

¿EL DELINCUENTE, UN DESCONOCIDO PARA EL DERECHO PENAL?

José Hurtado Pozo

SUMARIO: 1. Introducción. a) Concepción penal clásica. b) Concepción positivista italiana. c) Concepción ecléctica. 2. El delincuente y las ciencias humanas y sociales. a) Biología b) Sociología. Psicología. d) Teorías de la estigmatización. 3) Aspectos Penales a) Introducción. b) Capacidad penal y peritaje médico legal c) Capacidad y libertad. 4. Conclusión

1. INTRODUCCION

(p. 75) La evolución del derecho penal se caracteriza por tomar cada vez más en cuenta la subjetividad del comportamiento delictivo. Dos ideas han tenido un rol decisivo. La primera, la responsabilidad personal excluyente de la responsabilidad objetiva; el autor de la acción no es más considerado, por el sólo hecho de cometerla, responsable de todas sus consecuencias. La segunda, el hombre debe estar al centro del derecho penal: la personalidad del autor y su comportamiento delictuoso deben ser considerados a la luz de los aportes de las ciencias humanas y sociales.

En 1891, Franz von Liszt dijo claramente: "La finalidad del castigo no es el "delincuente" y el "delito" en tanto que entidades jurídicas, sino más bien el hombre y su acto".

¿Qué se ha hecho para alcanzar este objetivo? Responder a esta pregunta supone, en realidad, presentar y analizar la naturaleza, la finalidad y los límites del derecho penal. Esta compleja problemática no puede ser, evidentemente, tratada de manera exhaustiva en el marco, restringido del presente trabajo. Ante esta imposibilidad y deseando responder, al menos parcialmente, a la pregunta que sirve de título a nuestro trabajo, vamos, primero a presentar las concepciones generales del derecho penal; luego, nos ocuparemos del problema de las ciencias humanas y sociales en la medida en que se ocupan del delincuente. Enseguida, analizaremos algunos aspectos jurídicos concretos para comprender mejor la dificultad del derecho penal para tener en cuenta la dimensión humana del delincuente. Por último, señalaremos, a manera de conclusión, las **(p. 76)** apreciaciones que estimamos las más importantes, así como las consecuencias más significativas para los diversos dominios del derecho penal.

a) Concepción penal clásica.

La primera ideología penal moderna fue elaborada en el siglo XVIII, época en la cual Europa era el centro del mundo y Francia, el centro de Europa. Los precursores de esta concepción fueron los filósofos franceses. Sus ideas provocaron un amplio y profundo movimiento humanista cuya influencia subsiste aún hoy en día. Este humanismo preconizaba, sobre todo, situar al hombre en primer plano. En el dominio penal, las ideas de Rousseau, Montesquieu, Voltaire han inspirado el combate de los juristas contra la arbitrariedad y la crueldad del sistema punitivo del antiguo régimen¹.

Se levantaron contra el ejercicio abusivo del derecho de castigar por parte del Estado y reclamaron la humanización del sistema penal. De acuerdo con su concepción², el delincuente debería ser considerado como un hombre, sujeto de derecho y no como una cosa, objeto de persecución y de maltrato.

Así, concebir el hombre como un ser dotado de razón³ y de libertad, como señor de sus actos obliga a concluir que el delincuente potencial es también una persona independiente, racional, dotada de la facultad de apreciar la naturaleza de sus actos y la conveniencia de realizarlos.

¹ Ver: Marc Ancel. La défense sociale nouvelle, Paris, 81, p.48, 66, 244.

² Cesare Beccaria. Dei delitti e delle pene. Milano 1884, No. II y XXVII.

³ Ancel. op. cit., p. 63.

El fundamento de la responsabilidad es hallado, en consecuencia, en el libre arbitrio. La pena - sufrimiento retribuido por el mal causado- constituye la consecuencia natural. El derecho penal es entonces considerado como un sistema racional y retributivo que sanciona a quien libremente cometa los actos dañinos previstos expresamente en la ley.

La fuente inspiradora de la concepción liberal del derecho penal fueron las ideas humanistas del Siglo de las Luces (XIX).

Los códigos penales fueron redactados en armonía con estas ideas liberales y mediante una técnica legislativa cada vez más perfeccionada. Los juristas, a la luz de los principios humanistas, interpretaron las normas legales para elaborar una explicación sistemática completa.

