

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDE
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
MARÍA LAURA BÖHM
MARIANO BORINSKY
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
HORACIO DIAS
JAVIER DE LA FUENTE
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
MARIANO GUTIÉRREZ
AGUSTINA IGLESIAS

JAVIER DE LUCA
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
GRACIELA OTANO
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
ROMINA ZARATE
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.penal@thomsonreuters.com Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074195

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Beccaria, 250 años después: política criminal con base científica y utopía penal en su obra y en la actualidad Por Jean Pierre Matus	3
El delito de trata de personas y los nuevos estándares en materia de competencia judicial Por Ricardo Alberto Grisetti y Luis E. Kamada	12
La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición Por Alejandra Castillo Ara	20

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Los dispositivos políticos del genocidio Por Martín Lozada	31
La peligrosidad en la "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal". Buenos Aires 1924-1934 Por Mariana Angela Dovio	44

DERECHO PROCESAL

DOCTRINA

El derecho de no autoincriminarse. Contenido esencial y problemas prácticos fundamentales Por Luis Miguel Reyna Alfaro y Carmen Elena Ruiz Baltazar	59
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

La competencia del tribunal de alzada para modificar la resolución a favor del imputado respecto a puntos no recurridos: "Competencia amplia vs. Competencia restringida" Por Santiago Roldán	78
La usurpación en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma Por Federico Kierszenbaum	90
El art. 171 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires reformado por la ley provincial 14.517 Por Diego N. Siman	100
Plazo razonable en el nuevo Código Procesal Penal de Salta ¿Realidad o Ficción? Por Daniel Alejandro Escalante	105
<i>NOTA A FALLO</i>	
Forzamiento de la acusación fiscal ¿Un problema sin solución para la víctima? Por Miguel Á. Almeyra	109
PROCEDIMIENTO PENAL / Nulidad en el procedimiento criminal y correccional. Sobreseimiento. Disidencia (CNCrim. y Correc.)	109
<i>EJECUCIÓN DE LA PENA</i>	
<i>DOCTRINA</i>	
El trabajo de las personas privadas de la libertad en la República Argentina (2ª parte) Por Elsa Porta	117
<i>PENAL ECONÓMICO</i>	
<i>DOCTRINA</i>	
Análisis criminológico de la represión del tránsito internacional de mercadería de marca comercial falsificada en la Argentina Por Eduardo Fridman	135
<i>NOTA A FALLO</i>	
Nuevamente sobre la libertad. A propósito de las requisas sobre automóviles Por Marcelo Villanova	142
ESTUPEFACIENTES / Transporte. Procesamiento de los tripulantes del rodado. Concurso real. Asociación ilícita. Agravante por el número de intervinientes. Calidad de funcionarios públicos. Gendarmes. Revocación del procesamiento de quien facilitó un dispositivo de localización satelital (CFed. Salta)	142
<i>DELITOS INFORMÁTICOS</i>	
<i>DOCTRINA</i>	
El "grooming" y su inclusión al Código Penal argentino Por Martín Federico Chasco	167

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA

Reincidente excluido, ¿reincidente enemigo? Por David G. Mangiafico	177
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

El juez y el súbdito Por Sebastián Soler	191
----------------------------------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

Delitos Empresariales. Imputación a las personas físicas, por Marco Antonio Terragni. Comentado por Carlos Christian Sueiro	201
La Violencia en los márgenes. Una maestra y un sociólogo en el conurbano bonaerense, por Javier Auyero y María Fernanda Berti. Comentado por Matías Bailone	203

ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL

Cuadro comparativo. Penas del Código Penal vigente y penas propuestas por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma Por Roberto Carlés	207
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DERECHO PENAL



Beccaria, 250 años después: política criminal con base científica y utopía penal en su obra y en la actualidad

POR JEAN PIERRE MATUS (*)

Sumario: I. Introducción: Beccaria como inventor de la *criminología positiva*. — II. Primera consecuencia: las diferencias esenciales entre Beccaria y la Escuela Clásica— III. Segunda consecuencia: Beccaria como inventor de la política criminal con base científica. — IV. Crítica: la confusión entre política criminal científica y utopía penal en las propuestas de Beccaria. — V. Conclusión: política criminal y utopía penal en la actualidad.

I. Introducción: Beccaria como inventor de la *criminología positiva*

En un discutido artículo de 1991, Piers Bierne ha calificado a Beccaria como el *inventor* de la idea de la *criminología positiva*, entendida como la actividad humana que aplica el método científico al estudio de la criminalidad y el delito, creando teorías e hipótesis explicativas y predictivas susceptibles de refutación por la observación y la experimentación. Según Bierne, un análisis de las ideas contenidas en *Dei Delitti*, a la luz de las fuentes e historia de su formación, permite ver en ellas algo más que la corriente asociación de todo el contenido de *Dei Delitti* con el “humanismo” y “contractualismo” de Montesquieu y los *philosophes* franceses, así como con la “Escuela Clásica” de la criminología y del Derecho Penal. En efecto, Bierne pone el acento en que junto con el contractualismo y la idea de los hombres libres e iguales subyacente, a la hora de proponer medidas prácticas para asegurar esa libertad, Beccaria esconde en sus propuestas la concepción del hombre como sujeto de la causalidad natural (sus propias pasiones y estímulos, externos e internos), concibiendo la pena no como un “mensaje” dirigido a la “razón”, sino más bien como “obstáculo sensible” frente a esas pasiones y el resto de los estímulos que conducirían el comportamiento humano, “obstáculo” que sólo operaría en la medida de la “probabilidad” de su ocurrencia (y de allí la insistencia de Beccaria en, por ejemplo, la inflexibilidad de los magistrados y la supresión de la gracia y el perdón) y de que

