

CAPÍTULOS XLII A XLV
DE LAS CIENCIAS. MAGISTRADOS. RECOMPENSAS. EDUCACIÓN
Beccaria: la invención de la política criminal y de la utopía penal

JEAN PIERRE MATUS A.*

I. INTRODUCCIÓN

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

* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile.

zados públicos, y de prontitud de los juicios y las penas frente a los hechos punibles). Según Beirne, "sensorialismo", "probabilismo" y "asociacionismo" son ideas que no se vinculan a los *philosophes* franceses, sino que entroncan directamente con las convicciones de la "ciencia del hombre" y el "utilitarismo" de la ilustración científicista escocesa (Smith, Locke, Hume, Newton, y sobre todo Huchteston). De hecho, está documentado que el apodo que los hermanos Verri daban a Beccaria en la *Academia del Puño* era *Newtoncino*.

Lo anterior explicaría, según Beirne, el porqué de la insistencia de Beccaria de incorporar a los filósofos al gobierno, entendiendo ahora por tales no a los racionalistas franceses sino a los "científicos" al estilo escocés. Esta idea es claramente planteada en el primero de los capítulos cuyo comentario abordo, el XLII, donde, bajo el título "De las ciencias", Beccaria propone contar con el consejo de una multitud lo más numerosa posible de hombres ilustrados, filósofos (científicos), para que la legislación sea redactada de conformidad con los límites, científicamente develados, que la naturaleza y la vida en común nos imponen a todos,

"porque no hay hombre iluminado que ame los pactos públicos, claros y útiles a la seguridad común, comparando el poco de libertad inútil sacrificado por él, a la suma de todas las libertades sacrificadas por los otros hombres, que sin leyes podían conspirar en contra suya".

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

En efecto, durante el siglo XVIII y en la primera mitad del XIX no hubo prácticamente una ciencia criminológica basada explícitamente en el método científico, a pesar de las influencias científicistas que se observan en Beccaria, y el utilitarismo y objetivismo de Bentham. En

esa época existía una confusión personal entre el filósofo, el publicista, el criminólogo y el penalista, como sin dificultad se aprecia en *Dei delitti*. Es por ello que se ha tendido a confundir nominal y personalmente la Escuela Clásica del Derecho penal con la Escuela Clásica de la criminología. Sin embargo, en realidad, ambas "Escuelas Clásicas" parten de supuestos muy distintos: la primera, desde la idea metafísica del "libre albedrío" y la absoluta separación del estudio del Derecho penal del resto de las cuestiones vinculadas a las causas y los mecanismos de control de la actividad criminal; la segunda, desde el "utilitarismo", donde el placer y el dolor, como estímulos humanos, no son cuestiones ajenas a la realidad, sino sensibles y, por lo tanto, susceptibles de observación y comprobación empírica. En otras palabras, sostener que "el ser humano es libre" no está sujeto a comprobación empírica o refutación científica; en cambio, afirmar que "las penas previenen los delitos" sí puede ser objeto de estudio, observación y refutación científica, al punto que hasta decididos partidarios del paradigma sociológico, como Serrano Maillo, han debido aceptar que dicha afirmación es comprobable en una medida significativa.

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

"deducciones lógicas de la eterna razón, por medio de la cual reveló Dios a los hombres, por admirable inspiración, todo lo que era necesario para regular aquí abajo su conducta hacia los propios semejantes".

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

Dicho lo anterior, volvamos al principio: si es cierto que Beccaria puede considerarse un inventor de la criminología positiva "sociológica" de hoy en día (y también de la "neoclásica", en tanto basada en el método científico), por haber introducido en la discusión sobre el derecho penal y las causas del delito elementos propios de la ilustración científicista escocesa, también lo es que, como sostuviera en 1916 entre nosotros Del Río, "adelantándose en mucho a las ideas de su época, aconseja la adopción de algunas medidas eficaces para precaver delitos", por lo que puede afirmarse —como ya lo había hecho Samuel Gajardo al presentar en 1943 la única edición chilena que conozco de *Dei delitti* (reproducción de la traducción anónima impresa por R. Wright en Filadelfia en 1823)—, que Beccaria

"fundamentó también la política criminal, ciencia moderna que consiste en el conjunto de medios aplicables por el Estado para abordar el problema de la delincuencia, uno de los cuales es el Derecho Penal positivo, pero no el único, pues hay otro más amplio e importante, que es la prevención del delito".

