

# LA CONSTRUCCION SOCIOLOGICA DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA PENALES

(Ensayo de sociología jurídica)

MANUEL LÓPEZ-REY Y ARROJO

## I. *Propósito*

EL presente ensayo reafirma intentos anteriores del autor para lograr la transformación que las exigencias penales de nuestro tiempo, tanto en países desarrollados como en desarrollo, exigen del derecho penal como disciplina y de los códigos y la justicia penales como aspectos esenciales del sistema penal.<sup>1</sup> Falta de tiempo y espacio no permiten adentrarse todo lo deseable en el tema. Esto explica la conclusión de la exposición hecha.

## II. *Exposición y crítica de la situación actual*

El término *construcción* aquí empleado significa más que enfoque y concepción. El primero, ha sido y es en diversas formas utilizado y por lo general significa el reconocimiento más o menos amplio de la finalidad social del derecho, códigos y justicia penales. Dicha finalidad se manifiesta en la mayor o menor importancia dada a la prevención del delito y la readaptación del delincuente. La concepción sociológica del derecho, códigos y justicia penales va más allá, especialmente bajo la influencia de tesis socio-económicas, de defensa social, prevención social, profilaxis criminal, desorganización social, patología social, etc.

---

<sup>1</sup> Véase principalmente mis trabajos, "Consideraciones sobre el estado actual de las disciplinas penales", *Revista del Colegio de Abogados*, número 103, San José, Costa Rica, 1954; y "Teoría y práctica en las disciplinas penales", *Cuadernos Criminalia*, número 22, México, D. R., 1960.

Aunque el enfoque o concepción social implican una disminución del formalismo y dogmatismo jurídico del derecho, códigos y justicia penales —particularmente de la pseudo-teoría jurídica o técnico-jurídica del delito— uno y otra en diversas modalidades, según las diferentes escuelas o tendencias, reducen el delincuente a una condición de cliente o enfermo necesitado de ayuda, protección o asistencia a fin de lograr su cura o readaptación social. Ciertamente allí donde una y otra son necesarias deben intentarse, pero no todo delincuente es un enfermo o algo asimilable a él, ni tampoco siempre requiere rehabilitación social de ninguna especie.

Las escuelas o teorías de defensa social, profilaxis criminal y demás constituyen una simplificación equivocada de la criminalidad como problema social. El delito no es un fenómeno socialmente patológico como tampoco lo es la prostitución y menos aún un producto de desorganización social. Los norteamericanos, siempre deseosos de mantener y creer en una imagen de la sociedad norteamericana que solo en parte ha existido y existe, se pronuncian a veces fervorosamente por las tesis de desorganización, patología social o desadaptación (maladjustment) como explicaciones de la criminalidad. Todas ellas estiman que una sociedad bien o mejor organizada se hallaría libre del delito. Esta tesis es equivocada. Toda sociedad normal ha de "poseer" una cierta criminalidad. Lo que la criminología moderna no ha tratado aún y difícilmente lo conseguirá en tanto en cuanto siga por el presente "causalista" derrotero, es determinar —no necesariamente en forma aritméticamente exacta— cuál es la proporción de criminalidad que una sociedad particular puede soportar sin ser seriamente desarticulada o amenazada por la misma.

La tesis de que la personalidad del delincuente es el elemento básico para lograr la readaptación social del delincuente como finalidad de la ley penal, ignora no sólo lo dicho antes, sino además que la persona como realidad social es más importante que la personalidad, y que la finalidad de la ley penal no es la readaptación del delincuente, sino la justicia social de la que forma parte, con otros elementos, aquélla. Justicia y persona son no sólo frecuentemente ignoradas y por ello víctimas de las tesis de profilaxis criminal, readaptación social, etc. Entre los penalistas y criminólogos latinoamericanos es frecuente hallar referencias a la necesidad de que la ley o el tratamiento penal tengan en cuenta la *personalidad integral* del delincuente que nadie sabe en qué consiste o dónde empieza o acaba. La expresión es, aunque falsa, moneda corrientemente aceptada por todos como algo eminentemente progresivo y científico. Entre otros ejemplos recuerdo el caso de un proyecto de reglamento penitenciario para

el Distrito Federal de México en que se hacía tal demanda. Si difícil es determinar en qué consiste la personalidad todavía lo es más establecer su integridad o totalidad.<sup>2</sup> Añádase que su contenido y límites son variables en cada persona y que ambos se hallan determinados por elementos no personales, sino ambientales. ¿Cuál sería el valor práctico del tratamiento de la personalidad integral? ¿Qué país puede darse el lujo de tal consideración? Por último, y ello frecuentemente se deja de lado, una buena parte de los delincuentes no necesitan readaptación social de ninguna clase. En ellos y en la sociedad el delito o la criminalidad es, dejando de lado extremos casos individuales, expresión bastante fiel de la estructura socio-económico y política del país. En suma, cabe decir que la criminalidad como fenómeno social difiere esencialmente del delito como acontecimiento individual y no puede estarse como la adición de todos los delitos como actos individuales. En otras palabras, a la hora actual, el delito como fenómeno social requiere más atención que el delito como acto individual. Hasta ahora éste ha recibido una prioridad que ya no se justifica. Ello no quiere decir que el delincuente deje de ser atendido pero sí que un fenómeno social —la criminalidad en nuestro caso— no puede educirse en la medida adecuada mediante el tratamiento de casos individuales. El presente fracaso de la lucha contra el delito se debe en buena medida a la construcción *individualística* y *causalística* del derecho penal, de la criminología y de la penología contemporáneas.

