

Reflexiones sobre la evolución del Derecho Penal a través del tiempo



JOAQUÍN MANUEL MISSIEGO DEL SOLAR

Abogado por la Universidad de Lima.
Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Lima.
Miembro del Consejo Consultivo de la Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Evolución histórica del Derecho Penal:
 - 1. Periodo Primitivo y Edad Antigua;
 - 2. Edad Media;
 - 3. Edad Moderna;
 - 4. Edad Contemporánea.
- III. Las Escuelas Penales:
 - 1. La Escuela Clásica;
 - 2. La Escuela Positiva;
 - 3. La Escuela Ecléctica:
 - 3.1 *Terza Scuola*;
 - 3.2 Escuela Sociológica Alemana.
 - 4. La doctrina finalista;
 - 5. Derecho Penal Mínimo.
- IV. Conclusión.



Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 128

I. INTRODUCCIÓN

El ser humano es un ser social por naturaleza. La convivencia entre los sujetos obliga a fijar una serie de reglas de conducta que permitan la concordia en el trato diario con sus pares. No es necesario ser un hombre de derecho para tener en claro este criterio.

Desde niños -primero nuestros padres, luego en la escuela-, nos inculcan el respeto por las otras personas y por sus cosas; la idea es que seamos amables, que respetemos, que reclamemos nuestros derechos con bases y argumentos firmes, nada de golpear al compañero, ni gritarle, no cometer *bullying*¹, no quitarle sus cosas; es decir, la fuerza no debe primar ante la razón.

Recibimos una serie de pautas, entiéndase normas para su cumplimiento. El afectar alguna de ellas, violarla o pretender hacerlo conociendo que dichos actos no están permitidos, han de generar alguna consecuencia; en otras palabras, una sanción.

Aquellas primeras conductas iniciales son premiadas o sancionadas en muchos casos según el resultado, pero también se mide la intención y ello genera, a su vez, una reacción similar en torno a la felicitación o reproche; el grado, nivel o magnitud de los mismos va variando en la medida que el menor va creciendo y entendiendo y siendo conciente de sus actos.

Este ejemplo narrado en estas líneas iniciales nos trae a la mente temas que pueden aplicarse perfectamente en la comparación a lo que el Derecho Penal sugiere: conciencia, voluntad, intención, resultado, principio de legalidad, sanción, etc.

Es obvio que no todas las sanciones tienen naturaleza penal; para que estas últimas sean aplicadas es porque, supuestamente, finalmente el Estado no tiene otra acción que tomar frente al agresor; sin embargo, observamos y, es lo que nos motiva a desarrollar el presente trabajo, que de un tiempo a esta parte el Derecho Penal dejó de ser ese último recurso y se ha convertido en una opción cada más usada que puede conllevar, finalmente, a desnaturalizar las bases y la razón de ser del mismo.

En el presente trabajo, recorreremos algunos momentos de la historia del Derecho Penal y, podremos ir encontrando que, como toda conducta humana, tiene un carácter cíclico en el cual las ideas, pensamientos y teorías siempre están rondando entre nosotros, con distintos nombres y diferentes propulsores; desde tiempos inmemorables y de culturas que posiblemente jamás supieron unas de otras, pero finalmente el tema a discusión siempre será común: delito, delincuente, víctima, sanción e intención.

El presente trabajo se escribe desde el Perú, maravilloso país con una cultura ancestral, valiosa e interesante y, en cuyo pasado la presencia del Derecho Penal no fue ajeno a su organización. Durante el trabajo se hace una referencia al Derecho Penal en el Antiguo Perú, donde encontraremos muchos puntos de relación con culturas lejanas en espacio y tiempo, con lo que se comprueba que la esencia del ser humano es la misma.

Es por ello que para explicar la motivación del origen de los alcances cíclicos en el Derecho Penal, citamos una frase que se motiva en una visión andina al respecto:

1. Término inglés para referirse al problema de los niños abusivos. La violencia en las escuelas genera hoy en día una problemática social muy alta; en España, por ejemplo, se presume que uno de cada cuatro alumnos es víctima de la violencia escolar. El índice de acoso en las aulas se presenta muchas veces del tipo psíquico. Investigadores de muchos países vienen informando de las serias consecuencias que conlleva el acoso escolar, que en casos extremos, puede llevar al suicidio. De lo que lamentablemente tenemos ejemplos recientes, como es el caso visto en la Audiencia Provincial de Gipuzkoa Ko Probintzia - Auzitegia (Sentencia 178/05) del 12 de mayo del 2005, sobre las causas que condujeron a la muerte del menor Jokin Ceberio Laboa. Amenazas verbales, exclusión, ridiculización, desprecio o agresiones físicas son algunos de los malos tratos que los niños soportan o infligen a diario.

"Esta es una cultura que ve un mundo vivo que late al ritmo de los ciclos cósmicos y de los ciclos telúricos y quien es el ritmo de la vida, su tiempo por tanto, es cíclico."

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL

Tres son las fuentes de las que derivan los principios morales y políticos reguladores de los hombres: la revelación, la ley natural y las convenciones formadas por la sociedad. No hay comparación entre la primera y las otras por lo que hacen referencia al principal de sus fines; pero se asemejan en que todas ellas conducen a la felicidad de esta vida mortal².

Las personas a lo largo del tiempo han ido creando sus propias normas, sus propias reglas de convivencia, sus propias reglas de juego en la sociedad; algunas de ellas de carácter civil, otras políticas, otras religiosas y muchas otras más que van en función a cada una de las actividades que el ser humano pudiera desarrollar. Entre ellas están por supuesto las que nos reúnen y nos invitan a un grupo de nosotros a su análisis y estudio: me refiero a aquellas normas de carácter penal, cada uno de ellas con matices propios, finalmente directamente relacionadas a cuáles son los bienes jurídicos que se pretende proteger.

Podemos empezar por calificar a las distintas etapas o periodos por los que el Derecho Penal ha transitado, de la siguiente manera:

- a) Período primitivo.
- b) Período de la Edad Antigua.
- c) Período de la Edad Media.
- d) Período de la Edad Moderna.
- e) Período de la Edad Contemporánea.

1. Período primitivo y Edad Antigua

En los estados más primitivos del hombre -entiéndase cuando la forma de sobrevivir estaba

basada en las actividades de caza y pesca-, pese a la diferente concepción que pudo haber tenido sobre el hábitat en que se desenvolvía, estaba en condiciones y tenía la capacidad de realizar una apreciación lógica sobre la conducta antisocial y la sanción, que se manifestaba principalmente mediante prohibiciones mágico religiosas, donde a los infractores se les aplicaban castigos sumamente crueles. El castigo aplicado era a manera de venganza y se hacía extensivo en muchos casos, a los familiares del agresor e inclusive a los miembros del grupo al cual éste pertenecía.