la imposición de las penas pudiese realmente ser “asociada” a la comisión de hechos prohibidos, en una suerte de anticipación de lo que hoy llamaríamos “conductivismo social” (y de allí las propuestas beccarianas de publicidad de los juicios, de las penas de trabajos forzados públicos, y de prontitud de los juicios y las penas frente a los hechos punibles). Según Bierne, “sensorialismo”, “probabilismo” y “asociacionismo” son ideas que no se vinculan a los *philosophes* franceses, sino que entroncan directamente con las convicciones de la “ciencia del hombre” y el “utilitarismo” de la ilustración científicista escocesa (Smith, Locke, Hume, Newton, y sobre todo Huchteston). De hecho, está documentado que el apodo que los hermanos Verri daban a Beccaria en la *Academia del Puño* era *Newtoncino*.

Lo anterior explicaría, según Bierne, el porqué de la insistencia de Beccaria de incorporar a los *filósofos* al gobierno, entendiendo ahora por tales no a los racionalistas franceses sino a los “científicos” escoceses. Esta idea es claramente planteada en el Capítulo 42 de *Dei Delitti*, donde, bajo el título de “*De las Ciencias*”, propone Beccaria contar con el consejo de una multitud lo más numerosa posible de hombres ilustrados, *filósofos* (científicos), para que la legislación sea redactada de conformidad con los límites, científicamente develados, que la naturaleza y la vida en común nos imponen a todos, “porque no hay hombre iluminado que ame los públicos, claros y útiles pactos de la seguridad común, comparando la mínima e inútil libertad que él les sacrifica con la suma de todas las libertades sacrificadas por los restantes hombres que sin las leyes podrían conspirar en contra suya”.

(*) Catedrático de Derecho Penal de las Universidades de Chile y Finis Terrae.

II. Primera consecuencia: las diferencias esenciales entre Beccaria y la Escuela Clásica

Sin entrar ahora en la discusión acerca de si también puede o no considerarse a Beccaria el *inventor* de la criminología positiva actual, que se encuentra cruzada por la disputa de las escuelas “neoclásica” (economicista, derivada del seminal estudio de Gary Becker, *Crime and Punishment*, 1968, donde expresamente refiere sus tesis como una “modernización” de las de Beccaria y Bentham) y “sociológicas” (con sus múltiples teorías, desarrolladas desde mediados del siglo XX a partir de la obra de Sutherland), quisiera únicamente detenerme en un punto que, por la lamentable confusión histórica y terminológica que provoca, debe ser destacado: cualquiera sea el resultado de la discusión propuesta por Bierne acerca de si Beccaria puede considerarse o no también entre los representantes de la *Escuela clásica de la criminología* y, por lo tanto, atribuir ahora sus propuestas a la Escuela Neoclásica, como quiere Becker, o a la Sociológica, como propone Bierne, lo cierto es que es muy difícil compatibilizar sus propuestas con las de la también llamada *Escuela clásica del Derecho penal*, cuyo máximo representante en Italia fue Francesco Carrara.

En efecto, durante el siglo XVIII y en la primera mitad del XIX no hubo en la práctica una ciencia *criminológica* basada *explícitamente* en el método científico, a pesar de las influencias científicas que se observan en Beccaria, y el utilitarismo y objetivismo de Bentham. En esa época existía una confusión personal entre el filósofo, el publicista, el criminólogo y el penalista, como sin dificultad se aprecia en *Dei Delitti*. Es por ello que se ha tendido a confundir nominal y personalmente la Escuela Clásica del Derecho penal con la Escuela Clásica de la criminología. Sin embargo, en realidad, ambas “Escuelas Clásicas” parten de supuestos muy distintos: la primera, desde la idea *metafísica* del “libre albedrío” y la absoluta separación del estudio del Derecho penal del resto de las cuestiones vinculadas a las causas y mecanismos de control de la actividad criminal; la segunda, desde el “utilitarismo”, donde el placer y el dolor, como estímulos humanos, no son cuestiones ajenas a la realidad, sino sensibles y, por lo tanto, susceptibles de observación y comprobación empírica. En otras palabras, afirmar que “el ser humano es libre” es una afirmación que no está sujeta a comprobación empírica o refutación científica; en cambio, afir-

mar que “las penas previenen los delitos” sí puede ser objeto de estudio, observación y refutación científica, al punto que hasta decididos partidarios del paradigma sociológico han debido aceptar que dicha afirmación es comprobable en una medida significativa (Serrano Maíllo, 2006).