Este vasto movimiento de ideas penales fue llamado "escuela clásica del derecho penal". Sus partidarios afirmaban que el delito es una entidad jurídica cuyo análisis corresponde a los juristas. Consideraban que el hombre delincuente estaba dotado de libre arbitrio; dicho de otra manera, de la capacidad de decidirse independientemente de toda coerción. La aceptación metafísica de esta libertad, les permitió sostener que el hombre era moralmente culpable. Por último, concluyeron que la pena, como castigo retributivo, era la consecuencia lógica y necesaria para el restablecimiento del equilibrio social perturbado por el comportamiento del delincuente. Para aplicarle la tarifa punitiva legal no era necesario preocuparse ni de su personalidad ni de los móviles que lo impulsaron a actuar.

b) Concepción positivista italiana

(p. 77) La reacción contra esta concepción metafísica fue provocada por el desarrollo de las ciencias humanas y sociales. Los italianos Lombroso⁴ (iniciador de la antropología criminal) y Ferri⁵ (pionero de la sociología criminal) plantearon la tesis que el hombre criminal es fatalmente empujado a cometer delitos: debido a sus malformaciones biológicas o a las condiciones sociales en que vive. De esta manera, el libre arbitrio y la pena son negados. La responsabilidad social y las medidas de seguridad se transforman en los pilares del sistema punitivo. La concepción penal, inspirada en las ideas deterministas, fue llamada "escuela positivista italiana".

En comparación con las ideas penales clásicas, los principios fundamentales de la escuela positivista italiana pueden ser resumidos de la manera siguiente: el delito es un fenómeno social y no sólo una entidad jurídica. El hombre delincuente es determinado en su comportamiento por su constitución individual o por su "milieu". El libre arbitrio no es sino una ilusión. En consecuencia, el delincuente no puede ser considerado como culpable. Su responsabilidad es, por el contrario, de naturaleza social, debido al peligro que representa para la comunidad. Por último, la reacción social debe consistir en una medida de seguridad destinada a eliminar el carácter peligroso del delincuente. La pena retributiva es considerada, en consecuencia, irracional e inútil.

Los trabajos de los positivistas se encuentran, como lo hemos dicho, al origen de la antropología criminal y de la sociología criminal que alcanzaron un éxito considerable. El aporte esencial de los positivistas ha sido señalado por Hamel: "la escuela clásica exhorta a los hombres a estudiar la justicia; la escuela positivista incita a la justicia a estudiar los hombres".

c) Concepción ecléctica

La confrontación de las dos escuelas penales dio lugar, a fines del siglo pasado e inicios del nuestro, a una reforma profunda del sistema punitivo. Los mejores resultados son el fruto de una concepción ecléctica. Un buen ejemplo es el Código penal suizo⁶, cuyos proyectos sirvieron para elaborar nuestro Código penal de 1924. Su arsenal punitivo contiene penas y medidas de seguridad. Mediante la primera, se reprime al autor culpable; es decir a quien -a pesar de poder obrar conforme al derecho- ejecuta un acto delictuoso. Las medidas de seguridad son aplicadas al autor calificado de peligroso en razón a los aspectos biosicológicos y sociales de su persona. Es decir, la pena y la

⁴ Cesare Lombroso. L'uomo delinquente, 5a. edición, Turin 1896-1897.

⁵ Enrico Ferri. La sociologie criminelle, Paris 1893.

⁶ Ver: P. Kaenel. Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorien, Tesis Berna 1981; M. Rusca, La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss, Tesis Fribourg 1981.

culpabilidad suponen la libertad del individuo; la medida de seguridad, el carácter peligroso del agente.

Este modelo ecléctico -alabado e imitado en casi todas partes- ha sido criticado por su neoclasicismo atenuado⁷. Este cuestionamiento se basa, en particular, en los progresos realizados por las ciencias humanas.

2. EL DELINCUENTE Y LAS CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES

a) *Biología*

(p. 78) Veamos, brevemente, las orientaciones y los progresos de las investigaciones en esta ciencia. Después de los trabajos de Lombroso, las investigaciones destinadas a determinar las causas biológicas del comportamiento delincuente, han sido continuadas sin gran éxito. Pensamos, en particular en tres trabajos que lograron notoriedad. En primer lugar, las investigaciones realizadas sobre los comportamientos de gemelos⁸ de bagaje hereditario similar. En los años 30, se llegó a la conclusión que, en el caso de los gemelos univitelinos, la coincidencia de comportamientos criminales era más frecuente que en el de los gemelos bivitelinos.