La primitiva reacción era eminentemente colectiva (por lo mismo que la convivencia del yo no existe aún) contra el miembro que ha transgredido la convivencia social³.

La muerte como castigo era factible y se consideraba como una forma mediante la cual los miembros del clan se protegían frente a lo que se consideraba un elemento negativo sobre la base de sus acciones. Los pobladores eran muy susceptibles frente a aquellas situaciones a través de las cuales se producían conductas que afectaran las reglas tácitas de convivencia.

Los autores identifican dentro del período primitivo cuatro grandes formas a través de las cuales se manifestaban las sanciones o castigos:

- El Tabú:
Comienzan a crearse prohibiciones y restricciones que se basaban en creencias de tipo religioso y mágico. La sanción tenía un carácter colectivo y se aplicaba sobre quien realizaba la conducta materia de reproche, extendiéndose a los integrantes de su tribu.
- La venganza privada:
Quien o quienes se sentían afectados -víctima, sus parientes y miembros de su grupo-, castigaban por mano propia al autor, aplicándolo inclusive a las personas del entorno

2. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Hyspaniérica Ediciones Argentina, 1984, p. 40.

3. JIMENEZ DE AZUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 241.

de éste. Como puede entenderse, lo que se producía generalmente era un mal mayor al originalmente causado.

- **Expulsión del medio:**
Comienza a desarrollarse un criterio en torno a la responsabilidad personal, individual. Conocida también como expulsión de la paz, los autores la comparan con lo que en estos días denominaríamos destierro. Al autor del hecho no sólo se le expulsaba de su grupo, sino que, además, se le retiraba cualquier tipo o forma de protección que el grupo hubiera podido otorgarle, de tal forma que quedaba indefenso frente a la víctima y sus parientes. Se trataba de un castigo que era impuesto por el mismo grupo al cual pertenecía el autor. Creemos que era una forma de deslindar responsabilidades y evitar solidarizarse o respaldar conductas que el mismo grupo reprochaba.
- **Ley del Tali6n:**
Popularmente conocida hasta nuestros días bajo la premisa del "ojo por ojo, diente por diente", que no es otra cosa que retribuir al sujeto de manera equivalente el da6o ocasionado; es decir, que al imponer una sanción se aplicaba la misma en funci6n a la proporcionalidad entre el da6o producido y el castigo a recibir.

Los antecedentes de aplicaci6n de esta forma de sanci6n la encontramos en el C6digo de Hammurabi, en las XII Tablas y el la Ley Mosaica.

El primero de ellos, el C6digo de Hammurabi (1760 a.C. aproximadamente), el cual es el primer conjunto de leyes de la historia⁴ se compone de un cuerpo normativo adelantado para su 6poca en el que ya se hablaba de figuras tales como el homicidio, el robo, el falso testimonio en juicio, la regulaci6n de las actividades sobre la actividad agr6cola, la mujer y sus derechos, los menores y sus derechos, el matrimonio, los esclavos, etc.

Si bien es cierto no distingue entre los temas de naturaleza civil o penal, presenta una serie de normas que sancionan lo que hoy conocemos como delitos y, busca conseguir que la sociedad pueda vivir dentro de un orden que permita a los hombres estar en paz. Se regulan adem6s el comercio, la propiedad, el alquiler, las penas, como ya se ha se6alado, entre otros aspectos importantes del d6a a d6a de las personas.

El Derecho Romano

Los romanos fueron el pueblo de la antigüedad que mejor desarroll6 el concepto de las ciencias jurídicas, su aporte al derecho privado sigue siendo importantísimo hasta nuestros días. El estudio de Roma comienza desde 753 a. C., hasta el 565 a.C.

Para aquella 6poca, tambi6n los romanos confundían lo jurídico con lo religioso, pero distinguen los delitos p6blicos de los privados. Las XII Tablas significaron un conjunto de normas que sirvieron para regular la convenci6n en el antiguo Imperio Romano. Se sostiene que constituyeron la fuente de todo el derecho romano, tanto en lo que se refiere al aspecto p6blico como al privado.

En lo que importa al Derecho Penal, podemos agregar que a partir de las XII Tablas se comienzan a distinguir los delitos p6blicos (*crimina publica*), conocidos como cr6menes, de los delitos privados (*delicta privata*), a los cuales se les denominaba delitos. Los cr6menes eran objeto de persecuci6n por los representantes del Estado ya que se consideraba que las conductas cuestionadas lo afectaban a 6ste, mientras que los delitos eran perseguidos por los particulares en funci6n al inter6s que tuvieran sobre los mismos.

En lo que se relaciona a la penas como consecuencia de los delitos p6blicos, aplicaban el llamado *suplicium*, que equivalía a la ejecuci6n de los culpables y la *damnum*, que era el pago

4. Consulta en: <<http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/hammurabi.htm>>.

en dinero como retribución al daño ocasionado por el sujeto.

Durante el periodo de la República, debido al incremento de los delitos públicos aparece la *provocatio ad populum*, la cual era un recurso de carácter procesal que permitía que en caso una persona se encontrase condenada a muerte, pueda lograr que la decisión del juez fuera sometida a consideración de la población. Se inicia un periodo de transición que va de la acusación y sentencia a cargo del propio Estado, a otro en el cual la acusación es popular y la potestad de administrar justicia, es decir, de dictar sentencia, se conserva en manos del Estado. Las facultades del Estado crecen durante el Imperio Romano, los jueces desarrollan y se encargan de los pasos a seguir en el proceso penal; entiéndase, acusación, pruebas y sentencia. Posteriormente, al paso de los años los llamados delitos privados pasan también a ser materia de persecución por parte del Estado.

En esta época aparece también la posibilidad de reemplazar la sanción a cambio de algún bien o equivalente es lo que se llamó la composición; resulta siendo una suerte de equivalente entre lo que se conoce en materia civil como la indemnización por los daños y perjuicios producidos, lo que en el Perú en materia penal se denomina reparación civil⁵.

Las XII Tablas comprendieron además de aspectos relacionados al Derecho Penal, otros tales como el Derecho Procesal, Derecho de Familia y Herencia, Derechos Reales y Obligaciones y Derecho Sucesorio.

En lo que refiere a la Ley Mosaica (Ley de Moisés), se trata de la recopilación de las principales leyes de carácter judías, que incluyen un gran número de *mitzvot* (mandamientos) y leyes tal-múdicas y rabínicas, incluyendo sus tradiciones y costumbres. Consideraba a la justicia como el

brazo de Dios (Yahvé), el cual premia o castiga según las circunstancias; la ley era sinónimo de justicia y es de carácter vinculante para todos los individuos. Importante resulta el concepto que el delincuente merece respeto, pues no ha perdido la calidad ni la condición de ser humano. Merecedor de respeto y amor porque al ser hombre, resulta siendo imagen y semejanza de Dios. Respecto a la sanción, ésta debe aplacar la divinidad ofendida, purificar al sujeto y reinsertarlo a la vida en comunidad.

