

CRIMINOLOGÍA Y DOGMÁTICA PENAL. PASADO Y FUTURO DEL MODELO INTEGRAL DE LA CIENCIA PENAL *

Alessandro Baratta
(*Universität des Saarlandes*)

En el trabajo que ha redactado, el profesor Baratta recoge las principales reflexiones y consideraciones que ya formuló con anterioridad en sus críticas a la ideología de la *defensa social*.

Su crítica se basa en los sucesivos desarrollos de la teoría sociológica, estadios que toma como paradigmas con el fin de expurgar y poner al descubierto cada uno de los principios que dieron origen a esa ideología.

Se trata, en definitiva, de un trabajo que representa un nuevo hito en la elaboración de una crítica global a la referida ideología, crítica cuyos esquemas teóricos el autor viene desarrollando de manera lógica y sistemática de un tiempo a esta parte.

* La traducción original al castellano fue hecha de la versión italiana, por Roberto Bergalli. La versión italiana fue objeto de una reelaboración posterior, esta vez en lengua alemana. Las modificaciones introducidas en esa versión, fueron traducidas e incorporadas al texto por José Gutiérrez. Por último, el primero de los nombrados hizo una revisión final.

I

1. El modelo científico en el que se inspira la ciencia del Derecho penal tanto en Alemania como en Italia desde la última década del siglo precedente hasta los años treinta del corriente, en las orientaciones que dominaron en este período en ambos países,¹ se basa sobre la integración de la dogmática penal con las disciplinas antropológicas y sociológicas, las cuales constituyen las partes principales de la criminología «oficial» de esa época. Se trata, en este caso, de la criminología positivista caracterizada por partir de dos presupuestos teóricos: la tesis del delincuente como completamente diferente respecto de los individuos «normales», y el paradigma etiológico al que corresponde la concepción de la criminología como la búsqueda de las causas y los factores de la criminalidad. A estos dos presupuestos corresponde la concepción de la función instrumental de la criminología con respecto al sistema penal y la política criminal oficial. Dentro de esa concepción, la criminología desempeña además una función auxiliar respecto de la ciencia dogmática a la cual provee de los conocimientos antropológicos y sociológicos necesarios para dar un fundamento ontológico y naturalista a la tarea de construcción conceptual y sistematización que partiendo de la ley penal positiva lleva a cabo esa dogmática.

De capital importancia es subrayar la relación de dependencia en la que se encuentra la criminología positivista en lo que hace a la definición del objeto mismo de su investigación. Así, para el desarrollo de las teorías sobre la criminalidad con ayuda del método empírico-naturalista, la criminología positivista extraía datos provenientes, exclusivamente, de investigaciones realizadas en sujetos reclusos en las cárceles y los manicomios

1. La escuela «sociológica» del Derecho penal en Alemania (Franz von Liszt) y, en Italia, la *Scuola positiva* (Enrico Ferri). El modelo integral de ciencia penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) fue propuesto por von Liszt como el programa científico de la *Internationale Kriminalistische Vereinigung*, fundada en 1881. Cfr. von Liszt, F., *Kriminalpolitische Aufgaben*, en «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», 1889, p. 452 ss. (455); véase, del mismo, su discurso inaugural de la cátedra de Berlín de 1889, *Die Aufgabe und die Methode der Strafrechtswissenschaft*, en «*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*», vol. II, Berlín 1970, p. 284 ss.

judiciales.² Esto es, de aquella pequeña parte de la población total, individualizada por el hecho de haber caído definitivamente dentro de los engranajes de la maquinaria de la justicia. Este método significa no sólo aceptar acríticamente las definiciones legales como principios determinantes para la identificación de la realidad a ser estudiada, sino y sobre todo la adopción de los resultados finales de todos los mecanismos de definición y selección que entran en juego en la aplicación de la ley penal. Esta situación de dependencia de la criminología positivista en la definición de su propio objeto de investigación, de los resultados contingentes de todo el proceso de criminalización, da lugar a que su status científico sea objeto de seria duda.³ No es posible, en efecto, determinar en virtud de cuál armonía preestablecida, la «criminalidad» y los «criminales», considerados como realidad ontológica por la criminología positivista, deben necesariamente coincidir con el producto de la acción (altamente selectiva) del legislador y de las demás instancias que forman el sistema penal positivo.

Esta dependencia metodológica es la causa de que la criminología positivista se convirtiera en una instancia legitimante del sistema penal. En ese proceder, la criminología buscaba en los sujetos seleccionados por el sistema penal todas las variables que explicasen su diversidad con respecto de los sujetos normales, con exclusión, empero, del proceso mismo de criminalización, lo que a la luz de las teorías más avanzadas parece ser el fundamento mismo de la diversidad. De esa manera, la criminología positivista contribuía a cubrir con un velo mistificante los mecanismos de selección al mismo tiempo que proporcionaba a los resultados de esos mecanismos una justificación ontológica y sociológica.

El éxito del modelo integral de ciencia penal, de la denominada «*gesamte Strafrechtswissenschaft*» puede ser explicado no solamente a partir de la convergencia entre la dogmática y la criminología en lo que se refiere a la legitimación del sistema penal, sino también con el hecho de que la criminología positivista se encontraba comprometida con la ideología dominante en la ciencia del derecho penal. El contenido de esa ideología, no obstante las transformaciones ocurridas en la dogmática penal después de los años treinta, ha permanecido relativamente constante. No se trata de

2. Cfr., por ej., Ferri, E., *Sociologia criminale*. Terza edizione, completamente rivista dei Nuovi Orizzonti del Diritto e della Procedura penale, Palermo, Napoli, Catania 1892, p. 115 ss.

3. En este sentido las observaciones críticas de Ph. Robert sobre la «Criminologie pénitentière», cfr. Robert Ph., *La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale*, en «L'Année sociologique», 24, 1977, p. 441 ss. (465 s.); en este sentido también Clark, J. P., Wenninger, E. P., *Socio-Economic Class and Area as Correlates of Illegal Behavior among Juvenils*, in «American Sociological Review», 27, 1962, p. 826 ss. (826).

una ideología exclusiva de los juristas, sino que es una que se corresponde con el «saber común» (*every day theories*) acerca de la criminalidad y de la pena.⁴

El núcleo constante de esa ideología puede ser definido analíticamente con los principios siguientes:⁵

a) *Principio del bien y del mal*. El hecho punible representa un daño para la sociedad. El delincuente es un elemento negativo y disfuncional del sistema social. El comportamiento criminal desviado es *el mal*, la sociedad es *el bien*.

b) *Principio de culpabilidad*. El hecho punible es expresión de una actitud interior reprobable, porque el autor actúa conscientemente en contra de los valores y las normas que están dadas en la sociedad aun antes de resultar sancionadas por el legislador.

c) *Principio de legitimidad*. El Estado, como expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad de la que son responsables determinados individuos. Ello se lleva a cabo a través de las instancias oficiales de control del Derecho penal (legislación, policía, magistratura, instituciones penitenciarias). Todas ellas representan la reacción legítima de la sociedad, dirigida tanto al rechazo y condena del comportamiento desviado individual como a la reafirmación de los valores y normas sociales.

d) *Principio de igualdad*. El Derecho penal es igual para todos. La reacción penal se aplica de igual manera a todos los autores de delitos. La criminalidad significa la violación del Derecho penal y, como tal, es el comportamiento de una minoría desviada.

e) *Principio del interés social y del delito natural*. En el centro mismo de las leyes penales de los Estados civilizados se encuentra la ofensa a intereses fundamentales para la existencia de toda sociedad (delitos naturales). Los intereses que protege el Derecho penal son intereses comunes a todos los ciudadanos. Solamente una pequeña parte de los hechos punibles representan violaciones de determinados órdenes políticos y económicos, y

4. Cfr. Smaus, G., «*Teorie del senso comune sulla criminalità e marginalizzazione. Una inchiesta sulla popolazione tedesca*», en «*La questione criminale*», 3, 1977, p. 137 ss.

5. Aquí retomamos, con algunas variaciones en el orden y en la formulación, un esquema utilizado en trabajos precedentes. Cfr. Baratta, A., *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, en «*La questione criminale*», 1, 1975, p. 7 ss.; *Conflitto sociale e criminalità. Per la critica della teoria del conflitto in criminologia*, en «*La questione criminale*», 3, 1977, p. 9 ss.

resulta sancionada en función de la consolidación de esas estructuras («delitos artificiales»).

f) *Principio del fin o de la prevención.* La pena no tiene (o no tiene únicamente) la función de retribuir el delito, sino la de prevenirlo. Como sanción abstractamente prevista por la ley tiene la función de crear una justa y adecuada contra-motivación al comportamiento criminal. Como sanción concreta tiene como función la resocialización del delincuente.

A partir del declive que experimenta durante los años treinta la «*gesamte Strafrechtswissenschaft*», empieza tanto en Alemania como en Italia el dominio de las corrientes técnico-jurídicas (Beling, Rocco) que exaltan la independencia científica de la dogmática penal respecto de las disciplinas antropológicas y sociológicas.⁷ Ese aislamiento prevalece en la Europa continental hasta nuestros días y no es sino hasta fecha reciente que presenciamos tentativas serias de superarlo.⁸

Para la determinación del origen de ese aislamiento es importante recordar las condiciones históricas y políticas en las que se ha verificado. Entre los factores que contribuyeron a esa situación, se encuentra la política

6. Cfr. Florian, E., *Trattato di diritto penale*, vol. I, Milano 1926, p. 86.

7. Cfr. Rocco, A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, en «Opere giuridiche», vol. III, Roma 1933, p. 263 ss.

8. Entre la literatura que documenta la reciente discusión sobre las relaciones entre la criminología y la ciencia del Derecho penal, cfr. Vassalli, G., *Criminologia e giustizia penale*, en «Quaderni di criminologia clinica», 1, 1959, p. 27 ss.; Mergen, A., *Kriminologie und Strafrecht*, Graz 1960; Kaufmann, H., *Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, en «Juristenzeitung», 17, 1962, p. 193 ss.; Kaiser, G., *Die Beziehungen zwischen Kriminologie und Strafrecht*, en «Goldammer's Archiv», 1967, p. 289 ss.; Roxin, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2 ed. Berlin, New York 1973; Krauss D., *Die strafrechtliche Problematik kriminologischer Ziele und Methoden. Eine Untersuchung am Beispiel der psychologischen und psychiatrischen Sachverständigen im Strafprozess*, Frankfurt a.M. 1971; Wolff J., *Der Jurist in der Kriminologie*, in «Kriminologisches Journal», 3, 1971, p. 260 ss.; Baumann, U., Weigend, T., Weintraud U., *Kriminologie und Strafrecht. Kooperation, Koexistenz oder Konflikt*, in «Kriminologisches Journal», 4, 1972, p. 94 ss.; Hassemer, W., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg 1974; Sack, F., *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie. Probleme und offene Fragen*, en Lüdersen, K., Sack, F., «Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität», vol. 1, Frankfurt a.M. 1975, p. 346 ss.; Schewe, G., *Strafrecht und Kriminologie*, en Grimm, D. (ed.), «Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften», vol. 1, München 1973, p. 267 ss.; Kraus, D., *Kriminologie und Strafrecht*, *ibidem*, p. 233 ss.; Bacigalupo, E., *Significación y perspectivas de la oposición «Derecho penal-política criminal»*, «Revue Internationale de Droit Pénal». Actes du Premier Colloque Régional Espagnol sur Politique Criminelle et Droit Pénal qui a eu lieu à la Faculté de Droit de l'Université de Madrid et à la Maison de la Culture de Plasencia 19-23 octobre 1977, p. 15 ss.

científica y cultural de los regímenes autoritarios que, temiendo la constitución de una instancia de control social que resultara incómoda a la tecnocracia social de los detentadores del poder, desalentaron las investigaciones empíricas sobre problemas de relevancia social. Esta tecnocracia social se apoyaba en medios irracionales, más que en conocimientos racionales.

Una contribución adicional se registra en el surgimiento, dentro de algunas corrientes de la ciencia jurídica penal, de tendencias con un marcado carácter irracional, lo que se da especialmente en Alemania.⁹ A lo anterior se unió la creencia bastante generalizada dentro de algunos estudiosos del Derecho penal de que su adherencia al formalismo jurídico disminuía su compromiso con el régimen dominante.