Mediante estas investigaciones, se quiso demostrar la justeza de una hipótesis exagerada que consideraba la herencia fuente de toda criminalidad.

Este objetivo también fue perseguido por los estudiosos de aberraciones cromosómicas⁹. Estas aberraciones pueden resultar de un defecto (ausencia de un cromosoma) o de un exceso (presencia de un cromosoma suplementario o supernumerario). Estas aberraciones se manifiestan por un desequilibrio del organismo y tienen consecuencias desastrosas sobre su desarrollo. Observando las estadísticas de la criminalidad, se afirmó que la aberración por exceso sería la más frecuente. Así mismo, se creyó descubrir en los delincuentes habituales peligrosos un cromosoma excedente "y", que fue inmediatamente llamado "cromosoma asesino" las perturbaciones provocadas por este cromosoma harían que su portador cometa actos violentos. Estas perturbaciones resultarían de un funcionamiento defectuoso de las células cerebrales afectadas por la presencia, en su núcleo, de este cromosoma sobrante.

b) *Sociología*

En el dominio de las investigaciones sociológicas, debemos mencionar, entre las principales concepciones, la teoría de la "asociación diferencial" de Sutherland¹⁰. Según este autor, el comportamiento criminal es un comportamiento aprendido. El aprendizaje comprende dos etapas: primero, la enseñanza de las técnicas de comisión de la infracción y segundo, la orientación de los móviles, tendencias impulsivas y diversas inclinaciones. Las posibilidades que una persona se transforme en criminal estarían así en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de sus diversos contactos con **(p. 79)** quienes cometen delitos y consideran esta actitud como correcta. Es sin embargo, indispensable subrayar que, para Sutherland, el proceso de socialización o de asimilación cultural es el mismo para el delincuente que para las demás personas.

El sujeto deviene delincuente porque no tiene ante sí un modelo anticriminal. De manera más general, cada individuo asimila invariablemente la cultura del medio en que **vive**, a menos que otros modelos no vengan a oponerse a esta cultura. Es decir que la formación criminal por asociación no

⁷ Ancel. op, cit., p. 81.

⁸ E. Zerbin-Rüdin. Gegenwärtiger Stand der Zwillings und Adoptionsstudien zur Krtminalität, in: H. Gepinger/H. Walder, Kriminologische Geenwartsfragen, No. 16, 1984, p. 14.

⁹ Ver: G. H. Valentine. Die "Chromosomenstörungen, Berlin-New York 1968; J. D. Murken, Aggressivität als Problem der Genetik, in: Arno Plack (ed.): Der Mythos . vom Aggressionstrieb, München 1973; Jean Graven, Existe-t-il un chromosome du crime? Comment juger le délinquant porteur d'une anomalie génétique XYY, in: Revue internationale 1968, No. 4 p. 277: Le problema de l'anomalie chromosomique: ib., 1969, No. 1, p. 21.

¹⁰ E. H. Surtherland. Principes de criminologie, París 1966; White Collar Crime, New York,- Chicago 1961. Cf. Olof Kinberg, Les problemas fondamentaux de la criminologie, París 1960.

se adquiere únicamente por imitación sino también mediante los otros mecanismos presentes en todo proceso de formación.

En segundo lugar, es necesario mencionar la concepción de Alfred K. Cohen¹¹. En su opinión, el comportamiento delictuoso tiene su origen y se desarrolla al interior de una "subcultura criminal". El grupo delincuente produce valores y normas propias contrarios a las normas de la cultura predominante. La oposición no es sólo negativa en la medida que supone la elaboración de "modelos paralelos" de comportamiento. El acto delictuoso sería así una alternativa y no simplemente una desviación.

En tercer lugar, conviene citar la tesis de la anomia social de Merton. Sobre la base de los trabajos de Durkheim y Parson, Robert K. Merton¹² afirma que el comportamiento delictuoso esta condicionado por los insuficientes medios legales ofrecidos, a ciertos grupos de personas, por la sociedad para alcanzar el estado de bienestar material que promete para todos.