Pero además, existen a lo largo de la historia de la humanidad otras muchas formas a través de las cuales podemos ir encontrando las primitivas bases de lo que hoy es el Derecho Penal. Así tenemos por ejemplo las siguientes:

- a) En China, la aplicación de las llamadas cinco penas. El Derecho Penal primitivo chino estuvo regido por un texto que se le conoció como el "Libro de las Cinco Penas". Se establecían sanciones muy duras como la amputación de miembros, incisiones en los ojos, llegando inclusive hasta la muerte. Predominaba la venganza y la Ley del Tali6n.
- b) En la India, hacia el siglo XI a.C., se hablaba de las Leyes del Manu, el cual era considerado un importante texto sánscrito de la ley hindú y de la antigua sociedad de la India; se representan leyes de conducta que deben ser aplicadas tanto a los individuos como a la propia sociedad. La norma se inicia relatando la creación del mundo, del origen de la propia norma y de las ventajas espirituales que conlleva el conocer su contenido. En uno de sus capítulos, se desarrolla el tema relativo al procedimiento a seguir en pleitos civiles y criminales y del castigo apropiado al que estarán expuestos los criminales. Para los hindúes, Manu es el antepasado común de toda la humanidad.

5. En el Perú, la reparación civil surge como consecuencia de la existencia de una condena en materia penal a través de la cual el juzgador impone al acusado una pena (privativa o suspendida de libertad) y, la obligación de reparar el daño causado, el mismo que es valorado de forma patrimonial. El término reparación civil se utiliza para identificar a la indemnización en materia penal.

- c) En Persia, por la misma época que en la India, se desarrolla una colección de textos considerados como sagrados, denominados Avesta. Con el desarrollo de éstos, se dejan de lado una primera etapa del Derecho Penal persa, en el cual se aplicaban brutales penas, tales como la crucifixión y el *scaffismo*, que era una muerte sumamente lenta y por tanto bastante cruel. Podemos rescatar del Avesta el hecho de haber pretendido efectuar la distinción entre la intención, la negligencia y caso fortuito.
- d) En Esparta, coincidiendo a su vez con la época invocada anteriormente, existió la llamada Legislación de Licurgo. Las leyes de Esparta son atribuidas a Licurgo, quien según se señala tuvo la oportunidad de viajar mucho, observar y comparar las leyes de los distintos lugares que visitaba. Con todo ese bagaje de información y experiencia recopiladas, estructura todo un conjunto de normas para su pueblo. A él se le atribuye la redacción de la Constitución de la antigua Esparta.
- e) En Atenas, durante el siglo VII a.C., encontramos las Leyes Draconianas, cuyo término hasta nuestros días es utilizado para graficar criterios de excesiva severidad y abuso. Se consideraba la muerte como pena para cualquier delito, más allá de que el delito hubiera sido de carácter público o privado. Se dice que ante un clima social bastante agitado, Dracón⁶ se vio obligado a dictar un riguroso código de leyes, llamadas Leyes Draconianas y, como hemos dicho, hoy en día tal denominación se aplica a leyes muy estrictas. Las leyes dictadas no tuvieron el éxito deseado sino por el contrario contribuyeron a agitar aún más la crisis social existente en aquel entonces.

A criterio del autor peruano, Dr. Raúl Peña Cabrera, cuya obra ha servido de base para la

elaboración de esta primera parte del análisis sobre el tema, la Edad Antigua es un período que corresponde para el Derecho Penal como la más remota fuente doctrinaria, pues según lo sostiene, en este período se elaboran por primera vez, códigos de índole jurídico-moral⁷.

Se inicia un giro en la concepción del derecho, dejando de lado el aspecto mágico religioso, dando lugar a una noción de carácter pensante, racional y humano.

Como hemos visto, el Derecho Penal en el Imperio Romano era considerado, principalmente, como una forma de surgimiento de obligaciones, en la que encontrábamos aspectos tales como la venganza privada, la Ley del Talió y la compensación. Como hemos visto, Roma se dividió en tres períodos: el de la Monarquía, el de la República y el del Imperio. Y cada uno de ellos dejó su particular aporte para el desarrollo y concepción futura del Derecho Penal. Con el derecho romano observamos que empieza a desaparecer el concepto de venganza privada, otorgándole al Estado la facultad de sanción.

2. Edad Media

Durante esta época, el Imperio Romano desaparece y también la unidad jurídica que podía existir hasta ese entonces.

Luego de ser víctima de la invasión de los bárbaros, Roma comienza un declive que origina su desintegración social, económica y cultural; sin embargo, la solidez jurídica del trabajo desarrollado no desaparece, sino se complementa con las normas de los bárbaros y aquellas que se venían generando por influencia de la Iglesia Cristiana. Las invasiones realizadas por los bárbaros traen consigo costumbres de índole jurídica penal contrapuestas en muchos casos a los principios que imperaban en el Imperio Romano. Con el tiempo, en la medida que el señor

6. Dracón fue un legislador de Atenas, que ocupó un alto cargo de gobierno en la antigua Grecia. Se le atribuye la primera codificación de leyes de la ciudad.

7. PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho Penal Peruano*. Lima: EPASA, 1980, p. 50.

feudal iba fortaleciendo su poder, el Derecho se tornaba en más uniforme.

El Derecho Penal Germánico:

Antes de las invasiones, constituía un muy fuerte papel el de la costumbre. Dicha práctica es que la que constituye la de mayor antigüedad, fue creada por la propia comunidad a partir de sus costumbres reflejadas en sus hábitos sociales. Su divulgación se realizaba a través de la transmisión oral de entre las generaciones que se iban sucediendo unas tras otras. Se dice que para que resultase más eficaz y sencillo su aprendizaje, se apelaba a recursos tales como el uso de versos y refranes. En aquella época no se conocía aún la escritura, por ende no existía otro medio para transmitir los conocimientos a futuro.

Es cuando se comienzan a establecer en los territorios del Imperio Romano, donde reciben la influencia romano-cristiana, apareciendo las primeras leyes tendientes a obtener una estructura clara y lógica. Estas leyes no pierden su particularidad, pero si adquieren algunos matices de características jurídico-romanas.

En lo que respecta al Derecho Penal, se medía el daño causado como consecuencia de la conducta producida, más allá de la intención o no, la misma que no cobraba mayor importancia. Su espíritu guerrero los llevaba a considerar que la comisión de un delito era una suerte de declaración de guerra del delincuente hacia la sociedad y ésta debía defenderse frente al sujeto.