2. Semejantes explicaciones no bastan para dar cuenta de la separación que tiene lugar durante los años treinta entre la criminología y la ciencia dogmática penal. Para ello es necesario tomar en cuenta no sólo la evolución de la primera, sino también la de la sociología criminal en el período posterior a 1930. Nos referimos fundamentalmente a la evolución que tiene lugar casi exclusivamente en el mundo anglosajón, particularmente en América del Norte, tomando como punto de referencia un sistema jurídico y una ciencia del Derecho penal muy diversos de los característicos de la Europa continental. La investigación en esos lugares obtuvo resultados que llevaron a posiciones teórica e ideológicamente más avanzadas, en comparación con las de la sociología criminal positivista y que impidieron el desarrollo del modelo integral de la ciencia penal descrito al principio, en cuyo marco la investigación criminológica ocupaba una posición auxiliar y de dependencia con relación a la ciencia penal. Mientras a partir de los años treinta la ciencia dogmática penal europea continúa desarrollándose por cuenta propia, manteniendo constante su estructura conceptual e ideológica, la criminología liberal, sobre todo en América del Norte, lograba resultados que, poniendo en duda los principios arriba mencionados, tenían como consecuencia la negación de la ideología jurídico-penal. Las limitaciones de este trabajo impiden justificar definitivamente esta tesis. Sin embargo, intentaremos hacerla plausible por medio de referencias aclaratorias.

9. Piénsese sobre todo en la escuela de Kiel (Dahm y Schaffstein); cfr. Dahm, G., Schaffstein, F., *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933, Dahm, G., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 98, 1938, p. 735 ss. Para referencias ulteriores, véase Baratta, A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano 1963, p. 12 ss.

Para lograr este propósito, recurriremos de manera harto esquemática al proyecto aclaratorio arriba formulado, a la vez que reenviamos a publicaciones dedicadas anteriormente a ese mismo tema.¹⁰

a) La teoría funcionalista de la anomia y la desviación,¹¹ somete a cuestionamiento el *principio del bien y del mal*, poniendo en evidencia que las causas de la desviación no deben buscarse ni en la patología social ni en la patología individual. Que, por el contrario, la desviación criminal es un fenómeno «normal» de toda estructura social. Según esta teoría funcionalista, solamente cuando son superados los límites fisiológicos de la desviación ésta se convierte en un factor negativo para la estabilidad y la evolución del sistema social; mientras que, cuando se mantienen esos límites, esa desviación es considerada como un factor parcialmente positivo en mérito a su carácter innovador.

b) El *principio de culpabilidad* es puesto en duda por las teorías de las subculturas criminales.¹² Según estas teorías, el comportamiento delictivo no debe interpretarse como la expresión de una actitud interior dirigida contra el *valor*, como la postura de una voluntad que, aun pudiéndolo, no se deja determinar por el valor (como lo quiere la teoría normativa de la culpabilidad). Según estas teorías de las subculturas no sólo existe, en efecto, un único sistema oficial de valores, sino también una serie de subsistemas que se transmiten a los individuos por medio de mecanismos de socialización y aprendizaje específicos a los ambientes y a los grupos sociales particulares dentro de los cuales los individuos están insertos. Por otro lado, queda fuera del poder de decisión del individuo —y por lo tanto también de su responsabilidad moral— el hecho de participar o no en una determinada subcultura y en consecuencia de aprender un determinado sistema de valores o bien determinados modelos de comportamientos des-

10. Cfr. los trabajos aludidos más arriba (nota 4). Se remite a ellos para un examen analítico de las teorías liberales según este punto de vista como, asimismo, para indicaciones bibliográficas más amplias.

11. Cfr. Durkheim, E., *Les règles de la méthode sociologique*, 13 ed., Paris 1956, p. 64 ss.; Merton, R., *Social Structure and Anomie*, en «American Sociological Review», 3, 1938, p. 672 ss.; Cloward, R. A., *Illegitimate Means, Anomic and Deviant Behavior*, en «American Sociological Review», 24, 1959, p. 164 ss.

12. Cfr. Sutherland, E. H., *A Sociological Theory of Criminal Behavior*, en Sutherland, E., Cressey, D. R., «Principles of Criminology», 5a. ed., Chicago, Filadelfia, New York, 1955, p. 74 ss.; Cohen, A. K. *Delinquent Boys. The Culture of the Gang*, Glencoe, Ill. 1955; Cloward, R. A., Ohlin, L. E., *Types of Delinquent Subcultures*, Columbia University, 1958; Miller, W. B., *Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency*, en «The Journal of Social Issues», 14, 1958, p. 5 ss.

viados o «técnicas de neutralización»¹³ alternativas a los criterios oficiales de comportamiento y de valoración.

c) El *principio de legitimidad* resulta controvertido por las teorías psicoanalíticas de la criminalidad y del Derecho penal.¹⁴ Los mecanismos psicosociales de la pena resaltados por esas teorías (por ejemplo, la proyección del mal y de la culpa en el chivo expiatorio) toman el lugar de las funciones preventivas y éticas sobre las que se basaba la ideología penal tradicional.

d) El *principio de igualdad* es convincentemente refutado por el *labelling approach* (teoría del etiquetamiento o de la reacción social),¹⁵ que dentro del seno mismo de la criminología liberal ha llevado a cabo un desplazamiento irreversible respecto del paradigma etiológico. Las investigaciones realizadas dentro del marco del *labelling approach* han revelado que la desviación y la criminalidad no son entidades ontológicas preconstituidas, identificables por la acción de las distintas instancias del sistema penal, sino que son, más bien, una cualidad atribuida a determinados sujetos, por medio de mecanismos oficiales y no oficiales de definición y selección. En consecuencia, no es posible estudiar la criminalidad independientemente de esos procesos. Desde el punto de vista de una definición *legal*, la criminalidad se revela como el comportamiento de la mayoría, antes que de una minoría desviada de la población (en este sentido el *labelling approach* tiene en cuenta los estudios sobre las infracciones no perseguidas, sobre la *cifra oscura* de la criminalidad y sobre la delincuencia de «cuello blanco»). Según la definición sociológica, la criminalidad, como en general la desviación, es un *status* social que caracteriza al individuo cuando —y únicamente cuando— le es adjudicada con éxito la etiqueta¹⁶ de desviado

13. Cfr. Sykes G. M., Matza, D., *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, en «American Sociological Review», 22, 1957, p. 664 ss.

14. Alexander F., Staub, *Der Verbrecher und sein Richter*, en Mitscherlich, A. (ed.), «Psychoanalyse und Justiz», Frankfurt a. M., 1971, p. 205 ss.; Reik, T., *Geständniszwang und Strafbedürfnis, Probleme der Psychoanalyse und der Kriminologie*, en Mitscherlich, A. (ed.), «Psychoanalyse und Justiz», Frankfurt a.M., 1971, p. 9 ss.; Fromm, E., *Zur Psychologie des Verbrechens und der strafenden Gesellschaft*, en «Imago», 17, 1931, p. 226 ss.; Reiwald, P., *Die Gesellschaft und ihre Verbrechen*, 2a. ed. (edit. por H. Jäger y T. Moser), Frankfurt a.M. 1973.

15. Cfr. Becker, H. S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963; Tannenbaum, F., *Crime and the Community*, New York, 1938; Erikson, K. T., *Notes of Sociology of Deviance*, en «Social Problems», 9, 1962, p. 307 ss.; Lemert, E. M., *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, 2a. ed., New York, 1972.

16. Cfr. Becker, H., *Outsiders*, cit. (nota 15), p. 9.

o de criminal por instancias que detentan el poder de definición. Las *chances* de resultar etiquetado, con las graves consecuencias que ello conlleva, se encuentran desigualmente distribuidas. Ello implica que el *principio de igualdad*, o sea la base misma de la ideología del Derecho penal, sea puesto en profunda duda, puesto que la minoría criminal a la que se refiere la definición sociológica aparece, en la perspectiva del *labelling approach*, como el resultado de un proceso altamente selectivo y desigual dentro de la población total, mientras que el comportamiento efectivo de los individuos no es por sí mismo condición suficiente para ese proceso.

e) Las teorías de la criminalidad, que orientadas por las teorías del conflicto se desarrollan sobre la base del *labelling approach*, tratan de localizar las verdaderas variables del proceso de definición en las relaciones de poder de los grupos sociales tomando en cuenta para ello la estratificación social y los conflictos de intereses.¹⁷ Estas teorías han podido determinar en dichas relaciones la base no sólo de la desigual distribución de los *status* de criminal, sino también de la desigual distribución entre los grupos sociales del poder de definición, del cual aquellos *status* y las mismas definiciones legales de la criminalidad dependen. De esa manera, las teorías del conflicto sobre la criminalidad someten a cuestionamiento el *principio del interés social y del delito natural*, poniendo en evidencia que en el origen de los procesos de criminalización primaria (formación de la ley penal) y secundaria (aplicación de la ley) no aparecen intereses generales fundamentales para una determinada sociedad o directamente para toda sociedad civilizada, sino más bien intereses de los que son portadores los grupos que detentan el poder. Estas teorías afirman, por lo tanto, que el carácter *político* (relativo a la puesta en peligro de determinados órdenes contingentes económico-políticos) no es prerrogativa de un pequeño número de delitos «artificiales», cuanto del fenómeno total de la criminalidad considerada como realidad social *creada* a través de los procesos de criminalización.

f) Finalmente, el *principio del fin y de la prevención* resulta cuestionado por los resultados de las múltiples investigaciones acerca de la efectividad del Derecho penal y de sus consecuencias jurídicas¹⁸ que parten

17. Cfr. Vold, G. B., *Theoretical Criminology*, New York, 1958; Quinney, R., *The Social Reality of Crime*, Boston, 1970; Turk, A., *Criminality and Legal Order*, 3a. ed., Chicago, 1972; Schumann, K. F., *Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer konflikttheoretischen Kriminologie*, en Arbeitskreis Junger Kriminologen (ed.), «Kritische Kriminologie», 1974, p. 69 ss.

18. Nigel, W., y Argyle, M., *Does the Law affect Moral Judgements?*, en «British Journal of Criminology», 4, 1964, p. 570 ss.; Packer, H. L., *The Limits of the Cri-*

de las diferentes corrientes de la sociología criminal ya mencionadas. El principio de resocialización ha sido particularmente cuestionado por la sociología de la cárcel y de otras instituciones totales,¹⁹ así como por las investigaciones acerca de la influencia de las sanciones estigmatizantes sobre la desviación «secundaria»²⁰ y la reincidencia. Que la resocialización del delincuente haya sido una función efectiva de la cárcel y pueda ser realmente considerada como un fin alcanzable a través de medidas privativas de libertad, aparece definitivamente como una ilusión. Como demostración de esa tesis basta con observar las recientes tendencias conservadoras en el ámbito de la legislación y la práctica penitenciaria²¹ y con seguir las discusiones teóricas y prácticas sobre criminología y Derecho penal de nuestros días,²² así como los desarrollos de la literatura historiográfica.²³

iminal Sanction, Stanford, Cal., 1968; Morris, N., Zimring, F., *Deterrence and Corrections*, en «Annals of American Academy of Political and Social Science», 381, 1969, p. 137 ss.; Tittle, Ch. R., *Crime Rate and Legal Sanctions*, en «Social Problems», 16, 1969, p. 409 ss.; Chiricos, T. G., Waldo, G. P., *Perceived Penal Sanction and Self-Reported Criminality. A Neglected Approach to Deterrence Research*, en «Social Problems», 20, 1972, p. 522 ss.; Zimring, F., Hawkins, G., *Deterrence*, Chicago, 1973.

19. Cfr. Goffmann, E., *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and other Inmates*, New York, 1961; Sykes, G. M., *The Society of Captives. A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton, New York, 1958; Morris, R. T., Morris, P., *Pentonville. A Sociological Study of an English Prison*, London, 1963; Basaglia, F., Basaglia Ongaro, F., *La maggioranza deviante*, Torino, 1971; Harbordt, S., *Die Subkultur des Gefängnisses. Eine soziologische Studie zur Resozialisierung*, Stuttgart, 1972; Weis, K., *Zur Subkultur der Strafanstalt*, en Schwind, A. D., Blau, G. (ed.), «Strafvollzug der Praxis. Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzugs und der Entlassenenhilfe», Berlin, New York, 1976; Baratta, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, en «La questione criminale», 2, 1976, p. 237 ss.

20. Schur, E. M., *Labeling Deviant Behavior: its Sociological Implications*, New York, 1971; Lemert, E. M., *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, cit. (nota 15).

21. Cfr. Pavarini, M., «Concentrazione» e «diffusione» del penitenziario. Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia, en «La questione criminale», 4, 1978, p. 39 ss.