Hay un desacuerdo entre los fines (la cultura) y los medios (la sociedad); pues todas las personas no disponen de los mismos medios. Es decir, estas personas no tienen las mismas posibilidades de acceso al bienestar social. Este desequilibrio entre los fines propuestos y los medios legítimos ofrecidos para alcanzar dichos fines, constituye la anomia. Esta situación empuja ciertas personas a recurrir a medios ilícitos para lograr tales objetivos. La sociedad se caracteriza, en consecuencia, por una ruptura en su estructura sociocultural. Merton va aún más lejos en sus conclusiones respecto a la manera como la anomia social influye en el comportamiento del individuo. Lo hace mediante la descripción de modelos de adaptación individual.

c) Psicológica

Mediante el análisis detallado del aspecto psicológico del comportamiento criminal se ha tratado de responder a una pregunta capital, que había sido dejada de lado por las tesis biológicas y sociológicas: ¿Porqué las personas sometidas al mismo condicionamiento biológico o social no siempre se convierten en delincuentes?. Los psicólogos tratan de responder a esta pregunta investigando porqué la adaptación social del criminal no es igual a la de las demás personas¹³.

(p. 80) Las orientaciones psicológicas fundamentales son: la psicodinámica, desarrollada a partir de la teoría de Freud (psicoanálisis clásico), y las doctrinas de Jung y Adler. Existe también la corriente fenomenológica construida sobre la base del análisis y de la interpretación clínica de la relación interindividual, e inspirada en las ideas filosóficas de la fenomenología y del existencialismo (Husserl, Heidegger, Jaspers). Citemos además la orientación tipológica, basada en las doctrinas constitucionalistas que elaboraron las "tipologías criminales".

Por último, señalaremos la tendencia behaviorista que busca, a partir de indagaciones sobre la fisiología cerebral, explicar el comportamiento humano. Recordemos, por ejemplo, las investigaciones pluridisciplinarias realizadas, en los últimos años, sobre el cerebro y sus funciones. No se tiene aún la suficiente distancia para apreciar los resultados de estos trabajos; pero constituye, sin duda, una veta muy rica de elementos necesarios para explicar el comportamiento humano, en general y, en particular el del delincuente.

d) Teorías de la estigmatización

Buscar la causa del crimen en la persona del delincuente (concepciones biológica o psicológica) o en las condiciones sociales en que se desenvuelve el delincuente (concepciones sociológica y psicosociológica) supone la certeza que es posible distinguir las personas delincuentes de las que no lo son. Dicho de otro modo, es necesario identificar al hombre criminal o el grupo criminal.

¹¹ A.K. Cohen. Abweichung und Kontrolle, Münchener 1968; James F. Short/Albert K. Cohen. Zur Erforschung delinquenter Subkulturen, in: F. Sack/R. Koenig. Kriminalsoziologie, Frankfurt a. M. 1974, p. 372.

¹² R. K. Merton. Social Theory and Social Structure, New York 1968; Sozialstruktur und Anomie, in: F. Sack/R. Koenig, op. cit. Ulfried Neumann/Ulrich Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, Darmstadt 1980.

¹³ H. Dechène. Verwahrlosung und Delinquenz. Profil einer Kriminalpsychologie, Münchener 1975; B. Muss, Gestörte Sozialisation, psychoanalytische Grundlagen therapeutischer Heimerziehung, 2a. ed., Münchener 1975; F. Alexander/H. Strauss. Der Verbrecher und sein Richter. Ein psychoanalytischer Einblick in die Welt der Paragraphen, Viena 1929; M; Jean Piaget. Psychologie et épistémologie Pour une théorie de la connaissance, París 1970; Jean Pinatel. Criminologie et psychanalyse, in: Revue française de psychanalyse, 1954, no 2, p. 281.

La factibilidad de dicha distinción ha sido cuestionada por las investigaciones realizadas sobre la denominada "cifra negra" de la criminalidad¹⁴. Estos trabajos han demostrado que numerosos comportamientos delictuosos permanecen ignorados. Y que en consecuencia un buen número de delincuentes no son identificados ni castigados. Ellos cohabitan con las personas no-criminales, sin que sea posible identificarlos.

De ser aceptada esta descripción, sería indispensable reconocer que todas las teorías destinadas a detectar el o los estigmas del delincuente no tienen objeto real de estudio. Esta es, al menos, la opinión de los sostenedores de la teoría de la estigmatización (labeling approach)¹⁵. Los criminales en sí no existirían. Se trataría sólo de personas así marcadas mediante un proceso llevado a cabo por las instituciones encargadas de la reacción social contra el delito (policía, Ministerio Público, jueces, etc.). El criminal no sería pues sino un estereotipo establecido por los órganos de represión penal; el resultado del proceso social de "criminalización"

De esta manera, las investigaciones sobre el crimen o el criminal deberían más bien ocuparse de analizar la naturaleza y el funcionamiento del fenómeno social de la "criminalización".