La reacción frente a tales actos estaba en función al bien jurídico afectado; por ejemplo, en los delitos que afectaban la propiedad, entiéndase robo o hurto, el titular de la acción era el propio afectado; es decir, la víctima. El otro extremo se daba cuando se producían delitos que afectaban directamente al grupo, tales como la desertión o la traición, por los que cualquier integrante de la comunidad tenía la facultad suficiente inclusive hasta de matar al infractor. Se desprende que existía una filosofía que traía consigo una suerte de acuerdo tácito entre los miembros de una comunidad, en respuesta contra individuos que atentaran contra la paz.

En ocasiones, las sanciones alcanzaban inclusive a los miembros de la familia de quien había realizado el hecho reprochable.

El Derecho Canónico:

Es creado y aplicado por la Iglesia Católica sobre la base de decretos dictados por el Papa y Resoluciones Conciliares. La ley canónica es la ley de la Iglesia, la voz "canon" procede del griego y significa regla.

Reconoce como principal cuerpo al *Corpus Iuris Canonici*. Dentro de las características más salientes, si tomamos que las penas que se aplicaban tenían sentido santificador (asociaban al delito con el pecado), lo fundamental es tener en cuenta que era una aplicación de excepción, solo se aplicaba al clero. Pero el método a través del cual se aplicaba era la Santa Inquisición. Sucede que, en sus inicios, el Cristianismo genera su propio Derecho cuyo objetivo era el de servir de medio disciplinario para los feligreses infractores; sin embargo, en la medida que el Cristianismo fue creciendo y extendiéndose territorialmente, su legislación también creció. Por ello, el sistema judicial inquisitivo tuvo presencia en nuestras normas, tal es el caso por ejemplo del Código de Procedimientos Penales cuya etapa de investigación correspondía a tal sistema.

Al momento que el Cristianismo llega a formar parte del Imperio Romano, los obispos tuvieron la jurisdicción penal por delegación soberana; de tal forma que el Derecho Penal empieza a adquirir el carácter de disciplina pública, dotándolo de conceptos tales como el dolo, la culpa, el caso fortuito y, distinguiendo los conceptos de pecado y delito.

El delito y el pecado -que en la práctica significaban lo mismo- representaban la esclavitud y, la pena era una suerte de liberación. Con el Derecho Canónico apreciamos el posicionamiento del derecho de asilo y la afirmación del elemento subjetivo del delito.

3. Edad Moderna

La Edad Moderna se desarrolló desde el siglo XII hasta el siglo XVII. Constituyó un período de

la historia de la humanidad en el cual se sale de una época oscura como lo fue la Edad Media, para dar lugar a la transición de nuevos tiempos, en los que la razón se impondría a la fuerza. Con la Edad Moderna se marca un momento en el cual se integran el nuevo mundo (América) y el viejo mundo (Europa, Asia y África). Como hemos visto hasta el momento, a través de las conquistas producidas, los pueblos vencedores imponían a los vencidos sus costumbres, sus creencias y por supuesto sus leyes. En la Edad Moderna encontramos un cuadro especial del Derecho en general, desarrollándose de acuerdo a usos y costumbres de cada región⁸.

El Derecho de la Edad Moderna se plasma sobre la base del *corpus iuris*, explicado por los glosadores y la de los post-glosadores con la tarea de concordar los textos romanos con los Derechos vigentes en las ciudades italianas y de las tribus alemanas⁹.

Respecto al tema del Derecho Penal durante la Edad Moderna, el maestro Luis Jiménez de Asúa señala que durante esta etapa y hasta los inicios del siglo XIX, no podía ser peor ni más cruel, aunque progresivamente las penas contra la vida y el cuerpo van siendo atenuadas. Señala que la tortura, que es de todos los tiempos, adquirió con la Inquisición enorme amplitud a efectos de poder conseguir las confesiones y sólo queda abolida a fines del siglo XVIII por el influjo de los enciclopedistas¹⁰.

Cesare Beccaria se preguntaba cuáles son las penas convenientes para los delitos. Frente a una respuesta como la muerte, nuevamente presentaba otra interrogante en el sentido si era una pena verdaderamente útil y necesaria para

la conservar la seguridad y mantener el orden social. Respecto a la tortura, se cuestionaba si era una pena justa y si a través de ésta podía obtenerse el fin que las leyes buscan o proponen. Igualmente, reflexionaba en torno a que si las mismas penas eran apropiadas a lo largo del tiempo; es decir, si seguían siendo útiles con el transcurrir del mismo¹¹. El pensamiento de Beccaria sirve hasta nuestros días como un excelente elemento de reflexión en torno a la necesidad y proporcionalidad de las sanciones penales.

El maestro Luis Jiménez de Asúa, al referirse a Beccaria, sostiene que la necesidad de humanizar las leyes penales que éste postulaba, impulsó a que varios monarcas introdujeran reformas en las leyes criminales de sus pueblos. Beccaria reclamaba la humanización penal.

El propio Jiménez de Asúa, cuando aborda el tema de la Época de las Luces¹² tiene frases muy duras, pero por ello no dejan de ser ciertas. Sostiene en su obra que el Derecho Penal se encuentra cubierto de sangre y que guarda en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales. La renuncia a la venganza y el sadismo, no se cumplen sin haber dejado tremendas cicatrices. De este tremendo esfuerzo, sostiene, iba resultado el Derecho Penal liberal. Alboreaba el siglo XIX y aún no lo era, a pesar de los esfuerzos de Beccaria y de Howard, que, con su Filosofía Penal y su humanización penitenciaria, propugnaban, desde hacia casi medio siglo, la libertad y la igualdad (garantía legalista) y la fraternidad (dulcificación de los castigos). Todavía en la linde del setecientos al ochocientos, se torturaba como método

8. PEÑA CABRERA, Raúl. *Op. cit.*, p. 59.

9. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editorial San Marcos, 2001, p. 61.

10. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, p. 312.

11. BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 44.

12. Conocido también como periodo de la Ilustración. Fue una corriente intelectual de pensamiento que dominó Europa, principalmente Francia e Inglaterra durante el siglo XVIII. Tuvo gran influencia en los aspectos económicos, políticos y sociales de aquella época.

inquisitivo (negación radical de la libertad) y se quemaba en hogueras a brujas y judaizantes (negación esencial de la humanidad)¹³.

Legislación Penal en el Antiguo Perú:

Se debe mencionar que ubicamos este interesante tema dentro de este momento de la historia, en razón de que luego del descubrimiento de América en 1492, se comienza a conocer de manera cierta en Europa de la existencia del Imperio Incaico. Se pudo, es cierto, haber ubicado este tema en una momento anterior, pero por las citas y referencias que se hacen con Europa hemos decidido ubicarlo por fines de mejor entender para el lector en esta parte del presente artículo.

En el antiguo Perú, según lo señala Atilio Sivirichi Tapia¹⁴, predominó el derecho penal sobre el civil¹⁵. Esto último quizá podría entenderse desde la concepción de los Incas en el sentido que para ellos el sentido colectivo los alejaba del individualismo.