Corolario de lo expuesto ha sido estimar que todo delito es un acto antisocial. La índole equívoca del término explica, pero no justifica, el ámbito desmesurado atribuido a la criminología contemporánea que engloba entre otras disciplinas la penología y la criminalística.<sup>3</sup>

Los penalistas mantienen que el delito es un acto antijurídico o contrario al derecho, que el derecho penal protege bienes jurídicos y que por ende, el derecho penal debe ser construido conforme a consideraciones dogmáticas. El resultado ha sido y es que para los penalistas lo importante es el perfeccionismo de la ciencia y del derecho

<sup>2</sup> Ese afán de *integridad* lo he hallado frecuentemente en los cuadros o formularios preparados por siquiátras y sicólogos para el examen individual de delincuentes y reclusos en instituciones penales del Brazil, Colombia, Venezuela, etc. Inútil decir que los numerosos espacios de tales formularios se hallaban invariablemente en su mayoría en blanco en los respectivos expedientes individuales que examiné, que fueron no pocos. En mis discusiones con sicólogos y siquiátras estos solían dar como razón la escasez de los mismos en los establecimientos penales. Aun admitida ésta, la razón se halla en lo que llamo "futilidad científica". Esta es provocada por la deformación profesional y el desconocimiento de lo que fenómenos o problema social es. En los penalistas y criminólogos que se ocupan de estas cuestiones cabe añadir que la erudición suele también jugar un papel.

<sup>3</sup> V. mi ensayo *The All Embracing Conception of Contemporary Criminology*, en *Criminologica*, Vol. No. 3, November 1967, en que se han específica referencia a las posiciones de Seelig, Mergen, Mannheim, Taft, Sutherland Caldwell etc.

penal como sistema y como técnica. Ciertamente existen desviaciones, pero estas son criticadas o desdeñadas especialmente por los que pudieran estimarse miembros de la orden *teoría jurídica del delito*, tardía o defectuosamente importada de Alemania por Jiménez Asúa en 1931.<sup>4</sup>

La tesis del bien jurídico como objeto esencial de la protección penal es la sostenida por la mayoría de los penalistas contemporáneos. Respecto a ella cabe decir que la vida, la integridad corporal, la salud, la propiedad y una serie de derechos de muy diversa índole pueden estimarse como bienes jurídicos. Mucho más dudoso parece estimar como tal el honor, la honestidad y las buenas costumbres. Lo mismo cabe decir respecto al orden público, los diversos aspectos de la función pública penalmente protegidos, la seguridad interna y externa del Estado, los medios de transporte o comunicación, etc. Considerarlos como bienes jurídicos es una ficción cuyo mayor inconveniente ha sido y es la fosilización de una serie de tipos penales y, todavía más, del derecho penal que ha dado lugar a un vacío cada vez más creciente entre dicho derecho y los códigos penales de un lado y las necesidades penales de otro. En realidad, se quiera o no, como consecuencia de necesidades sociológicas formadas por una diversidad de elementos, los códigos penales se ocupan de condiciones o situaciones cuya naturaleza se aleja cada vez más de la de bien jurídico.

Las contradicciones y confusiones de la construcción jurídico-formal actual no se evitan sustituyendo bien jurídico por valor social o afirmando que el hecho de hallarse protegido por el derecho transforma lo protegido en dicho bien. La verdad es que por su propio y variable contenido, lo sociológico hace que el derecho penal sea el menos derecho de todos los derechos. La razón de ello es su dependencia del hecho sociológico. A los efectos penales, entiendo por éste la expresión de una serie de necesidades, funciones, instituciones, medios, actitudes individuales y colectivas y fines necesarios para mantener la cohesión, coordinación requeridas para asegurar, dentro de límites compatibles con la dignidad humana, el funcionamiento y desarrollo de una sociedad determinada.

Ciertamente mi definición podrá mejorarse, pero la misma expresa la amalgama de elementos de que se ocupa el derecho y los códigos penales, que es de índole variable, dinámica y contradictoria. De la realidad social que esta amalgama constituyé apenas si se

---

<sup>4</sup> Sobre esta importación equivocada que disloca la verdadera trayectoria del derecho penal español, V. mi ensayo *O direito penal como profissao e como funcao social* en *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, No. 12, janeiro-março, 1966. Se equivoca Asúa cuando afirma que con tal importación construyó un derecho penal que no existía en España.