22. Cfr. la amplia bibliografía en Eser, H., *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs*, en Baumann, J., Tiedemann, K. (ed.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. «Geburstag»*, Tübingen, 1974, p. 505 ss.; Müller-Dietz, H., *Strafvollzug und Gesellschaft*, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970, p. 34 ss.; Hilbers, M., Lange, W., *Abkehr von der Behandlungsideologie*, en «Kriminologisches Journal», 5, 1973, p. 52 ss.; Morris, N., *The Future of Imprisonment*, Chicago 1974.

23. Según este punto de vista debe subrayarse la atención que ha suscitado la reimpresión de dos obras clásicas: Rusche, G., Kirchheimer, O., *Punishment and Social Structure*, 2a. ed., New York, 1968; Hall, J., *Thell, Law and Society*, 2a. ed., Indianapolis, 1951. Entre la literatura más reciente puede citarse Chevalier, L., *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX siècle*,

No sólo en el ámbito de la «criminología crítica», sino también en el de la «criminología liberal», se rebaten de manera creciente tanto la función reeducativa de la pena como el concepto mismo de reeducación y de resocialización, haciéndolos objeto de profunda duda.²⁴

3. La superación de la ideología de la cual es portadora la ciencia jurídico-penal por parte de la criminología contemporánea puede ser también demostrada haciendo referencia exclusivamente a teorías desarrolladas dentro del ámbito de la criminología liberal. Para ello no es indispensable atacar a la «criminología crítica» y sus contribuciones al análisis y la crítica del sistema penal. Sin embargo, para evitar los equívocos y malos entendidos que pudieran fácilmente derivarse de un discurso esquemático como ése, es oportuno recordar el hecho de que la superación y la crítica (en la mayor parte de los casos sólo implícita) de la ideología del Derecho penal por parte de las diferentes corrientes de la criminología liberal, se encuentra aún bastante distante de proporcionar una alternativa orgánica y teóricamente suficiente para la construcción del concepto de criminalidad sobre el que se basa la ideología del Derecho penal. El resultado del desarrollo de la criminología liberal no va más allá de ser una significativa divergencia ideológica entre criminología y ciencia del Derecho penal. La criminología liberal ha creado una base teórica e ideológica sobre la que es posible desarrollar, en correspondencia con el desarrollo de la estructura social capitalista de la fase clásico-liberal al capitalismo organizado, una nueva estrategia para el control de desviaciones que resulte más adecuada a esa fase del desarrollo de la reproducción de relaciones sociales de lo que lo es una estrategia confinada casi absolutamente al ámbito del Derecho penal.

La nueva estrategia, que se corresponde con las tendencias tecnocráticas y eficientistas del *welfare state*, es decir, del orden social en el capitalismo

Paris, 1958; Cobb, R., *The Police and the People. French Popular Protest 1789-1820*, London, 1970; Berger, T., *Die konstante Repression. Zur Geschichte des Strafvollzugs in Preussen nach 1850*, Frankfurt a.M., 1974; Langbein, J. K., *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge, Mass., 1974; Foucault, M., *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, Paris, 1975; Blasius, D., *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität*, Göttingen, 1976; Pavarini, M., Melossi, D., *Carcere e fabbrica*, 2a. ed., Bologna, 1979.

24. Cfr. Bergalli R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal? Notas a propósito de la Ley Penitenciaria nacional Argentina y del Proyecto de Reformas a la Parte general del Código Penal*, Madrid, 1976; Sessar, K., *Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 81, 1969, p. 372 ss.; otras indicaciones en Baratta, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, cit (nota 19); del mismo, *Criminologia critica e politica criminale alternativa*, en «La questione criminale», 3, 1977, p. 339 ss.

avanzado, enfatiza no la represión jurídico-penal sino más bien los métodos menos institucionalizados y más «difusos» de control (que se encuentran por consiguiente menos ligados a las garantías clásicas mediante las cuales el Estado de Derecho había limitado la función de la pena). Se trata de métodos de control que van más allá de los instrumentos tradicionales del sistema punitivo (la cárcel y las demás instituciones privativas de libertad) y que están confiados sobre todo a la Administración y a las organizaciones asistenciales. Los juristas, empero, han permanecido en la mayoría de los casos fieles a la vieja ideología. La brecha ideológica que se ha formado de esa manera entre la criminología y la ciencia del Derecho penal puede ser considerada, dentro del marco de la lógica de la reproducción de las estructuras sociales capitalistas, como producto de la renquera retrasada y disfuncional de los juristas respecto de la táctica y la estrategia de control. Otro factor que retarda la anexión de los juristas a los nuevos métodos de control está determinado por el hecho de que en la mayoría de los casos pueden ser sustituidos por trabajadores sociales, así como por el hecho de que el Derecho penal puede ser desplazado de su posición dominante en el sistema de control por mecanismos más elásticos, económicos y eficientes.

Con el *labelling approach* y con las teorías sociológicas del conflicto, tiene lugar el paso de la criminología «liberal» a la criminología «crítica».²⁵

25. Cfr., entre las obras más representativas, Sack, F., *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, en König, R., Sack, F., «Kriminalsoziologie», Frankfurt a.M., 1968, p. 431 ss.; Chambliss, W. J., *Crime and the Legal Process*, New York, Saint Louis, San Francisco, Toronto, London, Sydney, 1969; Platt, A., *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, 1969; Quinney, R., *The Social Reality of Crime*, cit. (nota 17); Werkentin, F., Hofferbert, M., Baurmann, N., *Kriminologie als Polizeiwissenschaft oder: wie alt ist die neue Kriminologie?*, en «Kritische Justiz», 5, 1972, p. 211 ss.; Cohen, St., *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*, London, 1972; Steiner, H. (ed.), *Der Prozess der Kriminalisierung*, München, 1973; Robert, Ph., *La sociologie entre une criminologie du passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale*, cit. (nota 3); Taylor, I., Walton, P., Young, J., *The New Criminology. For a Social Theory of Deviance*, London, Boston, 1974; Keckeisen, W., *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach*, München, 1974; Arbeitskreis Junger Kriminologen (ed.), *Kritische Kriminologie. Positionen, Kontroversen und Perspektiven*, München, 1974; Mathiesen, T., *The Politics of Abolition. Essays in Political Action Theory*, en «Scandinavian Studies in Criminology», 4, 1974; Krisberg, B., *Crime and Privilege. Toward a New Criminology*, Englewood Cliffs, New York, 1975; Bianchi, H., Simondi, M., Taylor, T. (ed.), *Deviance and Control in Europe. Papers from the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, London, New York, Sidney, Toronto, 1975; Ciacci, M., Gualandi, V. (ed.), *La costruzione della devianza*, Bologna, 1977; entre los grupos y las asociaciones se señalan la National Deviancy Conference (Gran Bretaña), el European Group for the Study of Deviance and Social Control y el Arbeitskreis

Sobre ese paso es necesario llamar la atención no sólo sobre el hecho de que se trata de un proceso sin solución de continuidad, sino también sobre la cuestión de que la «nueva» criminología, que tantas y tan importantes contribuciones ha aportado a la superación de la ideología penal, no siempre ha formulado simultáneamente alternativas y posiciones respecto del problema del control social en las estructuras sociales capitalistas.²⁶ Dejando de lado posibles diferenciaciones dentro del ámbito de la criminología crítica, ésta se ocupa hoy en día fundamentalmente del análisis de los sistemas penales vigentes. En este sentido es posible afirmar que con la maduración del momento crítico, la criminología contemporánea tiende a transformarse de una teoría de la criminalidad en una teoría crítica y sociológica del sistema penal.²⁷ Como objeto de tal análisis, el sistema penal no

Junger Kriminologen (República Federal de Alemania). Entre las revistas: «Crime and Social Justice» (Estados Unidos), «Contemporary Crisis» (Estados Unidos), «Kriminologisches Journal» (República Federal de Alemania), «Kriminalsoziologische Bibliographie» (Austria), «La questione criminale» (Italia); muchos artículos relevantes también en «Déviance et Société» (Francia), «Nuevo Pensamiento Penal» (ahora «Doctrina Penal», Argentina) y «Capítulo Criminológico» (Venezuela).

26. Cfr. Werkentin, F., Höfferbert, M., Baumann, M., cit. (nota 25).

27. En este sentido Sack, F. (1969), *Probleme der Kriminalsoziologie*, en König R. (ed.), «Handbuch der Empirischen Sozialforschung», t. 12, 2a. ed., p. 192 ss. (365 ss.), donde se formulan amplias y razonadas citas bibliográficas. Entre la vasta literatura sobre el tema de sociología del Derecho y del sistema penal, cfr. Wood, A. L., *Informal Relations in the Practice of Criminal Law*, en «American Journal of Sociology», 62, 1956, p. 48 ss.; Johnson, N., Savitz, L., Wolfgang, M. E. (ed.), *The Sociology of Punishment and Correction*, 2a. ed., New York, London, 1962; Aniyar de Castro, L., *El proceso de criminalización*, en «Capítulo Criminológico», 1, 1973, p. 69 ss.; Quinney, R., *Towards a Sociology of Criminal Law*, en R. Quinney (ed.), «Crime and Justice in Society», Boston, 1969; Jeffrey, C. R., *Social Change and Criminal Law*, en Nagel, St. S. (ed.), «Law and Social Change», Beverly Hills, London, 1970, p. 45 ss.; Blumstein, A., *Management Science. Social Systems and the Criminal Justice System*, Pittsburg, Penns., 1972; Carson, W. G., *The Sociology of Crime and the Emergence of Criminal Laws*, en McIntosh, M., Rock, P. (ed.), «Deviance and Social Control», London, 1974, p. 67 ss.; Baratta, A., *Sociologia giuridica e sociologia del diritto*, en «Sociologia del diritto», 2, 1974, 245 ss.; Chambliss, W. J. (ed.), *Criminal Law in Action*, Santa Bárbara, Cal., 1975; Lüdersen, K., Sack, F. (ed.), *Seminar: Abweichendes Verhalten I. Die selektiven Normen der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1975; de los mismos, *Seminar: Abweichendes Verhalten II, III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 2 vol., Frankfurt a.M., 1975, 1977; Steinert, H., *Über die Funktionen des Strafrechts*, en «Festschrift für Christian Broda», Wien, 1976, p. 335 ss.; Wood, A. L., *Deviant Behavior and Control Strategies. Essays in Sociology*, Lexington, Mass., Toronto, London, 1974; Mäkelä, J., *The Societal Tasks of the System of Penal Law*, en Scandinavian Studies in Criminology, 5, 1974, p. 47 ss.; Hopkins, A., *On the Sociology of Criminal Law*, en: «Social Problems», 22, 1975, p. 608 ss. Sobre la Criminología como crítica del Derecho penal, cfr. Kühlwein, H. P., *Grundlegung zur einer Kritik der Strafrechtstheorie im Lichte der modernen Kriminologie*,

es únicamente el complejo estático de las normas, sino más bien un complejo dinámico de funciones (proceso de criminalización) al cual concurre la actividad de las diversas instancias oficiales, desde la del legislador hasta la de los órganos de ejecución penal y de los mecanismos informales de la reacción social. Es en este significado sociológico que se utiliza a continuación la expresión «sistema penal».

Toda una serie de investigaciones sobre esos mecanismos y sobre el proceso de criminalización en su totalidad²⁸ han llevado a resultados que

Hamburg, 1968; Kürzinger, J., *Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 86, 1974, p. 211 ss.; Jäger, H., *Veränderung des Strafrechts durch Kriminologie? Ansätze zur Konkretisierung interdisziplinärer Kooperation*, en «Kriminologisches Journal», 8, 1976, p. 98 ss.