Por lo tanto, una cosa sería discutir si las ideas de Beccaria pueden servir de punto de partida de las actuales escuelas Neoclásicas o Sociológicas de la Criminología y otra, muy distinta, asimilarlo a la llamada Escuela Clásica del Derecho penal, como equivocadamente yo mismo he hecho siguiendo el planteamiento tradicional de nuestros autores (*Lecciones*, 2004). En efecto, aunque los “clásicos” recogieran algunos planteamientos de Beccaria que pueden verse como consecuencia de sus puntos de partida (principio de legalidad, supresión de la tortura y otros), basta con asomarse al primer tomo de la monumental obra del más destacado representante de dicha Escuela Clásica del Derecho Penal, el *Programa de Derecho Criminal* de Francesco Carrara (Bogotá, 1956, trad. Ortega y Guerrero) para percibir cómo, fustigando a “Rousseau y sus secuaces”, se aparta Carrara de todo examen acerca de los mecanismos que operan en la realidad y conducen a la comisión de delitos o su prevención: allí se concibe al delito únicamente como “un *ente jurídico*, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un *derecho*”, y la *pena* como “una *coacción moral* que, mediante la amenaza de un mal que ha de infligirse a los violadores del derecho, sirva para apartarlos de la agresión”, lo que no podría entenderse como una función de utilidad de la pena, pues la legitimación de ésta no la ve en la utilidad o prevención efectiva, sino en su adecuación a la *norma absoluta* derivada de las “deducciones lógicas de la eterna razón, por medio de la cual reveló Dios a los hombres, por admirable inspiración, todo lo que era necesario para regular aquí abajo su conducta hacia los propios semejantes”.

Esto explica que más adelante afirme no sólo el *libre albedrío* como principio “inmutable” de la naturaleza humana y del derecho penal, sino, además, que toda función de “*policía*”, como procedente de un principio de “utilidad” y no de “libertad”, “no tiene nada en común con la función penal”, y que éstas “no se unifican en sí mismas, ni ante la ciencia”.

Esta crítica se enlaza claramente con las críticas *idealistas* de Kant y Hegel, quienes en sus

monumentales obras, aunque solían no citar con nombre y apellidos, sí dedican su buen par de líneas a atacar personalmente a Beccaria y, sobre todo, al fundamento político de sus propuestas para eliminar la tortura y reducir la imposición de la pena de muerte a un límite razonable. Así, por ejemplo, Kant, al fundamentar su retribucionismo y la imposición de la pena de muerte como un imperativo categórico, negaba las propuestas de Beccaria sosteniendo que ellas se fundamentaban en su “sentimentalismo y afectada humanidad (*compassibilitas*)” y que el recurso al contrato social sería sólo “sofistería y torticería del derecho”. Y Hegel, por su parte, sostenía contra Beccaria que si “la pena es vista como continente de su propio Derecho [el del delincuente], con su imposición el delincuente es honrado como ser racional” y “no es tratado sólo como un animal peligroso” o teniendo en cuenta intimidar a los demás; agregando que el Estado no puede estar sometido a un pacto social que le imponga el cuidado y aseguramiento de la vida y propiedad de sus miembros, sino al contrario, afirma que el Estado “es lo superior, lo que esas vidas y propiedades toma por derecho y cuyo sacrificio exige”. Estas críticas parecen explicar por qué en Alemania donde, a pesar de que el texto de Beccaria fue rápidamente traducido (Hamburgo, 1766), influyó en la primera recopilación del derecho común de Prusia y era claramente reconocido por Feuerbach, hoy se encuentra en el olvido y la omisión de las partes generales o en las renovadas e idealistas críticas de Naucke.

III. Segunda consecuencia: Beccaria como inventor de la política criminal con base científica

Dicho lo anterior, volvamos al principio: si es cierto que Beccaria puede considerarse un inventor de la criminología positiva “sociológica” de hoy en día (y también de la “neoclásica”, en tanto basada en el método científico), por haber introducido en la discusión sobre el derecho penal y las causas del delito elementos propios de la ilustración científicista escocesa, también lo es que “adelantándose en mucho a las ideas de su época, aconseja la adopción de algunas medidas eficaces para precaver delitos” (Del Río, *El problema penal*, 1916), por lo que puede afirmarse, como ya lo había hecho Samuel Gajardo al presentar la única edición chilena que conozco de *Dei Delitti* (reproducción de la traducción anónima impresa por R.

Wright en Filadelfia en 1823 —Imprenta Cervantes, 1943—), que Beccaria “fundamentó también la *política criminal*, ciencia moderna que consiste en el conjunto de medios aplicables por el Estado para abordar el problema de la delincuencia, uno de los cuales es el Derecho Penal positivo, pero no el único, pues hay otro más amplio e importante, que es la prevención del delito”.

En efecto a lo largo de *Dei Delitti*, pero especialmente en sus últimos capítulos, Beccaria ofrece un conjunto de medidas aparentemente “prácticas” o “técnicas” para prevenir o evitar los delitos, sobre la base de que la reforma a las leyes penales que proponía en el resto de su obra podría ser insuficiente para lograr por sí misma este objetivo.

Así, como ya hemos dicho, en el capítulo relativo a “*Las Ciencias*” de su famoso opúsculo, afirma Beccaria la necesidad de contar con el consejo de una multitud lo más numerosa posible de hombres ilustrados en las *ciencias* (*filósofos* en el sentido escocés, no francés), para que la legislación sea redactada de conformidad con los límites, científicamente develados, que la naturaleza y la vida en común nos imponen a todos, para poder efectivamente evitar los delitos.

A continuación, cuando habla de “*Los Magistrados*”, su propósito no es discurrir sobre la regulación penal de su protección o del castigo de sus abusos, sino ofrecer algunas medidas aparentemente “técnicas” que considera útiles para combatir la tendencia que estima natural a la corrupción y el aprovechamiento de quienes, en definitiva, tienen el poder real en una sociedad para mandar hacer cumplir las leyes o ejecutarlas por sí mismos (“magistrados” en sentido amplio, como autoridades del orden civil): aumentar su número, “porque la venalidad es más difícil entre miembros que se vigilan entre sí”; y permitir las “querellas, justas o injustas, de quien se siente oprimido”, para de este modo no acostumbrar “a los súbditos a temer a los magistrados antes que a las leyes” y evitar el aprovechamiento consiguiente.

