas y grupos de atención prioritaria; redactada en su artículo, 45: «Las niñas, niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El estado reconocerá y garantizará la vida incluido el cuidado y protección desde la concepción» (*Constitución de la República del Ecuador*, 2008).

El *Código civil*, en el artículo 2219 puntualiza que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia (*Código Civil Ecuatoriano*, 2005). El *Código de la niñez y la adolescencia* determina que los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales. Igualmente refiere que «Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio-educativas contempladas en este Código» (*Código orgánico de la niñez y adolescencia*, 2003).

El *Código orgánico integral penal* refiere que se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en él. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas

no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia y por tanto las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal estarán sometidas al *Código orgánico de la niñez y adolescencia*.

La misma normativa establece que el régimen de medidas socio-educativas impuestas a los adolescentes se aplica por el cometimiento de infracciones penales tipificadas en el *Código orgánico integral penal*, que tienen como finalidad la protección y el desarrollo de los adolescentes infractores, garantizar su educación, integración familiar e inclusión constructiva a la sociedad, así como promover el ejercicio de los demás derechos de la persona de conformidad con la Constitución, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador. Actualmente se considera el aumento de la pena en el cometimiento de delitos graves como aquellos que se sancionan con una pena privativa de libertad superior a diez años. La aplicación de estas penas va de acuerdo al tipo de delito que se encuentre tipificado y sancionado por el *Código orgánico integral penal* mas no en la edad del adolescente que cometió el delito y estos van así:

Art. 385. Aplicación de las medidas socioeducativas en delitos sancionados en el Código Orgánico Integral Penal. Las medidas socioeducativas aplicables a los delitos sancionados en el Código Orgánico Integral Penal son:

1. Para los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de un mes hasta cinco años, se aplicará la medida de amonestación y una o más de las siguientes medidas: a) imposición de reglas de conducta de uno a seis meses; b) orientación y apoyo psico-socio familiar de tres a seis meses; c) servicios a la comunidad de uno a seis meses; d) libertad asistida de tres meses a un año; e) internamiento domiciliario de tres meses a un año; f) internamiento de fin de semana de uno a seis meses; g) internamiento con régimen semiabierto de tres meses a un año.

2. Para los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años y hasta diez años, se aplicará la medida de amonestación y una de las siguientes medidas: a) internamiento domiciliario de seis meses a un año; b) internamiento de fin de semana de seis meses a un año; c) internamiento con régimen semiabierto de seis meses a dos años; d) internamiento institucional de uno a cuatro años.

3. Para los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a diez años, se aplicará la medida de amonestación e internamiento institucional de cuatro a ocho años. Adicionalmente y seis meses antes de concluir esta medida socioeducativa se realizará una evaluación integral que determinará la necesidad de seguimiento y control de hasta dos años posteriores al cumplimiento de la medida. Para los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, el juzgador especializado en adoles-

centes infractores impondrá además la obligación de que el adolescente asista a programas de educación sexual, dentro del tratamiento de las medidas socioeducativas (*Código orgánico integral penal*, 2014).

A MODO CONCLUSIVO

La doctrina, es decir, los análisis dogmáticos sobre la ciencia jurídico-penal, en la actualidad coinciden en afirmar que la imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad y comprensión de la antijuridicidad.

El concepto que hoy se le atribuye a la imputabilidad no ha sido siempre el mismo, toda vez que, como asegura Zaffaroni, la ubicación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad no tiene un significado doctrinario preciso, porque en tanto que se deriva de su naturaleza de capacidad en el sujeto, algunos la colocan antepuesta a culpabilidad y otros dentro de ella.

Es indiscutible que la imputabilidad lleva consigo la determinación de una pena, el infractor de un hecho delictivo, toda vez que se configura íntegramente su juicio de culpabilidad, y por tanto, de conformidad con la normativa existente, merece ser pena, es decir, castigado.

La imputabilidad, como sostienen muchos tratadistas, es presupuesto de la culpabilidad. Y, asimismo, coincidimos plenamente con el tratadista Zaffaroni en el sentido de considerar el concepto de imputabilidad como ingrediente político y que por ello las conductas psicopatológicas son inimputables ante el derecho.

Cuando exista evidentemente incapacidad psíquica de culpabilidad, decir causas notoriamente exculpantes de responsabilidad penal, configurativas de inimputabilidad, el cometimiento del injusto penal se queda sin pagar a la sociedad su delito, toda vez que no puede ser penado, mediante sentencia condenatoria.

En cuanto al derecho de menores, creemos que es absolutamente coincidente con la legislación internacional, considerar a estos grupos vulnerables y privilegiados. Merecen ser considerados privilegiados en el disfrute y protección de sus derechos, que nacen, a nuestro juicio, del derecho natural de ser niños, niñas y adolescentes.

Está considerado a nivel universal, que los menores de edad son inimputables y que adolescentes que cometieren delitos comunes, no son susceptibles de pena alguna, sino solo de medidas socio-educativas, para reincorporarlos en el seno familiar y social.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI F. (1960). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Temis.

- BELOFF, M. (s. f.). *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica08.pdf.
- CEREZO MIR, J. (2006). *Obras completas. Tomo I. Parte general*. Lima: Ara Editores.
- CIDH (2001). *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*. Paraguay: OEA.
- Código Civil Ecuatoriano* (2005). Quito: Registro Oficial.
- Código Orgánico Integral Penal* (2014). Quito: Registro Oficial.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* (2003). Quito: Registro Oficial.
- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2002). *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención*. Argentina.
- Constitución de la República del Ecuador* (2008). Quito: Registro Oficial.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (2004). *Infancia de los derechos de la justicia* (2.^{da} ed.). Buenos Aires: Edirores del Puerto.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Casa Editorial S. A.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (2015). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-19.pdf>
- LIWSKI, N. I. (2006). Hacia un sistema integral de justicia y políticas acordes con el marco jurídico internacional. *Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos de la Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores*. México.
- MAURACH, R.; ZIPF, H. (1994). *Derecho penal. Parte general*. Astrea.
- PARLAMENTO LATINOAMERICANO (1999). Sanciones y justicia en jóvenes y adolescentes.
- ROXIN, C. (2003). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamento. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Thompson Civitas.
- VELA TREVIÑO, S. (1973). *Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito*. México: Trillas.
- ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2000). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

DELITO CONTINUADO Y ESTAFA MASIVA. UN CASO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN EL EJERCICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ
MAYDA GOITE PIERRE
UNIVERSIDAD DE LA HABANA

A MODO DE PREÁMBULO

El delito continuado tuvo su origen en la necesidad de ofrecer solución a los hechos en los que un mismo sujeto había perpetrado varias acciones delictivas de manera sucesivas. En el derecho romano, germánico y canónico se le ofreció tratamiento a estos supuestos, sin embargo, al decir de Quirós (2006) fueron los prácticos italianos de los siglos XVI y XVII los creadores de la institución, con el propósito de evitar la aplicación de la pena de muerte ante el tercer hurto. Sin embargo, hay que señalar que las interpretaciones sobre su diseño y utilización han sido poco pacíficas en la doctrina penal y en no pocas ocasiones han traído confusiones al identificarse con figuras como las de los delitos permanentes y en otras ocasiones con supuestos del concurso ideal. En la actualidad el tratamiento es disímil e incluso existen legislaciones que han prescindido de su empleo.

En Cuba entra al sistema jurídico penal, no por la norma sino por la práctica en dos sentencias de 1903 y de 1906. La primera normativa se establece por Ley de 23 de junio de 1909, pero según Quirós no se aclaró en qué consistía la denominación de «delito de carácter continuado» y se limitó a ofrecer sus requisitos. La formulación actual data de la conceptualización prevista en el Código de Defensa Social de 1936, al que nos referiremos posteriormente.