28. Conviene limitarse a algunos ejemplos significativos extraídos de la literatura sobre las distintas instancias. a) Sobre la legislación: Hall, J., *Theft, Law and Society*, cit. (nota 23); Becker, H. S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, cit. (nota 15); Schur, M. E., *Crime without Victims. Deviant Behavior and Public Policy. Abortion, Homosexuality, Drug Addiction*, Englewood Cliffs, N. J., 1965; Gusfield, J. R., *Moral passage: Symbolic Process in Public Designations of Deviance*, en «Social Problems», 15, 1967, p. 175 ss.; Chambliss, W. J., *A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy*, en «Social Problems», 12, 1964, p. 67-100; Heinz, J. P., Gittlemann, R. W., Seeskin, M. A., *Legislative Politics and the Criminal Law*, en «Northwestern University Law Review», 64, 1969, p. 227 ss.; Carson, W. G., *The Sociology of Crime and the Emergence of Criminal Laws*, cit. (nota 27); Dahl, T. S., *The emergence of the Norwegian Child Welfare Law*, en «Scandinavian Studies in Criminology», 5, 1974, p. 83 ss.; Thompson, E. P., *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*, London, 1975; Haferkamp, H., Lautman, R., *Zur Genese Kriminalisierender Normen*, en «Kriminologisches Journal», 7, 1975, p. 241 ss.; Hernández, A. T., *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, 1977. b) Sobre los institutos de asistencia y control de los menores: Goldman, N., *The Differential Selection of Juvenile Offenders for Court Appearance*, New York, 1963; Piliavin, I., Scott, B., *Police Encounters with Juveniles*, en «American Journal of Sociology», 70, 1964, p. 204 ss.; Cicourel, A. V., *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York, London, Sidney, 1968; Peters, H., *Moderne Fürsorge und ihre Legitimation. Eine soziologische Analyse der Sozialarbeiter*, Köln, Opladen, 1968; Black, D. J., Reiss, A. J., junior, *Police Control of Juveniles*, en «American Sociological Review», 35, 1970, p. 63 ss.; Quensel, S., *Sozialarbeiter und Jugendkriminalität*, en Schmidt-Obreich, B. (ed.), «Kriminalität und Sozialarbeit», Freiburg/Br., 1972, p. 47 ss.; Brusten, M., *Prozesse der Kriminalisierung. Ergebnisse einer Analyse von Jugendamtsakten*, en Otto, H. U., Schneider, S. (ed.), «Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit», 2, Neuwied, Berlin, 1973, p. 85 ss.; Liazos, A., *Class Oppression: The Function of Juvenile Justice*, en «The Insurgent Sociologist», 5, 1974, p. 2 ss.; Gipser, D., *Mädchenkriminalität. Soziale Bedingungen abweichenden Verhaltens*, München, 1975; Peters, H., Cremer-Schäfer, H., *Die sanften Kontrolleure. Wie Sozialarbeiter mit Devianten umgehen*, Stuttgart, 1975; Schünemann, H. W., *Selektion und Jugendgerichtverfahren*, en Göppinger, H., Kaiser, G. (ed.), «Kriminologie und Strafverfahren, Neuere Ergebnisse der Dunkelforschung in Deutschland» (Kriminologische Gegenwartsfragen, vol. 12), Stutt-

contradican el *mito* del Derecho penal como *derecho igual* por excelencia y que continúan con el desarrollo de la crítica a la ideología del principio de igualdad. La antítesis crítica del aspecto básico de la ideología del Derecho penal puede ser resumida en las siguientes proposiciones:²⁹

gart, 1976, p. 186 ss. c) Sobre la policía: Goldstein, J., *Police Discretion no to Invoke the Criminal Process. Law Visibility Decisions in the Administration of Justice*, en «Yale Law Journal», 69, 1960, p. 543 ss.; LaFave, W. R., *Arrest: The Decision to take a Suspect into Custody*, Boston, 1965; Skolnick, J. H., *Justice without Trial, Law Enforcement in Democratic Society*, New York, 1966; Young, J., *The Role of the Police as Amplifiers of Deviancy, Negotiators of Reality, and Translators of Fantasy. Some consequences of our present system of drug control as seen in Notting Hill*, en Cohen S. (ed.), «Images of Deviance», London, 1971, p. 27 ss.; Kenburg, E., *Die Definitionsmacht der Polizei. Strategien der Strafverfolgung und soziale Selektion*, Düsseldorf, 1972; Clark, J. P., Sykes, R. E., *Some Determinants of Police Organization and Practice in a Modern Industrial Democracy*, en Glaser, D. (ed.), «Handbook of Criminology», Chicago, 1974, p. 455 ss.; Clark, J. P., *Isolation of the Police. A Comparison of the British and American Situations*, en Hensel, R. L., Silverman, R. A., «Perception in Criminology», New York, London, 1975, p. 241 ss. d) Sobre la fiscalía: Miller, F. W., *Prosecution: The Decision to Charge a Suspect with a Crime*, Boston, Toronto, 1969; Blankenburg, E., *Die Staatsanwaltschaft im Prozess sozialer Kontrolle*, en «Kriminologisches Journal», 5, 1973, p. 181 ss.; Brusten, M., *Polizei-Staatsanwaltschaft - Gericht*, en «Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform», 57, 1974, p. 129 ss.; Sessar, K., *Legalitätsprinzip und Selektion des Staatsanwalts*, en Göppinger, H., Kaiser, G. (ed.), «Kriminologie und Strafverfahren», Stuttgart, 1976, p. 156 ss.; Kunz, K.-L., *Das Absehen von der Strafverfolgung bei Bagatelldelinquenz. Empirische Untersuchung der Strafprozessordnung*, en «Kriminologisches Journal», 11, 1979, p. 35 ss. e) Sobre los jueces: Lautmann, R., *Justiz - die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Frankfurt a.M., 1972; Peters, D., *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart, 1973. f) Sobre el proceso penal en general y diversos aspectos del mismo: Sudnow, D., *Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defense Office*, en «Social Problems», 12, 1965, p. 255 ss.; Blumberg, A. S., *Criminal Justice*, Chicago, 1970; Schumann, K., Winter, G., *Zur Analyse des Strafverfahrens*, en «Kriminologisches Journal», 3, 1971, p. 136 ss.; Rasehorn, T., *Rechtlosigkeit als Klassenschicksal*, en «Vorgänge», 12, 1973, p. 5 ss.; Lautmann, R., Peters, D., *Ungleichheit vor dem Gesetz: Strafjustiz und soziale Schichten*, en «Vorgänge», 12, 1973, p. 45 ss.; Reiss, A. J., *Discretionary Justice*, en Glaser, D. (ed.), «Handbook of Criminology», Chicago 1974, p. 679 ss.; Schünemann H. W., *Selektion durch Strafverfahren? Die Bedeutung des labeling approach für unser Strafverfahren*, en «Deutsche Richterzeitung», 52, 1974, p. 278 ss.; Blankenburg, E., Steffen, W., *Der Einfluss sozialer Merkmale von Tätern und Opfern auf das Strafverfahren*, en Blankenburg, E. (ed.), «Empirische Rechtssoziologie», München, 1975, p. 248 ss.; Blankenburg, E., *Nicht-Kriminalisierung als Struktur und Routine*, en Göppinger, H., Kaiser, G. (ed.), «Kriminologie und Strafverfahren», Stuttgart, 1976, p. 175 ss.; Schumann, K., *Das Handeln mit der Gerechtigkeit. Funktionsprobleme der Strafjustiz und ihre Lösungen - am Beispiel des amerikanischen plea bargaining*, Frankfurt a.M., 1977.

29. A tal fin se utilizan con algunas variantes formulaciones ya empleadas en ese sentido en el trabajo *Criminología crítica y política penal alternativa*, cit. (nota 24).

a) El Derecho penal no defiende todos y sólo los bienes esenciales en los cuales está igualmente interesado el conjunto de los ciudadanos, y cuando castiga las ofensas a los bienes esenciales lo hace con intensidad desigual y de modo fragmentario.

b) La ley penal no es igual para todos. El *status* de criminal está distribuido de modo desigual entre los individuos.

c) El grado efectivo de tutela y la distribución de los *status* criminales es independiente del daño social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que éstas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizante y de su intensidad.

Esta crítica revela que el Derecho penal no es menos desigual que otras ramas del Derecho burgués, y que él es, contrariamente a toda apariencia, el Derecho desigual por excelencia.³⁰

30. La variable principal de la distribución desigual de los *status* de delincuente, parece indudablemente ser, a la luz de las investigaciones recientes, la posición ocupada por el actor potencial en la escala social. Las posibilidades máximas de ser seleccionados para formar parte de la «población criminal», aparecen efectivamente concentradas en los grados más bajos de la escala social (subproletariado y grupos marginales). Su característica precaria posición en el mundo del trabajo (desocupación, subocupación, ausencia de calificación profesional) y defectos de socialización familiar y escolar, que son señalados como causas de la criminalidad por parte de la criminología positivista, se presentan más bien como variables con base en las cuales se imputa el *status* de criminal. Sobre esta característica fundamental de la distribución social de los *status* de delincuente y para la crítica del supuesto —basado en estadísticas oficiales— de mayor cuota de «criminalidad» en los estratos sociales inferiores, cfr., entre la vasta literatura: Short, J. F., junior, Nye, F. J., *Reported Behavior as Criterion of Deviant Behavior*, en «Social Problems», 5, 1957, p. 207 ss.; Nye, F. J., Short, J. F. junior, Olson, V. I., *Socioeconomic Status and Delinquent Behavior*, en «American Journal of Sociology», 63, 1958, p. 381 ss.; Clark, J. P., Wenninger, E. P., *Socio-economic Class and Area as Correlates of Illegal Behavior among Juvenils*, en «American Sociological Review», 27, 1962, p. 826 ss.; Erickson, M. L., Empey, L. T., *Class Position, Peers and Delinquency*, en «Sociology and Social Research», 49, 1965, p. 268 ss.; Christie N., Andenacs, J., Skirbekk, S., *A Study of Self Reported Crime*, en «Scandinavian Studies in Criminology», 1, 1965, p. 86 ss.; Quensel, St., Quensel, E., *Lässt sich die Delinquenzbelastung messen?*, en «Kriminologisches Journal», 1, 1969, p. 4 ss. (donde se suministran otras indicaciones bibliográficas sobre investigaciones empíricas); Sack, F., *Selektion und Kriminalität*, en «Kritische justiz», 4, 1971, p. 384 ss.; Peters, D., *Die soziale Herkunft der von der Polizei aufgegriffenen Täter*, en Feest, J., Lautmann, R. (ed.), «Die Polizei. Soziologische Studien und Forschungsberichte», Opladen, 1971, p. 93 ss.; Hoffmann-Riem, W., *Rechtsanwendung und Selektion*, en «Juristenzeitung», 27, 1972, p. 297 ss.; Blankenburg, E., *Die Selektivität rechtlicher Sanktionen. Eine empirische Untersuchung von Ladendiebstählen*, en Friedrichs, J. (ed.), «Teilnehmende Beobachtung abweichenden Verhaltens», Stuttgart, 1973, p. 120 ss.; Steinert, H. (ed.), *Der Prozess der Kriminalisierung*, cit. (nota 25); Schumann, K. F., *Ungleichheit, Stigmatisierung und abweichendes Verhalten. Zur theoretischen Orientierung kriminologischer Forschung*, en «Kriminologisches Journal», 5, 1973, p. 81 ss.;

II

Teniendo en cuenta ese desarrollo de la criminología y de la sociología criminal de los años treinta hasta ahora y examinando la situación actual de la ciencia dogmática del Derecho penal, nos damos cuenta de las grandes dificultades que hoy se oponen a una nueva proposición del modelo integral de ciencia penal. Una nueva *gesamte Strafrechtswissenschaft* difícilmente alcanzaría la integración de la dogmática y la criminología del modo en que fue logrado en los tiempos de la fundación de la *Internationale Kriminalistische Vereinigung*, que hizo de esa integración su programa. Las razones para ello son varias y bueno es mencionar solamente algunas de ellas:

1. En primer lugar, y como ya ha habido oportunidad de señalar, si se deja de lado la criminología tradicional de corte positivista, que aun estando superada encuentra sin embargo defensores en Alemania y en Italia, la convergencia ideológica entre criminología y ciencia del Derecho penal que se dio antes de los años treinta, ha desaparecido.

