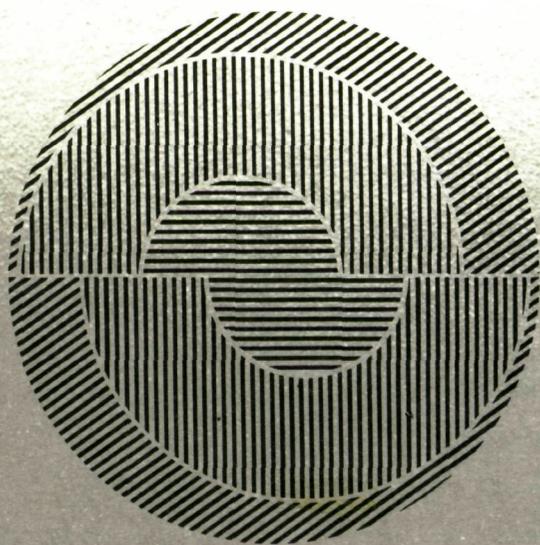


85956

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

**JANEIRO A MARÇO 1990**  
**ANO 27 • NÚMERO 105**

# Epistemología criminológica de la retaliación hacia el perdón

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal. Miembro del  
Consejo de Dirección de la Sociedad Inter-  
nacional de Criminología. San Sebastian  
(España)

## 1. *Resumen histórico comparativo del talión en la política criminal y el Derecho Penal*

Una investigación diacrónica desde el momento cero<sup>(1)</sup> a través de los siglos, y sincrónica a lo ancho del mapa geográfico de los países modernos acerca del *Talión*, es decir, de las *respuestas* sociales y gubernamentales a las conductas criminales y a las personas marginadas, nos muestra en enfrentamiento dialéctico dos criterios y dos prácticas de control social:

— por una parte, la sanción severa, punitiva, que hoy se centra en la privación de libertad como castigo, sin concesiones al tratamiento y, en casos extremos, lógicamente la pena de muerte.

— y, por otra parte, las sanciones alternativas a la cárcel, como pueden ser la multa, la probación, los arrestos de fines de semana, el trabajo en servicio a la comunidad, la *plea bargaining*, la *diversion*, la no intervención y (según algunos teóricos extremos) la sustitución del derecho

---

(1) ERNST BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt en Main, Ed. Suhrkamp 1961, pp. 276 ss. Hay traducción en castellano. En sentido parecido Jacques LECLERCQ, "Reflexions sur le droit de punir", en *Estudios Penales. Homenaje al P. Julián Pereda* (preparado por A. Beristain) números 25-26, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, pp. 473 ss.

penal por medidas de seguridad o por instituciones paralelas al derecho civil o al derecho administrativo. (2)

Esta descripción panorámica o telegráfica, a vista de pájaro, omite muchos puntos y desdibuja otros, pues pretende describir un problema sumamente complejo que exigiría mil detalles y matizaciones. Sin embargo, para introducirnos en el tema que deseamos exponer, resulta suficientemente orientativo. Esta visión de conjunto nos suscita (y se aclara con) tres consideraciones fundamentales, que desarrollaremos a continuación:

A) Ante la criminalidad y la marginación hemos de responder con criterios de integración cósmica. Hemos de evitar las respuestas unidimensionalmente vindicativas, tanto como las totalmente permisivas o simplemente mecánicas, técnicas, amoraless, sin sentido humano, tanto como las utopías exclusivas de tratamiento.

B) La faceta creadora de todo lo humano debe generar algo nuevo en el sistema penal (especialmente en el *sentencing*) de finales del siglo XX. En concreto, debe crear (y/o desarrollar) el derecho al —mayor o menor— perdón a toda persona, también al delincuente.

C) Los hasta hoy desconocidos horizontes que va alcanzando la conciencia de la persona postmoderna exigen leer y formular lo talional con una original epistemología metarracional.