ocupan los penalistas para sí de la construcción técnica del derecho penal, lo que no es lo mismo. La técnica es necesaria, pero sólo como instrumento y no, como ahora frecuentemente acontece, como ocupación primordial del penalista. Esta preocupación por la técnica y por la construcción dogmático-jurídica del delito ha dado lugar a lo que ya hace años llamé bizantinismo jurídico penal. El caso de Jiménez Asúa y sus seguidores y emuladores, es por demás claro. Su tratado puede estimarse como obra importante de recopilación erudita de una gran parte de lo que se ha dicho por penalistas en no pocos países. Ahora bien, no cabe confundir erudición penal —a veces más aparente que real y otras simple pedantería —con la construcción del derecho penal que se necesita. Si se tiene en cuenta lo que el derecho penal de nuestro tiempo debe enfrentar, es decir, las crecientes y muy diferentes necesidades penales contemporáneas, cabe honestamente preguntar —y la misma honestidad se espera de la respuesta— si la llamada concepción técnico-jurídica del delito o cualquiera otra análoga se halla hoy día sociológicamente justificada. La definición que del delito da Jiménez Asúa es una pura y pesada construcción jurídico-formal que puede entusiasmar a no pocos, pero que es completamente irreal, ya que no tiene en cuenta la realidad social que el delito es y significa. Cualesquiera fueran sus defectos, la dada por Carrara se aproxima mucho más a las exigencias sociológicas.

Ciertamente un análisis de la construcción jurídico-formal del delito tal como es elaborado por Jiménez Asúa, Soler, Núñez, Novoa, Hungria, Mendoza, y otros muchos, no tiene por qué hacerse aquí. Todos ellos, dentro del derecho penal que cultivan, son eminentes. Cabe sí decir que la trayectoria que iniciaron y siguen, que quizá pueda denominarse "mezgerismo" con más o menos incursiones en Binding, Beling, Mayer, Welzer, Maurach y otros, está ya superada. Por transformaciones sociológicas, políticas y culturales incluso en América Latina, el tratado de Mezger, que les sirve de modelo principal, es la culminación de la decadencia jurídico-penal alemana, decadencia de que no se ha librado aun la ciencia penal alemana, de la que se nutre en buena medida con excepciones el no menos decadente derecho penal de nuestro tiempo.<sup>5</sup>

Los tratados penales de nuestro tiempo son discursivos, descriptivos y frecuentemente pedantes y no constituyen el derecho penal que la sociedad actual necesita.<sup>6</sup> En Jiménez Asúa y demás las referencias

<sup>5</sup> Aunque discípulo de Mezger, con quien estudié en Alemania, mi primera reacción contra esta construcción del derecho penal se manifestó con mi ensayo *El valor procesal penal de la llamada culpabilidad*, Madrid, 1934.

<sup>6</sup> Un análisis de las referencias y citas de algunos de ellos muestra que la mayor parte, señaladamente las de autores germánicos, son de segunda y tercera mano.

a controversias entre autores sobre cuestiones de índole académica pueden mostrar una erudición de mayor o menor valor pero escasa o nula originalidad en la construcción del derecho penal que las exigencias penales de nuestro tiempo demandan.<sup>7</sup> En realidad si la hojarasca bibliográfica fuera eliminada, para sorpresa de no pocos lo que quedaría sería esencialmente un derecho penal del siglo XIX o comienzos del XX, que evidentemente no puede satisfacer las necesidades de nuestro tiempo. Se ha llegado así a un derecho penal ficticio, de "sillón", que profesores, abogados, jueces y demás repiten y transcriben en sus lecciones, obras, dictámenes, exposiciones, documentos y sentencias. En América Latina es por demás frecuente hallar escritos abogadiles en que lo importante es hacer gala de opiniones extraídas de libros y tratados. Lo mismo acontece con no pocas sentencias. Algunas he tenido ocasión de leer en las que en apoyo del fallo se transcribían páginas enteras de éste o aquel tratado. La cuestión, por demás importante, es ¿constituye esto justicia penal?, también ¿puede estimarse que el derecho penal actual dará lugar a la justicia penal de índole esencialmente social que se necesita hoy día? Las respuestas son negativas. Justo es decir que algo análogo acontece en otros países en los que igualmente se está viviendo un derecho, códigos y justicia penales esencialmente enraizados en el siglo pasado. Ciertamente las reformas penales han sido y son numerosas y sirva como ejemplo típico el texto tan transformado del código penal francés, pero dichas reformas no han alterado la estructura y contenidos fundamentales del Derecho penal. En éste y hasta adentrarse en cualquier manual o tratado, se sigue construyendo el delito a base de una concepción jurídico-formal del injusto. Como conducta esencialmente antijurídica, como consecuencia de la tesis de bien jurídico ya mencionada; se proliferan aún, con más o menos distinciones de índole marcadamente formalista, las formas de culpabilidad y la ausencia de ésta; las de las causas de justificación y su ausencia; se mantiene artificialmente la separación de las penas y medidas de seguridad; etc. Todo esto y más no tiene en cuenta que la concepción formalista esencialmente *individualística* del derecho penal y del delincuente pertenecen al pasado. A fin de evitar mal entendidos diré que el concepto de individuo o, mejor el de persona, es indispensable, pero como se verá más adelante ha de construirse sociológicamente, es decir, sobre la idea de expectación social o del papel que todos y cada uno han de desempeñar en la sociedad.