Además, al estudio de las ciencias como base de la legislación y el evitar la corrupción de los magistrados, propone Beccaria añadir una suerte de justicia premial de la virtud, que recompense a los ciudadanos por los hechos que contribuyan al bienestar de la comunidad y, como “el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos” para

evitar los delitos, una política social de educación para el pueblo.

Otras *medidas* para evitar los delitos propuestas por Beccaria, que no aparecen vinculadas directamente a una modificación de la legislación penal propiamente tal son sus propuestas relativas a los medios a emplear para mantener la “tranquilidad pública y la quietud de los ciudadanos” (Cap. 11): “la noche iluminada a expensas públicas, las guardias distribuidas en diferentes cuarteles de la ciudad [...] forman un ramo principal, de que debe cuidar la vigilancia del magistrado, que los franceses llaman de la *police*”.

Finalmente, en las reflexiones de Beccaria sobre el hurto no violento (Cap. 22), puede verse un llamado indirecto a prevenir esta clase de delitos mediante una política social destinada a reducir la pobreza, cuando sostiene que “ordinariamente este delito proviene de la miseria y desesperación”.

IV. Crítica: la confusión entre política criminal científica y utopía penal en las propuestas de Beccaria

A pesar del hilo conductor que puede apreciarse entre todas las medidas aparentemente técnicas para evitar los delitos propuestas por Beccaria, que Gajardo englobaba en la idea general de *política criminal*; un análisis de las mismas nos permite distinguir en ellas dos grupos claramente diferenciados:

a) Las *medidas de prevención de delitos* sujetas a comprobación o refutación empírica, que no suponen necesariamente una alteración de los poderes políticos de la sociedad, a saber: i) fomentar la educación de los desposeídos; ii) iluminar las calles y aumentar la vigilancia policial; y iii) mejorar las condiciones sociales (pobreza o, como se dice hoy en día, marginación); y

b) Las *medidas de prevención de delitos* basadas principalmente en el cambio de los poderes políticos de la sociedad, a saber: i) encargar la legislatura a los científicos; ii) aumentar el número de magistrados, en la esperanza de su control recíproco; y iii) otorgar premios de buena conducta.

El primer grupo de *medidas* así descrito corresponde al aporte de Beccaria a lo que podemos denominar la *invención de la política criminal*

de carácter científico o positivo. El segundo, en cambio, se vincula con otra clase de *política criminal*, de carácter más bien *utópico*, que, disfrazada de “medidas prácticas”, en realidad se encuadra en el marco más amplio de la *utopía social* de Beccaria.

En efecto, como hipótesis científica la afirmación general de que la actividad criminal puede disminuir mediante el fomento de la educación de los desposeídos; la iluminación de las calles; el aumento de la vigilancia policial; y el mejoramiento de las condiciones sociales, puede ser y ha sido objeto de estudio científico. *Política criminal* es, en este sentido, una “ciencia” que “se ocupa de estudiar e implementar medidas para la prevención y control del delito”. Así, por ejemplo, sabemos por ahora que el fomento de la educación general en el pueblo no es un factor decisivo en la reducción de la actividad criminal, si comparamos su evolución con la del explosivo aumento de la cobertura educacional en Chile, a partir de los años 1980 (Cea *et al.*, 2007); que la iluminación de los espacios públicos y otras medidas de prevención del delito de corte situacional pueden producir reducciones significativas de la actividad criminal, cuando ésta se concentra en ciertas zonas geográficas (Felson, 2002); que un aumento significativo del número de policías por habitantes sí produce una disminución de la actividad criminal (Levitt, 2004); y que, en cambio, el aumento del bienestar en la sociedad y la disminución de las tasas de desempleo parecen tener efectos ambiguos y, en todo caso, no muy significativos (Matus, 2005). Y todo esto, sujeto a la refutación de estudios, observaciones y experimentaciones más acabadas que quizás contradigan o reafirmen lo que ahora tenemos por cierto.

En cambio, no son científicamente contrastables las *medidas para evitar delitos* consistentes en crear una sociedad gobernada por científicos (*filósofos*) que dicten leyes basadas en el conocimiento *científico* del ser humano y la sociedad; donde los poderes públicos están distribuidos entre muchos magistrados que se vigilan entre sí; y el Tesoro se encuentra a disposición de cualquiera que haga el bien. Aquí entramos más bien en el campo de lo *utópico*, en el sentido que emplea J. C. Davis (*Utopía*, 1983), esto es, como aquel en que se discuten propuestas de sociedades ideales basadas en las ideas de totalidad, orden y perfección, gobernadas por leyes.

Entre sus contemporáneos, quien con mayor claridad se percató del carácter *utópico* de estas propuestas de Beccaria fue el pintor escocés Allan Ramsay, quien en una carta a Diderot de fines de enero de 1766 (transcrita en la edición de Venturi) escribía que “estas obras especulativas, como *De los delitos y de las penas*, entran en la categoría de las *utopías*, de las *repúblicas a la Platón* y otras políticas ideales, que demuestran suficientemente la inteligencia, la humanidad y la magnanimidad de ánimo de los autores, pero que jamás han tenido ni tendrán ninguna influencia actual y presente sobre los asuntos prácticos”.