(2) KEIN KOTZ, "Le règlement des litiges en dehors des tribunaux. Synthèse et conclusions", en H. KOTZ y R. OTTENHOF, *Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative*, Economica, París, 1983, pp. 187 ss. Con estudios de Africa, China, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, Rep. Democrática Alemana, Suecia, Estados Unidos y América Latina. FONDATION INTERNATIONALE PENALE ET PENITENTIAIRE, *Les nouvelles tendances de la Politique criminelle*. (Actes du Cinquième Colloque Inter. de la F.I.P.P., Syracuse, 15/19 février 1982), Bonn, 1984, pp. 141 ss. Cherif BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes. The Law of Public Order*, Charles C. Thomas, Springfield, Illinois, 1969, pp. 458 ss. Peter P. LEJINS, "La crisi attuale della Politica criminale negli Stati Uniti", en *L'Indice Penale*, n° 3 (1979), pp. 355 ss.

Giuseppe GUARNERI, "Modificazioni nella reazione alla criminalità (Una proposta nordamericana; il *diversion*)", en *Studi di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 617 ss. Francesco G. PALAZZO, "Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o "benefici" con contenuto sanzinatorio?", en *Studi in men. G. Delitala*, Vol. II, pp. 1.049 ss. Inkeri ATTLA, "The Benefit and Burden of Diversion", en *Crime and Criminal Policy. Papers in Honour of M. López-Rey*, Roma, 1985, pp. 55 ss. En este tema se esconde y patentiza la necesidad de renovar radicalmente el sistema penal, pp. 62 s. Hay que buscar soluciones penales, no judiciales con la víctima, p. 64. Jacqueline BERNAT DE CELIS, "Abolitionisme du système pénal et politique criminelle en faveur des victimes", en L. HULSMAN/ J. BERNAT DE CELIS, *Pênes perdues. Le système pénal en question*, le Centurion, París, 1982, pp. 123 ss.

John PRATT, "Diversion from the Juvenile Court", en *The British Journal of Criminology*, Vol. 26, n° 3 (julio 1986), pp. 212 ss. Stamatios TZITZIS, "Retribution, utilitarisme et politique criminelle dans les pays anglo-saxons a l'époque contemporaine", en *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3 (julio-septiembre 1985) pp. 263 ss.

D) Todavía más, con una epistemología espiritual, mística, no dogmática; con el único freno de lo razonable (no de lo racional-lógico) y de lo *real* "de suyo", allende lo fenomenológico (3).

## 2. *Talión dialéctico de integración cósmica, no unidimensional*

Por respuestas (al delito y a la desviación) de integración cósmica entendemos, dicho brevemente, algo así como aquellos controles sociales-penales que, casi sin juzgar, (4) van más allá del juicio; pues procuran reflejar, como un espejo, (5) la realidad (más allá de lo aparential) del conflicto-delito, y facilitar la armónica simbiosis de la acción-reacción-creación; es decir, dar a cada uno lo que él necesita más que lo que él merece, a través de la sanción-compensación dinámica y solidaria.

La historia sociológica y la filosofía jurídica enseñan que sin sanciones penales resulta imposible la convivencia, al menos en los tiempos históri-

(3) PETER NOLL, *Diktate über Sterben & Tod*, mit Totenrede von Max Frisch, Pendo, Zürich, 1984, pp. 132 ss. X. ZUBIRI, *Inteligencia y Razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 91 ss., 263 ss.

El jurista y el criminólogo que, a través de la nueva epistemología, entra en contacto con la nueva realidad social experimenta un sobresalto similar al que Einstein sintió la primera vez que se inició en la nueva física, según escribió en su autobiografía: "Todos mis intentos de adaptar el fundamento teórico de la física a este (nuevo tipo de) conocimiento fracasaron completamente. Era como si la Tierra hubiese desaparecido de mis pies, sin ningún cimiento firme a la vista sobre el cual poder construir", Ed. Pa. A. Schilpp, *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*, The Library of Living Philosophers, Evanston, Illinois, 1949, p. 45.