Lo dicho no significa que todo el derecho penal actual debe ser

<sup>7</sup> V. Manuel López-Rey, *Les exigences pénales d'aujourd'hui et la politique criminelle contemporaine*, en *Revue internationale de Criminologie et Police Technique*, XVI, 4, Fenevè, 1962.

dejado de lado pero sí que lo que se conserve ha de tener cimientos sociológicos. Curiosamente, mientras el derecho civil, el más conservador de todos los derechos, se ha transformado en no pocos aspectos, especialmente en lo relativo a la familia, al matrimonio y a la propiedad, dando en parte lugar a nuevos derechos y a una construcción cada vez más sociológica del mismo, el derecho penal sigue tan rígidamente formal y dogmático como antes. Se habla de tipicidad, antijuricidad —término éste ya usado mucho más correctamente y sin pretensiones de novedad germánica por Silvela— y culpabilidad en forma que, fuera las disquisiciones de autores constantemente citados, muestra la fosilización jurídica y social del derecho penal en general y de la llamada teoría jurídica del delito en particular. Al construir el último arquitecturalmente en una serie de elementos se le aleja de la realidad y se le transforma en una pura entidad jurídica que, si amena para la disquisición, es una construcción que no encaja sociológicamente en las necesidades de nuestro tiempo. Y no se diga, para defender por ejemplo la tipicidad que esta es una garantía penal. Dicha garantía ya existía sin ella en el pasado y puede seguir existiendo sin estimarla como "elemento" del delito.

La necesidad de un cambio ha sido ya aceptada en Inglaterra y se abre paso en los Estados Unidos. En la primera, la *Criminal Justice Act*, 1967 ha introducido cambios esenciales en una anticuada concepción de la ley penal y justicia penal.<sup>8</sup> En los Estados Unidos la serie de informes de la Comisión Presidencial ha puesto de manifiesto la necesidad de una transformación del sistema penal.<sup>9</sup> Esta necesidad de ajustar lo penal a lo social constituyó la política de las Naciones Unidas en materia penal y criminológica.<sup>10</sup>

Entretanto, el panorama latinoamericano de transformación del derecho penal es poco alentador. Los penalistas siguen pensando en un derecho penal formalista, teóricamente construido, frecuentemen-

<sup>8</sup> En Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, India, Australia, etc., el término *Criminal Law* significa ley penal y derecho penal, lo que explica en parte la forma en que es construido éste. Los penalistas de la teoría jurídica del delito desdeñan la construcción anglosajona del derecho penal por su falta de tecnicismo y construcción jurídica-formal. Se olvidan que esa carencia ha facilitado su evolución, lo que no acontece con el tecnicismo jurídico. Ello no significa que el derecho penal anglo-sajón no sea aún demasiado formal con su reverencia por el precedente *case law*. Con todo, el valor de éste ha sufrido en 1966 un rudo golpe al despojarle su autoridad como antecedente en las decisiones de la *House of Lords* al actuar como Tribunal Supremo.

<sup>9</sup> V. *The Challenge of Crime in a Free Society*, Informe de la Comisión Presidencial sobre aplicación de la ley y la administración de justicia, Washington, D. C., 1967. Este informe ha sido seguido por otros sobre la policía, tribunales, criminalidad organizada, delincuencia de menores, etc., todos los cuales ponen de manifiesto el distanciamiento existente entre la concepción todavía dominante de la ley penal (derecho penal) y sistemas penales y la índole sociológica del problema de la criminalidad.

<sup>10</sup> V. las numerosas publicaciones de la Organización que no pueden enumerarse aquí. Ajustar a necesidades sociales no significa identificar la política criminal en una de índole socio-económica.

te alejado de la criminología y sociología cuya finalidad más práctica es la de facilitar el ejercicio de una profesión.

### III. La confección de los códigos penales

La confección de los códigos penales ha reflejado y refleja esa construcción jurídico-formal de lo penal aquí criticada. Excedería en mucho los límites de este ensayo hacer un examen siquiera sucinto de como se siguen "confeccionando" los códigos penales. En consecuencia, me limitaré a los proyectos más significantes, especialmente latinoamericanos.<sup>11</sup>

Así el proyecto de código penal alemán, en parte ya debatido, representa la continuación de la tradición jurídico-dogmática del derecho penal alemán. En su larga y minuciosamente tediosa Exposición de Motivos, no se menciona una sola vez la criminología. Técnicamente el proyecto es superior al código penal vigente pero esta superioridad no justifica su redacción y menos aún su aprobación, que es de esperar no tenga lugar.<sup>12</sup>

En Argentina, Sebastián Soler, eminente jurista y representante de la concepción jurídico-dogmática del derecho penal preparó en 1960 un proyecto (Ministerio de Educación y de Justicia de la Nación) cuya exposición de motivos es perfecta expresión de un concepto jurídico-formal de responsabilidad penal. Nadie puede negar a Soler su alta categoría de jurista, pero ello no significa que se acepte su aserción de que las dos fuentes de la reforma penal son la experiencia de la ley vigente y la construcción jurídica de la doctrina.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Para más detalles sobre estos V. mis ensayos *Aspects and problèmes de la codification pénale à l'heure actuelle* en Revue de Science criminelle et de Droit, penal comparé, 1, Paris, 1965; *O direito como profissão e como função social*, en Revista Brasileira de Criminologia e direito penal, Rio de Janeiro, 12, marzo 1966.