Por su parte la ley penal ecuatoriana da un impacto concreto en lo relacionado con determinar el cómputo de la prescripción, sin que exista ninguna otra referencia legal. Históricamente ha servido de «comodín» para aplicar penas por tipos penales inexistentes a la fecha de comisión de

* Esta investigación contó con un colectivo de colaboradores de grupo científico conformado por Arnel Medina Cuenca, Arnel Medina Goite, docentes en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; Kevin Matías y Gabriel Reyna, docente y estudiante, respectivamente, de Derecho Penal de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (UCSG-Ecuador); Ramón Echáiz, ex Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Ecuador), docente inter-universitario y litigante; y Aníbal Quinde Mendoza, litigante en materia penal, del Ecuador.

una infracción, estirando el tiempo de comisión en virtud de una supuesta continuidad, unidad y progresividad, o bien, para hacer mención, sin ninguna trascendencia práctica, a delitos de *tracto sucesivo* (aclarando que tal término es considerado más como un *modus operandi* que como una forma de ejecución propia, como lo ha acotado Tiedemann (1993) para el llamado delito económico). Por ello, resulta cuestionable que se lo invoque en fundamento de la aplicación del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (con el que surge el tipo penal de «estafa masiva» en tal país) para conductas anteriores, consumadas bajo la vigencia del tipo de estafa (ahora derogado) y norma expresa que resolvía el tema del concurso de infracciones, ante el hecho de unos cuantos casos previos al cese de la actividad, ubicables en el espacio temporal de posterioridad a la promulgación del actual Código (COIP). Hacerlo así, infringiendo principios garantistas, podría contravenir una norma de cuidado, decisiva para precautelar la libertad, en el ejercicio de la actividad de administrar justicia; o bien, conllevar una omisión al deber de cautelar la libertad.

JUSTIFICACIÓN. LA PERTINENCIA

La construcción «delito continuado» de arraigo doctrinal proveniente de ultramar, ha sido invocada recientemente por la Corte Provincial de Justicia del Guayas (en el Ecuador), para dar fundamento a la aplicación del Código Orgánico Integral Penal que contempla el tipo penal de «estafa masiva», a hechos que se cometieron antes de la vigencia de tal cuerpo legal –en época en que se tipificaba otro delito, el de estafa, con diversos elementos del tipo– y que a decir de los juzgadores, siguieron siendo cometidos con respecto a diversas víctimas durante la vigencia del actual ordenamiento.

El tipo penal vigente hasta el 10 de agosto de 2014 no tenía variables o modalidades, y no formaba parte de él como elemento objetivo del tipo, la existencia de dos o más perjudicados, y por ello la presencia de acciones plurales se resolvía a través de la figura de la concurrencia de infracciones.

El legislador del nuevo ordenamiento ecuatoriano en materia penal, esto es, del Código Orgánico Integral Penal, ante un histórico de conductas penales que en el país han afectado a la colectividad, decidió tipificar y penalizar con rigor a quien afecte a más de dos personas, con actos de inducción a error de manera dolosa, y que logre la entrega de un bien en perjuicio de quien yerra, por lo que cabe sostener que en este específico caso, se pronunció a favor de convertir a tal concurso de infracciones, en elemento del tipo y no mantenerlo como dato aislado con impacto en el cómputo de la pena. Surgió entonces a la par de la estafa, un modo específico de tipo penal, la estafa masiva.

La pena que establece el ordenamiento vigente es mayor que la que establecía para el delito de estafa el anterior,¹ por lo que se hace necesario determinar los antecedentes, contenidos y límites de la institución del «delito continuado», sus llamados presupuestos teóricos y filosóficos, pues se lo ha invocado para aplicar un tipo de pena más grave y con la pretensión de que comprenda hechos cometidos fuera de la vigencia de la actual legislación penal; esto es, por hechos anteriores, a pesar de que la razón de nacimiento del llamado «delito continuado», desde su origen, fue el atenuar la pena para casos de comisión de un tercer delito, y que el problema del concurso de delitos en el caso de la estafa, el legislador lo resolvió entendiendo que era, asimismo, un desafío de concurso de penas, e introdujo un único tipo penal, y penas con máximo superior a la de la estafa anteriormente considerada.

La visión del problema, como de ámbito de concurso de penas, fue anunciada por Maggiore (1954, p. 295). Aunque se admitiere cambio en el fin -de atenuar a agravar-, el hecho de aplicar ley no vigente al tiempo de ideación, planeación, consumación, pero sí, agotamiento de la actividad delictiva, contraviene el principio de temporalidad que pauta como ley aplicable en cuanto a tipo penal, la vigente al tiempo de comisión de la infracción y que bajo las pautas de favorabilidad de arraigo constitucional, obligarían a la aplicación de la ley más benigna; esto es, la anterior.² En este caso cabría hablar de irretroactividad relativa, porque la ley anterior está llamada aplicarse en lo que sea más favorable al individuo a imputar; y ello conlleva una derivación del principio de legalidad; esto es, existe la posibilidad de retrotraer la aplicación de la ley a un antes vigente, justo si es más favorable.³

¹ Artículos 563 del Código Penal de 1971 (Estafa) CDF 0, Suplemento al *Registro Oficial* 147 del 22 de enero de 1971, el 81 del mismo ordenamiento, para caso de concurrencia de infracciones, y artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, de 2014. Antes, de existir pluralidad de afectados, se aplicaban las normas del concurso, existiendo pena acumulativa máxima, de conformidad con el referido artículo 81 del Código Penal de 1971.

² Los principios de temporalidad y favorabilidad tienen asidero legal en las disposiciones contenidas en los artículos 16, numerales 1 y 2; y 5 numeral 2 del COIP, mientras que el de ultractividad -de arraigo doctrinal- sustentaría la aplicación de un tipo penal ya no vigente al tiempo de la imputación. La interpretación que más se ajuste a la Constitución de la República del Ecuador es obligatoria; por lo tanto, la interpretación debe precautelar que se respete la garantía de tutela efectiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal.

³ Al respecto, es de gran utilidad la contribución de Juan Carlos Carbonell Mateu (2001), «Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad».

DEL DELITO CONTINUADO Y CONSTRUCCIONES CERCANAS DEL DELITO CONTINUADO

Mucha confusión ha existido entre dos construcciones diferentes: el delito continuado y el concurso real de infracciones. Tan es así, que en estudio publicado por Posada Maya, quien se ha especializado en el trato de la temática relativa al delito continuado, se parte de realizar un análisis interesante del delito continuado, y con amplia bibliografía, señalando que el delito continuado difícilmente puede ser reemplazado por otras instituciones como el concurso de delitos, «que resultan incapaces de reflejar con su carga punitiva, el verdadero desvalor del delito realizado» (2011a, p.74), y muestra disposiciones jurídicas en las que se ha efectuado una mezcla entre el delito continuado y el concurso de infracciones.

Hay mucho material, mucha doctrina sobre el delito continuado. La presente reflexión no pretende ser -ni mucho menos- una recopilación de lo existente; no pretende competir en extensión con trabajos recientes sobre la materia, como el del mismo Posada Maya, sino centrar el núcleo del tema en un aspecto: su utilización conjunta con el tipo penal de estafa masiva, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador,⁴ analizando tal posibilidad desde lo racional, y desde la norma de cuidado que debe regir la práctica de la administración de justicia.