3. ASPECTOS PENALES

a) Introducción

(p. 81) ¿En que medida el derecho penal ha tenido en cuenta los resultados de estas investigaciones? ¿Refleja su evolución un progresivo acercamiento al hombre real? ¿De qué manera han sido recepcionados los avances hechos en las ciencias sociales? Ante la imposibilidad de responder a estas interrogantes, de manera global en este trabajo, intentaremos hacerlo a través del análisis de un problema específico: la culpabilidad penal.

De acuerdo a los principios básicos del derecho penal, "no hay pena sin culpabilidad". La culpabilidad supone dos elementos: capacidad penal y libertad de actuar de otra manera.

Capacidad penal significa, de acuerdo con el Art. 85, inc. 1, del Código Penal que el autor- tenga, al momento de obrar, la capacidad de comprender el carácter lo de su acción y la capacidad de determinarse según esta apreciación. ¿Es posible constatar en todos los casos la capacidad penal del procesado?.

b) Capacidad penal y peritaje médico legal.

Plantear esta pregunta comporta interrogarse sobre la posibilidad de sondear y aprehender, en toda su complejidad, el mundo interno de las personas. De hecho, se trata de analizar la naturaleza y los límites de la intervención de los peritos en el proceso penal.

De1 perito se esperaba, en una época aún reciente, un examen científico: la descripción del aspecto estudiado sobre la base de constataciones firmes. Hoy en día, esta idea de la pericia es, seriamente, puesta en duda¹⁶. La primera objeción es de naturaleza metodológica: el experto no se limita a distinguir lo verdadero de lo falso. Debe también -y previamente- escoger un modelo preestablecido con el fin de efectuar su análisis. Esta decisión se encuentra, además, condicionada por el objetivo que pretende alcanzar: jurídico, social o terapéutico.

¹⁴ E. Blankenburg/K Sessar/W. Steffen, Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle, Berlin 1978; J. Kürzinger. Private Strafanzeigen und polizeiliche Reaktion, Berlin 1978; cf. Bernd-Rüdiger Sonnen, Kriminalität und Strafgewalt. Eihführung in Strafrecht und Kriminologie, Stuttgart 1978, p. 36-39; Hans Haferkamp. Kriminalität ist normal. Zurgesellschaftlichen Produktion abweichenden Handelns, Stuttgart 1972.

¹⁵ F. Sack. Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach, in: Kriminologisches Journal, 1972, p. 3; Wolfgang Kecheisen. Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach, Münchener 1974; Marco Borghi. Danno e devianza, Milano 1980, p. 28 ss.

¹⁶ J. Ambrus y otros. Psychiatrie und Strafrecht. Ueberlegungen und Vorschläge einer Arbeitsgruppe, in: Revue pénale suisse, 100 (1983), p. 72; Klaus Ernest. Was Antwortet der Psychiater dem Strafrecht?, in: Göppinger/Walder. op. cit, No. 13, 1987, p. 141; P. Wetterich. Der psychiatrische und psychologische Sachverständige im Strafverfahren aus der Sicht des Strafrechtspraktikers, in: Göppinger/Kaiser. Kriminologische Gegenwartsfragen, No. 12, p. 99.

Al tradicional concepto de pericia, se le formularon, otras dos objeciones. Primero, la casi imposibilidad de observar los fenómenos internos de las personas y, segundo, la vinculación afectiva que se establece entre el experto (observador) y la persona estudiada (objeto de la observación). Conscientes de la justeza de estas objeciones, los peritos mismos cuestionan el papel que desempeñan en el proceso penal.

¿Debe renunciarse a la prueba de la capacidad penal del procesado? ¿Es necesario recurrir a una ficción? Para comprender la respuesta dada por los juristas, se debe considerar que, según ellos, compete al juez la decisión final referente a la capacidad penal del inculcado. Para decidir, está obligado a aceptar sin más la opinión de los peritos. La capacidad penal es considerada como un problema normativo y no como una cuestión de ciencia o de técnica médicas.