2. Una segunda razón para tal dificultad deriva de los desplazamientos ocurridos en el objeto de investigación de ambas disciplinas. Mientras la criminología tuvo como objeto exclusivo de conocimiento el comportamiento criminal y el sujeto criminal y adoptó para ello las definiciones que le proporcionaba el Derecho penal, la ley penal representaba un punto de encuentro ideal para la integración de ambas disciplinas. Habíamos visto, empero, que hoy en día el objeto de interés de la criminología moderna

Wice P. B., *Freedom for Sale. A National Study of Pretrial Release*, Lexington, Mass. 1974; Schumann, K. F., *Gegenstand und Erkenntnisinteresse einer konflikttheoretischen Kriminologie*, cit. (nota 17); Blankenburg, E., Sessar, K., Steffen, W., *Die Schichtverteilung der (Eigentums- und Vermögens) Kriminalität: eine Wilkur der Instanzen?*, en «Kriminologisches Journal», 17, 1975, p. 36 ss.; Quinney, R., *Class, State and Crime. On the theory and Practice of Criminal Justice*, New York, 1976; Schwendinger, H., Schwendinger, J., *Social Classe and the Definition of Crime*, en «Crime and Social Justice», 7, 1977, p. 4 ss.; Sack, F., *Interessen im Strafrecht. Zum Zusammenhang von Kriminalität und Klassen- (Schicht-) Struktur*, en «Kriminologisches Journal», 10, 1978, p. 248 ss. Particularmente sobre la crítica de las estadísticas criminales oficiales y de la distribución de la criminalidad realizada por aquellas, cfr. Kitsuse, J. J., Cicourel, A. A., *A Note on the Case of Official Statistics*, en «Social Problems», 11, 1963, p. 131 ss.; Cicourel, A., *The Social Organization of Juvenile Justice*, cit. (nota 28b), p. 25 ss.; Black, D. J., *Production of Crime Rates*, en «American Sociological Review», 35, 1970, p. 733 ss.; Wiles, P., *Criminal Statistics and Sociological Explanation of Crime*, en Carson, W. G., Wiles, P. (ed.), «The Sociology of Crime and Delinquency in Great Britain», London, 1971, p. 198 ss.; Kerner, H. J., *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung*, München, 1972; Douglas, J. D., *American Social Order. Social Rules in a Pluralistic Society*, New York, 1972, p. 42 ss.

se ha desplazado hacia la investigación de las instancias oficiales y de los mecanismos oficiales y no oficiales que constituyen la realidad total del sistema penal. Ahora bien, la dogmática penal es también parte de ese sistema, es un elemento del mismo. Ella es precisamente la que provee el instrumental conceptual adecuado, necesario, para convertir las decisiones del legislador en las decisiones programáticas del juez. Ella es, además, no sólo un factor importante en la formación profesional del juez y de los cuadros que actúan en otros sectores del sistema; por otra parte, influye directamente sobre la legislación penal a la que suministra no sólo las categorías lógicas que contribuyen a la racionalización de las decisiones, sino que también interviene directamente sobre la orientación político-criminal de esas decisiones. En este último caso desempeña la función de una instancia que provee de carácter científico a la política criminal, perteneciendo por ello también a los objetos de interés de la nueva sociología criminal,³¹ lo que hace imposible su integración junto con ella en un mismo discurso científico.

3. Un ulterior obstáculo para el desarrollo de un nuevo modelo integral de ciencia penal se encuentra en el diverso nivel de abstracción y de autonomía de ambas disciplinas —la criminología y la dogmática— respecto de su objeto. En el caso de la dogmática, la legislación penal es su objeto fundamental. Consecuentemente, es posible cerciorarse del hecho de que la criminología moderna que hasta entonces había estado concentrada en procesos de criminalización secundaria, es decir, de aplicación de la ley, descuidando la legislación penal, le presta a la legislación cada vez más atención, resaltando y reconociendo de esa manera la importancia significativa de esa «criminalización primaria» para el sistema total.³² La parcial convergencia respecto al objeto de investigación que de esa manera se produce, pareciera, a primera vista, favorecer la integración entre ambas disciplinas. Sin embargo, en la realidad, la convergencia resulta ampliamente obstruida y compensada por la diferencia fundamental en la relación de ambas disciplinas con la legislación penal como objeto de investigación,

31. Múltiples referencias para un análisis de la ciencia del Derecho penal y sus ideologías en el marco de una amplia visión del sistema penal se encuentran en: Hulsman L.H.C., *Samenvatting van de colleges Inleiding Strafrecht* 2e semester studie jaar, en: Erasmus Universiteit Rotterdam, faculteit der rechtsgeleerdheid, vakgroepen privaatrecht, staatsrecht, strafrecht, 1e studiejaar, semester 2, Strafrecht, bundel 4a, verplichte literatuur, Rotterdam, s.f., p. 1 ss.

32. Cfr., también para indicaciones ulteriores, Chambliss, W. J., *The State, the Law, and the Definition of Behavior as Criminal or Delinquent*, en Glaser, D., «A Handbook of Criminology», Chicago, 1974, p. 7 ss. y la literatura más arriba indicada (nota 28a).

arriba señalada. En este sentido la situación de la jurisprudencia dentro de las ciencias humanas es comparable solamente con la Teología, que es la ciencia que goza de la menor autonomía respecto a su objeto. En efecto, al igual que la Teología en los textos sacros, la jurisprudencia está obligada a ver en la ley la revelación de una voluntad (no importa que sea la voluntad del legislador o la voluntad de la ley) a la que debe rendir pleitesía convirtiéndola en su oráculo. Semejante voluntad constituye para la jurisprudencia no sólo un hecho para ser explicado e interpretado, sino un principio de autoridad al que debe permanecer necesariamente subordinada.³³

Por más amplio que sea el espacio de intervención en la interpretación de la ley y elevado el nivel de las construcciones jurídicas conceptuales, el plano de abstracción de la ciencia del Derecho respecto de la ley permanece siendo relativamente bajo. Se trata, por así decirlo, de una abstracción de segundo grado, subordinada a las abstracciones preestablecidas por la ley sobre la materia a regular. La integración de la materia regulada —datos sociales y ontológicos—, dentro del discurso jurídico sobre la ley, solamente puede ser realizado en la medida en que esa materia sea utilizada para interpretar la voluntad de la ley, pero no puede ser empleada para criticarla. Lo mismo se aplica a la reconstrucción del contexto histórico en el que fue creada la norma. Tal reconstrucción tiene en la jurisprudencia una función interpretativa, pero no cumple ninguna función social. El interés cognoscitivo de la sociología criminal moderna por la legislación penal es, sin embargo, un interés con un marcado carácter crítico social.

Desde este punto de vista, ambas disciplinas muestran una mayor tendencia a divergir que a lo contrario y esto, tanto más aún, cuando la criminología actual, a diferencia de la ciencia del Derecho penal y la criminología tradicional, muestra una tendencia a abandonar el papel auxiliar que antaño desempeñara respecto de la política criminal oficial y tiende más bien a asumir el papel de una actitud crítica frente al sistema.

33. Precisamente aquí es donde se aprecian con claridad los límites clásicos entre la ciencia jurídica en sentido genérico y la ley positiva que durante tantos años han alimentado el escepticismo jurídico a la vez que han dado ocasión para la reflexión acerca del carácter problemático de la ciencia jurídica. El modelo de la crítica acerca del significado científico de la jurisprudencia continúa siendo el clásico trabajo de Kirchmann del año 1848, cfr. von Kirchmann, J. H., *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, editado por G. Nesse, Stuttgart 1938; Leoni B., *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di J. H. von Kirchmann*, en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 20, 1940, p. 343 ss. En la literatura más reciente, cfr. también para una comparación entre ciencia jurídica y teología, Albert, H., *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 2, 1972, p. 80 ss.

4. Si nos referimos a la contribución orientadora y racionalizante que la ciencia del Derecho penal está llamada a proporcionar a las elecciones normativas fundamentales del sistema penal, caen dentro de esta área de influencia no sólo las elecciones del legislador, sino también las del juez. El análisis sociológico del sistema jurídico y de los mecanismos de reacción no oficial al comportamiento desviante que lo integran, ha permitido reconocer la complejidad del sistema total y aislar sus diversos sectores. Desde el punto de vista del proceso de criminalización selectiva, el sistema penal oficial se presenta como un *continuum* en el que es posible individualizar segmentos constituidos por las acciones de las diferentes instancias oficiales: el legislador, los órganos de asistencia social y en particular los de asistencia y control de menores, la policía, la fiscalía, los jueces penales, las instituciones y los órganos de ejecución penal y de ejecución de medidas de seguridad, las instituciones y los órganos encargados del control y asistencia de los liberados y los sujetos bajo el régimen de libertad condicional. El análisis sociológico ha mostrado también que ese sistema oficial no actúa en forma aislada, sino que para comprender sus efectos es necesario verlo como un subsistema enclavado dentro de un sistema de control social y de selección de mayor amplitud. Desde el ángulo de los procesos funcionales e integradores del sistema penal oficial, podemos señalar dentro de ese complejo:

a) Los procesos informales de reacción social que corren paralelos a los procesos de criminalización oficiales³⁴ (definiciones comunes de la

34. Para el concepto de percepción social de la desviación y de reacción social no institucional y, particularmente, para los estudios empíricos respectivos cfr. Podgorecki, A., Kaupen, W., van Houtte, J., *Knowledge and Opinion about Law*, Bristol, 1973; Le Blanc, M., *Représentations sociales du phénomène criminel, état des recherches québécoises et mondiales*, ponencia presentada al VIIe Congrès International de Criminologie, Belgrado, 1973; Newmann, G., *Comparative Deviance. Perception and Law in Six Cultures*, New York, Oxford, Amsterdam, 1976 (contiene los resultados de una investigación intercultural coordinada por el United Nations Social Defense Research Institute (Roma). Otra investigación intercultural, coordinada por el Centre de Criminologie Comparée, Université de Montréal (Canadá) ha sido recientemente concluida. Entre los documentos, cfr. Kwasniewski, G., Kojder, A., *Research Project*, International Centre for Comparative Criminology, University of Montréal, junio 1973; Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo (Venezuela), *La reacción social a la conducta desviada*, Maracaibo, 1977; Maggioni, G. (1977), *Social Reaction to Deviance in Italy: A Research on a National Urban Sample Dealing with Perception and Attitudes towards Deviant Behaviour. Progress Report*, ponencia presentada en la International Conference of the I.S.A. Research Committee on Sociology of Law, Saarbrücken, West Germany, september 4th-8th; Kwasniewski, J., Kojder, A. (1977), *Research in the Field of Sociology of Law and its Impact on Government Action. Progress Report*, ponencia presentada en la International Confe-

criminalidad),³⁵ la «distancia social» respecto de quienes son sometidos a sanciones, la «prohibición de coalición» y la «obligación de coalición»,³⁶ así como los que constituyen un inicio para los procesos oficiales de criminalización (la disposición de presentar una denuncia o la de deponer como testimonio).

b) Deben además ser considerados una serie de procesos que transcurren en instituciones, cuya relación con el proceso oficial de criminalización es más bien indirecta y quizá no han sido aún investigados en toda su complejidad por el análisis sociológico contemporáneo. Piénsese, por ejemplo, en la importancia de los procesos sociales de marginalización

rence of the I.S.A. Research Committee on Sociology of Law, Saarbrücken, West Germany, september 4th-8th, 1977. Además debe ser señalada la investigación que se desenvuelve en el Service d'Études Pénales et Criminologiques (Paris) sobre «L'image de la justice criminelle dans la société», cfr. los diversos informes sobre las distintas fases de la investigación preparados por Ph. Robert, C. Faugeron y P. Lascombes a partir de 1971. Entre los trabajos ya impresos, cfr. Robert, Ph., Faugeron, C., *L'image de la justice criminelle dans la société*, en «Revue de droit pénale et criminologie», 21, 1973, p. 665 ss. Sobre la investigación llevada a cabo en el Institut für Rechts- und Sozialphilosophie, Universität Saarlandes (nota 36), cfr. Baratta, A., *Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereichs*, en: «Kriminologisches Journal», 7, 1975, p. 132 ss.; Smaus, G., *Reazione sociale al comportamento deviante, con particolare riguardo al settore non istituzionale*, en «La questione criminale», 1, 1975, p. 196 ss.; Baratta, A., Smaus, G., *Research Project of Deviant Behaviour with Special Reference to Non-Institutionalized Reaction*, en Kulcsar, K. (ed.), «Sociology of Law and Legal Sciences. Proceedings of a Conference on the Sociology of Law», Balatonszéplak, Hungría, setiembre 2-25, 1976, Budapest, 1977, p. 261 ss. Véase además, entre los trabajos más recientes, las contribuciones presentadas por J. J. M. von Dijk, Ph. Robert, P. Rock y H. J. Schneider a la Thirteenth Conference of Criminological Research, Council of Europe, Strasbourg, 19 July 1978. Sobre la crítica a las investigaciones tradicionales Kol (Knowledge and Opinion about Law) en esta área cfr. Smaus, G., *Kol Inquires and their impact on Government Action*, ponencia presentada a la Conferencia Internacional de I.S.A. Research Committee on Sociology of Law, Saarbrücken, RFA, 4-8 setiembre 1977.