Las afirmaciones en torno a las normas jurídicas de los pueblos anteriores al Imperio Incaico no pueden ser del todo exactas. La razón la explica el Dr. Raúl Peña Cabrera cuando sostiene que la existencia del Derecho Penal supone una norma de carácter general, una institución que vele por su vigencia y una sanción para los que no guarden sus mandatos. Refiere que, posiblemente, como en todo sistema social se desarrollaron nociones ético-jurídicas, encaminadas a la conservación del orden y la paz social mediante un sistema de penas y castigos, cimentadas sobre la moral y las costumbres. La afirmación antes expuesta a su criterio, se basa en investigaciones aproximadas ya que la cultura peruana antigua no poseía un sistema de

escritura tal que permitiese realizar un análisis de un sistema penal positivo¹⁶.

Sostiene Savirichi que las normas morales sólo surgen definidas en el Imperio Incaico y los incas, con una hábil política conquistadora y confederativa, consiguieron imponerlas a todos los pueblos dominados, convirtiéndose el soberano en juez absoluto, pero con cierta tolerancia para las normas de carácter local de los pueblos sometidos.

A diferencia de lo que sucede con el Derecho Penal pre inca, en el Derecho Penal incaico la información existente permite realizar una aproximación más certera del sistema jurídico utilizado.

La sociedad inca estaba caracterizada por un orden jerárquico que colocaba en la cabeza el poder absolutista del inca; lo seguía la nobleza, a quienes los conquistadores españoles llamaron *orejones*, porque mostraban los lóbulos de las orejas deformados como consecuencia de llevar pesados ornamentos que los diferenciaban de los demás.

De acuerdo a la escala social del imperio, seguían los runas o mitimaes, quienes eran grupos de familias separadas de sus comunidades por el Imperio Incaico y trasladadas de pueblos leales a conquistados, o viceversa, para cumplir funciones económicas, sociales, culturales, políticas y militares. Conformaban la masa del imperio que realizaba las tareas obligatorias en las mitas, un sistema de trabajo colectivo. Finalmente, estaban los yanaconas, quienes eran los sirvientes de la casa y provenían de las naciones conquistadas.

Por esto es que sabemos que el pueblo inca fue estrictamente conquistador. Producto de estas conquistas, reunieron a numerosos pueblos con

13. JIMÉNEZ DE ASÚA. *Op. cit.*, p. 247.

14. Nacido en el Cusco, en 1905. Fue escritor, historiador, profesor y conferencista, entre cuya obra se encuentra publicaciones tales como "Prehistoria Peruana", "Derecho Indígena", "Prehistoria Peruana", "América Indígena", "Historia de la Cultura Peruana", "Nuestro Mar", etc.

15. SIVIRICHI TAPIA, Atilio. *Derecho Indígena Peruano*. Lima: Ediciones Kuntur, 1946, p. 348

16. PEÑA CABRERA, Raúl. *Op. cit.*, p. 144.

ritos y costumbres propias. Para conciliar y contrarrestar esta disparidad cultural implantaron el *Runa Simi* (o *Quechua*) como idioma oficial, y establecieron además una organización social basada en principios morales de obediencia y persecución permanente del delito.

Es el caso que las autoridades de aquel entonces, a quienes se les denominaba Curacas¹⁷, no distinguían la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; las penas en el incanato fueron de carácter reparatorio e intimidatorio y la aplicación de la ley se efectuaba de manera draconiana.

El castigo no estaba en función al delito que se pudiera haber cometido, sino más bien era consecuencia que la conducta reprochable lo que generaba era un rompimiento del orden jurídico y moral que debía imperar en el Imperio. Las penas eran aplicadas en oportunidades de manera extensiva, recayendo, además del autor, en sus familiares o al grupo social del cual era parte. En caso de reincidencia, complicidad y encubrimiento, los castigos eran severos y ejemplarizadores; sin embargo, no se sancionaba los delitos patrimoniales que se producían como consecuencia de la necesidad del agente.

El Estado actuaba como ente superior encargado de resolver los distintos conflictos que pudieran presentarse en los integrantes de la sociedad, buscaba una compensación al daño inferido. Para mantener el orden, tanto político, social, económico como administrativo, llegaron al extremo de la aplicación de la pena de muerte.

La pena de muerte se aplicaba en casos tales como el homicidio como producto de un robo, por traición, aborto provocado, violación, adul-

terio, pereza, daño a las obras públicas, entre otros. Sivirichi agrega que los incas también aplicaban castigos corporales como el destierro, flagelación, tormentos, trabajos forzados, privación de libertad, penas de honra y en especies.

En el proceso penal desarrollado por los incas no existía la apelación y, sólo podía recurrirse a solicitar clemencia a la máxima autoridad a fin de evitar el castigo decretado.

La descripción de las conductas no permitidas las podemos encontrar en lo que se conocen como los principios que hoy son reconocidos como las leyes básicas del Imperio de los Incas:

Ama Sua:	"no seas ladrón".
Ama Llulla:	"no seas mentiroso".
Ama Kella:	"no seas perezoso".

A la llegada al Perú de Francisco Pizarro¹⁸ en el año 1531, se inicia lo que se denominó la conquista española y con ella empieza a desaparecer la estructura penal incaica formada hasta la fecha. Se comienzan a producir una serie de abusos contra la población en la medida que predominaba la voluntad arbitraria de los conquistadores. Con el tiempo se comienza a implantar al territorio conquistado el Derecho Penal proveniente de España, para mejor referencia, de Castilla. Por disposición de los Reyes Católicos, los nobles fueron privados de la jurisdicción penal y se dictaron normas tales las Leyes del Toro y la Nueva Recopilación.

Las Leyes del Toro surgen tras la muerte de la Reina Isabel la Católica. Se dice que a principios del siglo XVI, el testamento de la Reina ordenaba que una comisión formada por expertos recopilara toda la legislación existente y le diera orden. El propósito era solucionar la ausencia de

17. El Curaca era el jefe político y administrativo. Luego de la Conquista pasaron a ser conocidos como Caciques. *Curac* o curaca es una voz quechua que significa el primero o el mayor entre todos los de su agrupación. Originariamente debió ser el más anciano y más sabio, y gobernar de manera paternalista; pero como su autoridad la heredaba aquel de sus hijos que denotaba especial capacidad, es obvio que el criterio de la edad no fue siempre seguido.
18. Nacido en Cáceres, España el 16 de marzo de 1476, fue el explorador y conquistador español del Perú. Fallece en Lima, Perú el 26 de junio de 1541.

legislación existente para muchos litigios o la contradicción que existía en normas vigentes, que tampoco permitían dar una solución cabal a los problemas que se presentaban. Sobre las Leyes del Toro se puede añadir que fueron la base de las siguientes recopilaciones legislativas españolas (Nueva Recopilación y Novísima Recopilación), que estuvieron vigentes hasta la promulgación del Código Civil, en el siglo XVII.