Por otra parte, se debe destacar que esta *utopía social* de Beccaria, basada en un mundo gobernado por los *filósofos*, poco tiene que ver con otras *utopías* que algún grado mayor de éxito tuvieron con el curso del tiempo, como la *socialista*, por más que se destaque que Facchinei usa por primera vez en términos peyorativos la expresión “socialista”, tratando como tales a Beccaria y al resto de los “publicistas” del Iluminismo en que se basa, en sus “*Notas y observaciones*” a *Dei Delitti*, de principios de 1765, como quiere ahora Fernández Buey (*Utopías*, 2007), para quien Beccaria debe considerarse al menos como un *pseudo utópico socialista*, queriendo ver en la supuesta “sensibilidad moral” de nuestro autor una suerte de “crítica moral al capitalismo incipiente” y el fundamento de sus críticas y de la necesidad de preguntarse sobre “el derecho a castigar en una sociedad injusta y desigual”.

Sin embargo, Venturi destaca cómo ya en el siglo XVIII Mably y quienes propugnaban en esa época verdaderamente un cambio radical de las condiciones sociales, no veían en las propuestas de Beccaria sino un mero “reformismo”, un camino no propiamente “revolucionario”, pues se afirmaba que una simple reforma penológica no alteraría la realidad de que “delitos y penas no sólo eran proporcionales a la desigualdad que nacía del privilegio, sino que surgían de aquella más grave desigualdad que hundía su raíz en la misma idea de propiedad”.

A mi juicio, lleva razón Mably, pues Beccaria no parece estar del lado de quienes abogaban por la radical reforma del sistema económico o, al menos, no del lado de los utópicos que afirmaban una “crítica moral al capitalismo incipiente”, sino al contrario: Beccaria en economía se encontraba

precisamente a favor de ese capitalismo a lo Smith, que terminaría por reemplazar al mercantilismo del *Ancien Régime*, como lo reflejaba en sus estudios económicos y en el propio *Dei Delitti*. Baste para confirmar lo anterior que, respecto del hurto no violento, el que Beccaria estima estar causado en buena medida por la miseria, no propone su perdón por ello, sino la sustitución de la pena pecuniaria por “la única clase de esclavitud que puede llamarse justa, o sea, la esclavitud temporal de las obras y de la persona a la sociedad común”.

Sin embargo, el carácter *utópico* —aunque no *socialista*— de algunas de las propuestas de reforma social de Beccaria queda de manifiesto incluso si se miran a la luz del conocido éxito y la aceptación por parte de los *Déspotas Ilustrados* de Europa y de los *Revolucionarios franceses* de buena parte de las reformas propiamente penológicas que propuso o recogió (legalidad, proporcionalidad y benignidad de las penas, juicios justos, supresión de la tortura y reducción de la pena de muerte): estas reformas, por decirlo de alguna manera, se independizaron de las propuestas *utópicas* de Beccaria y encontraron aceptación, con diversos argumentos y fundamentos en buena parte de la Europa ilustrada, desde la *Revolucionaria francesa* a las más conservadoras alemana e italiana. O, dicho de otro modo: el éxito de las reformas penológicas de la Ilustración parece estar de alguna manera *desconectado* de los fundamentos de la *utopía social* que, entre otros, proponía Beccaria.

Esmás, Foucault (*Vigilary Castigar*, trad. Garzón, México, 1976), a quien difícilmente calificaríamos como conservador, niega documentadamente que la gran reforma judicial en materia criminal operada tras la *Revolución* de 1789 tuviese alguna vinculación más allá de la simplemente *retórica* con las propuestas de Beccaria y el resto de los reformadores franceses. En efecto, en primer lugar, señala que la benignidad de los castigos fue un proceso generalizado durante el siglo XVIII, dentro de un “doble movimiento, por el cual, durante este periodo, los crímenes parecen perder violencia, en tanto que los castigos, recíprocamente, se descargan de una parte de su intensidad, aunque a costa de intervenciones múltiples”.

A ello agrega que la reforma propiamente tal no fue preparada, al menos no en Francia, únicamente por los filósofos racionalistas, sino princi-

palmente por los propios juristas y magistrados, y que su producto no fue el gobierno de los sabios y las ciencias, sino la consolidación del “poder de juzgar”, “sobre el cual no habría de pesar el ejercicio inmediato de la soberanía del príncipe”, y que —este es el punto central de su tesis— “ejerciera plenamente su poder”. O, dicho en las palabras de Ramsay, el reemplazo de unos antiguos jefes por otros nuevos.

Y en esta consolidación del poder de juzgar en la magistratura y los juristas puede verse hasta hoy en día cómo de la *utopía social* de Beccaria poco se ha realizado: no son los *científicos* los que legislan ni forman el mayor número de legisladores ni aún de magistrados, e incluso buena parte de las teorías y doctrinas practicadas por los juristas en todas partes del mundo, cuando son enfrentadas a problemas que tienen una explicación científica (*filosófica* en los términos de Beccaria), por ejemplo, causalidad y enfermedad mental, se resuelven manteniendo la cuestión en la decisión del juez y no del científico, como si las leyes de la naturaleza y la medicina fuesen un asunto principalmente retórico; allí donde se ha ampliado el número de magistrados no se ha producido entre ellos una “mutua vigilancia”, sino, al contrario, asociaciones gremiales con marcado interés en la defensa corporativa antes que en el mutuo control (lo que en Chile, se ha exacerbado particularmente por la reducción extrema del recurso jerárquico en las últimas reformas); y no existe en país alguno que yo conozca una judicatura *premial*.