En el Ecuador, y por orden de ley vigente, la ley aplicable para el juzgamiento y sanción de una infracción penal es la del tiempo de comisión de una infracción. En tal punto tiene especial relevancia determinar cuándo el comportamiento de un individuo debe ser considerado en el contexto de una pluralidad de acciones; o bien cuándo parte de un único delito, no debiendo confundirse la reiteración en el mismo tipo delictivo con la existencia de un delito continuado, ni el cese o fin de actividad de un delito continuado con el último delito, en un concurso real de infracciones.

Revisar los contenidos y límites del delito continuado tiene especial relevancia por cuanto es indispensable tener en cuenta qué ha venido pasando, y con qué contenido se podría incluir válidamente, como soporte de fallos en la República del Ecuador, toda vez que por disposición del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, último párrafo: «los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regu-

⁴ Cuerpo legal vigente desde 2014 (Ley 0, Registro Oficial, Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014).

lan una materia». Lo anterior, para dar contenido al principio de obligatoriedad de administrar justicia.⁵

Para ello, se mira la administración de justicia española, que es el referente hispanoamericano del que nos da cuenta Freire Cavilán (s. f.) para referir que, lamentablemente, a pesar de ser estudiado por varios autores, *la falta de consenso respecto a la naturaleza, fundamentos, requisitos y efectos del delito continuado* ha derivado en un tratamiento errático que ha llevado a parte de la doctrina a cuestionar su existencia y utilidad, cuestión que no es menor, pues al tratarse de una figura que, en la mayoría de los casos, apela a un esfuerzo intelectual para poder subsistir, cabe preguntarse si efectivamente estamos en presencia de una institución fundamental en el derecho penal, o simplemente se trata del resultado de una exagerada reacción dogmática respecto de una herramienta que nació únicamente como un medio de contrarrestar la descomedida exacerbación que tenían los castigos por ciertos delitos cuando eran cometidos en más de una ocasión.

Tres de los grandes y clásicos doctrinarios que dan cuenta de la figura denominada «delito continuado», bautizado por el profesor Novoa Montreal como «fetiche jurídico», son entre otros: Carrara, Jiménez de Asúa y Cuello Calón. Refiere Cuello Calón que «desde el punto de vista de la conducta voluntaria del agente y de la producción de un resultado (lesión o peligro) pueden presentarse las siguientes situaciones: unidad de delito y pluralidad de delitos» (1948, p. 565). El referido autor explica entre los casos en donde hay unidad de delito, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito.

Este conjunto de acciones delictivas, sintetiza Cuello Calón, se denomina «delito continuado». Como ejemplo del referido delito, señala al «hurto realizado en momentos distintos del dinero guardado en un armario; el hurto del trigo contenido en un granero llevado a cabo en ocasiones diversas». Como veremos más adelante, el Código Penal cubano no tiene con exactitud, o identidad con lo planteado por Cuello Calón, esta visión. Este hecho evidencia que la construcción conceptual es de contenido discutido y discutible.

Estos ejemplos, paradigmáticos, sirven para distinguir conceptualmente al delito continuado del delito complejo al que haremos referencia en líneas posteriores. Ahora bien, el legislador ecuatoriano del Código Orgánico Integral Penal de 2014 no aclara si consideró como continuado o como de concurso

⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento al Registro Oficial N.º 544 de 9 de marzo de 2009.

real de infracciones a la estafa, pero lo que sí está claro es que, bajo cualquier hipótesis, estableció la realidad de ser en masa, a partir de dos o más perjudicados, y desde agosto de 2014, por lo que pasó a ser irrelevante cualquier consideración de concurso o continuidad en este específico caso, bastando preguntarse si la actividad delictiva se consumó y cesó, estando vigente tal ordenamiento, para que proceda su aplicación.

No basta, por ende, para su aplicación, el criterio del cese, pues bajo el principio de temporalidad de la ley penal, el criterio determinante es el del tiempo de consumación, debiendo diferenciarse entre la consumación del delito y el agotamiento del mismo, tema en el que han trabajado y siguen trabajando, doctrinarios italianos, especialmente. También alemanes y españoles, con mucha fuerza, y que marcan los efectos posteriores a la consumación y que son considerados para regulación de pena, más no para afirmación de injusto, como criterios determinantes del agotamiento.

DEL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE «DELITO CONTINUADO». ORÍGENES

Buscando en el origen de la institución, nos encontramos con la afirmación del mismo Cuello Calón, quien indica que desconocida en el derecho antiguo la idea del delito continuado, tuvo asiento en la indulgencia de los prácticos como medio de eludir la imposición de la pena de muerte por el tercer robo. Y añade este autor que «la doctrina científica moderna ha mantenido este concepto con la misma finalidad de atenuar la pena, pero las legislaciones en su mayoría carecen de una noción de delito continuado». Las visiones de Carrara y de Jiménez de Asúa son esencialmente coincidentes con la expuesta.

En el Código Penal español de 1928, aparece tal figura, luego en el Código de 1983 y, finalmente, desde 1995. En la visión española, con fundamento en la ley y la jurisprudencia, para que exista delito continuado han de cumplirse los siguientes requisitos:

- a. Pluralidad de hechos diferenciables entre sí, que se enjuician en un mismo proceso, y que en conjunto constituyen ese delito continuado al que se hace referencia.
- b. Unidad de propósito; es decir, de intención y de resolución, en el plan previamente concebido y que se ejecuta de manera fraccionada -lo que se denomina *dolo conjunto*- o que estando presente se concreta cada vez que las circunstancias permiten la actuación -*dolo continuado*-. En la ley española se ha reiterado en ello bajo las expresiones «plan preconcebido» y «aprovechando idéntica ocasión».
- c. Unidad del bien jurídico lesionado o de lesión jurídica; es decir, aunque se trate de acciones u omisiones diferentes, todas ellas violan o

bien el mismo precepto penal o bien preceptos penales de naturaleza igual o semejante.

- d. Homogeneidad en el *modus operandi*.
- e. Identidad en el sujeto autor del delito.

La experiencia latinoamericana nos da cuenta de una construcción un tanto similar en finalidad -atenuar la pena-, que es la que se ha contemplado en el Código Procesal Penal chileno, que norma la posibilidad de aplicar una pena única en caso de reiteración de delitos de la misma especie, siendo un requisito indispensable, según lo han interpretado actores de la administración de justicia chilena, que «se encuentren acreditados al menos dos delitos independientes entre sí», reflexiona Freire Cavilán, anotando que es curioso que en un concurso real de infracciones se exija cierta vinculación entre los distintos delitos para generar un efecto más benévolo en la aplicación de la pena, preguntándose si acaso la institución del concurso real pretende cumplir con los fines piadosos con los que nació el «delito continuado».

Diferente el caso en el que la idea de perjudicar en masa ha dado lugar a un dolo especial y preexistente, pero esa idea de actuación con perjuicio en masa ha generado el que se resuelva el tema o bien -ya sea que se considere para algunos (como para Posada) que habría una especie particular dentro del genérico delito continuado, o que se considere un concurso real de infracciones- a dos posiciones distintas: la primera, a que la legislación contemple el delito continuado, y por ende se mire el comienzo de consumación para establecer el tipo penal aplicable (y el cese para fines de prescripción de la pena), o se lo observe como concurso real de infracciones, con respuesta en la consideración de la pena, según cada cuerpo legislativo; o bien, la segunda, creando un tipo penal específico en donde la existencia de dos o más sujetos perjudicados (o de por lo menos veinte, como contempla la legislación colombiana) contemple como elemento del tipo justamente la existencia de acciones dirigidas a varios titulares de bienes jurídicos, en cuyo caso ya no cabría se aplique el criterio ni del concurso real de infracciones, ni del delito continuado, sino que se constate si esa legislación estaba o no vigente al inicio de la consumación de la infracción (única, pues el ser en masa, es elemento objetivo del tipo en este caso) y la fecha del cese, para fines de prescripción, exclusivamente. Ideal es que se dé una respuesta legislativa a los parámetros específicos del delito continuado. Ejemplo: Cuba y España.