Al llegar a América, los españoles imponen sus costumbres, sus creencias, su forma de pensar, su sistema de valores y sus leyes.

Se debe añadir a lo dicho y, para finalizar las referencias al aspecto penal de los antiguos pobladores de nuestro territorio que, a efectos de mantener el esquema colonial, el régimen penal imperante tuvo un carácter muy riguroso. Surgen con el tiempo las corrientes emancipadoras que derivan en la independencia de los pueblos de América del colonialismo español.

4. Edad Contemporánea

Coinciden los historiadores en sostener que la Revolución francesa, ocurrida en 1789, constituye el hito más resaltante para graficar el inicio de esta época. Se caracteriza, entre otros aspectos, por la aplicación del conocimiento, de los principios humanitarios y, en lo que al Derecho Penal importa, por la influencia del pensamiento de Beccaria.

Durante el siglo XIX, se desarrollan una serie de pensamientos de protección a las personas, los cuales se plasman en las distintas Constituciones que se van originando y que influyen directamente en la calificación de las normas penales, lo que origina el nacimiento de una serie de escuelas penales como: la Escuela Clásica, la Escuela Positiva, la Escuela Ecléctica, entre otras. Las escuelas penales han contribuido a la humanización del Derecho Penal, puesto que hoy en día todas las concepciones jurídico-penales consideran que, para que pueda aplicarse la pena¹⁹,

el delito debe estar basado exclusivamente en la conciencia y voluntad de causar un daño o, un hecho culposos que infringe las normas legales y que atente contra la seguridad social.

III. LAS ESCUELAS PENALES

Los distintos criterios para la aplicación del Derecho Penal se han ido plasmando en la creación de escuelas que han servido para integrar un conocimiento y elaborar teorías penales dirigidas a solucionar los problemas que el Derecho Penal nos presenta.

El Derecho como actividad humana está en constantes cambios y movimientos. El Derecho Penal no es ajeno a ello, por eso es lógico pensar que el pensamiento jurídico criminal ha ido variando a lo largo del tiempo y ha permitido que extraordinarios pensadores plasmen sus teorías y encuentren seguidores. Existen varias escuelas: la Clásica, la Positiva, la Ecléctica, la Sociológica, la Dogmática, la Finalista, la Dogmática Jurídica Contemporánea (conocida también como Nueva Política Criminal), la Abolicionista del Derecho Penal o, también la del Derecho Penal Mínimo.

Entre las escuelas mencionadas, desarrollaremos brevemente las ideas más importantes de algunas de ellas:

1. La Escuela Clásica

La Escuela Clásica es un cuerpo orgánico de conocimientos relativos a la defensa de las garantías individuales que reacciona contra los abusos de poder y la arbitrariedad. Se forma como una suerte de reacción a la barbarie de los métodos que provenían del Medioevo, donde la tortura primaba como forma para la obtención de pruebas.

Sostiene que la razón de la justicia penal está en la tutela jurídica de reintegrar el orden perturba-

19. PEÑA CABRERA, Raúl. *Op. cit.*, p. 142.

do. La posibilidad de aplicar una pena se funda en la imputabilidad moral, en el libre albedrío. El hombre es un ser pensante, inteligente (por la gracia de Dios) y, es libre de escoger entre el bien y el mal. Si opta por el mal a pesar de estar proveído de la libertad, resulta justo que se le retribuya con otro mal: la pena.

El delito constituye un ente jurídico; es decir, una creación de la ley y, el delincuente, al ser un ser dotado de libre albedrío al violar la ley, debe ser castigado por su conducta y no por su personalidad. Además, para la imposición de una pena, previamente deberá existir un proceso, un juicio; y el sujeto deberá ser juzgado por persona distinta a quien creó la ley.

Cimenta su pensamiento sobre la base de dos criterios: el racionalismo y el iusnaturalismo. El representante de esta escuela de pensamiento es Francesco Carrara. Al referirse a él, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene que Carrara no fue un filósofo -y menos un filósofo de escuela-, pero fue un jurista que elaboró su sistema con muchos elementos aristotélicos, con otros con tradición iluminista, con algunos del idealismo alemán, pero sobre todo, persistiendo su tarea con una actitud reverencial ante la persona humana²⁰. Para Carrara, el Derecho Penal debe estar al servicio del hombre. En relación al delito, consideraba que el mismo consistía en la violación de un derecho.

El nombre se lo pusieron los positivistas, se menciona a Enrico Ferri quien lo hizo en forma peyorativa para hacer referencia a lo antiguo o viejo. Se le criticaba que no se realizaba un estudio en torno al delincuente, que no concebía la posibilidad de distintas personalidades en los sujetos, excesivamente formalista. La pena como tal no es suficiente si es que no es complementada con el resarcimiento por el daño causado. La Escuela estudia los problemas penales desde el punto de vista del delito, la pena y el juicio.

2. La Escuela Positiva

Busca establecer un esquema garantista a favor del ciudadano y frente al Estado, tiene un carácter liberal y humanitario. A diferencia de la Escuela Clásica, la Escuela Positiva diferencia a los seres humanos, considerando a los delincuentes como personas enfermas y, por consiguiente su estudio equivale a una suerte de análisis clínico. Mientras que para los clásicos el tema u objeto de estudio era el delito, para los positivistas la concepción está en función al delincuente.

La Escuela Positiva convive en el tiempo con el floreciente pensamiento, en ese entonces, de Darwin. Por tanto, sus seguidores se encuentran inmersos en un ambiente en el cual los descubrimientos y conocimientos de la teoría evolucionista podían reflejar.

La aparición de la escuela se encuentra basada, principalmente, en el hecho que los conceptos que plasmaba la Escuela Clásica no fueron suficientes para poder disminuir la criminalidad; el hecho que se comenzara a aplicar el método de observación para estudiar al ser humano y, las nuevas concepciones sociales e ideologías donde se sostenía que los derechos individuales habían sido garantizados de forma tal, que se había extendido más allá de los límites necesarios (al extremo de haber sacrificado la garantía de los mismos intereses de toda la colectividad).

A opinión de Eugenio Raúl Zaffaroni, el fenómeno mismo del positivismo fue facilitado porque se originó en una época de desarrollo industrial en el que el hombre se deslumbró ante el poder adquirido sobre la naturaleza, a la que consideraba de manera hartamente simple. Y el culto al hecho (al hecho de su poder) y a la técnica como instrumento de dominio de la naturaleza, le llevaron a creer que por vía de esa técnica podía superar cualquier límite y acceder libremente al infinito²¹.

20. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, 1987, p. 135.

21. *Idem.*, pp. 187-188.

Las raíces de esta escuela las encontramos en el pensamiento de César Lombroso, con su obra *El hombre delincuente*; destacando además como representantes de la misma, Enrico Ferri y Rafael Garófalo.