En efecto, los cinco capítulos que se han reunido en este comentario, a pesar de su heterogeneidad, tanto en extensión (algunos de ellos de apenas unas cuantas líneas, otros, de varias páginas) como en contenido, tienen en común el ser ofrecidos por Beccaria como un conjunto de medidas aparentemente "prácticas" o "técnicas" para prevenir o evitar los delitos, sobre la base de que la reforma a las leyes penales que proponía en el resto de su obra podría ser insuficiente para lograr por sí misma este objetivo.

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

A continuación, cuando habla de los "magistrados", su propósito no es discurrir sobre la regulación penal de su protección o del castigo de sus abusos, sino ofrecer algunas medidas aparentemente "técnicas" que considera útiles para combatir la tendencia que estima natural a

la corrupción y el aprovechamiento de quienes, en definitiva, tienen el poder real en una sociedad para mandar hacer cumplir las leyes o ejecutarlas por sí mismos ("magistrados" en sentido amplio, como autoridades del orden civil): aumentar su número, "porque la venalidad es más difícil en miembros que se observen entre sí"; y "permitir las quejas justas o injustas de los que se juzgan ofendidos", para de este modo no acostumbrar a "los súbditos a temer más a los magistrados que a las leyes" y evitar el aprovechamiento consiguiente.

Antes de proseguir, permítaseme aquí un breve excursus semiótico: dado que existen algunas versiones en castellano del *Dei delitti*, como la de Filadelfia de 1823, que restringen el alcance de las recomendaciones de Beccaria en este Capítulo XLIII al orden judicial propiamente tal, lo que, como se verá más adelante, reduciría notablemente el alcance político de las mismas, al respecto hay que decir que, si bien es cierto que Beccaria utiliza en algunos capítulos aislados (XIX, XXVII y XXVIII) la expresión *magistrato* como sinónimo de *giudice*, término con el cual habitualmente se refiere al magistrado del orden judicial (Capítulos IV, V, VII, XIV, XVI, XIX, XXVII a XXXI, y XXXIV); sin embargo, en este Capítulo XLIII la voz "magistrados" está empleada en el sentido amplio, abarcando preferentemente al "consejo, ejecutor de las leyes" (*Consesso esecutore delle Leggi*, según el texto de la edición príncipe facsimilar de 1864 reimpresa en 2000 por el Fondo de Cultura Económica), esto es, autoridades más bien ejecutivas, que en la época de las Luces se encontraban muchas veces confundidas en los mismos cargos con las judiciales. Así, según el Diccionario de la Academia de 1734, en esa época, en castellano, la voz "magistrado" se refería al "Ministro de Justicia superior", incluyendo entre éstos, en primer lugar, al "corregidor", el cual a su vez es definido en el Diccionario de 1729 como "el que rige y gobierna alguna ciudad o villa de la jurisdicción real, representando en su ayuntamiento y territorio al rey". Este significado amplio es compatible con el que en italiano conserva hasta hoy en día la expresión "*magistrato*", de la misma raíz latina *magistratus* que la castellana, que (según el Diccionario *Zanichelli*) se refiere "los que ejercen cargos públicos, especialmente la política, de carácter temporal, electivo" ("*chi ricopriva una carica pubblica, spec. politica, temporanea, electiva*"). Y si se analiza la voz latina, se descubrirá que este significado es coincidente con su origen romano, que incorporaba toda clase de autoridades civiles, especialmente las electivas, considerándose entre tales los cónsules, tribunos, pretores, ediles, dictadores, censores, etc., según se lee en el *Dictionary* de Smith de 1875). Que éste es el sentido amplio de la expresión *magistrati*, utilizada por Beccaria al margen de este párrafo