35. Cfr. Smaus, G., *Teorie del senso comune*, cit. (nota 4).

36. Se trata de la reacción del círculo familiar o de amistades o conocidos ante el hecho de que una persona haya sido estigmatizada públicamente ya sea por sufrir la persecución por parte de las instancias punitivas o por haber sido condenada. La regla es que en esos casos disminuyan o se suspendan totalmente los contactos con esas personas («distanciamiento social»). Se da inclusive el caso de una expectativa por parte de la sociedad, de que no se conceda al delincuente ningún tipo de seguridad o apoyo («prohibición de coalición» con sujetos desviantes) sino que por el contrario —en coincidencia con la «opinión pública»— se tome partido por los valores atropellados por el individuo (oferta de coalición para la mayoría conforme). En esta perspectiva se desarrolla en la Universidad de Saarland-Saarbrücken, una investigación financiada por la «Deutsche Forschungsgemeinschaft» y bajo la dirección de A. Baratta, G. Smaus y F. Sack (Hannover), que analiza las reacciones de la po-

pertenecientes al mecanismo del mercado de trabajo³⁷ y a la selección escolar.³⁸ Estos factores, junto con el sistema de Derecho penal y los controles sociales informales, conducen a la formación de sectores sociales de los que, para hablar en términos de Foucault,³⁹ se recluta «la población criminal», es decir, la mayor parte de aquellos sobre los cuales se concentra la acción del sistema penal.

Múltiples estudios han mostrado que en el proceso de criminalización selectiva esas variables obtienen su influencia a través de factores cognoscitivos propios de las actitudes de quienes actúan en nombre de la institución.⁴⁰ Esos factores condicionan los efectos de las actuaciones de esas

blación. Cfr. el informe de Smaus G., *Reazione sociale al comportamento deviante, con particolare riguardo al settore non istituzionale*, cit. (nota 34). Sobre el significado de estas reacciones en el marco de esta investigación cfr.: Smaus, G., *Teorie del senso comune*, cit. (nota 4); Baratta, A., Smaus, G., *Research Project: Social Control of Deviant Behaviour with Special Reference to Non-Institutionalized Reaction*, cit. (nota 34); Spiegelberg, R., *Überlegungen zur Reaktion der Öffentlichkeit aus strafrechtliche Sanktionen*, en «Kriminologisches Journal», 11, 1979, p. 22 ss.

37. Cfr. Baratta, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, cit. (nota 19). Para la discusión en torno a la relación funcional entre población penitenciaria y mercado del trabajo, hipótesis fundamentales del clásico libro de Rusche y Kirchheimer (cfr. nota 23), se debe ver Jankovic, I., *Labor Market and Imprisonment*, en «Crime and Social Justice», 8, 1977, p. 17 ss.; Melossi, D., *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer*, en «La questione criminale», 4, 1978, p. 11 ss.

38. Cfr. Baratta, A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, cit. (nota 19) y la literatura allí aludida. Debe verse, además, en Cicourel, A. V., Kitsuse, J., *The Educational Decision-Makers*, Indianapolis, New York, 1963; Fisher, S., *Stigma and Deviant Careers in Schools*, en «Social Problems», 20, 1972, p. 78 ss.; Brusten, M., Hurrelmann, K., *Abweichendes Verhalten in der Schule. Eine Untersuchung zu Prozessen der Stigmatisierung*, München, 1973; Brusten, M., *Soziale Schichtung, selbstberichtete Delinquenz und Prozesse der Stigmatisierung in der Schule*, en «Kriminologisches Journal», 6, 1974, p. 29 ss.

39. Cfr. Foucault, M., *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, cit. (nota 23).

40. Cfr. con relación a los factores de los que dependen la actitud del operador en las decisiones judiciales, Hogart, J., *Sentencing as a Human Process*, Toronto, 1971 (con amplia bibliografía); Green, E., *Judicial Attitudes in Sentencing*, London, 1961; Hood, R., *Sentencing in Magistrates' Court*, London, 1962; Peters, D., *Die Genese richterlicher Urteilsbildung und die Schichtverteilung der Kriminalität*, en «Kriminologisches Journal», 2, 1970, p. 210 ss.; Peters, D., *Richter im Dienst der Macht*, cit. (nota 28e); Robert, Ph., Faugeron, C., Kellens, G., *Les attitudes des juges à propos des prises de décision*, Paris, 1972; Shoemaker, D. J., South, D. R., Lowe, J., *Facial Stereotypes of Deviants and Judgements of Guilt or Innocence*, en «Social Forces», 51, 1973, p. 427 ss.; Miralles, T., *Attitudes of the Judges of the Criminal Courts of First Instance of Guanabara concerning the Process*, Rio de Janeiro, 1975. Con referencia también a otras instancias, y para más indicaciones bibliográficas, cfr. Hensel, R. L., Silvermann, R. A. (ed.), *Perception in Criminology*, New York, London, 1975.

instancias, sin que para ello sea necesario incluirlos dentro del catálogo de los elementos que formalmente vinculan la toma de la decisión. Basta solamente pensar en la «reactividad»⁴¹ que caracteriza la acción de la policía, la cual tiene una tendencia generalizada a intervenir allí donde es llamada a hacerlo; o en la «visibilidad» variable de los comportamientos contrarios a la ley que lleva a que la actividad controladora de los órganos se concentre en los comportamientos visibles públicamente e inmunice aquellos que tienen lugar en lugares privados.⁴² La inmunidad respecto del Derecho penal puede, por consiguiente, ser obtenida con la propiedad.⁴³ Estas variables no legales y ni siquiera reflexionadas por las instancias oficiales, tienen un efecto sobre los resultados selectivos del sistema jurídico penal que no es en lo más mínimo menor del que tienen las variables oficialmente reconocidas, es decir, aquellas que están sometidas a la obligación de justificación y a los criterios de las acciones profesionales. Quizá no sea exagerado comparar las relaciones existentes entre las variables legalmente reconocidas por el proceso oficial de criminalización y el complejo de las variables no reconocidas legalmente —que han sido objeto de análisis sociológicos, socio-económicos y socio-psicológicos— con las relaciones que existen entre la esfera de los procesos conscientes y la esfera de los procesos inconscientes desde el punto de vista de la moderna psicología profunda. En ambos casos, los procesos conscientes y legalmente reconocidos aparecen como un microcosmo inscrito en un macrocosmo explorado sólo parcialmente.

Los ejemplos aludidos de variables no legalmente reconocidas en los procesos de toma de decisiones en las instancias oficiales son, sobre todo, aptos para incitar a la reflexión acerca de la situación de la ciencia jurídico-penal respecto a las *decisiones judiciales*. El espacio dentro del cual la ciencia jurídica puede hacer sentir sus efectos, está doblemente limitado. Se encuentra limitado, en primer lugar, por el hecho de que los casos que llegan ante el juez para que éste vierta una decisión sobre ellos, representan el resultado de una fase sumamente avanzada de un proceso de selección en el cual han intervenido como filtros sucesivos los procesos específicos

41. Cfr. Reis, A. J., junior, Bordua, D., *Environment and Organization*, en Bordua, D. (ed.), «The Police. Six Sociological Essays», New York, 1967, p. 25 ss. (29 ss.).

42. Cfr. Stinchombe, A. L., *Institution of Privacy in the Determination of Police Administrative Practice*, en «American Journal of Sociology», 69, 1963, p. 150 ss.; Chapman, D., *Sociology and the Stereotype of the Criminal*, London, New York, Sydney, Toronto, Wellington, 1968, p. 56 ss.

43. Cfr. Popitz, H., *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelfeldziffer, Norm und Strafe*, «Recht und Staat», fasc. 350, Tübingen, 1968, p. 17 ss.

de los subsistemas oficiales del Derecho penal (el legislador, la asistencia social, la policía, la fiscalía), además de aquellos procesos que intervienen en el sistema social general. En este sentido es posible afirmar que la observación de esa parte del proceso que lleva a cabo la ciencia jurídico-penal, deja por fuera la mayor parte de las variables que indirectamente influyen sobre él. En segundo lugar, el campo de acción de la ciencia jurídica está limitado por el hecho de que los instrumentos dogmáticos de los que dispone para la orientación y racionalización de las decisiones judiciales, cubren solamente una parte de las variables de las cuales es portador el juez. Si refiriéndonos a Cicourel⁴⁴ y a otros⁴⁵ introducimos conceptos como «*basic rules*» o «*second code*» y aludimos con ellos a la totalidad del complejo de reglas (y de los mecanismos regulativos) que determinan *efectivamente* la aplicación que hace el juez de la ley, podemos decir que las reglas administradas por la metodología y la dogmática del Derecho penal y procesal penal, solamente cubren una pequeña parte del proceso decisorio.

La mayoría de las reglas derivadas de factores como el comportamiento y la socialización del juez penal, que encuentran expresión en sus prejuicios y estereotipos, escapan de la competencia de la ciencia jurídico-penal. Igualmente escapan a ella otras condiciones de la aplicación de la ley que no dependen de la conciencia individual de los jueces, pero que influyen de manera no menos intensa en su actividad decisoria, como, por ejemplo, los procesos de influencia derivados de la organización y la comunicación.

Finalmente, es conveniente observar que en la actividad jurisdiccional la ciencia penal surte sus efectos sobre aquel segmento del sistema jurídico-penal en el cual el ámbito discrecional es relativamente más estrecho en relación con otros segmentos de ese sistema; esto ocurre por el hecho de que las decisiones que toman los jueces son decisiones en buena medida programadas de antemano por el legislador. Por una parte, el significado de las funciones jurídico-estatales que ejerce la ciencia jurídico-penal sobre el sistema, elevando el grado de uniformidad de las decisiones judiciales y con ello el grado de igualdad en el ejercicio del Derecho, no puede

44. Cfr. Cicourel, A., *The Acquisition of Social Structure. Toward a Developmental Sociology*, en Douglas, J. D. (ed.), «*Understanding Everyday Life*», Chicago, 1970, p. 136 ss.; Cicourel, A., *Delinquency and the Attribution of Responsibility*, en Scott, R. A., Douglas, J. D. (ed.), «*Theoretical Perspectives on Deviance*», New York, 1972, p. 142 ss.

45. McNaughton-Smith, P., *The Second-Code. Toward (or Away from) an Empiric Theory of Crime and Delinquency*, en «*Journal of Research in Crime and Delinquency*», 5, 1969, p. 15 ss.; Blum, A. F., McHugh, P., *The Social Assumption of Motives*, en «*American Sociological Review*», 36, 1971, p. 98 ss.; Sack, F., *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, cit. (nota 25), p. 458 ss.

ser subrayado de manera suficiente. Por la otra, es necesario reconocer que la actividad para la racionalización y gestación de igualdad excluye por decisión propia una serie de mecanismos que, vistos en conjunto, resultan más adecuados para la producción del efecto contrario, es decir, para gestar desigualdad. Ello no puede ser evitado por la ciencia jurídico-penal en su estado actual. Incluso allí donde los representantes de la ciencia jurídico-penal cuentan con un amplio bagaje de conocimientos acerca de la investigación sociológico-criminal sobre esos mecanismos, este hecho no puede llevar a un cambio directo de la situación, contribuyendo, por ejemplo, al logro de un ajuste compensatorio, porque ello significaría, en última instancia, una colisión con el principio de legalidad.

5. El otro segmento del sistema sobre el cual se concentra la acción de la ciencia jurídico-penal tendente a preparar la decisión, es el de la legislación. Contrariamente a lo que sucede en el de la actividad jurisdiccional, se trata en este caso del sector con el margen más amplio de discrecionalidad. Sin embargo, esta posibilidad de intervención político-criminal de la ciencia no debe ser tampoco sobreestimada. Las investigaciones sobre la formación de las leyes penales muestran que la instancia científica en las decisiones legislativas es todo lo contrario que omnipotente y que dicha instancia ocupa una posición más que nada subordinada, a pesar de que algunas veces desempeña un papel digno de consideración.

Frente a la actividad de la instancia científica en la política criminal se levanta una barrera sobre todo institucional que no ha sido variada ni siquiera por el desarrollo de la sociedad capitalista avanzada en una dirección tecnocrática. A pesar de la amplia tarea que se le encomienda a la instancia científica (amplia en relación con la que tiene en la actividad judicial) en la formación de la voluntad política del legislador en el ámbito del Derecho penal, la tarea permanece en ambos casos (actividad judicial y actividad legislativa) idéntica. Su competencia no consiste en tomar decisiones, sino en prepararlas.

Ahora bien, el Derecho penal es, como todos los demás campos del Derecho, no solamente el resultado concreto de una mediación, sino también del conflicto entre intereses materiales y no muy raramente de la preponderancia de los intereses particulares de grupos poderosos sobre los intereses generales. Este último caso aparece con regularidad en la legislación penal especial.