César Lombroso inicia sus investigaciones teniendo como base el método experimental inductivo a través de la observación. Aprovechando que trabajaba en un hospital, estudia el cráneo de un delincuente y en éste encuentra ciertas protuberancias que, a su criterio, constituyen causas que generan la delincuencia.

Enrico Ferri fue alumno de César Lombroso. Y a raíz de ello surge su interés por el estudio del delincuente, pero a diferencia de su maestro, Ferri investiga los factores sociales y económicos que a su criterio son los que motivan y generan la conducta delictiva del individuo. A criterio del Dr. Javier Villa Stein, Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, Ferri peca de un marcado reduccionismo sociológico en el enfoque del delito. Para él, citando siempre a Ferri, la responsabilidad penal se deriva del sólo hecho de vivir en sociedad²², y la pena tiene como fin defender a la sociedad²³.

Por su parte, Rafael Garófalo es quien nos presenta el término "Criminología". A su criterio, el delincuente es una persona que sufre de una anomalía psíquica, más allá de los rasgos físicos que pudiera tener, no descartando esa posibilidad en el delincuente, pero no considerándola un condicionante. Es muy drástico con el delincuente al considerarlo como un ser inferior. Sostiene que el ser humano posee dos clases de sentimientos: probidad y piedad. Cuando estamos frente a un delincuente nos encontramos frente a un sujeto en el cual dichos sentimientos son escasos; por tanto, debe ser separado de la sociedad.

3. La Escuela Ecléctica

Las ideas expresadas por la Escuela Clásica y aquellas presentadas por la Escuela Positiva,

no resultaron siendo suficientes para un grupo de pensadores jurídicos. Es así que nace una opción intermedia o ecléctica, que busca encontrar una nueva concepción para el Derecho Penal, ubicándose entre las dos escuelas ya existentes, buscando superar las limitaciones de ambas y permitiéndose recoger los aciertos que éstas contenían. Algunos hablan de una escuela mixta.

Destacan en este grupo la Terza Scuola en Italia y la Escuela Sociológica en Alemania, esta última encabeza por Von Liszt.

3.1 Terza Scuola

Aparece como consecuencia de la pugna existente entre la escuela Clásica y Escuela Positiva. Se identifica con este pensamiento a su fundador Canevale, y también a Alminea. Las ideas principales que promueve son:

- La negación del libre albedrío.
- El delito como un hecho individual y de carácter social.
- Identificación para con el delincuente sobre el delito.
- Distinción entre capacidad e incapacidad penal; es decir, entre imputables e inimputables.
- Aceptar la investigación científica del agente.
- Incluir la posibilidad de considerar a la responsabilidad moral.

Sus críticos sostienen que no tiene las características propias ni particulares que pudieran permitir calificarle como una escuela.

3.2. Escuela Sociológica Alemana

Conocida también como la joven escuela, siendo uno de sus máximos representantes Franz Von Liszt. Las ideas planteadas por él traen consigo esta nueva corriente ideológica del Derecho Penal.

22. VILLA STEIN, Javier. *Op. cit.*, p. 66.

Von Liszt definía al Derecho Penal como el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, con la pena como legítima consecuencia. El Dr. Raúl Peña Cabrera refiere que a criterio de Von Liszt, dogmática y política criminal no se entremezclan entre sí. Sostiene que, la política criminal interviene cuando el método dogmático ha concluido su misión; es decir, cuando ha interpretado el Derecho positivo y ha creado un sistema conceptual a partir del mismo. Es entonces cuando en una última fase, la de crítica, entra en juego la política criminal revisando el derecho vigente y proponiendo las medidas más adecuadas para reformarlo y acercarlo a las exigencias político criminales²³.

A partir del pensamiento de Von Liszt, se inicia en Alemania una corriente de interés por la Criminología; inclusive la Escuela de Marburgo en Alemania, la cual era un centro de estudio donde Von Liszt dictaba clases, es considerada como una Escuela Criminológica Alemana.

Von Liszt clasificó a los delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o en todo caso inocular -según la personalidad del agente- sobre el tema que la pena deba cumplir su función preventiva, de tal forma que la prevención actúa de tres maneras: resocializando, intimidando y haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

Las ideas principales de Von Liszt pueden plasmarse de la siguiente manera:

- a) Existencia de la imputabilidad sobre la base de la aptitud del agente. Los inimputables no son responsables penalmente por sus actos.

- b) Acepta la causalidad.
- c) Sólo la pena necesaria es justa.
- d) Rechazaba los conceptos surgidos de investigaciones sociológicas y antropológicas del delito, en el sentido de la fatalidad del delito y la noción del delincuente nato.

4. La doctrina finalista

En la tercera década del siglo XX, Hans Welzel²⁴ nos trae consigo esta línea de pensamiento. Sostiene que la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético social y, sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares²⁵. En efecto, a criterio de Welzel, la protección de los bienes jurídicos no era un objetivo primordial, sino que su misión es la de proteger los valores elementales de la comunidad. Los valores del actuar conforme a derecho "constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico penales", siendo entonces la misión central del Derecho Penal el "asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores"²⁶.

Welzel sostiene que la acción humana es ejercicio de la actividad final. La acción es por eso acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad.

Se concibe al delito como una acción de carácter injusto y culpable. Precisa que no existe el delito si es que la acción y la descripción legal no coinciden, en ese caso nos encontramos frente a la atipicidad; tampoco existirá delito si el sujeto actúa sin dolo o sin culpa. A su vez, desnaturaliza el delito si frente a la acción existe error, el cual podrá ser un error de tipo en caso que el sujeto se equivoca sobre los elementos del tipo al mo-

23. PEÑA CABRERA, Raúl. *Op. cit.*, pp. 173 y 174.

24. Fue maestro de Gunther Jakobs.

25. VILLA STEIN, Javier. *Op. cit.*, p. 71.

26. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 84 y 85.

mento de realizar una conducta o, en todo caso, podrá ser un error de prohibición en caso que, el agente no conoce que su conducta estaba definida como delito.

Para esta corriente de pensamiento, la pena resulta siendo consecuencia de haber obrado con culpabilidad; es decir, de tener conciencia de lo que uno hace. La pena a su vez tiene determinados fines: prevención, retribución y resocialización. La prevención la encontramos en la advertencia que el texto legal presente, la retribución en la sanción y, finalmente, la resocialización en la reinserción del individuo a la sociedad.

En relación a la responsabilidad penal, se señala que ante la ausencia de los elementos subjetivos, entiéndase, dolo, culpa o preterintención, o si el agente actúa en concurrencia de una causal exculpante de responsabilidad, como puede ser el caso fortuito, la fuerza mayor o el error.