(p. 82) Las explicaciones dadas por las ciencias humanas sobre la capacidad penal sólo pueden ser útiles, en el ámbito penal, en la medida en que los jueces y penalistas estén suficientemente informados.

c) Capacidad y libertad

La constatación de la capacidad penal del inculcado es indispensable. Según la ley, esta capacidad constituye la condición previa de la punibilidad, que presupone la culpabilidad.

De acuerdo con la opinión predominante, la culpabilidad¹⁷ es un reproche formulado contra el delincuente, quien se decidió -a pesar de su capacidad de obrar conforme al derecho- a realizar un comportamiento ilícito. La culpabilidad supone la libertad del hombre. Este debe haber -en el caso concreto- tenido la posibilidad de actuar de otra manera. Sí, en ese momento, estuviera fatalmente determinado a cometer el acto delictuoso, sería imposible reprocharle su manera de actuar.

Aceptar esta última eventualidad significaría negar la culpabilidad y, consecuentemente, la pena en tanto que medio útil para orientar el comportamiento de las personas. El derecho penal mismo sería así cuestionado.

De esta manera, volvemos a encontrar en el centro del viejo debate entre los seguidores de la Escuela Clásica y los de la Escuela Positivista italiana. Dicho de otra manera, entre los defensores del indeterminismo y del determinismo. Nos parece que no se puede, hoy en día, evitar este escollo sea aceptando a priori la libertad individual, sea afirmando que el derecho penal no requiere tomar partido en este debate. Dos razones existen, por lo menos: primero, las tesis positivistas tienen cierta base científica y, segundo, dichas tesis afectan los fundamentos mismos del derecho penal.

Entre los mismos penalistas, se admite, actualmente, que demostrar la libertad individual constituye una tarea casi imposible. De otro lado, el comportamiento humano sería, según la explicación proporcionada por las ciencias sociales y humanas, el resultado de un condicionamiento sea biológico, social o de ambos tipos. Los fracasos experimentados en su demostración no serían sino debidos a limitaciones momentáneas de las ciencias humanas. La libertad humana sería así una especie de "pie de zapa" que se empujaría en la medida en que se precisaran las causas del comportamiento delincuente.

Los penalistas que defienden las tesis deterministas no son contestes en sus conclusiones. Algunos reclaman la abolición del derecho penal; otros, menos radicales, demandan una reforma profunda en el dominio de los medios de reacción social y de los objetivos a alcanzar o, algunos exigen la substitución de la noción de culpabilidad por otra diferente.

Cabe preguntarse, sin embargo, si es inevitable pronunciarse en favor de una de las dos concepciones opuestas.

Para responder a esta pregunta, nos parece necesario destacar que la controversia entre determinismo e indeterminismo ha sido, generalmente, desnaturalizada. Un real diálogo no se ha producido. Así, se ha considerado, justamente, que esta controversia ha consistido en simples declaraciones de fe impropias a enriquecer una verdadera discusión.

(p. 83) En el estado actual de las investigaciones científicas, resulta altamente dudoso aceptar que el comportamiento individual es, necesariamente, determinado o, totalmente, autónomo. Los especialistas se satisfacen con admitir, prudentemente, el condicionamiento parcial del comportamiento humano.

¹⁷ H-H. Jescheck. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, p.328 et ss.

Aún cuando, por simple hipótesis, se admita que se podrá, un día, aportar la prueba que el comportamiento humano es un hecho predeterminado, la oposición de las dos posiciones extremas no será sino aparente. Cuando se analiza con atención la manera como los indeterministas han presentado sus ideas, se percibe que no buscan dar una explicación causal del comportamiento humano. Sus tesis se orientan, más bien, a proporcionar una explicación normativa, compatible con la opción determinista. Bien entendida la idea indeterminista, no sería sino una manera de "reivindicar que los hombres sean tratados como personas; es decir, que sus opiniones y decisiones sean consideradas seriamente. Estas no pueden ser tan fácilmente constatadas como lo es el color de la piel, de los ojos, el grupo sanguíneo o las perturbaciones hormonales.

Aquí esta en juego la dignidad de la persona humana cuya realidad es una verdad indubitable de nuestra conciencia moral y social. El hombre no es, simplemente, el objeto pasivo de sus hechos y gestos. El tiene, al momento de obrar, el sentimiento de ser libre y espera también que los demás tengan un comportamiento libre. Pensar, hablar, amar o trabajar son acciones que pueden ser ejecutadas por el hombre en la medida que pueda controlar y orientar su actividad¹⁸.