Aquí ejercen su influencia, por una parte, la potencia de los grupos que defienden intereses particulares y, por otra, la poca información y conocimiento sobre los problemas tratados con que cuenta la opinión pú-

blica (y no pocas veces también los partidos políticos). Lo anterior hace que la relación de la legislación penal y la lógica de las relaciones materiales de propiedad y producción sea aún más directa y abierta de lo que es en las codificaciones generales o en los informes clásicos de la política criminal sobre los diferentes casos. Ejemplos harto discutidos sobre la preponderancia de los grupos de interés en la legislación penal son proporcionados por la legislación sobre drogas en diferentes países,⁴⁶ así como por la legislación sobre delitos ecológicos, accidentes de trabajo y, en general, la legislación en el ámbito de la criminalidad económica. Cuanto más directo y decisivo sea el peso con base en el cual los grupos de interés, utilizando para ello los múltiples canales que se encuentran a su disposición, afecten la legislación penal, mayor será la impotencia de la instancia científica y mayor será el grado al que resulta reducida, desempeñando un papel instrumental en la preparación de elementos técnico-jurídicos, y excluida de la elección de las metas finales. Aun en el caso de que estemos en presencia de aquellos sectores clásicos de la política criminal, en los que la influencia de los canales oficiales e institucionales sobre la conformación de la voluntad política es más fuerte, la instancia científica se topa, en la racionalización de los fenómenos decisorios, con barreras tanto en lo que se refiere a la fijación de metas como en lo que atañe a los medios para llegar a las mismas. Sabemos, en efecto, que respecto a la introducción de elementos racionalizantes extraídos de los conocimientos más avanzados de la criminología, el peso de los prejuicios y de la ideología, cuyo portador es la opinión pública, produce con no poca frecuencia un efecto limitador o incluso neutralizador (presuponiendo, claro está, que la ciencia pueda contribuir constructivamente a la solución de los problemas, lo que no siempre es el caso). En ese sentido, el sistema penal es uno de los ejemplos más claros para el hecho de que, hasta el día de hoy, ninguna democracia representativa ha logrado hacer perfectamente traducible la instancia científica en el sistema de formación de la voluntad política, a fin de evitar, de esa manera, que la *practicabilidad* política limite la racionalidad de las decisiones.

Sin embargo, el origen de las barreras con las que choca la política criminal científica, es decir, la política criminal en el ámbito de la ciencia jurídico-penal, en el traslado de los conceptos criminológicos a la prác-

46. Cfr., para un análisis sobre la formación de la reciente legislación alemana sobre drogas, Scherer, S., *Recht als Instrument sozialer Kontrolle*, tesis doctoral presentada en la Universidad de Münster, 1978; acerca de la legislación en los Estados Unidos, véase Chambliss, W. J., *The State, the Law, and the Definition of Behavior as Criminal or Delinquent*, cit. (nota 32).

tica debe ser buscado también en la limitada capacidad de la ciencia jurídico-penal para el procesamiento de esos conceptos. Entre los factores indirectos debe ser considerado, sobre todo, la circunstancia de que dentro del sistema penal, el monopolio de la mediación entre la criminología y los centros decisorios de la política criminal oficial corresponde a la ciencia jurídico-penal. Lo anterior conforma el papel de los juristas dentro del extenso ámbito de la *política criminal*. El hecho de que ésta tenga en mira casi exclusivamente el momento represivo (*política penal* en sentido estricto)⁴⁷ los inclina a privilegiar aquellos aspectos de la criminología que pueden ser traducidos directamente en medidas de política criminal (preparación de sanciones lo más adecuadas posible para el control social de la criminalidad, determinación de la pena, prognosis criminal, etc.). Esto explica también la predilección general de los juristas por la denominada «criminología multifactorial», es decir, por aquella criminología que, manteniendo todos los equívocos relacionados con el paradigma etiológico positivista, al mismo tiempo renunció a seguir contextos teóricos amplios, como lo hiciera la criminología liberal en sus mejores días. Este carácter ateórico y ecléctico de la criminología multifactorial, que pone evidentemente en duda su carácter científico, es explicable a partir del cortocircuito mediante el cual la criminología fue reducida a ciencia auxiliar de la política penal, perdiendo su función explicativa respecto de las relaciones macrosociales del fenómeno de la criminalidad, que habían sido aclarados principalmente por la criminología liberal en la medida en que ésta había logrado superar —como ya ha sido expuesto— el horizonte de la política jurídico-penal.

La institucionalización de la relación entre criminología y política criminal oficial, llevada a cabo por los representantes de la ciencia del Derecho penal, hace que en casi todos los países del mundo capitalista existan una serie de filtros académicos y administrativos entre las dos instancias, con la finalidad de facilitar la penetración en los centros de toma de decisiones político-criminales (ministerios, institutos de investigación oficial, comisiones ministeriales, etc.) de los sectores de la investigación criminológica menos avanzados en sentido crítico y por consiguiente más idóneos para generar una estabilización conservadora del sistema penal o también reformas conservadoras que para el sistema se califican naturalmente como reformas «positivas» (de las que habla Mathiesen).⁴⁸ Simultáneamente, en esos centros de toma de decisiones se limita el significado de

47. Para esta distinción entre «política penal» y «política criminal», cfr. Bricola, F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, en «La questione criminale», 1, 1975, p. 221 ss.; Baratta, A., *Criminologia critica e politica criminale alternativa*, cit. (nota 24), p. 349 ss.

48. Cfr. Mathiesen, T., *The Politics of Abolition*, cit. (nota 25).

aquellos segmentos de la ciencia criminológica que asumen un punto de vista crítico respecto del sistema y que propugnan una política criminal alternativa, preparando de esa manera la introducción de reformas «negativas» tendentes a una transformación radical del sistema. Todo esto no sorprende, si se repara en la actitud fundamentalmente conservadora que los juristas tienen respecto al sistema penal y se piensa en la «óptica profesional» que los lleva a otorgar una absoluta superioridad a los aspectos jurídico-penales de la política criminal. En los países socialistas, estos filtros y esta labor neutralizadora de la criminología crítica por parte de la ciencia jurídico-penal no es necesaria, porque se puede afirmar que allí no existe todavía una criminología crítica.

6. Respecto a los factores directos que limitan la capacidad de la ciencia jurídico-penal para la recepción y utilización de conocimientos criminológicos, se puede decir que tienen relación con la limitada aptitud de transformación propia de esa ciencia en relación con las estructuras lógicas e ideológicas que la caracterizan desde su nacimiento, en la segunda mitad del siglo pasado. La estructura lógica y dogmática se encuentra basada todavía, no sólo en Europa continental y en los países sometidos a su influencia como aquellos de la América meridional, sino también y ampliamente en los países anglosajones, sobre una serie de elementos (por ejemplo, la concepción analítica del delito) conceptuales que concentran el núcleo del espectro del delito en hechos punibles con carácter *originalmente* criminal y que por consiguiente cuentan con la apariencia de ser los más relevantes para la política criminal. Las características fundamentales de esas infracciones —según la teoría oficial del delito— son sustancialmente las siguientes:

a) Representan no solamente violaciones instrumentales, sino también simbólicas, en el sentido de que se cree que representan la infracción del margen de tolerancia ética de la comunidad,⁴⁹ por lo que su punición no persigue únicamente una finalidad utilitaria, sino también la función expresiva de poner de manifiesto y fortalecer las valoraciones éticas.⁵⁰

49. Cfr. Naucke, W., *Strafrecht. Eine Einführung*, 2a. ed., Frankfurt a.M. 1977, p. 60.

50. Sobre la teoría «expresiva» (*declaratory theory*) del Derecho penal, cfr. Devlin, P., *The Enforcements of Morals*, London, 1965; Walker, N. D., *Morality and the Criminal Law*, en «The Howard Journal», 11, 1964, p. 209 ss. Esta teoría ha sido acogida oficialmente por la actual comisión para la reforma del Derecho penal en Canadá, cfr. Commission de Réforme du Droit du Canada, Document de Travail núm. 10, *Les confins du droit pénal*, Ottawa, 1975, p. 43 ss.; Brodeur, J. P., Landreville, P., *Finalité du système de l'administration de la justice pénale et planification de politiques*, Université de Montréal, Ecole de Criminologie, 1977.

b) Son infracciones imputables al comportamiento de individuos y son por lo tanto el resultado de decisiones libres y por consiguiente reprochables (principio de la personalidad, principio de culpabilidad).

c) Los intereses que son lesionados por las infracciones son generalmente intereses de sujetos jurídicos, esto es, de individuos o personas jurídicas.⁵¹

Tomando en cuenta lo anterior, no debe de sorprender la actitud irreflexiva que ha caracterizado a la ciencia jurídico-penal respecto del carácter fragmentario que ella misma le ha endosado al Derecho penal. Algunos de los resultados más importantes del análisis moderno del sistema del Derecho penal, se distinguen precisamente por haber puesto en evidencia ese carácter extremadamente fragmentario de la tutela que ese sistema ofrece a los intereses y necesidades que verdaderamente son merecedores de ella y por haber señalado esa característica como propia del sistema.⁵² El aludido carácter fragmentario no consiste únicamente en el hecho de que el Derecho penal deje al descubierto determinadas áreas de interés e importantes necesidades. Por el contrario, los sistemas de Derecho penal modernos acusan una acentuada tendencia hacia la representación universal de los ámbitos de interés en sus sistemas de bienes jurídicos. El carácter fragmentario en cuestión se refiere sobre todo a la manera altamente selectiva en la que son cubiertos tan sólo parcialmente los intereses representados en los sistemas de bienes jurídicos, así como también a la diferente intensidad de dicha protección. Respecto a esto último hay que señalar que el privilegio de la tutela y la intensidad de la misma no siempre se encuentra en relación con el grado en que merecen ser protegidos los intereses individuales o colectivos y con el nivel de peligro en las diferentes situaciones. Así, por ejemplo, intereses que pertenecen al ámbito de la incolumidad física o de la vida, son privilegiados frente a aquellos intereses difusos o colectivos⁵³ (también desde el punto de vista jurídico-

51. Es interesante advertir que el concepto de *crimes* y de la diferencia entre ellos y las *infractions criminelles*, adoptado por la actual Comisión para la Reforma del Derecho penal en Canadá, está orientado por estas tres características, cfr. Commission de Réforme du Droit du Canada, Document de Travail núm. 2, *La responsabilité stricte*, Ottawa, 1974.

52. Para una teoría de la inmunización del Derecho penal es útil el concepto de «no contenidos» del Derecho penal, introducida por Schumann; cfr. Schumann, K., *Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer Konflikttheoretischen Kriminologie*, cit. (nota 30).

53. Bricola, F., *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni e tutela degli interessi collettivi*, en «La questione criminale», 1976a, p. 7 ss.

procesal),⁵⁴ aun cuando estos últimos no sean menos importantes para la calidad de vida de los individuos y afecten a un número mayor de ellos.

También puede pensarse en lo desproporcionado de la intervención protectora del sistema penal respecto a infracciones que resultan de mecanismos de acción, los cuales acusan una acentuada tendencia segmentaria o una marcada anonimidad y que son en cierto sentido mecanismos automáticos que ejercen sus efectos en el ámbito de la producción y del mercado (grandes empresas nacionales y transnacionales, órganos e institutos de la Administración pública) y que por consiguiente son difícilmente imputables a la voluntad o actividad de individuos. Ejemplos ampliamente discutidos son, en este caso, los límites de la reforma del Derecho penal en el área de la economía y en la persecución de las gravísimas violaciones a preceptos jurídicos cometidas por órganos y corporaciones estatales. En casos como éstos, la imagen de la infracción establecida en la teoría del delito produce como un factor inmunizante de los efectos del Derecho penal. La legitimación tradicional del carácter fragmentario de la defensa de los intereses que proporciona la ciencia jurídico-penal es cuestionable. Generalmente descansa precisamente en aquellas características de la imagen del delito, a las que se hizo referencia líneas arriba y que condicionan la selectividad de la protección jurídico-penal. Pero precisamente aquí es donde se localiza el círculo vicioso; como de menor relevancia penal son considerados aquellos intereses para cuya tutela el Derecho penal —que a su vez reposa en las características apuntadas de la teoría del delito— tiene menor aptitud, como si aquellas características se adhiriesen más fielmente a la «naturaleza» del sistema de Derecho penal, en lugar de ser, por el contrario, el resultado de un proceso de abstracción que parte de los sistemas contingentes del derecho positivo. Convencionalmente, sería sin lugar a dudas posible definir el Derecho penal como una técnica para el control social que actúa sobre ciertas formas de comportamiento, que corresponden a las tres características arriba indicadas. Sin embargo, no existen razones suficientes para justificar la hipótesis de que la ciencia jurídica deba necesariamente permanecer ligada a esa convención y al concepto de Derecho correspondiente, así como al sistema existente de control social. La única razón para aceptar un ligamen convencional como el descrito podría hacerse derivar de la armonía que parece garantizar la teoría oficial del delito entre la acción del sistema y los valores éticos de la comunidad. Pero ésta es solamente una razón aparente, pues sabemos, a través

54. Cfr. Sgubbi, F., *Tutela penale di «interessi diffusi»*, en «La questione criminale», 1, 1975, p. 439 ss.

de los estudios llevados a cabo,⁵⁵ que el tipo de legitimación que obtiene el sistema de Derecho penal por medio de las valoraciones y de las actitudes de la opinión pública, no es ni total ni homogénea con respecto a los diferentes grupos sociales. Sabemos que esta legitimación está muy lejos de representar un consenso efectivo basado sobre el conocimiento del real funcionamiento del sistema y sobre una valoración racional del mismo y que, por el contrario, se asienta más bien sobre «la ausencia de conocimiento» (Popitz)⁵⁶ y sobre una imagen parcialmente ficticia del sistema. Además, son a nuestro entender aquí valederas las objeciones formuladas por Hart a la teoría expresiva del Derecho penal⁵⁷ que se manifiestan así: aun si se admite que el Derecho penal se encuentra y debe permanecer vinculado a la moral, esto no significa que las valoraciones éticas vigentes concretamente en una determinada sociedad tengan que ser mecánicamente adoptadas y no puedan ser objeto de una reflexión crítica; la crítica —agregaríamos— de parte de una ciencia jurídico-penal que se aboque a la tarea de contribuir aportando argumentos racionales al progreso de las valoraciones éticas en la sociedad.