El Dr. Jesús María Silva Sánchez, al referirse al finalismo, sostiene que dicha dogmática implica un cambio decisivo respecto a la del positivismo formalista y a la del relativismo axiológico neokantiano²⁷. Es convicción del finalismo que la dogmática no ha de ocuparse de lo contingente por razones de espacio o tiempo y, por tanto, no ha de tener por objeto esencial el Derecho Positivo²⁸.

5. Derecho Penal Mínimo

Al Derecho Penal en su concepción más tradicional se le identifica como una forma de control social, considerado como el más violento por las respuestas que ofrece y los métodos que se utilizan para obtener sus fines.

Como su nombre lo indica, el Derecho Penal Mínimo lo que busca es que el Derecho Penal sea usado en la menor cantidad de circunstancias posibles. Es una concepción cuya tendencia está orientada a generar una corriente contraria a la que en la práctica vemos hoy en día, donde el Derecho Penal ha dejado de ser la última ratio o último recurso, para convertirse en un elemento cuya presencia y aparición es constante aun en situaciones en las cuales no merece estar.

La última ratio debe entenderse como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho Penal; busca que el Derecho Penal se constituya en el último instrumento al que la sociedad recurra para la protección de determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas. Si es posible que, a través de otros medios no tan drásticos, la sociedad no recurra al Derecho Penal como instrumento. A su vez, son preferibles las sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio, se busca un mayor bienestar con un menor costo social. Por tanto, el Derecho Penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario y en los parámetros que la utilidad social así lo necesite.

Si bien es cierto el Derecho Penal es un medio de control social, no es el único medio de control social. Sin embargo, la excesiva penalización de las conductas está generando que el Derecho Penal "ascienda posiciones" y se encuentre ahora entre las primeras opciones del Estado como forma de represión.

IV. CONCLUSIÓN

Iniciamos el presente trabajo haciendo referencia al aspecto social del ser humano y, finalizamos el mismo en igual sentido.

27. Citando a Silva Sánchez: El neokantismo sustituye el método puramente jurídico formal del positivismo induciendo consideraciones axiológicas y materiales. El neokantismo jurídico tomó como objeto el mismo concepto positivista del Derecho de la fase anterior, convirtiéndose en palabras de Welzel, en "una teoría complementaria del positivismo jurídico".

28. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992, pp. 57 y 58.

El Derecho se genera como consecuencia de la intención de los hombres de convivir en paz, dentro de una sociedad la cual pueda desarrollar sus actividades en respeto y armonía con los demás. Para ello, es necesario establecer un orden, lo que a nuestro criterio y para un fácil entender constituyen "las reglas de juego de la vida en comunidad". De esa manera, surgen las normas que van regulando el comportamiento de los individuos.

Sin embargo, el ser humano -dentro de su propia libertad- en ocasiones excede los parámetros inicialmente fijados y su conducta conlleva a motivar una suerte de desorden social de mayor o menor magnitud, pero que finalmente es necesario corregir. Esa corrección se manifiesta en forma de sanción y, la misma -según la gravedad del hecho- puede comprometer seriamente al agente.

Hemos visto que a inicios de la humanidad los castigos y sanciones fueron sumamente drásticos, siendo la muerte para el delincuente una política bastante utilizada. Es más, el castigo iba más allá del propio sujeto activo y se extendía a sus parientes y miembros del grupo al que pertenecía.

En otros casos, no se llegaba a extremos de la pena de muerte pero se daban una serie de castigos extremos (torturas, flagelaciones y destierros), en los cuales la desproporcionalidad de la respuesta lo único que generaba era agravar el problema inicial causado por el delincuente.

Es así que surgen una serie de pensadores y políticas que lo que buscan es humanizar al Derecho Penal, y lo hacen porque el mundo se está humanizando. Es decir, resulta siendo una consecuencia del mundo extra penal que influye directamente en el mundo penal. La razón ya la hemos adelantado: se trata de regular las normas de convivencia. Por tanto, el aspecto coyuntural sobrepasa al estructural y lo que se discute y se regula se encuentra influenciado por lo exterior. Ni el Derecho Penal ni el Derecho en general son ajenos a los avances de la sociología, psicología u otras actividades del hombre que se pudieran considerar tan distan-

tes de éstos, como pudieran ser la medicina o la genética, por ejemplo.

Sin embargo, apreciamos que nuevamente surgen y se presentan tendencias que simpatizan con la idea de las sanciones ejemplares, del mensaje social en torno a un castigo ejemplar que pueda servir de intimidación para el resto de personas. Ideas tales como el aumento de penas para ciertas conductas que lo que logran es un desorden y desproporción en los textos penales en relación a la conducta y la pena a imponerse.

Pero como las actividades del hombre, las cuales tienen distintos ciclos en su desarrollo y pensamiento, volvemos a recoger las bases del pasado y pretendemos mejorarlas o encontrarles un sentido determinado, motivando de tal forma una conducta cíclica que la apreciamos también en el Derecho Penal y la observamos en las consideraciones sobre las sanciones a aplicar, las características y el estudio del delincuente, la conducta desarrollada, etc.

En la medida que el hombre es un ser racional, podrá cambiar de idea, filosofía y pensamiento a través de las generaciones y, en muchos casos, las mismas regresarán al pasado para recoger las enseñanzas. Lo cual permite los cambios cíclicos que se producen en el Derecho Penal y que trascienden por el tiempo, más allá de los nombres que pudieran recibir las teorías presentadas o de aquéllos que las impulsan.

Finalmente, consideramos que hoy en día existe un abuso desproporcionado del uso del Derecho Penal para la solución de problemas e imposición de sanciones. Hemos llamado la atención en relación a lo que entendemos como una innecesaria carga legislativa que la apreciamos en nuestros países, en la cual conductas que pueden ser reprimibles, han de buscar una vía diferente para la imposición -de ser el caso- de una sanción.

El Derecho Penal debe ser entendido, como actualmente se pregona, como el último recurso del Estado frente a alguna conducta que pudiese afectar a la sociedad. No pedimos llegar a extre-

mos tales como aquellos que piden la desaparición del Derecho Penal, de ninguna manera. El Derecho Penal es útil y necesario, pero ello no da lugar al indiscriminado uso del mismo.

Aunque se trata de un aspecto procesal, pero es válido para la presente conclusión, lo que viene generando la extremada penalización de las conductas es una carga procesal sumamente abundante y pesada, donde los plazos procesales son imposibles de cumplir y, por tanto, la justicia se hace extremada y desesperadamente

lenta. Una justicia que tarda, ya no es justicia; y este concepto es válido tanto para la víctima, como para el propio imputado. Al primero de ellos por su búsqueda y reclamo de encontrar respuesta en el órgano jurisdiccional y, al segundo porque necesita una respuesta para su propia tranquilidad personal en torno al proceso al que está siendo sometido, respuesta que, independientemente sea positiva o no para sus intereses, le permitirá tener en claro cuál es finalmente su situación. No olvidemos que la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde.