Por su parte, el Código Penal cubano, vigente bajo el *nomen iuri* de la «unidad y pluralidad de acciones y delitos», hace referencia al llamado «delito continuado», señalando que se considera un solo delito continuado a las diversas acciones cometidas por un mismo agente, si reúne los requisitos siguientes:

atacar el mismo bien jurídico, guardar similitud en la ejecución y tener una adecuada proximidad en el tiempo.

Es de significar que el artículo está plagado de términos interpretativos («guardar similitud en la ejecución»), con lo cual no se requiere identidad en el *modus operandi*: dos supuestos de robo agravados podrán ser considerados de carácter continuado, tanto si el sujeto penetra por un lugar no destinado al efecto o si para penetrar en el inmueble, rompe la cerradura principal, siempre que se cumplan el resto de los elementos. Un segundo término sin precisar es el de «adecuada proximidad en el tiempo». No existe un parámetro estable, ni de días o meses, por lo que se deberá evaluar la persistencia en la conducta con relativa frecuencia. Todo esto es muy vago y pudiera ocasionar inseguridad jurídica.

DEL DELITO CONTINUADO EN EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

El delito continuado, apunta Mir Puig (2006) enfatizando en la tendencia que se marcara desde principios del siglo pasado, con Pérez Borja (1927), está caracterizado por la repetición de actos bajo la misma intencionalidad criminal, y coincide con este y con Nypells –citado por Borja–, quien, haciendo referencia al código belga, anotaba que la esencia del delito continuado está en que, al existir una sola resolución criminal, los distintos actos no son sino circunstancias diversas.

Velásquez (2003) toca expresamente el tema de existencia de actividad delictiva de tipo continuado. Cuando existen tipos delictivos que no existían en la ley anterior, solo serán punibles de conformidad con el nexo de continuidad los llevados cabo durante el imperio de la nueva ley, mas si existía el tipo penal, pero hubo nuevas disposiciones modificadoras, sea para atenuar o agravar la pena, sea para agregar o suprimir elementos de las figuras típicas o circunstancias, evento en el que puedan presentarse diversas situaciones en materia de continuación, si la ley posterior es más benigna, ella deberá de aplicarse y si no lo es, deberá aplicarse la anterior. En igual sentido, Posada Maya (2011c).

Llama la atención que todos los ejemplos a los que hacen referencia los distintos doctrinarios que han sido revisados se caracterizan porque, existiendo una única resolución criminal, es también un solo tipo de derecho el violado y el sujeto activo de la infracción penal ha tenido la posibilidad jurídica de realizar la actividad delictiva sin marcar secuencialidad temporal, y no lo ha hecho; esto es, ha tenido la posibilidad permanente de afectación del bien jurídico protegido (cuando no se trata de derechos inherentes a la persona misma, sino, por ejemplo, de derechos patrimoniales). Así, ejemplo: sustracción de dinero de un armario; cajero que decide reiterar de manera sostenida

y paulatina, en la disposición de los fondos de la caja que administra, tiene una característica: es un delito en cuyo *modus operandi* está el tracto sucesivo, y en donde el sujeto activo pudo haber tomado la decisión de que el acto de disposición fuere único.

En ocasiones, justo el *modus operandi* dificulta el descubrimiento e investigación sobre la continuidad del delito como tal. Cuando acontece el llamado «delito masa», es discutible que se trate de un delito continuado, tanto por la pluralidad de sujetos pasivos como por la imposibilidad de mirar a un sujeto colectivo o ente, como titular del bien jurídico, desatendiendo a los daños y perjuicios patrimoniales de cada sujeto.

Muñoz Conde (2002) quien, al dar un posible carácter general al bien jurídico, vuelve lógico el que se acepte el delito continuado con pluralidad de sujetos afectados. Muñoz Conde (2002, p. 638) clarifica el sentido de acción final no confundible con movimiento, de forma tal que pudiendo existir una acción que se ejecute en diversos movimientos y con respecto a diversos perjudicados, tenga el mismo sentido de violentar una norma protectora de un bien jurídico; en esta hipótesis cabría el delito continuado en especie delito masa.

No pasa lo mismo si el derecho violentado es de carácter personal, pues en este caso queda claro que puede haber múltiples violaciones a un único sujeto y sostenerse el delito continuado como presente. La línea que atraviesa los ejemplos utilizados tradicionalmente desde la doctrina vincula la decisión criminal a esa posibilidad desde un primer momento, de «prorratar» la ejecución, al ser el bien jurídico protegido que se afecta, uno solo.

La República Bolivariana de Venezuela, a través de su Fiscalía, ha clarificado el tema en 2012, marcando efectos. Refiere que:

el delito continuado se trata de un único delito, pero consumado en distintas oportunidades por el mismo agente, ante la misma víctima. Pero en dichos actos, el sujeto resolvió cometer el hecho ilícito, para lo cual requiere cometerlo en varias oportunidades (continuado), para obtener la resolución criminal, por lo cual también podemos afirmar que no existirá delito continuado cuando la ley penal protege intereses personales o individuales, a saber ante víctimas distintas, pues cada una de ellas es titular de su bien jurídico, y por lo tanto no puede hablarse de un único delito continuado, sino por el contrario, de diversidad de delitos.

Aunque en materia de doctrina del bien jurídico estamos refiriéndonos al bien jurídico «genérico» que puede ser «patrimonio», diferente sería si es un bien personalísimo como la «vida» en el que cada sujeto pasivo se considera bien propio.

Ahora, en Ecuador se ha invocado el delito continuado para hacer referencia a casos como el de estupro («Fallo de casación», publicado en *Gaceta Judicial*, n.º 10, de 3 de diciembre de 2009), en donde por la forma de ejecución, está clara la unidad de resolución. Un connotado caso en 2013 fue el referido al supuesto delito de uso doloso de instrumento falso (título de economista) por parte de un funcionario público, dando lugar a la Resolución 466-2013-Juicio Penal 209/2013, de la Corte Nacional de Justicia, en el cual el representante de Fiscalía sostuvo que en el caso había «delito continuado» por cuanto había una idéntica resolución criminal, manifestada en diversos actos, una serie de actos concretos cometidos por el mismo autor, en virtud de una vinculación externa e interna. Tal caso es esencialmente diverso al de estafa masiva, con pluralidad de víctimas, pues contrario a la opinión de Posada, consideramos que tiene más lógica sostener que, de no haberse solucionado mediante el tipo específico, la estafa sin más debe ser considerada reiterada y el desafío, propio de la concurrencia de infracciones (como lo consideró la administración de justicia ecuatoriana cuando aplicó en reiteradas ocasiones el artículo 563 del Código Penal de 1974, conjuntamente con el 81 del mismo ordenamiento, estafa más concurrencia).

Un delito continuado, por expresa comprensión y definición como tal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el relacionado a la desaparición forzada. Desde la sentencia en el caso *Velázquez-Rodríguez contra Honduras* (1988), se estableció que la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Americana, y como tal un delito continuado, pues el secuestro de una persona es un caso de privación arbitraria de libertad, que conculca el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto.