<sup>12</sup> El proyecto ha sido y es combatido por no pocos en la República Federal Alemana, especialmente por el profesor Mergen. Lo fue por quien esto escribe en 1965 en conferencia dada en Frankfurt/Main. Como contraste y aparte fundamentaciones ideológicas que no comparto, el reciente proyecto de código penal de la República Democrática Alemana es sociológicamente superior en no pocos casos al arriba citado.

<sup>13</sup> V. S. Soler, *Proyecto de Código Penal*, edición oficial, Ministerio de Educación y Justicia, Buenos Aires, 1960.

La concepción dogmática y técnica del derecho penal llevó a Sebastián Soler a presentar, como consecuencia de un encargo, su proyecto argentino como *Ante-proyecto de Código Penal* para Guatemala en 1960. Difícilmente pueden hallarse en América Latina dos países tan dispares como Guatemala y Argentina. Para pasmo el proyecto "guatemalteco" con mínimas modificaciones fue sometido juntamente con dos profesionales guatemaltecos. Cuando a uno de ellos le hice notar que tal transplantación jurídica no se justificaba por consideraciones sociológicas, me contestó que la técnica era aplicable en todo lugar. Afortunadamente, como tantos otros, el proyecto "guatemalteco" se ha perdido en los recovecos de la reforma penal todavía monopolizada, especialmente en América Latina, por penalistas. No pocos de ellos eminentes pero completamente desconectados de la sociología, la criminología y los problemas sociales. ¿Hasta cuándo este derecho penal formalista, erudito y técnico de "sillón"?

La primera en cuanto tiende a confundirse con la experiencia legal de jueces y abogados tiende a identificar la realidad jurisprudencial con la más real de índole sociológica. Respecto a la doctrina, a fuerza de querer construirla, la misma deviene entelequia alejada de la realidad sociológica. Esto es lo que acontece hoy día.

El proyecto de código penal para Brasil, del eminente penalista Nelson Hungria, contiene evidentemente aciertos pero su razón de ser es más un derecho penal comparado formal que la apreciación de los datos ofrecidos por la realidad brasileña. Baste decir aquí que con respecto a la Parte General los fundamentos que se ofrecen son los preceptos penales de códigos o proyectos de países cuya realidad poco o nada tiene que ver con la brasileña. Así, el proyecto alemán de 1960 es mencionado 16 veces; el argentino, que a su vez tuvo en cuenta el proyecto alemán de 1958, 15; el yugoslavo, 12; el griego, ocho; el italiano, seis, etc. En suma, en la confección de 116 artículos que constituyen la Parte General, 80 referencias son hechas a artículos extranjeros sobre cuya aplicación real nada se sabe o dice. Es por ello que hablé de derecho penal comparado formal, es decir, de papel y que consiste casi exclusivamente en la consulta de códigos.<sup>14</sup>

En Venezuela, país donde la codificación ha tenido desde 1962 a 1962 tres códigos y cuatro revisiones, se redactó en 1960 un proyecto que según el Ministerio de Justicia es el resultado de un cuidadoso estudio de las legislaciones penales posteriores a Zanardelli, tiene en cuenta al Código Roco, a las más avanzadas legislaciones ibero-americanas, los mejores frutos de las escuelas penales, las realizaciones de la escuela técnico-jurídica y las doctrinas de la ciencia alemana. Es cierto que se dice se tendrán en cuenta "nuestras necesidades", pero del aprecio de éstas no hay rastro en la pedante exposición de motivos. Al presente, el proyecto con el asesoramiento de Jiménez Asúa, es discutido por el legislativo. No es de envidiar la suerte jurídico-penal que acecha a los venezolanos.<sup>15</sup>

El más reciente ejemplo de este sistema de confección es Puerto Rico con su proyecto de 1967 basado en el de 1966 redactado por el Dr. Francisco Pagán, cuya exposición de motivos, tras un sinnúmero de referencias a doctrinas, autores y proyectos, no contiene nada que acredite una estimación siquiera somera de la realidad puertorriqueña mucho más asequible que la de otros países dada la pequeña extensión de Puerto Rico. Es de esperar que el proyecto, al presente en consideración legislativa, no sea aprobado.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> V. Nelson Hungria, *Anteproyecto del Código Penal*, Río de Janeiro, 1961.

<sup>15</sup> V. *Exposición de Motivos y Proyectos de Código Penal*, Ministerio de Justicia, Caracas, 1961.