En derecho penal, se debería discutir, sobre todo, de la manera cómo se podría tener mejor en cuenta la realidad. Ante la improbabilidad de constatar la "posibilidad concreta e individual de actuar de otra manera", se ha pensado substituir este criterio por el de un modelo normativo general: "la posibilidad de actuar que posee un tipo medio de persona". Dicho de otra manera, para determinar si una persona es culpable, bastaría comparar sus actos al comportamiento propio a una persona media.

Aunque el empleo de este criterio facilita la administración de justicia, da pie a que se reproche al derecho penal su alejamiento de la realidad empírica y, en particular, de la personalidad real del hombre.

Para refutar esta crítica, se propone dar a la culpabilidad un contenido diferente del que le reconoce la teoría tradicional. Desde una perspectiva de política criminal, la culpabilidad debería ser reformulada de acuerdo a los fines fundamentales de la pena. Su función esencial sería la de constituir el límite máximo de la penalidad.

Este es un problema que no vamos profundizar aquí. Sin embargo, es necesario subrayar que no es indispensable recurrir a ficciones o a afirmaciones *a priori* para aceptar que el comportamiento humano sea, salvo ciertas circunstancias, el resultado de una cierta autodeterminación del autor. Esta idea no es contraria a los criterios preponderantes en las ciencias sociales y humanas. La idea del hombre como persona capaz de autodeterminarse, estando aún sometida a la influencia de circunstancias externas y personales, se encuentra a la base de la organización social tal como la conocemos. Su aceptación supone, como lo hemos explicado con anterioridad, una consagración de la dignidad basada en su sentimiento de libertad personal.

(p. 84) La noción de culpabilidad es, en consecuencia, de carácter normativo; pues sólo sirve para atribuir a una persona un determinado comportamiento. Así comprendida, la culpabilidad no proporciona ningún elemento útil para explicar la génesis del comportamiento delictuoso. Explicar este origen es materia de las ciencias sociales y humanas¹⁹.

Su influencia decisiva debería servir para delimitar la responsabilidad, para escoger y justificar los medios de reacción social y, más ampliamente, para fijar los fines del derecho penal.

4. Conclusión

Estimamos conveniente destacar los siguientes aspectos:

¹⁸ Cf. Carlos Santiago Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires 1980, p. 382; Ancel. op. cit., . 249: *Responsabilité et défense sociale*, in: *Revue de science criminelle et droit penal comparé* 1959, p. 181; Hilde Kaufmann, *Concepciones del hombre en derecho penal*, in: *Doctrina penal*, Buenos Aires 1981, p. 22-23; Max Planck. *Vom Wesen der Willensfreiheit et Peter van Inwagen*. *Die Unvereinbarkeit und Determinismus*, in: Pothast Ulrich (editor). *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt a. M., 1978, p. 115.

¹⁹ Jescheck op. cit., p. 330. Cf. Claus, Roxin. *Zur jüngsten Diskussion über Schuld Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht* in: *Bokelmann Festschrift*. München 1979, p. 279; Günther Stratenwerth. *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Karlsruhe 1977: Otto Harro. *Ueber den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde*, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1981.

a) El liberalismo fue un himno polifónico a la "santa libertad" individual que, en el último siglo, se difundió ampliamente en el mundo. Más aún, este elogio a la libertad del hombre se transformó en un sistema de pensamiento. Sobre sus principios, se elaboró la primera concepción del hombre-delincente. Esta concepción ha dejado de ser un instrumento útil para explicar la criminalidad o para organizar la reacción social contra ella. Esta reacción es la consecuencia de la acción delictiva; es decir, del acto cometido por una persona contra el orden jurídico. Este acto es la manifestación de la interacción de un individuo en relación con los otros, de un individuo en relación con su micro-sociedad y con la macro-sociedad en la que se encuentra inmerso. El estudio de este comportamiento, desde una perspectiva sociológica, necesita -para evitar equivocaciones o un análisis superficial- el estudio de las características de la personalidad del autor.

b) Si es de reprochar algo a los partidarios de la concepción biológica de la criminalidad es su metodología incorrecta.

El crimen no puede ser observado científicamente como un fenómeno aislado. El organismo y la personalidad de todo individuo se encuentran condicionados por innumerables factores externos. Las generalizaciones apresuradas, formuladas por autores poco amantes de las constataciones empíricas, han desacreditado la concepción biológica. Su influencia sobre la legislación y la política criminal son insignificantes.

c) Actualmente, las teorías que ofrecen más medios de análisis para explicar el fenómeno delictivo son las teorías de corte sociológico. La fuente de la criminalidad es buscada en el proceso de socialización del individuo. El comportamiento criminal es así percibido como una conducta aprehendida socialmente.