En el caso *Azualdo Castro contra Perú*, se establece claramente que mientras no se conozca el paradero de la persona, la desaparición forzada se considerará delito continuado. Sin embargo, una parte de la doctrina considera que no cabe sostener identidad entre un delito permanente y uno continuado, pues mientras en el permanente, el consumado continúa la vulneración; en el continuo o continuado, al considerar que la resolución es única, no es la permanencia en la vulneración la que lo identifica (Machicado, 2010).

Con lo anterior, a nivel de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mencionándose tan solo un par de casos como muestra, queda evidenciado que la continuidad del delito se ha establecido a pesar de multiplicidad de violaciones a derechos, al tratarse de uno el sujeto pasivo, y ser de tracto sucesivo la desaparición. Esa es la razón de la apreciación de la Corte, no necesariamente asentada en criterios de puridad de dogmática penal.

Con respecto a otras situaciones de violación de derechos, vale destacar con respecto a delitos contra propiedad y/o -para no entrar en la discusión del bien jurídico- contra el patrimonio, lo siguiente: en el caso de la estafa masiva, cuando se han producido actos durante la vigencia del anterior Código Penal ecuatoriano (1971-2014), que contemplaba el delito de estafa en el artículo 563 y tal tipo penal quedó derogado al expedirse el Código Orgánico Integral Penal, el que dio paso a otro tipo penal, con otros elementos del tipo la necesaria existencia de dos o más perjudicados, el tema quedó resuelto. Así, el tema de concurrencia de infracciones se solucionó con la decantación del legislador a favor de crear un tipo de estafa masiva.

Por lo anterior, no es posible sostener que actos de planeación y ejecución e incluso consumación, concluidos antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, puedan válidamente ser «arrastrados» hasta luego de 2014, bajo la figura del «delito continuado». El delito continuado, de existir en este caso, y ello se pone en duda por lo contradictorio de la doctrina, marcaría la ley anterior como la aplicable, pues en delitos como el de estafa (cuya forma de ejecución no es de tracto sucesivo como característica esencial), se consuma el mismo con la entrega del bien, bajo error inducido y ello por ende conduce a aplicación de la ley anterior a 2014.

Ya lo que haya acontecido después de 2014 tendría relevancia para marcar el cese una potencial prescripción, pero no para definición de la ley aplicable. Por ello, la base de la discusión en cuanto a la posibilidad de considerar como delito continuado hechos vinculados a estafa, con cese durante la vigencia del ordenamiento de 2014, debe incluir consideraciones sobre la irretroactividad de la ley penal, y la ultraactividad, que como parte del principio de legalidad, marcan al derecho penal.

Lamentablemente el «delito continuado» es la figura ideal a utilizar donde se la necesita y a ser dotada de contenido convenientemente, al momento y situación en que se lo necesita, coludiendo con el principio de resolución de conflictos de leyes en materia penal, a favor del hombre imputado. Los principios de legalidad, favorabilidad, ultraactividad de ley penal quedan convertidos en letra muerta ante el uso del referido soporte doctrinal.

Ya no se discute una justificación moral o política del derecho de castigar -como sostenía Foucault-, ahora se justifica el derecho a imponer penas por delitos no tipificados al tiempo de comisión de la infracción, en virtud del estiramiento de sus límites, por cierto, difusos. Bien por los países en los que su contenido es claro.

Hay un excelente y clarificador trabajo desarrollado por Velázquez (2003), en el que resalta la necesidad de precisar si el concepto de unidad de acciones debe ser definido desde lo natural o bien es una construcción normativa, y enfatiza

con Cerezo Mir de base, que es esta la problemática que la dogmática debe definir, principalmente, y ello en respuesta a que el profesor Novoa Montreal haya calificado al delito continuado como institución confusa y anárquica.

Velázquez explica, en síntesis, que para saber si hay una o varias acciones se debe partir del concepto final de acción, al cual se añade el enjuiciamiento jurídico social mediante los tipos penales, y por ello debe analizarse el plan, la finalidad del autor y el tipo penal, el que debe de ser interpretado como una realidad social. Así, el concepto de acción viene a ser diverso al que se maneja en la teoría de la tipicidad, y para fines de delito continuado y concurso de infracciones, debe ser revisado –bajo la propuesta inicial de los finalistas, con Welzel a la cabeza– Cerezo Mir, Mir Puig, Muñoz Conde, entre otros, y la proposición de un fin voluntario y el enjuiciamiento normativo jurídico social, en virtud de los tipos.

Lo anterior se une al postulado de Mezger, de la llamada «unidad del impulso delictivo». Se critica a Welzel y Maurach, supuestamente, el que no hayan tenido en cuenta el concepto final de la acción, para dotar de contenido al llamado delito continuado. La postura de Velázquez es similar a la de Posada y a la de Vives Antón. Una postura contemporánea sobre el delito continuado marca, siguiendo a Velázquez, no solo la existencia de una unidad de acción (varias acciones vinculadas por la intencionalidad criminal), y la existencia de una decisión dolosa implícita, sino que también se enfatiza en el llamado dolo de continuidad; esto es, en que en realidad cuando se afirma la existencia de un delito continuado, se sanciona un estilo de vida criminal.

Según Velázquez, Zaffaroni ha reaccionado en contra de esta mirada de dolo de continuidad, afirmando que con ello se afirma un derecho penal de autor. En todo caso, Zaffaroni, al igual que Jeschek, considera que cuando se afirma delito continuado lo que se hace no es una reiteración de la tipicidad, sino del injusto del contenido del hecho. Bajo la línea de pensamiento de Zaffaroni, si se admite la consideración de que el legislador –cuando tipificó la estafa masiva, concretó un delito continuado y no la concurrencia de infracciones (para lo cual tendría que validarse la posibilidad de delito continuado y víctimas diversas)–, necesariamente solo podría aplicarse para delitos cometidos a partir de su vigencia. También cabría analizar si es dable sostener un pensamiento de habitualidad en el delito.

Por todo lo expuesto, a continuación se sintetizan los que se consideran en la actualidad, y como tendencia de mayoría, los requisitos para la existencia del *constructo* «delito continuado» y que ratifican lo que años atrás expusiera Velázquez al respecto:

- Unidad de fin, de dolo.

- Unidad de lesión jurídica. Deben infringir un mismo bien jurídico.
- Unidad de sujeto pasivo. Tal elemento es variable cuando los bienes jurídicos son personales, pero cuando son patrimoniales debe existir tal unidad como requisito.
- Unidad de ocasión, que se traduce en que las diversas acciones u omisiones deben estar conectadas en espacio y tiempo.
- Imposibilidad de individualizar las distintas acciones. Como elementos objetivos externos destaca la unidad del sujeto activo y de la acción final. (Y que en Welzel adquiere la forma de unidad de conducción de la vida punible).

Cabe resaltar que la pluralidad del sujeto pasivo determina el delito masa y en tal caso, si está específicamente determinado como tipo penal, esa pluralidad forma parte de los elementos del tipo (como acontece en el delito de estafa masiva, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador), no pudiendo coexistir la consideración de delito continuado y delito masa –salvo que se admita como posible la existencia de sujeto plural y en diversos tiempos, del delito continuado, no existiendo pronunciamiento del legislador al respecto, en el Ecuador-. Si no se admite, habría que considerar al 186 como de solución a una concurrencia de infracciones y, por ende, intrínsecamente contradictorio ello con el postulado esencial del delito continuado: la unidad de las acciones, en un solo delito.