V. Conclusión: política criminal y utopía penal en la actualidad

Como hemos expuesto hasta aquí, hay en las propuestas de *política criminal* de Beccaria una confusión entre las propiamente *positivas*, esto es, las que pueden considerarse y evaluarse con el método científico; y las *utópicas*, esto es, las que entran en la arena de la política propiamente tal y, en particular, de la política del diseño de una sociedad ideal.

En ambas versiones, la *política criminal* de Beccaria parece alejarse tendencialmente del objeto primario de estudio del Derecho penal o dogmática penal propiamente tal. Desde luego, si generalmente se entienden que éste consiste en el estudio y sistematización de los presupuestos de la responsabilidad penal y de sus consecuen-

cias jurídicas en una sociedad determinada, las *medidas para evitar los delitos* no serían parte del mismo.

Quizás por ello la “ciencia del Derecho penal” alemana procuró, prácticamente desde sus inicios, separar aguas con la *política criminal*, dejando ésta en manos de quienes detentaban realmente el poder político tanto para aplicar las sugerencias positivas, como para transformar la sociedad, si ello fuese necesario. Así, Feuerbach, aunque comparte ciertas ideas utilitaristas, como el principio sensorialista de la intimidación psicológica como mecanismo y función de la pena, señala claramente en su *Lehrbuch* (5ª. Ed., 1812) que la “ciencia” de la *política criminal* (cuyo objeto no define, remitiendo al lector, en cambio, a la totalidad de la obra de Beccaria), no sería sino uno “de los conocimientos auxiliares del Derecho criminal” propiamente tal.

Y ya casi a la vuelta del siglo, Franz von Liszt (*Tratado*, t. II, trad. Jiménez de Asúa, Madrid, 1917), fundador de la precisamente llamada *Escuela de la Política Criminal alemana*, no entendía ésta en el sentido de Beccaria, sino exclusivamente como la “lucha contra el crimen, obrando de un modo individualizado sobre el delincuente” a través de la imposición de una pena que “se adapte, en su especie y medida, a la naturaleza propia del delincuente, procurando impedir, por la privación de su libertad, la comisión de otros crímenes en el futuro”. El Profesor de Marburgo relega, en cambio, todas las otras medidas ajenas a la individualización de la pena y la privación de libertad al amplio concepto de *política social*, que “tiene por objeto la supresión, o al menos la restricción de las condiciones sociales del crimen”, y que, en sus palabras, obraría de manera “más intensa y más seguramente que la pena y toda medida análoga [...] como medio para la lucha contra el crimen, que, como el suicidio, la mortalidad infantil y todos los restantes fenómenos sociales patológicos, tiene su raíz profunda en las condiciones sociales determinadas que influyen sobre las generaciones sucesivas”.

Es de notar, en todo caso, que la idea de *política criminal* planteada por Von Liszt, si bien se reduce a la reacción punitiva contra el condenado, al menos respecto a ésta propone estudiarla e imponerla con criterios positivos, esto es, según el método científico, para evitar la nueva comisión de delitos

de personas determinadas, *basadas en sus propias características y condiciones*, cuya eficacia podría ser contrastada empíricamente. Desde este punto de vista, podemos considerar la propuesta de Von Liszt como una suerte de *micropolítica criminal positiva*; dejando a la *vida política* las decisiones respecto de la *macro política criminal*, esto es, en sus términos, de la *política social*. El aparente fracaso y descrédito posterior de las medidas *positivistas* o de *política criminal* en la individualización de la pena, que ha corrido a la par con el de la idea de la *prevención especial positiva*, no debe hacernos perder de vista que los estudios científicos en la materia han seguido produciendo resultados y que, en muchos sistemas, incluyendo el chileno, siguen siendo las características del agente (su supuesta mayor o menor peligrosidad) las que están sirviendo para decidir acerca de la clase y medida de la pena aplicable en concreto, aunque, como lamentablemente sucede en Chile, sin que se quiera entrar al análisis científico de las mismas, sino dejando tales decisiones únicamente a la intuición de los legisladores y los tribunales (Matus, 2007).

Sin embargo, en abierta oposición a la distinción del propio Liszt entre la labor de la dogmática penal y la política criminal, a partir de la fundamental obra de Roxin, *Política Criminal y sistema del Derecho penal* (1970, aquí se cita la segunda edición en castellano, trad. Muñoz Conde, 2000), la expresión “política criminal” volvió a asentarse en la discusión dogmática, pero ahora con un sentido bien distinto al que le hemos atribuido a las propuestas de Beccaria. Por decirlo en las mismas palabras que emplea Roxin en el *epílogo* de la segunda edición de esa obra, por “directrices *político-criminales*” no se entienden ciertas propuestas para reducir la criminalidad ni la reforma de la sociedad, sino una suerte “*leit motiv*” argumentativo, esto es, “principios ordenadores y predominantes en la jerarquía de los puntos de vista (*topoi*) que deben ponderarse”, dentro de lo que él mismo denomina “labor creadora” de la dogmática y la jurisprudencia al momento de resolver los “conflictos sociales” que se presentan en la interpretación, sistematización y aplicación del Derecho.