en el edición príncipe, luego convertida en título del Capítulo XLIII, se refuerza por el hecho de que no es únicamente aquí donde en este sentido amplio la emplea: también lo hace en los Capítulos VIII, cuando habla del deber de los “magistrados” en la “incorrupta custodia de la ley”, y, especialmente, cuando considera igual de graves “los asesinatos y hurtos de los hombres plebeyos” y los atentados contra la seguridad y libertad cometidos por “los grandes y magistrados”; IX, cuando señala que “las primeras leyes y los primeros magistrados nacieron de la necesidad de reparar los desórdenes del despotismo físico de cada hombre”; XI, donde propone la vigilancia nocturna como “un ramo principal, de que debe cuidar la vigilancia del magistrado, que los franceses llaman de la *policía*”, y, en fin, el XV, donde irónicamente desprecia a los acusadores secretos preguntándose si “entre éstos encontraremos los magistrados incorruptos, que con libre y patriótica elocuencia sostengan y desenvuelvan los verdaderos intereses del soberano”. Quizás para evitar este error de la traducción de Filadelfia de 1823, la traducción del apócrifo de M. Doppelheim, hecha sobre la primera edición de *Dei delitti* y publicada por Sopena en Madrid a la vuelta del siglo XIX (ca. 1890-1910), suprime el epígrafe, no emplea la voz “magistrado” en el texto y habla derechamente de evitar la corrupción del “ejecutor de las leyes” y del “poder ejecutivo”.

Volvamos ahora a los capítulos a comentar: al estudio de las ciencias como base de la legislación y el evitar la corrupción de los magistrados, propone añadir Beccaria una suerte de justicia premial de la virtud, que recompense a los ciudadanos por los hechos que contribuyan al bienestar de la comunidad y, como “el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos”, una política social de educación para el pueblo.

Otras medidas propuestas por Beccaria para evitar los delitos, que no aparecen vinculadas directamente a una modificación de la legislación penal propiamente tal, ni en los capítulos cuyo comentario se me ha encargado, son sus propuestas relativas a los medios a emplear para mantener la “tranquilidad pública y la quietud de los ciudadanos” (Capítulo XI): “La noche iluminada a expensas públicas, las guardias distribuidas en diferentes cuarteles de la ciudad... forman un ramo principal, de que debe cuidar la vigilancia del magistrado, que los franceses llaman de la *policía*”.

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

vo de cada uno", como explicita en el Capítulo XXXII, a propósito de los medios para evitar la emigración (y, reflexivamente, el suicidio).

II. POLÍTICA CRIMINAL CIENTÍFICA Y UTOPIA PENAL EN LAS PROPUESTAS DE POLÍTICA CRIMINAL DE BECCARIA

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

a) Las medidas de prevención de delitos sujetas a comprobación o refutación empírica, que no suponen necesariamente una alteración de los poderes políticos de la sociedad, a saber: i) fomentar la educación de los desposeídos; ii) iluminar las calles, y iii) aumentar la vigilancia policial.

b) Las medidas de prevención de delitos basadas principalmente en el cambio de los poderes políticos de la sociedad, a saber: i) encargar la legislatura a los científicos; ii) aumentar el número de magistrados, en la esperanza de su control recíproco; iii) otorgar premios de buena conducta, y iv) mejorar las condiciones sociales (pobreza o, como se dice hoy en día, marginación, exclusión o desigualdad), condición esta última que también reviste en carácter puramente técnico, en la medida que no suponga alteración de las relaciones sociales, sino únicamente "aumento del bienestar relativo de cada uno".

El primer grupo de medidas así descrito corresponde al aporte de Beccaria a lo que podemos denominar la invención de la política criminal de carácter científico o positivo. El segundo, en cambio, se vincula con otra clase de política criminal, de carácter más bien utópico, que, disfrazada de "medidas prácticas", en realidad se encuadra en el marco más amplio de la utopía social de Beccaria.