Esto es, nos adscribimos a la postura de Zaffaroni, por cuanto el establecer que ha habido un dolo para la determinación de la masa de perjudicados, que habría que establecer si se da la solución a través del llamado «delito continuado», conlleva una calificación al autor y no a las conductas realizadas.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en considerar a la desaparición forzosa como delito continuado y, abordando el tema de los sujetos plurales como sujetos pasivos, señala que no puede existir delito continuado, en caso de que los sujetos sean diversos, pues ello es ajeno a la unidad delictiva que exige este, mas se aclara: esta postura es controvertida y tan es así que hay quienes sostienen que es totalmente indiferente la existencia de una pluralidad de sujetos perjudicados –como acontecería en un delito como el de estafa colectiva– pues el delito masa inclusive puede ser comprendido como una especie de delito continuado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

De hecho, y con respecto a esta solución, el colectivo que investiga y redacta no tiene una posición única, haciéndose énfasis en ello, al aclarar que la mayoría considera con especial asidero el sostener que la pluralidad de sujetos y diversidad de momentos de ejecución, en un delito que se consuma

con la entrega del bien –como el de estafa– solo podría ser considerado como delito continuado por expresa disposición de la ley, pues por la naturaleza de este (perfeccionándose con la consumación), afirmar un dolo de continuidad resultaría violento al principio de legalidad y presunción de actuaciones de buena fe. En contra, quienes afirman que si hay unidad en la resolución y de ello hay evidencia, no interesa que haya consumaciones secuenciales, para que deje de ser considerado delito continuado.

LA SOLUCIÓN CUBANA: EL DELITO CONTINUADO, LOS DELITOS DE INTENCIÓN ULTERIOR, DELITOS DE RESULTADO ULTERIOR Y MUTILADOS DE DOS ACTOS, Y DELITOS DE TENDENCIA

Cuba ha puntualizado desde lo legal los requisitos para su consideración en el territorio nacional. Uno de tales requisitos, «atacar el mismo bien jurídico», es de los de más discusión doctrinal, pues diverso es que sea el mismo bien jurídico entendido como del mismo tipo o el mismo bien jurídico al ser del mismo tipo con respecto al mismo sujeto pasivo de la infracción penal. Este es un punto medular, pues no se ataca sin que exista un sujeto pasivo de ese ataque, y ese sujeto pasivo es el titular o el que tiene interés, en el bien jurídico protegido; esto es, en términos de Antolisei (1988, p. 128), el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito.

Es por ello que la referencia que constituye requisito, «el que recaiga sobre el mismo bien penal», requiere de interpretación acorde a la tradición jurisprudencial, doctrinal y legal de cada país. Debe destacarse como posición de mayoría el afirmar que los bienes no tienen que ser de un mismo sujeto. En contra, quienes afirman que, si ello fuere verdad, no tendría sentido que legislaciones como la cubana, aclaren que si la violación es de derechos personales, puede referirse a derechos de un mismo sujeto. Otra vez en evidencia que el concepto está en construcción.

La solución cubana es de incremento de la pena del delito base, de manera regulada en proporción a la pena que correspondería si no hubiere tal reiteración de actividades. Es interesante que en la legislación referida, cuando las diferentes acciones delictivas tienen por objeto derechos inherentes a la persona misma, también tienen el carácter de continuadas y constituyen un solo delito, siempre que afecten a una misma persona.

Se hace especialmente referencia al origen, porque parecería que ya no hay uniformidad de criterios sobre la razón de ser del llamado «delito continuado». Cury Urzúa señala como relevante del delito continuado, justamente, el que haya ejecuciones en tiempos diversos, pero con unidad de propósito (como el caso de hurto de dinero guardado en un armario, referido por Cuello Calón). La diferencia específica con el llamado delito complejo está dada por la

exigencia de este último de dos o más acciones diversas y que puedan llegar a lesionar bienes jurídicos diferentes.

En Cuba están reconocidos, además, los llamados delitos de intención ulterior (denominados, en ocasiones, delitos de tendencia interna trascendente o simplemente delitos de intención), que son aquellos que exigen, en la descripción de sus elementos constitutivos, un propósito específico consistente en la consecución de un resultado ulterior cuya realización no precisa alcanzarse para la integración del delito. En la falsificación de moneda (artículo 248.1-ch del Código Penal cubano), por ejemplo, el ataque al tráfico monetario, protegido en el orden penal, se origina al poner el dinero falso en circulación; sin embargo, la ley erige la simple tenencia del dinero falso en delito independiente, si por su cantidad o por cualquier otra circunstancia, las monedas están destinadas a la expendición o circulación. El segundo acto, en realidad decisivo, no necesita perpetrarse, sino basta con la intención de llevarlo a cabo.

Dentro de la categoría de los delitos de intención ulterior suelen comprenderse dos tipos de delitos: los de resultado cortado y los mutilados de dos actos. Los primeros son aquellos que consisten en la realización de un acto con la finalidad de que se produzcan otras consecuencias posteriores, pero estas no dependen de la actuación del propio sujeto. Por ejemplo, en el delito de falsificación de certificados facultativos (artículo 254.1 del Código Penal de Cuba) no es necesario que el acto ulterior (la obtención del derecho o el disfrute del beneficio o la exención del deber) se produzca, para que el delito se entienda consumado y, además, esa consecuencia ulterior no depende de la actuación del sujeto (el facultativo), sino del tercero (ese «alguien» a quien se alude en el precepto). Los delitos mutilados de dos actos son aquellos que consisten en la realización de un acto con la finalidad de que se produzcan, por la propia actuación del sujeto, otras consecuencias ulteriores, aunque el delito se entiende consumado cuando el sujeto realiza el primer acto con el fin de llevar a cabo el segundo. Por ejemplo, en el delito de robo con fuerza en las cosas (artículo 328.1-ch del Código Penal cubano) ambas acciones (la sustracción del bien y su fractura o violencia) son planeadas por el sujeto para ser realizadas por él; pero la figura delictiva no exige que la segunda llegue a efectuarse para considerar consumado el delito; basta con la ejecución de la primera. También es un delito mutilado de dos actos el previsto en el artículo 249.1-ch del Código Penal en la modalidad de «adquirir para usar».

Particular configuración tiene el delito de sustracción de vehículos de motor para usarlos (artículo 326.1 del Código Penal de Cuba), por cuanto puede entenderse como de resultado cortado y de mutilado de dos actos: «el que -dice- sustraiga un vehículo motorizado con el propósito de usarlo o de

que otro lo use temporalmente». El segundo acto (usar el vehículo) puede ser cometido por el propio sujeto que materializó el primer acto (sustraer el vehículo), o un tercero. Sin embargo, en cualquiera de las dos modalidades habrá que considerarlo un delito de intención ulterior (Quirós, 2006).

Cabe distinguir, asimismo, en la legislación cubana, a los llamados «delitos de tendencia», aquellos en los cuales es necesario que la acción esté animada por un particular impulso subjetivo del autor, de tal manera que solo resulta delictiva si su ejecución externa se halla dominada por esa especial dirección subjetiva. Dentro de esta categoría suelen comprenderse: los delitos de lucro (por ejemplo, los previstos en los artículos 149, 151.1-b, 228.1, 267.2-a, 322.1, 327.1, 328.1 del Código Penal); los maliciosos (por ejemplo, los previstos en los artículos 137, 139, 149, 169.1, 187.3, 297.2, 308.2 del Código Penal); los de impulso sexual (por ejemplo, el de abusos lascivos); y los de profesionalidad o habitualidad (por ejemplo, el previsto en el artículo 234 del Código Penal) (Quirós, 2006).