(4) MERTON, Thomas. *Zen and birds of appetite*. Traducción al castellano de Rolando Hanglin, 3ª ed. Kairós, Barcelona, 1979, p. 43. Nadie niega que existen — y deben existir — las estructuras e instituciones jurídicas. Nadie opina que debemos tratarlas como no existentes y necesarias. Pero, el hombre maduro, que "cala" más allá de lo superficial, ve y experimenta, como Moisés en el relato mítico (?) del Exodo, capítulo 3º, que la zarza (de las estructuras e instituciones sociales) arde y se consume, y nos convoca a andar y convivir sobre esa zarza, descalzos y probablemente también sin pies. Realmente, en el fondo, la estructura es vacío y el vacío en sí mismo es estructura. Es un hecho que, desde hace algún tiempo a esta parte, se lucha y se sufre por conseguir la liberación del juicio condenatorio penal, aunque quizás ocurra a menudo de un modo no plenamente consciente. Cfr. Thomas MERTON, *Zen and birds of appetite*. Traducción al castellano de Rolando Hanglin, 3ª ed., Kairós, Barcelona, 1979, pp. 19 ss., 43. Hugo — M. ENOMIYA — LASSALLE, *¿A dónde va el hombre?*, trad. A. M. Schlüter, Sal Terrae, Santander, 1982, pp. 73 ss. J. BERNAT DE CELIS, "En torno a la meditación como camino alternativo al sistema penal", en *Est. de Derecho Penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Rev. Fac. de Derecho Univ. Complutense, Monográfico 11, Madrid, junio 1986, pp. 129 ss.

(5) El espejo refleja la realidad, carece de perjuicios. Se le acerca una nave: él refleja una nave. Se le acerca un ruiseñor: él refleja un ruiseñor. El espejo carece de una mente que distinga, juzgue, categorice, clasifique. El hombre, por el contrario, sobre imprime algo al espejo, filtra la luz con un sistema, y cree que así mejora la calidad de la luz.

Charles ANTAKI y Alan LEWIS, *Mental Mirrors*, (Metacognition in Social Knowledge and Communication), Sage Publications, London, 1986.

camente conocidos y en la actualidad. Quizás, y ojalá, las próximas generaciones puedan prescindir de la sanción penal. Nuestra generación no puede evitar las penas como respuesta a ciertos delitos. Hace ya siglos Platón, en su *Gorgias*, repite con diversas matizaciones: "el que ha sido injusto e impío debe ir a la cárcel de la expiación y del castigo que llaman Tártaro (*Gorgias*, 532b)"; "si alguno se hace malo en alguna cosa, debe ser castigado y satisfacer la culpa por medio del castigo" (*Gorgias*, 527b)<sup>(6)</sup>.

En semejante sentido se expresan posteriormente multitud de penalistas y criminólogos en todos los tiempos y lugares<sup>(7)</sup>.

Sin embargo, esta necesidad de defendernos aplicando sanciones penales no significa, o no debe significar, que a los delincuentes haya que encerrarlos entre cuatro paredes para castigarlos con talante únicamente vindicativo, sin gastar un minuto para su integración en la sociedad.

Actualmente, muchos países islámicos, norteamericanos, etc., exageran el aspecto severo de las leyes y olvidan la dimensión equitativa, conciliadora, de la justicia<sup>(8)</sup>.

Muchos Gobiernos, y muchos tratadistas, decepcionados por el escaso resultado disuasivo y repersonalizador obtenido con la ideología penitenciaria del tratamiento, que tanto eco encontró en la década de los sesenta y comienzos de los setenta, han caído víctimas de una reacción excesiva en sentido contrario; reaccionariamente piden que los policías, los jueces y los funcionarios de prisión adopten posturas y técnicas exclusivamente punitivas, e incluso vindicativas. Al delincuente, dicen, hay que darle lo

(6) PLATON, *Diálogos. Gorgias*, trad. J. Calonge, Gredos, Madrid, 1983, pp. 145 ss.