En efecto, como hipótesis científica las afirmaciones de que se puede disminuir la actividad criminal mediante el fomento de la educación de los desposeídos; la iluminación de las calles; el aumento de la vigilancia policial; y el mejoramiento de las condiciones sociales (en la medida que no suponga cambio de poderes en la sociedad), pueden ser y ha sido objeto de estudio científico. Política criminal es, en este sentido, una "ciencia" que, en palabras de Serrano Maílo, "se ocupa de estudiar e implementar medidas para la prevención y control del delito". Así, por ejemplo, sabemos por ahora que —al menos en Chile— el fomento de la educación general en el pueblo no es un factor decisivo en la reducción de la actividad criminal, si comparamos su evolución con la del explosivo aumento de la cobertura educacional a partir de

los años 1980 (Cea *et al.*); que la iluminación de los espacios públicos y otras medidas de prevención del delito de corte situacional pueden producir reducciones significativas de la actividad criminal, cuando ésta se concentra en ciertas zonas geográficas (Felson); que un aumento significativo del número de policías por habitantes sí produce una disminución de la actividad criminal (Levitt), y que, en cambio, el aumento del bienestar en la sociedad y la disminución de las tasas de desempleo parecen tener efectos ambiguos y, en todo caso, no muy significativos (Vargas). Y todo esto, sujeto a la refutación de estudios, observaciones y experimentaciones más acabadas que, quizás en el futuro contradigan o reafirmen lo que ahora tenemos por cierto.

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

Entre sus contemporáneos, quien con mayor claridad se percató del carácter utópico de estas propuestas de Beccaria fue el pintor escocés Allan Ramsay, quien en una carta a Diderot de finales de enero de 1766 (transcrita en la edición de Venturi), escribía que

“estas obras especulativas, como *De los delitos y de las penas*, entran en la categoría de las utopías, de las repúblicas a la Platón y otras políticas ideales, que demuestran suficientemente la inteligencia, la humanidad y la magnanimidad de ánimo de los autores, pero que jamás han tenido ni tendrán ninguna influencia actual y presente sobre los asuntos prácticos”.

Por otra parte, se debe destacar que esta utopía social de Beccaria, basada en un mundo gobernado por los filósofos, poco tiene que ver con otras *utopías* que algún grado mayor de éxito tuvieron con el curso del tiempo, como la verdaderamente socialista (marxista), por más que se destaque que Facchinei, en sus *Notas y observaciones a Dei delitti*, de principios de 1765, utiliza por primera vez en términos peyorativos la expresión “socialista”, tratando como tales a Beccaria y al resto de los “publicistas” del iluminismo en que se basa. Y ello, a pesar de que Fernández Buey considera a Beccaria al menos como un pseudo utópico socialista, queriendo ver en la supuesta “sensibilidad moral” de nuestro autor una suerte de “crítica moral al capitalismo incipiente” y

el fundamento de sus críticas y de la necesidad de preguntarse sobre "el derecho a castigar en una sociedad injusta y desigual".

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

A mi juicio, lleva razón Mably, pues Beccaria no parece estar del lado de quienes abogaban por la radical reforma del sistema económico o, al menos, no del lado de los utópicos que sostenían una "crítica moral al capitalismo incipiente", sino al contrario: Beccaria, en economía, se encontraba precisamente a favor de ese capitalismo a lo Adam Smith, que terminaría por reemplazar al mercantilismo del *Ancien Régime*, como lo reflejaba en sus estudios económicos y en el propio *Dei delitti*. Basté para confirmar lo anterior que, respecto del hurto no violento, que Beccaria estima estar causado en buena medida por la miseria, no propone su perdón por ello, sino la sustitución de la pena pecuniaria por

"aquella única suerte de esclavitud que se puede llamar justa, esto es, la esclavitud por cierto tiempo, que hace a la sociedad señora absoluta de la persona y trabajo del reo".