Además de la orientación común que las caracteriza, las concepciones sociológicas no están en condiciones de proporcionar una explicación homogénea del hecho criminal. Sus diferencias radican en que no se atribuye la misma importancia a los mismos factores criminógenos.

(p. 85) Recordemos que las explicaciones sociológicas no brindan al delincuente una excusa individual de su comportamiento. Tales explicaciones buscan esclarecer el fenómeno social de la criminalidad y facilitar la comprensión de los casos particulares.

d) Las constataciones interesantes hechas por los defensores de las teorías de la estigmatización o del interaccionismo no pueden justificar ni el abandono de las investigaciones sociológicas, ni la renuncia al sistema punitivo legal.

Es verdad que no se puede, sólo mediante los hechos o únicamente mediante las normas legales, individualizar al criminal, ni al acto constitutivo de una infracción. Es inaceptable, de otro lado, estimar que este proceso de identificación sea sólo la obra de las instancias formales de control social.

Si la estigmatización fuera el único medio para detectar la criminalidad, las "cifras negras de la criminalidad" serían entonces inconcebibles. Los actos ignorados no merecerían el calificativo de "crimen" y los autores desconocidos no merecerían ser llamados "criminales", en tanto que los órganos de control social no hayan tenido la ocasión de marcarlos. La teoría de la estigmatización tiende a anular el argumento crítico que ella misma formula contra las teorías biológica, psicológica y sociológica. Dicho argumento consiste en denunciar la existencia de un objeto preciso de estudio.

La criminalidad y el crimen constituyen una parte de la realidad, aun cuando no existan criterios unívocos para precisar los límites de la primera, ni identificar al segundo. A pesar de todo, es cierto que no se puede, ahora, ignorar ingenuamente la acción estigmatizante del proceso penal.

e) El determinismo es una teoría descriptiva: el comportamiento humano es el resultado necesario de circunstancias anteriores.

Si esta tesis significara que las decisiones o las opiniones de las personas pueden ser ignoradas para explicar su comportamiento, la concepción determinista constituiría una hipótesis normativa cuya demostración causal no puede ser apodada. La concepción indeterminista contiene -por el contrario- una tesis normativa que postula la toma en consideración seria de las opiniones y de las intenciones de cada uno. No se puede entonces descalificar a alguien afirmando que está determinado, sea por sus experiencias infantiles, por su condición social o por los procesos síquicos que tienen lugar en su cerebro.

En resumen, las opiniones y los juicios humanos no pueden ser asimilados a actos reflejos condicionados. El sentimiento de libertad de las personas es una realidad incontestable. Su reconocimiento constituye una reafirmación de la dignidad de la persona humana.

Al final de esta exposición, suponemos que han entrevisto nuestra respuesta a la pregunta: ¿El hombre delincuente, un desconocido para el derecho penal? El hombre delincuente por naturaleza no existe. Cada uno de nosotros puede devenir en delincuente. Aunque este hecho dependa tanto de las circunstancias personales como de las sociales, la libertad humana es también un factor a tomar en cuenta. Y no olvidemos que el proceso de estigmatización, al cual la justicia participa, es también un factor importante.

La firmeza de la intervención estatal y la fragilidad de la persona humana reclaman de las ciencias humanas (psicología, psiquiatría, sociología o biología) una intervención decisiva en la organización de la reacción social contra el crimen.

(p. 86) En primer lugar, esto supone que dichas ciencias logren precisar y unificar sus criterios fundamentales referentes al hombre. En segundo lugar, es necesario que los penalistas busquen asimilar mejor los conocimientos adquiridos por las ciencias humanas. Al respecto, no es de olvidar las dificultades metodológicas existentes. En tercer lugar el legislador debe estar dispuesto a modificar la legislación penal y a reorganizar el proceso penal para ofrecer al juez los medios necesarios para conocer mejor al inculcado. Por último, nosotros profesores de derecho penal- deberíamos tratar que nuestros alumnos conozcan al delincuente en la misma medida en que nos empeñamos conocer la infracción.

Conferencia dictada el 25 de febrero de 1985 en la Universidad de Fribourg-Suiza