(7) GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale. Parte Generale*, duodécima edición, Cedam, Padova, 1986, pp. 779 ss. (Puesto al día por L. Pettoello Mantovani).

Ya Bartolomé de las Casas, en su excelente Tratado del derecho de autodeterminación, *De regia potestate* II, XIV, 5, escribe que el gobernante tiene la obligación "de premiar las virtudes ciudadanas, así como de castigar los vicios sociales", Bartolomé de LAS CASAS, *De regia potestate*, Consejo Superior de Investigaciones científicas, 1969, p. 69.

(8) HABIB-UR-REHMAN KHAN, "Introduction of Islamic Laws in Pakistan (Hudppd Prdonance)", en *Crime and Criminal Policy. Paper in Honour of M. López-Rey y Arrojo*, complid. P. R. David, Franco Angeli, UNSDRI, Milano, 1985, pp. 413 ss. Giuliano VASSALLI, "En marge du Droit pénal islamique", en *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Pedone, Paris, 1980, pp. 75 ss. Cherif BASSIOUNI, *The Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publications, London, Rome, New York, 1982.

Francisco SUAREZ, *De legibus* IV, XVIII, 6, escribe que la interpretación más benigna goza siempre de preferencia dentro de la Ley penal. Cfr. Edición crítica y bilingüe, Consejo Sup. Invest. Científicas, Madrid, 1981, p. 140. A. KEITH BOTTOMLEY, "The 'Justice Model' in America and Britain: development and analysis", en *The Comming Penal Crisis*, edited by A. E. Bottoms, y R. H. Preston, Edimburg, Scottish Academic Press, 1980, pp. 25 ss. William DANIEL, S. J., *The Purely Penal Law Theory in the Spanish Theologians from Vitoria to Suárez*, Gregorian University Press. Roma, 1968.

que le corresponde legalmente (*Just Desert*)<sup>(9)</sup>. A cada uno según sus méritos. A los asesinos con agravantes habrá que aplicarles una inyección letal. Las cárceles deben ser de máxima seguridad, y siempre con presupuesto menor al de los pobres y parados no delincuentes<sup>(10)</sup>.

Por desgracia, no pocos ciudadanos y especialistas en derecho penal y en criminología miran el código penal y la ley penitenciaria y la norma policial como instrumentos para acusar y encontrar — ¿crear? — delincuentes punibles.

Al contrario, según nuestra opinión, los principios básicos represivos de los controles sociales admiten y deben admitir excepciones y formas de gracia en todos sus estratos. Lo opuesto (el exigir que se apliquen sin dar cierta entrada al perdón, a la generosidad, a la indulgencia) sería suma injusticia como lo declararon, hace más de veinte siglos, los romanos en su adagio *summum ius summa injuria* (11).

Antes Platón, en su "Protágoras" (324b), nos enseña que "nadie sanciona a los malhechores prestando atención a lo que hayan delinquido o por el dato de haber delinquido, a no ser quien se venga irracionalmente como un animal. Pero, el que intenta sancionar con razón no se venga a causa del crimen cometido — pues no se lograría que lo hecho no haya acaecido — sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni éste mismo ni otro al ver que éste sufre su sanción... pues sanciona a efectos de disuasión". La equidad y la epiqueya deben protagonizar la interpretación y la aplicación del derecho penal<sup>(12)</sup>.

(9) También en el ámbito de la psiquiatría forense se tiende hoy a sustituir el concepto de no imputabilidad o de imputabilidad disminuida por el concepto demerito "desert" como afirman F. FERRACUTI y F. BRUNO, sub voce "Psichiatria forense", en *Enciclopedia Médica Italiana*, Vol. XII, Firenze, 1985, columna 1691.