III

¿Cuál puede ser, ahora, la reacción de la ciencia jurídico-penal frente a los conocimientos recaudados y puestos a su disposición por la moderna criminología, acerca de la naturaleza real de los mecanismos de selección e inmunización que funcionan dentro del sistema penal a la vez que están en contradicción con las metas que la ciencia le asigna tradicionalmente a ese sistema? ¿Cómo puede reaccionar ante análisis empíricos según los cuales los fines declarados de la sanción, sobre todo la rehabilitación del delincuente por medio de la privación de libertad, no corresponden con los efectos y las funciones reales? ¿Cómo puede replicar la ciencia jurídico-penal a nuevas perspectivas de investigación que demuestran, por un lado, la escasa realización de sus fines declarados y que, por el otro, ponen en evidencia la onerosidad no solamente en sentido económico, sino también en términos de costos «sociales»⁵⁸ que se encuentran relacionados con el

55. Cfr., por ejemplo, Weinberger, J. C., Jakubowicz, P., Robert, Ph., *Société et perception des comportements déviants incriminés*, Service d'Études Pénales et Criminologiques, Paris, janvier 1976; Weinberger, J. C., Jakubowicz, P., Robert, Ph., *Il declino del diritto... come strumento di controllo sociale*, en «La questione criminale», 2, 1976, pp. 73 ss.

56. Cfr. Popitz, H., *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, cit. (nota 43).

57. Cfr. Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968, p. 170 ss.

58. Es oportuno hacer notar, a tal propósito, la investigación que actualmente se

funcionamiento del derecho penal? Todos éstos son solamente algunos ejemplos del *desafío* que la moderna criminología le plantea a la ciencia jurídico-penal.

La reacción a semejante reto podría presentarse de muy diversas maneras. La que hasta el momento ha sido la más frecuente en el ámbito de la ciencia jurídico-penal oficial ha sido la de negarse a tomar conocimiento de los resultados de la criminología o, por lo menos, de una parte de ellos. Esta reacción va ocasionalmente acompañada de la tentativa de deslegitimar, tanto en el plano institucional como en el ideológico, a las modernas escuelas y orientaciones de investigación en el ámbito de la criminología moderna.⁵⁹

La segunda forma posible de reacción se manifiesta en lo que quisiéramos formular como «el cargo de conciencia» de los penalistas. Se trata de algo que no modifica directamente la estructura de la ciencia y su posición dentro del sistema de Derecho penal, sino que más bien se limita a servir de acompañante al trabajo tradicional del penalista, adjuntándole un momento crítico y contradictorio. Radbruch caracterizó acertadamente esta reacción al escribir que solamente puede convertirse en buen jurista aquel que lo sea con cierto cargo de conciencia.⁶⁰ Ambas reacciones muestran que la ciencia jurídico-penal dispone de una capacidad muy limitada de auto-transformación. Desde este punto de vista, el parangón realizado en este sentido con la Teología favorece a esta última, toda vez que entre ambas ciencias dogmáticas no hay duda que ha sido la Teología contemporánea la que mayor capacidad de renovación ha demostrado en cuanto a su estructura conceptual y axiológica. Empero, la segunda forma de reacción es un signo importante de progreso, porque ella introduce en la persona —no así en la ciencia que la adopta— un estímulo crítico, que si bien no puede producir directamente una renovación profunda en el campo científico, por lo menos la prepara para el futuro. El cargo de conciencia es el mínimo que se puede esperar de un penalista, pero es a la vez quizá

lleva a cabo por un *équipe* de la École de Criminologie de la Université de Montréal; Cfr. Landreville, P., Blankenvorrt, V., Pires, A., *Les coûts sociaux du système penal*, premier rapport intérimaire, École de Criminologie, Université de Montréal, juillet 1978. Sobre el contexto teórico de los costos sociales del sistema penal, cfr. también Hulsman, L., *Un paradigme criminologique abolitionniste et la recherche sur la catégorie de crime*, rapport présenté aux tables rondes du CNRS sur «Connaissance et fonctionnement de la justice pénale: perspectives sociologiques et criminologiques», Lyon, 11-14 enero 1977.

59. Clásico ejemplo es la clausura de la School of Criminology de la Universidad de Berkeley (California) en 1976.

60. Cfr. Radbruch, G., *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlass*, Tübingen, 1952, p. 24.

el máximo por la situación institucional de la ciencia en el sistema de Derecho penal.

El deseo de producir una transformación radical del sistema del Derecho penal para afectar de esa manera a la ciencia constituye una tercera forma de reacción. Es la reacción de una ciencia jurídico-penal que va más allá de los límites de su propia dogmática y que supera incluso su primer y propio dogma: el concepto del Derecho penal. Es la reacción de una ciencia que no acepta más la situación de subordinación dentro del sistema penal y que se afana sobre todo por lograr obtener el bosquejo de un sistema adecuado para el control de las formas de comportamiento perjudiciales a los intereses y necesidades del individuo y la sociedad que merecen ser protegidos. Ello no significa, sin más, la expansión del ámbito de aplicación de los métodos tradicionales de la política penal y, en particular, de las medidas privativas de libertad, sino la drástica y determinística reducción del empleo de esos medios a aquellos casos en los que no haya otra solución posible y, al mismo tiempo, implica la preparación de un sistema de medidas de política criminal que actúen mediata e inmediatamente y que se puedan controlar sobre la base de sus efectos y de los costos sociales; en una palabra, un conjunto de medidas dentro del cual las intervenciones penales representen la parte más pequeña y menos importante. Esto significa, para recordar una vez más una formulación de Radbruch,⁶¹ no el esbozo de un Derecho penal mejor, sino el esbozo de algo mejor que el Derecho penal.

Sólo una ciencia jurídica que por un período adecuado de tiempo transfiera el peso principal de su trabajo de la interpretación del Derecho vigente a la crítica del mismo, así como al diseño de un nuevo Derecho, puede pasar de ser una instancia interna a ser una instancia externa del Derecho penal y alcanzar de esa manera un campo o un nivel de abstracción que haga posible un encuentro con la criminología al nivel de ésta. Cuál esbozo o cuál crítica va a prevalecer, es algo que depende del grado de desarrollo que hayan alcanzado en una determinada sociedad las condiciones y la voluntad política necesarias para la transformación del sistema jurídico-penal.

Pero aun en el caso de que esta ciencia jurídica, para la que ya existen planteamientos, llegara a establecerse, es posible que no tenga necesidad de llamarse ciencia jurídico-penal. El modelo integral del futuro será, en el evento de que logre imponerse, absolutamente distinto de lo que sería una edición actualizada de la vieja *gesamte Strafrechtswissenschaft*.⁶² Para

61. Cfr. Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, 6a. ed., Stuttgart, 1963, p. 269.

62. En este punto nos hemos limitado a hacer referencia a la posibilidad de llevar

terminar, es oportuno hacer una observación respecto al pasado y futuro del modelo integral de ciencia penal. Actualmente no existen (todavía) las condiciones para la realización de un modelo integrado; la ciencia jurídica actual puede únicamente integrarse con la criminología de ayer y sólo la ciencia jurídica de mañana podrá llegar a integrarse con la criminología y las ciencias sociales de nuestros días.

ALESSANDRO BARATTA

Institut für Recht-u-Sozialphilosophie
Universität des Saarlandes
66 Saarbrücken (R. F. Alemana)

a cabo reelaboraciones de la ciencia penal y de introducir en ella los resultados obtenidos por la sociología criminal moderna, teniendo en cuenta las barreras que impone la estructura dogmática e ideológica de esa ciencia penal. Con ello, y eso es evidente, no hemos hecho otra cosa que referirnos a una parte, si bien la más importante, de los problemas que hoy en día limitan la integración de otras ciencias afines con la ciencia jurídica. Esa integración comprende, además de la criminología y la sociología criminal —independientemente de la amplitud con que se acepte cuál sea el objeto de esas dos disciplinas—, toda una gama de conocimientos específicamente relacionados con el cuestionamiento especializado de un espectro teóricamente ilimitado de ciencias. Esos conocimientos heterogéneos, por principio, encuentran su única posible unidad en el concepto de «investigación del hecho social». El análisis de la situación y las perspectivas de integración nos llevarían inevitablemente al cuestionamiento específico de cada una de esas ciencias, con la consecuencia de que los resultados que obtendríamos serían aún más diferenciados de lo que serían los obtenidos a partir de una cuestión de mayor importancia como lo es la pregunta acerca de la integración entre la ciencia jurídica y la criminología, de la que nos hemos ocupado. La referencia a la investigación del hecho social tiene el propósito de llamar la atención sobre un importante problema lógico que se plantea a todo lo ancho del modelo de integración y sobre todo y en primer lugar, en el momento de la recepción en la ciencia penal de los conocimientos de tipo sociológico criminal. Nos referimos, por ejemplo, al carácter necesariamente selectivo del procesamiento de conocimientos sociológicos y de otro tipo en la ciencia jurídica. Pensamos también en el hecho de que cualquier ciencia jurídica, inclusive la ciencia jurídica del futuro, puede y tiene que proceder, en el procesamiento e inserción de esos conocimientos, con base en un proceso selectivo orientado por su función normativa, es decir, por su función de instancia preparadora

y racionalizadora de decisiones de otras instancias. Aquí señalamos concretamente el carácter lógico y necesariamente selectivo de la selección en el procesamiento e inserción de conocimientos provenientes de las ciencias sociales y naturales en toda ciencia jurídica, incluida la ciencia jurídica futura. La integración de esos conocimientos es y permanece siendo selectiva. Ello se debe a la relación de subordinación que existe entre la función normativa de la ciencia jurídica de preparar y racionalizar las decisiones de otras instancias y la integración en ella de esos conocimientos. Dentro de este contexto y para evitar un posible malentendido, nos permitimos hacer hincapié en el hecho de que el llamado a una renovación de la estructura ideológica y dogmática de la ciencia jurídica penal y el cuestionamiento acerca del estado actual de esa estructura, no tiene nada que ver con el planteamiento de la cuestión acerca de la estructura lógica de la ciencia jurídica como ciencia normativa en general.

No participamos de la opinión de que nuestra compleja sociedad puede prescindir de una técnica jurídica para resolver sus problemas de regulación y gobierno del comportamiento, lo que depende del rendimiento de una ciencia jurídica que además de normativa esté en condiciones de preparar decisiones.

Tampoco compartimos la opinión de que la lógica de la ciencia jurídica normativa y el proceso de selección en el procesamiento e integración de conocimientos provenientes de otras ciencias ligado a esa lógica, pueda o deba ser diferente. Somos más bien de la opinión de que la estructura dogmática e ideológica de la ciencia jurídica penal es el factor principal que impide su integración con las ciencias sociales. Una profunda reflexión exenta de prejuicios tanto como una igualmente profunda renovación de esas estructuras, pareciera ser la condición suficiente para un nuevo modelo integrado de una «ciencia jurídico-penal general».

En una dirección similar, cfr. Bacigalupo, E., cit. (nota 8).