Luego, la alusión a los principios o directrices de *política criminal* en esta versión de Roxin no hace referencia a los medios más adecuados para la prevención y control del delito (y, por lo mismo,

su aparente oposición a Von Liszt no es más que puramente retórica), ni tampoco a una diferente forma de organización social, sino a otra cosa bien distinta: a la determinación de las *valoraciones que reflejarían los “fines y contenidos sociales del Derecho penal”*, o a las tantas veces empleadas palabras de este autor, la determinación en “un Estado social de Derecho”, de lo “justo”, lo “tolerable”, lo “admisible”, lo “satisfactorio” y lo “soportable” o “insoportable”; en fin, como afirma ahora en su *Tratado* (München, 1994), el objeto de la *política criminal* sería la determinación de “la deseable conformación del derecho (el derecho, como debería ser)”, mediante la interpretación y reconstrucción dogmática del derecho vigente “como resultado del desarrollo del pensamiento político criminal del legislador”. Aquí, el conocimiento *criminológico* jugaría un papel informativo y también argumentativo a la hora de decidir los *tolerable* o no en una sociedad “Democrática y social de Derecho”, según los “fines y contenidos del Derecho penal”, como suerte de “control” del cumplimiento de tales fines en la práctica y, por tanto, como un conocimiento que, transformado en *directrices de política criminal*, permitiría *limitar* decisiones valorativas contradictorias.

Así, aplicadas estas *directrices político-criminales* a la reconstrucción del sistema penal, Roxin afirma que el *principio de legalidad* impone, en el estudio de la tipicidad o imputación objetiva, la determinación de la “creación y realización de riesgos que son insoportables para la convivencia segura de las personas”; mientras que en el de las justificaciones, el principio operativo sería el de la determinación de la “justa” solución de conflictos de intereses; y, en la responsabilidad penal, la “conveniencia”, de conformidad a los fines de *prevención general y especial* de la imposición o no de una pena a una persona *culpable*.

Las principales críticas a este planteamiento se fundamentan en el carácter relativamente *indeterminado* que tienen los *topoi*, consecuentemente, las “directrices de política criminal” entendidas como tales, lo que deja importantes espacios abiertos a la hora de precisar las *valoraciones normativas del legislador*, por lo que sin mucha dificultad puede traspasarse la línea que separaría la *descripción* de las *valoraciones políticas existentes* en un momento determinado (la *política criminal del legislador*, *inmanente* en un sistema dado), de la *promoción de las propias valoraciones políticas*

a través de la labor de interpretación y aplicación del Derecho, mediante el simple recurso retórico de señalar algún “principio” de “política criminal” como fundamento de la afirmación que se hace.

Según Roxin (1998), las críticas basadas en la “indeterminación” de los conceptos y principios de *política criminal* y “el malestar frente a los libres espacios de apreciación” dejado en manos de los juristas para determinar el contenido de lo *tolerable* en una sociedad mediante el *pensamiento político-criminal*, deben rechazarse, pues “es una peculiaridad de toda labor jurídica que jamás puede proveer resultados matemáticamente seguros”, existiendo siempre “distintas opiniones allí donde tienen que deducirse decisiones valorativas”. Añade, además, que la discusión acerca del contenido y alcance de los principios de *política criminal* en la teoría de la imputación objetiva “han superado de lejos a todos los anteriores esfuerzos [sistemáticos]” en “precisión” y en “capacidad de consenso”. Y, finalmente, agrega que no hay en su propuesta un peligro de expansión penológica basada en las deducciones de los juristas, pues “las reflexiones preventivas sólo deben legitimar una rebaja de la culpabilidad; es decir, no van *en contra*, sino *a favor* del ciudadano en las zonas límites de la necesidad de la pena”.

Y al llegar a este punto de la argumentación de Roxin es donde se puede apreciar cómo la asunción acrítica de que la labor de los juristas siempre será *limitadora* de la *política criminal del Estado*, si aplican sus criterios de *política criminal*, se desliza por la suave pendiente de lo *utópico*, como lo demuestra la experiencia histórica.

Por otra parte, la propuesta de *política criminal* de Roxin se emparenta también con las propuestas *utópicas* de Beccaria en otro sentido, favorecido por la ya anunciada por Foucault paulatina diferenciación del sistema político del de los juristas profesionales y de éstos con los académicos: ellas se vuelven *utópicas* también cuando las aspiraciones políticas del intérprete, transformadas en “*principios de política criminal*” que en principio limitan o reducen el ámbito de lo tolerable determinado por el legislador, se distancian en mayor o menor medida de la *política criminal que es* en una sociedad dada. Si ese distanciamiento no refleja las valoraciones sociales existentes, sino únicamente las del intérprete, a medida que sus grados de distanciamiento y, por tanto, de *idealización*, aumentan, la *política criminal* del jurista

va pareciendo cada vez más una *utopía dogmática*, diferenciada de la *utopía social* de Beccaria, en dos aspectos importantes: primero, aunque se espera con ello influir tarde o temprano en el gobierno, dada la supuesta “autoridad” de los penalistas en materias “político-criminales”, en verdad, los juristas se contentan y se dan por satisfechos con producir propuestas que tengan una gran “capacidad de consenso” entre los juristas, con independencia de su influencia real en la legislación y en la vida política; y, en segundo lugar, porque el *proceso de diferenciación* del sistema penal respecto del político permite, hoy en día, *diferenciar* la *política criminal* del legislador de la de los juristas que controlan el sistema penal y, de este modo, hacer *realidad* las *propuestas político-criminales* de los juristas con mayor “capacidad de consenso”, *con independencia* de las valoraciones y decisiones del legislador y el sistema político.