Clarificadas las líneas divisorias con otros tipos de delitos, cabe retomar el tema del «delito continuado». Resulta de mucha utilidad el trabajo exploratorio realizado por Freire, investigación de doctorado en la Universidad de Sevilla, localizable en medios electrónicos, por cuanto narra la mutación que el delito continuado ha tenido, de ser un instrumento a favor del reo e invocado por las defensas, a pasar a ser un instrumento de persecución, a utilizar cuando no todos los hechos fueron probados en su calidad de delitos, arribándose a condenas sin que los hechos estén debidamente descritos y mucho menos probados.

LINEAMIENTOS PARA CONCLUSIONES

Por lo expuesto, tiene especial relevancia cómo pudo llegar a suceder que de un instrumento a favor del reo, se generase una categoría normativa para fines de punibilidad; esto es, para establecer una pena proporcional, a actos en serie en donde ha existido un injusto penal, «unitario y progresivo», y por ende, haya devenido herramienta para agravar la situación del imputado, sin que por coherencia con la pretendida seguridad jurídica, tenga los límites y contenidos o bien, situados por la doctrina en un mismo sentido, o bien, marcados desde la legislación vigente.

En el Ecuador, no existe definición ni por ley ni por doctrina nacional que le dé sentido unívoco, ni por trabajo jurisprudencial en el que casos complejos hayan sido analizados bajo la existencia del ordenamiento que establece como tipo penal la estafa con el elemento de pluralidad incorporado, pues el otro tipo penal que existió, el de estafa sin más, se resolvía por reglas de delito concurrente, bajo disposiciones del anterior Código Penal, que expresamente

establecían la pena correspondiente. Es la actividad que haya iniciado bajo la vigencia en el anterior ordenamiento y haya tenido cese en el actual, la que genera el desafío de interpretación, pues cambió el tipo penal.

Se reitera el que en el Ecuador el tipo penal vigente hasta el 10 de agosto de 2014, no tenía como elemento objetivo del tipo la existencia de dos o más perjudicados y por ello la existencia de acciones plurales se resolvía a través de la figura de la concurrencia de infracciones; ahora, el delito continuado solo se hace constar en el Código Orgánico Integral Penal, para fines de referir el inicio del cómputo de los períodos de prescripción.

TOMA DE POSTURA

1. El delito continuado es una construcción que carece de límites y contenido definidos, tanto en el ámbito legal como doctrinal y jurisprudencial, no existiendo ni en la actualidad ni en la historia de la legislación ecuatoriana rastros de esta construcción. El delito continuado, como concepto, ha sido utilizado a pesar de sus límites difusos y contenido impreciso, para fundamentar imputaciones a base de leyes no vigentes al tiempo de la comisión de la infracción y en delitos que se han considerado en el modo -y no necesariamente en el tipo- como de ejecución de *tracto sucesivo*.
2. Es necesario producir desde la doctrina del Ecuador una postura sólida sobre el fundamento del *constructo*: desde si es una unidad de acción realmente, o una regla para penalizar. Falta dotar de contenido preciso a la categoría, por lo difícil que es sostener, en lo fáctico o lo normativo (a decidir), una unidad de acción.
3. Por seguridad jurídica y por respecto al principio de actuar a favor del hombre, del imputado en este caso, no puede ser utilizada tal ficción jurídica para imputar, menos aún para hacerlo imponiendo una pena mayor a la que correspondería -de tocar alguna con base legal-, cuando incluso tal herramienta nació con la finalidad de atenuar las penas.
4. Si se admite que una estafa ideada y consumada en la mayoría de los casos (con múltiples sujetos pasivos) antes de la vigencia de un ordenamiento que tipifica el delito masa -que antes no estaba- y bajo cuya vigencia se produjeron los últimos casos, es un caso de delito continuado, no podrá resolverse de conformidad con la ley posterior, no solo por el principio de favorabilidad (si es más dura que la ley anterior), sino porque solo es dable sostener continuidad del delito no calificado de masivo. Sostener continuidad de una estafa masiva, es calificar al tipo ya calificado lo cual no solo es absurdo, sino contrario a las buenas prácticas en la administración de justicia.

5. En el delito continuado la situación de consumación se da desde que se produce la antijuridicidad y el resultado material lesivo, pero se prolonga, siendo la decisión del sujeto activo, quien puede ponerle el cese. Así, bajo esa mirada, por hechos acontecidos antes y durante la vigencia de un ordenamiento que considera a la estafa masiva como tipo, deberá utilizarse la legislación de la época en la que «masa» era una posibilidad, y no un tipo en sí, por corresponder a la consumación de la infracción (al menos al tenor del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador).
6. El establecimiento de límites conceptuales, desde la construcción legislativa, es una experiencia que, como la cubana, contribuye a una interpretación auténtica y dada, favoreciendo el combate a las distorsiones en su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI, F. (1988). *Manual de derecho penal. Parte general* (8.^{va} ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- ANTÓN ONECA, J. (1981). Delito continuado. En Pellisé Prats (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, 448-465. Andalucía: Editorial Francisco Seix.
- ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR (1987). Código Penal de Cuba. Ley N.º 62.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS (2001). Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. En Luis Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- CÁRCAMO GIL, A. (2009). Concurso de normas y delitos: el delito continuado. En *El delito fiscal*, (371-391). Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=7291183&pid=S0718-0950201500020001000009
- CARRARA, F. (2004). El delito continuado. En *Cuadernos de política criminal* (84).
- CASTINEIRA, M. (1977), *El delito continuado*. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015). *Desaparición forzada*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N.º 6.
- CUELLO CALON, E. (1948). *Derecho penal*, Tomo 1, Parte General. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- CURY URZÚA, E. (2005). *Derecho penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ESCUCHURI AIZA, E. (2004). *Teoría de concurso de leyes y de delitos: Bases para una revisión crítica*. Granada: Editorial Comares.

- EZAINÉ CHÁVEZ, A. (1973). *Diccionario de derecho penal*. Chiclayo, Perú: Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, F. (1984), *El delito continuado frente al Código Penal*, Bogotá: Editorial Temis.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2014). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. Recuperado de <http://www.derechoecuador.com/files/images/Documentos/Jurisprudencia%20CIDDHH.pdf>
- FREIRE GAVILÁN, P. A. (s. f.). *El delito continuado*. Universidad de Sevilla. Recuperado de <http://master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf>
- HURTADO POZO, J. (1987). *Manual de derecho penal* (2.^{da} ed.). Lima: Editorial Distribuidora de Libros, S. A.
- JAKOBS, G. (1997), *Derecho penal. Parte General*, Madrid: Marcial Pons.
- JESCHEK, H. (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Editorial Bosch.
- KINDHAÜSER, U. (2011): El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva. *Cuadernos de Política Criminal* (103), Madrid.
- MACHICADO, J. (2010). Delito instantáneo, permanente, continuado, flagrante, conexo o delito compuesto. Recuperado de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/09/cdfe.html>
- MALDONADO FUENTES, F. (2015). Delito continuado y concurso de delitos. *Revista de Derecho* 28(2). Valdivia.
- MAGGIORE, G. (2005). *Derecho penal*. Volumen I. Bogotá: Editorial Temis.
- MINISTERIO PÚBLICO DE VENEZUELA (2012). Concurso real y delito continuado. Recuperado de http://www.mp.gob.ve/doctrina_2012/Other/imagenenu_acta/PDF%20doctrinas%202012/DERECHO%20PENAL%20SUSTANTIVO/CONCURSO%20
- MIR PUIG, S. (2006). *Derecho penal. Parte general* (8.^{va} ed.). Buenos Aires: B de F.
- MUÑOZ CONDE, F. (2002). *Derecho penal. Parte general* (5.^{ta} ed.). Barcelona: Editorial Tirant lo Blanch,
- PELÁEZ DE LAS HERAS, A. (1942). *El delito continuado*, Salamanca: Publicaciones de la Universidad de Salamanca.
- POSADA MAYA, R. (2010) *Aspectos fundamentales del delito continuado*. Universidad de Salamanca.
- POSADA MAYA, R. (2011a). *Aspectos fundamentales del delito continuado*. Granada: Editorial Comares.
- POSADA MAYA, R. (2011b). El delito continuado. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (3) 71-126.
- POSADA MAYA, R. (2011c). *El delito continuado y el concurso de delitos*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- SCHUNEMAN, B. (2000). La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática penal. En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Congreso Internacional. Madrid: UNED.
- UNIVERSIDAD DE VALENCIA (enero-junio 2007). *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (19). Valencia.
- VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, F. (2003). El delito continuado en el Código Penal Peruano. En *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo.
- VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, F. (2008). *El delito continuado y masa: a propósito del artículo 31 del Código Penal*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2002). *Derecho penal. Parte general* (2.^{da} ed.). Buenos Aires: Ediar.