<sup>16</sup> V. *Proyecto de Código Penal para Puerto Rico y Mensajes, Informes. Tablas e*

Siguiendo la misma trayectoria y a iniciativa de Chile, se discute hoy día por eminentes penalistas la preparación de un código penal modelo para América Latina. Lo que conozco de las discusiones y trabajos confirma que tan ilustres personas siguen estimando el derecho penal como una operación técnico-jurídica. En América hay cuando menos cuatro Américas o regiones "latinas" difícilmente adaptables a fórmulas modélicas, incluso si se ofrecen en forma alternativa como lo hizo *The Model Penal Code*, 1962, de los Estados Unidos, cuya trayectoria se imita aunque defectuosamente. Digo esto porque, mientras en su redacción participaron un gran número de especialistas y no sólo del derecho penal, en lo que se hace ahora los penalistas son si no los únicos —y no de todos los países— la abrumadora mayoría.

Todo modelo significa en mayor o menor medida unificación y aceptación de algo extraño. Es un error confundir la definición del delito con el fenómeno delito o, mejor, criminalidad y estimar que tanto la Parte General como la Especial de los códigos penales pueden sujetarse a un modelo. La única definición válida de delito que permite ajustarla en todo momento a la realidad es la de considerar como tal lo definido por la ley. Es la que establecen no pocos códigos y, por su concreción y sentido realístico, la sola aceptable. Cualquiera que sea la perfección técnica de definiciones modélicas, las dificultades para ello fueron puestas ya de manifiesto en las reuniones del *Bureau International pour l'Unification de Droit penal*, al que pertenecí. *The Model Penal Code* ha tenido escasa fortuna. Algunos de los nuevos códigos penales norteamericanos lo han ignorado, otros lo han superado y no pocos autores lo han criticado y critican. Con ello se cumple el destino de todo modelo que fatalmente deja de serlo. La tesis de un modelo, especialmente en América Latina, se basa en la concepción jurídico-formal y dogmática del derecho penal de carácter permanente, como si el derecho penal así construido hubiera alcanzado ya una perfección modélica insuperable. Esta fue la actitud de Carrara, que es empeorada por la mayoría de los penalistas contemporáneos. Las transformaciones socio-políticas hacen tales empeños sociológica y políticamente perjudiciales.

#### IV. *Los presupuestos sociológicos*

La formulación de los códigos penales exige la consideración previa de los aspectos sociológicos siguientes:

*Indice* Departamento de Justicia, San Juan 1967. Sobre él V. mis trabajos *La reforma penal en Puerto Rico*, 1967 y *Estudio penal criminológico del proyecto oficial de código penal de 1967 para Puerto Rico*, 1968 por encargo de la Universidad de Puerto Rico (Centro de Investigaciones Sociales) y de la Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico y publicados por la Universidad y el Colegio de Abogados respectivamente.

a) Composición de la población nacional, especialmente de la magnitud y papel que los menores y jóvenes adultos juegan en la vida nacional. Esto es decisivo ya que la minoridad penal no puede establecerse con criterios bio-sicológicos solos, sino esencialmente sociológicos;

b) Estructura política, social, económica y cultural del país, condiciones de vida y determinación tanto como sea posible de la repartición de estas condiciones en la población delincuente y proyecciones de esta población en un futuro razonable;

c) Información sobre facilidades existentes y a existir de servicios sociales, médicos, psicológicos, siquiátricos, etc.;

d) Tendencias, fluctuaciones de la criminalidad en los últimos cinco años y posibles proyecciones en un futuro razonable, habida cuenta de posibles o probables transformaciones socio-económicas;

e) Correlación y divergencias de estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias, especialmente desde un punto de vista sociológico. Es importante establecer las diferencias cuantitativas y cualitativas existentes entre ellas y sus razones; duración media de las sanciones, delitos a que corresponden y extracción socio-económica de las personas a que más generalmente se aplican y seguirán aplicándose;

f) Datos los más completos posibles sobre reincidencia, probación o remisión condicional y liberación en sus diversas formas y duración media de la detención preventiva. Entre otras esto conlleva una construcción socio-criminológica de la reincidencia y admitir que la frecuente pequeña reincidencia de tipo socio-económica no significa para la sociedad el peligro que se dice.

g) Reducción a un mínimo de las penas cortas de privación de libertad, prohibición absoluta de transformar en todo caso la multa en pena privativa de libertad. Determinación de los sustitutivos de la multa y de las penas cortas habida cuenta esencialmente de las condiciones socio-económicas dominantes en los delincuentes. Introducción entre otras modalidades de la ejecución a "plazos" en ciertos casos de las penas privativas de libertad.

h) Información sobre los artículos del código penal que han tenido escasa o nula aplicación o ésta ha sido altamente controversial;

i) Construcción del concepto de responsabilidad penal como algo esencialmente sociológico. Entre otras cosas, esto excluye la básica importancia dada hoy día a las concepciones psicológicas o normativas de la culpabilidad.