No obstante, es posible que este distanciamiento corresponda, en algunos casos, con el cambio en las valoraciones sociales todavía no reflejado en la legislación, y en tales situaciones no sería un distanciamiento *utópico*, sino *funcional* a la vida social, pues cumpliría con la función de ofrecer soluciones que se adopten a ese cambio de valoraciones sociales sin necesidad de modificar la legislación, proceso más lento y no siempre eficiente para ello (Burkhardt, 2000).

Sin embargo, no siempre ello parece ser así, si se toma en cuenta que el sistema de los juristas profesionales cuenta hoy en día con diversas fuentes para encontrar y justificar sus propios principios de *política criminal*, más allá de las decisiones valorativas del legislador local: no sólo se puede recurrir a supuestos conocimientos criminológicos y dogmáticos, como propone Roxin; sino también a la interpretación de las decisiones valorativas de la Constitución y de los Tratados Internacionales (véase, por ejemplo, mi *Política Criminal de los Tratados Internacionales*, 2006). Y cualquiera que sean las decisiones *político-criminales* que adopten los operadores del sistema, existe un limitado ámbito de control externo.

En Chile, además, la entidad sostenedora de la acción penal, el Ministerio Público y su Fiscalía Nacional, cuenta expresamente con facultades *moduladoras* de la *política criminal del Estado*, con capacidad para decidir con carácter general, a través de instrucciones y criterios de actuación, qué clase de hechos en principio constitutivos

de delito serán más o menos *tolerados*, mediante el ejercicio de facultades de perdón y desestimación de causas legalmente atribuidas, como puede verse en mis estudios acerca de la *Política Criminal del Ministerio Público en Chile* (2004, 2006, 2008).

Por otra parte, este proceso de *diferenciación* también afecta las relaciones entre los sistemas universitarios (los *profesores*), el *político* y el propio *sistema penal*. Y aunque si bien todavía existe un mayor acoplamiento entre el sistema universitario y el penal, sobre la base de las conexiones creadas durante los procesos de formación y capacitación de los operadores jurídicos, razón por la cual las propuestas *político-criminales* de los profesores pueden tener una mayor “capacidad de consenso” entre los operadores del sistema judicial; en la medida que ellos comienzan a *diferenciarse* de los *profesores*, por intereses, formación “especializada” y hasta simple lejanía física y falta de contacto personal, las propuestas académicas van perdiendo “capacidad de consenso” y se producen así las típicas y manidas quejas, sobre todo en Alemania, del distanciamiento entre la *academia* y la *praxis* (otra vez, Burkhardt, 2000). Y aunque entre nosotros este fenómeno es menos notorio, todavía, sí puede percibirse el distanciamiento y la diferenciación existentes entre juristas profesionales (*profesores* y *operadores* del sistema) y el sistema político.

Por eso, cuando las *propuestas de política criminal* de los profesores, en tanto juristas profesionales, se dirigen al *poder político*, es probable que no tengan la misma “capacidad de consenso” que tienen frente a otros juristas, profesionales o no, como sucede actual y paradigmáticamente con las propuestas de Jesús María Silva Sánchez (*Expansión*, 2001), Luis Gracia Martín (*Prolegómenos*, 2003), José Luis Díez Ripollés (*Política criminal*, 2007), y Jakobs (2000), entre otros, respecto de las discusiones acerca de la legitimidad del “populismo penal”, la “expansión del Derecho

penal”, el “Derecho penal moderno”, la “racionalidad” de la actual “política criminal”, y la existencia y legitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo”. No muy lejanas a estas pretensiones *políticas* se encuentran también las “proclamas” y “manifiestos” del bienintencionado pero poco influyente *Grupo de Política Criminal* español y otros similares formados por penalistas de diversas naciones europeas.

Lamentablemente, esta diferenciación que se ha producido entre la política y los juristas profesionales, hace que, como diría Ramsay, muchas veces nuestras bienintencionadas propuestas de *política criminal* aparezcan como también como una *utopía*, no social, pero al menos una *utopía dogmática*, sin intención ni capacidad de convencer a los que gobiernan de que ellas son convenientes y no redundarán en su perjuicio (político). Y nuestra responsabilidad como juristas de haber llegado a este punto de “diálogo de sordos” radica en que, con planteamientos no susceptibles de comprobación empírica, esto es, con una política criminal sin base científica, las propuestas de *política criminal de los juristas* parecen no servir a un fin útil a la sociedad, o al menos al fin que la sociedad espera: garantizar fácticamente la vigencia del derecho, o, en términos, reducir la actividad criminal.

Por ello, en la medida que la *utopía dogmática*, nuestros “principios de política criminal”, no responden a las necesidades del sistema político, éste siempre puede recurrir para ello a otras autoridades tanto o más acreditadas que el saber de algunos juristas: la legitimidad democrática, las obligaciones internacionales, las exigencias de la economía, e incluso, los resultados experimentales de la criminología positiva que, también diferenciada y liberada de los penalistas, ha resurgido con fuerza, sin que nos diéramos cuenta y sin que contemos con las herramientas técnicas y metodológicas para contradecir sus propuestas. ♦