SOBRE LOS AUTORES



MAYDA GOITE PIERRE

Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana, en 2001; Máster en Derecho Público, por la Universidad de Valencia, España, en 2001, y Especialista en Derecho Penal, por la Universidad de La Habana, en 2000. Profesora Titular de Derecho Penal y Vicerrectora de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. Fue Fiscal Provincial en Santiago de Cuba, entre 1986 y 1996, ocupando diversas responsabilidades como Jefa del Departamento de Procesos Penales, desde 1991 hasta 1993, y Vicefiscal Jefe Provincial de la Fiscalía de Santiago de Cuba, de 1993 a 1996. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, desde 2013 hasta 2016; fue, además, Vicedecana de Postgrado, Investigaciones y Relaciones Internacionales y Jefa del Departamento Docente de Ciencias Penales y Criminológicas. Vicepresidenta del Tribunal Permanente del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la República de Cuba. Miembro fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC), en la que funge como representante de Cuba, desde 2011.

CORREO ELECTRÓNICO: maydagoite@yahoo.es



MYRNA BEATRIZ MÉNDEZ LÓPEZ

Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Oriente y Máster en Criminología, por la Universidad de La Habana. Fue becaria del Programa de Doctorado «Metodología, Fuentes e Instituciones Jurídicas», de la Universidad de Alicante, 1999, España. Profesora

Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Miembro del Tribunal Nacional Permanente del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la República de Cuba. Abogada Litigante de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos. Profesora Principal de Criminología. Miembro de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.



MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ

Licenciada en Derecho, en Ciencias Sociales, en Ciencias Políticas y Abogada. Actualmente doctoranda del programa de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Ha realizado y completado estudios de posgrado en criminología y ciencias penales, derecho penal económico y relaciones internacionales, habiendo cursado también estudios en desarrollo del pensamiento, comunicación y educación, entre otros. Abogada con experiencia de más de 15 años en consultoría y manejo de estrategias de litigio, especialmente del sector naviero y en el ámbito penal económico. Posee una larga trayectoria como docente universitaria. Ha participado en actividades de investigación y se ha hecho acreedora a los máximos reconocimientos académicos, siendo el más reciente, el Premio de Rectorado de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 2008. Actualmente, continúa con el carácter de directora general de la consultora jurídica Asesoría Daiva, S. C. con sede en Guayaquil, Ecuador, y como Directora de Lipman, S. A. Es profesora titular de Derecho Penal III en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, además de consultora externa de la Universidad Casa Grande de la misma ciudad. Hasta mayo de 2009 se desempeñó como Consultora *Ad Honorem* del Organismo Internacional «Convenio Andrés Bello», para la integración en las áreas de educación, ciencia, tecnología y cultura, con sede en Bogotá, formando parte de una misión diplomática en Colombia. Ha presidido el Comité de Desarrollo Cultural de Damas Diplomáticas en Colombia. En 2009 realizó un estudio de investigación sobre seguridad hemisférica que fue presentado en el Congreso de Seguridad Hemisférica

con auspicio del Departamento de Defensa de los Estados Unidos. Desde 1993 ha defendido intereses vinculados al sector naviero, especialmente, sin haber obtenido ningún fallo que sea contrario a los intereses de quien haya defendido.



ADRIANA MENDOZA

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Diplomado en Docencia Superior organizado por el Instituto Superior ISPETP de La Habana, Cuba, y la Asociación de Profesores de la Universidad de Guayaquil. Master of International Law. Doctor of International Law (Ph.D). Magister en Ciencias Internacionales y Diplomacia. Actualmente cursando el doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad de La Habana por convenio con la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Profesora del Servicio de Educación a Distancia (SED) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil desde 2012. Profesora Principal de la Universidad de Guayaquil desde 1990. Actualmente ejerce las funciones de Jueza de la Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Ha publicado los siguientes libros: *Derecho mercantil* (Ediciones Lumarso, 1980), *Derecho internacional americano* (2011), *Derecho contravencional* (coautora) (2014), *Memorias jurídicas* (coautora) (2016).



RUFINA DE LA CARIDAD HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Licenciada en Derecho. Máster en Ciencias Criminológica de la Universidad de La Habana, 1999, y Máster en Derecho Público por la Universidad de Valencia, España, 2003. Cursó el Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad de La Habana. Jueza Titular del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Directora de la Dirección de Formación y Desarrollo del Tribunal Supremo Popular. Profesora Auxiliar del Departamento de Procesos Penales y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y de la Escuela de Formación Judicial del Tribunal Supremo Popular.



MAYRELIS ESTRADA CHACÓN

Profesora Auxiliar de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Abogada de la Defensa en la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en Cuba (ONBC). Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Penal de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Internacional. Ha sido merecedora de varios premios, entre los que destaca: Premio Internacional Género y Compromiso Político, Agenda Latinoamericana, 2012. Desarrolla investigaciones que giran en torno a la participación de la mujer en actividades delictivas; el papel de la víctima en el proceso penal cubano; la prostitución desde el derecho, un enfoque de género; la violencia intrafamiliar: un acercamiento desde la realidad cubana; entre otras. Cursó el Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

CORREO ELECTRÓNICO: mayrelisestrada@gmail.com



DAYÁN GABRIEL LÓPEZ ROJAS

Profesor Auxiliar de Derecho Penal de la Universidad de Matanzas. Abogado de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Penal de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Ha publicado diversos artículos en revistas especializadas y ha obtenido reconocimiento por su labor como docente e investigador. Becario del programa de doctorado de la Universidad de Valencia, España, y de la Universidad de La Habana, Cuba.



Esta edición de
*De la criminología al derecho penal:
tras el rastro del delito,*
de Mayda Goite Pierre,
Myrna Beatriz Méndez López,
Mayrelis Estrada Chacón,
Mónica Palencia Núñez,
Adriana Mendoza Solórzano,
Rufina Hernández Rodríguez
y Dayán Gabriel López Rojas,
se imprimió en 2017,
en la ciudad de Guayaquil, Ecuador.

Para su composición se emplearon las tipografías
PF Din Text Pro
-en sus variantes DISPLAY, CONDENSED Y COMPRESSED-,
del diseñador griego PanosVassiliou,
Fedra Serif B Pro
-en sus variantes BOOK, MEDIUM Y BOLD-,
del holandés Peter Bilak;
y Wingding -en su variante REGULAR-
de los norteamericanos Kris Holmes y Charles Bigelow.