Ciertamente lo antedicho no tiene carácter cerrado. Su indagación no es fácil pero también menos difícil de lo que se mantiene, ya que buscando debidamente se hallan siempre datos estadísticos que pue-

den ser utilizados. Tal fue mi experiencia en Bolivia cuando fui encargado de la redacción de un proyecto de código penal.<sup>17</sup> Dicha indagación me tomó casi dos años. Lo mismo hice en Turquía e Irán. En este último solamente respecto a la legislación sobre menores delinquentes. Las estadísticas criminales —las otras suelen recibir mayor atención— en los países latinoamericanos raramente existen en forma adecuada. Ello no quiere decir que los datos no existan en alguna parte sino que poco o ningún esfuerzo se hace para ordenarlos y publicarlos. Mi experiencia personal, y entre otros recuerdo vívidamente el caso del estado de Minas Geraes en Brasil —a donde fui en corta misión de las Naciones Unidas—, es que por lo común los datos "están" en alguna parte pero el servicio estadístico apenas se ocupa de ellos.

No es posible detenerse aquí en el examen de la enumeración arriba hecha, pero sí diré algo sobre la construcción sociológica de la responsabilidad penal que constituye el pivote de la construcción sociológica del derecho penal. Una justicia penal de carácter social, que no significa compensación de desigualdades socio-económicas, pero sí tener éstas muy en cuenta, exige una responsabilidad penal basada esencial, aunque no exclusivamente, en el concepto de *expectación* que, a su vez entraña el de *actitud*. La vida actual exige de todos y cada uno cierta actitud y papel social —que puede variar— determinados por la posición que se ocupa. Aunque la responsabilidad ha de referirse a un acto específico, este acto, al igual que la persona que lo comete, no pueden estimarse como aislados —como hoy día se hace— sino concatenados a otros o a una situación o condición que es preciso tener en cuenta. Esta interrelación e interdependencia no significa aceptación de la peligrosidad penal —a la que me he opuesto siempre— sino reconocer la realidad de una serie de interrelaciones e interdependencias que generan actitudes individuales y colectivas y una expectación social, es decir, cómo una persona se espera deberá comportarse dentro de límites razonables en una coyuntura dada. Esa expectación se halla en parte determinada por la posición o condición de la persona o por ambas, por las circunstancias de hecho y las necesidades y fines sociales. Esto implica que respecto a

<sup>17</sup> Sobre mis tareas previas a la redacción del proyecto boliviano V. mis *Consideraciones generales para la redacción de bases de un anteproyecto penal*, mimeografiado, Comisión Codificadora Nacional, La Paz, 1941, que una vez discutidas fueron seguidas por *Bases para la redacción de un anteproyecto*, mimeografiado ídem, La Paz, 1942, igualmente discutidas, y finalmente mi *Proyecto oficial de código penal boliviano*, publicado por la Comisión, La Paz, 1941. Respecto a Turquía, en mis casi tres años de trabajos allí, mis indagaciones dieron lugar a una serie de informes que sería largo enumerar. Parte de lo sugerido fue aceptado en la ley Núm. 467 de 1965. En cuanto a Irán, los informes, aunque menos numerosos, dieron lugar a un proyecto que por causas ajenas al mismo no fue nunca adoptado.

una misma ofensa las personas no sean tenidas igualmente responsables. Esta desigualdad no se debe a la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes que no se excluyen, pero que no hace falta enumerar en una construcción sociológica del código penal, sino a la condición o posición y a la expectativa social, elementos que extravasan situaciones individuales. Ello también significa que la culpabilidad no tiene por qué construirse psicológica o normativamente sino sociológicamente, conforme a una exigibilidad de actuar de una cierta manera en un momento dado. Igualmente que la menor responsabilidad penal del hecho culposo no se justifica siempre. Asimismo que la casuística de las causas de justificación, que evidentemente han constituido una etapa jurídico-penal históricamente importante, es innecesaria. En suma, la Parte General de los códigos penales se transformará profundamente y será considerablemente reducida. El concepto de exigibilidad o no exigibilidad de base social absorberá los elementos del delito hoy día artificialmente contruidos y por sí solo bastará para determinar la responsabilidad penal.

El concepto de exigibilidad como algo más amplio que la simple adición de elementos no es nuevo. En realidad más que trazas de él se encuentran en los teólogos españoles. Mas concretamente, en el área penal fue construido, aunque limitadamente, por el Tribunal Supremo alemán y aceptado con gran cautela por algunos penalistas. Ciertamente, puede dar lugar a abusos, pero estos no son mayores que los cometidos por jueces y abogados cuyas sentencias y alegaciones se basan en falsa erudición o en la aplicación rutinaria de la ley penal. Tampoco los abusos superarían a los originados por el derecho penal jurídico-formal de nuestro tiempo o la artificialidad de la llamada teoría jurídica del delito.

Tal como la concibo —y a ella y su porvenir me referí hace ya tiempo—<sup>18</sup> no se trata de construir la no exigibilidad de otra conducta que la realizada como una causa general de inculpabilidad, un estado subjetivo de necesidad, una causa supralegal de exención de la pena o cualquier otra entidad dentro de la concepción jurídico-formal o dogmática del derecho penal. Tales y similares disquisiciones aunque interesantes deben estimarse superadas. No pocas de ellas no son más que *Deutsche strafrechtsdelikatessen*. De lo que aquí se trata es de una no exigibilidad de índole sociológica que engloba una serie de condiciones, situaciones, actitudes y expectativas que no pueden ser sólo individualísticamente enfocadas y resueltas. La expectativa social —y por ende exigibilidad social— respecto a un ingeniero, profesor, etc., es mayor que la referente a un campesino u obrero.