Por otra parte, el carácter utópico de algunas de las propuestas de reforma social de Beccaria queda de manifiesto incluso si se miran a la luz del conocido éxito y la aceptación, por parte de los déspotas ilustrados de Europa y de los revolucionarios franceses, de buena parte de las reformas propiamente penológicas que propuso o recogió (legalidad, proporcionalidad y benignidad de las penas, juicios justos, supresión de la tortura y reducción de la pena de muerte): estas reformas, por decirlo de alguna manera, se independizaron de las propuestas *utópicas* de Beccaria y encontraron aceptación, con diversos argumentos y fundamentos en buena parte de la Europa ilustrada, desde la revolucionaria francesa a las más conservadoras alemana e italiana. O, dicho de otro modo: el éxito de las reformas penológicas de la Ilustración parece estar de alguna manera desconectado de los fundamentos de la *utopía social* que proponía Beccaria.

Es más, Foucault —a quien difícilmente calificaríamos como conservador— niega documentadamente en su célebre *Vigilar y castigar* que la gran reforma judicial en materia criminal operada tras la Revolución de

1789, tuviese alguna vinculación más allá de la simplemente retórica con las propuestas de Beccaria y el resto de los reformadores franceses. En efecto, en primer lugar señala que la benignidad de los castigos fue un proceso generalizado durante el siglo XVIII, dentro de un

“doble movimiento, por el cual, durante este período, los crímenes parecen perder violencia, en tanto que los castigos, recíprocamente, se descargan de una parte de su intensidad, aunque a costa de intervenciones múltiples”.

A ello agrega que la reforma propiamente tal no fue preparada, al menos no en Francia, únicamente por los filósofos racionalistas, sino principalmente por los propios juristas y magistrados, y que su producto no fue el gobierno de los sabios y las ciencias, sino la consolidación del “poder de juzgar”, “sobre el cual no habría de pesar el ejercicio inmediato de la soberanía del príncipe”, y que —éste es el punto central de su tesis— “ejerciera plenamente su poder”. O dicho en las palabras de Ramsay, el reemplazo de unos antiguos jefes por otros nuevos.

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

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

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

En ambas versiones, la política criminal de Beccaria parece alejarse tendencialmente del objeto primario de estudio del Derecho penal o dogmática penal propiamente tal. Desde luego, si generalmente se entienden que éste consiste en el estudio y la sistematización de los presupuestos de la responsabilidad penal y de sus consecuencias jurídicas en una sociedad determinada, las medidas para evitar los delitos no serían parte del mismo.

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

Y ya casi a la vuelta del siglo, Franz von Liszt, fundador de la precisamente llamada Escuela de la Política Criminal alemana, no entendía ésta en el sentido de Beccaria, sino exclusivamente como la "lucha contra el crimen, obrando de un modo individualizado sobre el delincuente" a través de la imposición de una pena que

"se adapte, en su especie y medida, a la naturaleza propia del delincuente, procurando impedir, por la privación de su libertad, la comisión de otros crímenes en el futuro".

El profesor de Marburgo relega, en cambio, todas las otras medidas ajenas a la individualización de la pena y la privación de libertad al amplio concepto de política social, que "tiene por objeto la supresión, o al menos la restricción de las condiciones sociales del crimen", y que, en sus palabras, obraría de manera

"más intensa y más seguramente que la pena y toda medida análoga... como medio para la lucha contra el crimen, que, como el suicidio, la mortalidad infantil y todos los restantes fenómenos sociales patológicos, tiene su raíz profunda en las condiciones sociales determinadas que influyen sobre las generaciones sucesivas".