<sup>18</sup> V. mi libro *¿Qué es el delito?* Atlántida, Buenos Aires, 1946.

No se trata de compensar, sino de *exigir* conforme a lo exigible de cada uno y en cada uno. Esa exigencia da lugar a una expectación. Esta interpretación sociológica de expectación y exigibilidad trasciende lo individual y por ende la imputabilidad, la culpabilidad y la antijuricidad individualísticamente concebidas. Significa también reconocer el papel que las actitudes individuales y colectivas juegan en la apreciación de ciertos elevados intereses, necesidades o, si se quiere, valores de valores —aunque más y más me aleja de este término— como parte de los cimientos de un derecho y códigos penales esencialmente sociológicos. Entraña una transformación casi radical de aquel y estos y es la sola construcción que puede dar lugar a una auténtica justicia social. La justicia jurídico-penal de hoy día es inapropiada, estrecha e injusta. No es ciertamente lo que la transformación social de nuestro tiempo demanda. Se ha quedado atrás y los “remozamientos” de que es objeto no la salvarán.

Los países desarrollados y en desarrollo, sirva de ejemplo de los primeros los Estados Unidos y de los segundos cualquiera de los que innumerablemente existen, se están transformando más rápida y, lo que es más importante, más diversa y radicalmente de lo que se cree. La América Latina no es excepción y en ella —reprimidos o no— existen un fermento y una transformación social frente a los cuales el derecho penal y códigos penales de los penalistas es una ocupación o una justicia penal deformada en la que pocos creen. La codificación penal mexicana —impuesta por una organización federal, que en sí no excluye la existencia más beneficiosa de un sólo código penal, tal en Brasil, Canadá, Suiza y Yugoslavia— es evidente ejemplo de esa profesionalización que con más o menos pretexto demanda el reemplazamiento de códigos penales que doctrinalmente podrán justificarse pero no sociológicamente.

### V. *Observaciones finales*

Evidentemente lo aquí expuesto se presta a la discusión y aún al repudio. En parte porque ha faltado espacio para explicarlo más detenidamente, en parte porque se opone a la corriente y por último porque exige un esfuerzo que no muchos se hallarán dispuestos a hacer. Lo dicho se halla sujeto a discusión y razonamiento y por ende a rectificación, pero no creo que a cambio de dirección. La razón es que las necesidades sociales y penales de nuestro tiempo y menos aún las de la América Latina, a quien en buena medida es dirigido este ensayo, pueden ser satisfechas por el derecho penal actual. La transformación de éste no será ciertamente hecha por los penalistas,

no pocos de ellos eminentes, sino mediante conjunción de la sociología, criminología, sicología y derecho penal. La iniciativa deberá venir de los sociólogos que deberán promover más de lo que hasta ahora hacen la sociología jurídico-penal que nuestra época necesita y no la cultivada hasta ahora. Ciertamente, las Facultades de Derecho deben jugar un papel no menos importante pero dudo lo hagan. Su organización y fines, y no sólo en América Latina, se halla en buena medida anquilosada y ello como parte del anquilosamiento de la Universidad que existe pese a su "democratización". Inútil decir que Democracia y Universidad deben marchar juntos, pero tal unión no debe dar lugar a la desvalorización actual de lo universitario. Esta desvalorización favorece el sentido de profesionalización y reduce el de función social que debe ser ejercida por los que sin privilegios de ninguna clase son aptos para ello.

Respecto a las Facultades de Derecho, incluso con el aditamento de Ciencias Sociales, las más de ellas son aquí y acullá fábricas de abogados. En América Latina, y en parte como consecuencia de una tradición histórica, el tipo de licenciado o doctor tiene un relieve que sociológicamente no corresponde, al menos en lo penal, a la función social que este aspecto del derecho debe realizar. El licenciado y el doctor son aún imágenes de una concepción jurídica del pasado que anacrónicamente subsiste. Ciertamente, uno y otro son necesarios pero con un contenido, finalidad e imagen diferentes.

Si la transformación general de las Facultades de Derecho no es inmediatamente factible, sugiero la diversificación de su producción formando diferentemente al abogado, licenciado o doctor *penal*. Ello correspondería a la construcción sociológica del derecho, códigos y justicia penales.

En suma, lo aquí expuesto suscita una gran cuestión rodeada a modo de constelación de no pocas otras. Mi deseo ha sido y es promover una transformación del derecho penal pareja a la que social y políticamente ha comenzado ya en todas partes. Ello no significa repudio de ese derecho o querer suplantarle con la criminología, a su vez harto necesitada de seria revisión. A ello me he referido en otras ocasiones. Significa un derecho penal muy diferente que permita elaborar no menos diferentes códigos penales y una auténtica justicia penal social de la que tantos hablan y pocos tratan de construir.