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

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

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

Luego, la alusión a los principios o directrices de política criminal en esta versión de Roxin no hace referencia a los medios más adecuados para la prevención y el control del delito (y, por lo mismo, su aparente oposición a von Liszt no es más que puramente retórica), ni tampoco a una diferente forma de organización social, sino a otra cosa bien distinta: a la determinación de las valoraciones que reflejarían los "fines y contenidos sociales del Derecho penal", o a las tantas veces empleadas palabras de este autor, la determinación en "un Estado social de Derecho", de lo "justo", lo "tolerable", lo "admisible", lo "satisfactorio" y lo "soportable" o "insoportable"; en fin, como afirma ahora en su *Tratado*, el objeto de la política criminal sería la deter-

minación de "la deseable conformación del derecho (el derecho, como debería ser)", mediante la interpretación y reconstrucción dogmática del derecho vigente "como resultado del desarrollo del pensamiento político-criminal del legislador". Aquí, el conocimiento criminológico jugaría un papel informativo y también argumentativo a la hora de decidir lo tolerable o no en una sociedad "democrática y social de Derecho", según los "fines y contenidos del Derecho penal", como suerte de "control" del cumplimiento de tales fines en la práctica y, por tanto, como un conocimiento que, transformado en directrices de política criminal, permitiría limitar decisiones valorativas contradictorias.

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

Las principales críticas a este planteamiento se fundamentan en el carácter relativamente indeterminado que tienen los *topoi* y, consecuentemente, las "directrices de política criminal" entendidas como tales, lo que deja importantes espacios abiertos a la hora de precisar las valoraciones normativas del legislador, por lo que sin mucha dificultad puede traspasarse la línea que separaría la descripción de las valoraciones políticas existentes en un momento determinado (la política criminal del legislador, inmanente en un sistema dado), de la promoción de las propias valoraciones políticas a través de la labor de interpretación y aplicación del Derecho, mediante el simple recurso retórico de señalar algún "principio" de "política criminal" como fundamento de la afirmación que se hace.

Según Roxin, las críticas a este planteamiento, basadas en la "indeterminación" de los conceptos y principios de política criminal y "el malestar frente a los libres espacios de apreciación" dejado en manos de los juristas para determinar el contenido de lo tolerable en una sociedad mediante el pensamiento político criminal, deben rechazarse, pues "es una peculiaridad de toda labor jurídica que jamás puede proveer resultados matemáticamente seguros", existiendo siempre "distintas opiniones allí donde tienen que deducirse decisiones valorativas". Añade, además, que la discusión acerca del contenido y alcance de los principios de política criminal en la teoría de la imputación objetiva "han superado de lejos a todos los anteriores esfuerzos [sistemáticos]" en "precisión" y en "capacidad de consenso".

Y, finalmente, agrega que no hay en su propuesta un peligro de expansión penológica basada en las deducciones de los juristas, pues "las reflexiones preventivas sólo deben legitimar una rebaja de la culpabilidad; es decir, no van en contra, sino a favor del ciudadano en las zonas límites de la necesidad de la pena".

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

Por otra parte, la propuesta de política criminal de Roxin se emparenta también con las propuestas utópicas de Beccaria en otro sentido, favorecido por la ya anunciada por Foucault paulatina diferenciación del sistema político del de los juristas profesionales y de éstos con los académicos: ellas se vuelven utópicas también cuando las aspiraciones políticas del intérprete, transformadas en "principios de política criminal" que en principio limitan o reducen el ámbito de lo tolerable determinado por el legislador, se distancian en mayor o menor medida de la política criminal que es en una sociedad dada. Si ese distanciamiento no refleja las valoraciones sociales existentes, sino únicamente las del intérprete, a medida que sus grados de distanciamiento y, por tanto, de idealización aumentan, la política criminal del jurista va pareciendo cada vez más una utopía dogmática, diferenciada de la utopía social de Beccaria, en dos aspectos importantes: primero, aunque se espera con ello influir tarde o temprano en el gobierno, dada la supuesta "autoridad" de los penalistas en materias "político-criminales", en verdad, los juristas se contentan y se dan por satisfechos con producir propuestas que tengan una gran "capacidad de consenso" entre los juristas, con independencia de su influencia real en la legislación y en la vida política, y, en segundo lugar, porque el proceso de diferenciación del sistema penal respecto del político permite, hoy en día, diferenciar la política criminal del legislador de la de los juristas que controlan el sistema penal y, de este modo, hacer realidad las propuestas político-criminales de los juristas con mayor "capacidad de consenso", con independencia de las valoraciones y decisiones del legislador y el sistema político.

No obstante, es posible que este distanciamiento entre el sistema jurídico y el político corresponda, en algunos casos, con el cambio en las valoraciones sociales todavía no reflejado en la legislación, y en tales situaciones no sería un distanciamiento utópico, sino funcional a la vida social, pues, al decir de Burkhardt, cumpliría con la importante función de ofrecer soluciones que se adapten a ese cambio de

valoraciones sociales sin necesidad de modificar la legislación, proceso más lento y no siempre eficiente para lograr esta finalidad.

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

En Chile, además, la entidad sostenedora de la acción penal, el Ministerio Público y su Fiscalía Nacional, cuenta expresamente con facultades moduladoras de la política criminal del Estado, con capacidad para decidir con carácter general, a través de instrucciones y criterios de actuación, qué clase de hechos en principio constitutivos de delito serán más o menos tolerados, mediante el ejercicio de facultades de perdón y desestimación de causas legalmente atribuidas, como puede verse en mis estudios acerca de la política criminal del Ministerio Público en Chile.

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

Por eso, cuando las propuestas de política criminal de los profesores, en tanto juristas profesionales, se dirigen al poder político, es probable que no tengan la misma "capacidad de consenso" que tienen frente a otros juristas, profesores o no, como sucede actual y paradigmáticamente con las propuestas —de gran resonancia en el mundo

jurídico— de Jesús María Silva Sánchez, Luis Gracia Martín, José Luis Díez Ripollés y Jakobs, entre otros, respecto de las discusiones acerca de la legitimidad de la “expansión del Derecho penal”, del “Derecho penal moderno”, de la “racionalidad” de la actual “política criminal”, y de la existencia y legitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo”. No muy lejanas a estas pretensiones políticas se encuentran también las “proclamas” y “manifiestos” del bienintencionado pero poco influyente *Grupo de Política Criminal* español y otros similares formados por penalistas de diversas naciones europeas. Y ni qué decir del frustrado intento academicista de elaborar en Chile un Anteproyecto de nuevo Código Penal mediante una Comisión formada íntegramente por juristas, Anteproyecto que, habiéndose entregado al gobierno el año 2005, todavía duerme el sueño de los justos en alguna gaveta ministerial.

Lamentablemente, cuando ahora tratamos de influir desde fuera en el sistema político, nuestras propuestas, se transforman, como diría Ramsay, en utopía, una utopía dogmática cuya única posibilidad de realización es convencer a los que gobiernan, de que ellas son convenientes y no redundarán en su perjuicio (político). Esto es, de que ellas sirven a un fin útil a la sociedad, que no es otro que garantizar fácticamente la vigencia del derecho, o, en términos comprensibles por el político medio: que permitan reducir la actividad criminal, entendiendo por tal las actividades humanas que la comunidad decide proscribir por producir un daño intolerable a la seguridad y libertad de todos y cada uno y que no es posible controlar por otros medios.

Si ello no es así, el sistema político puede legitimar o justificar una decisión contraria a la utopía dogmática, es decir, a nuestros “principios de política criminal”, recurriendo a otras autoridades tanto o más acreditadas que el saber de algunos juristas iluminados: la legitimidad democrática, las obligaciones internacionales, las exigencias de la economía, e incluso, los resultados experimentales de la criminología positiva que, también diferenciada y liberada de los penalistas, ha resurgido con fuerza, sin que nos diéramos cuenta y sin que contemos con las herramientas técnicas y metodológicas para contradecir sus propuestas.

Así las cosas, si queremos que nuestras ideas políticas relativas al Derecho penal se realicen en el mundo, quizás sea el momento de tomar los consejos de Ramsay en serio y, si no entramos derechamente a la vida política, o al menos la enfrentemos con mayor humildad al momento de hacer nuestras propuestas, no sea que, de otro modo, frente al sistema político, nuestros esfuerzos nos valgan únicamente, si acaso, “los elogios y los agradecimientos de los ignorados y apacibles partidarios de la razón, personas tan inexperimentadas como insignificantes”.