Peter P. LEJINS, "Criminogénese", en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 3 (1979), p. 503.

(10) Manuel LÓPEZ-REY y ARROJO, *Compendio de Criminología y Política Criminal*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 190 ss. 215 ss.

(11) Elías NEUMAN, "El sistema penal y sus víctimas", en *Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico 11, Madrid, junio 1986, pp. 483 ss.

Los fundamentos del perdón por parte de la víctima, en determinados delitos, son múltiples y, a veces, complejos como indican los tratadistas.

Sandra WALKLATE, "Reparation: A Merseyside View", en *The British Journal of Criminology*, Vol. 26, Nº 3 (julio 1986), pp. 287 ss. J. A. SAINZ CANTERO, "Consentimiento del ofendido y relevancia del perdón en los delitos sexuales en el ordenamiento español" en *Crime and Criminal Policy* en homenaje a M. López-Rey, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 629 ss. C. CARMONA, *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, 1981, pp. 235 ss.

(12) Horts. SCHÜLER-SPRINGORUM, "Was lässt der Strafvollzug für Gefühle übrig?", en *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Walter de Gruyter, Berlin. New York, 1986, pp. 359 ss.

Otros especialistas propugnan que los controles sociales se limiten a los datos puramente fenomenológicos, y prescindan de toda atención a la culpabilidad, apoyados en que nadie puede probar científicamente la libertad de una persona (13). Algunos teóricos (víctimas de su buena voluntad, de su compasión ante la violación de los derechos humanos en las cárceles y en los patíbulos) echan por la borda, sin previo discernimiento, un valor adquirido por los esfuerzos culturales de muchos siglos: la culpabilidad jurídica (14).

Sin embargo, todos deberíamos ver en los controles sociales la protección de los ciudadanos inocentes y criminales, la magna carta de la libertad, el arte de la comprensión, de la solidaridad, de la mutua creación.

Em 1986, más aún que en 1605-1615 cuando Cervantes creó a D. Quijote y Sancho Panza, debe proclamarse lo que exclamó su protagonista refiriéndose a los delincuentes: "Hay que poner los ojos en sus penas y no en sus bellaquerías", con la glosa de Unamuno a estas palabras: "Oh, mi señor D. Quijote, y cuándo llegaremos a ver en cada galeote, ante todo y sobre todo, un menesteroso, poniendo los ojos en la pena de su maldad y no en otra cosa alguna. Hasta que a la vista del más horrendo crimen no sea la exclamación que nos brote ¡pobre hermano! por el criminal, es que el cristianismo no nos ha calado más adentro que el pellejo del alma".

### 3. Derecho de los delincuentes al perdón

La moderna psicología muestra que, afortunadamente, hemos superado el antiguo *homo faber*, trabajador, y el *homo sapiens* que constata la realidad exterior a él. Hemos llegado al *homo pius*, compasivo y solidario (15), al *homo creator* que desde su interior va haciendo y rehaciendo las cosas, incluso las personas a las que genera y da vida en lo material corporal,

(13) G. BETTIOL/L. PETTOELLO MANTOVANI. *Diritto Penale. Parte Generale*, duodécima ed., Cedam, Padova, 1986, pp. 19 ss.

Paul BOCKELMAN, en su excelente artículo *Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen*, en el Tomo 38 de *Studien und Bericht der katholischen Akademie in Bayern*, compilado por Karl Forster, 2ª ed., edit. Kösel, München 1969, pp. 89-120, estudia atinadamente la lógica contradicción que cubre el campo de la moderna ciencia física, de la religión y de la doctrina jurídico-penal respecto a la libertad y a la culpabilidad.

(14) Th. WURTENBERGER. "Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft", en *Festschrift für H.-H. Jeschke*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pp. 37 ss.

Juan CORDOBA RODA, "El principio "nulla poena sine culpa" en el Proyecto de Código Penal Español", en *Studi in memoria di G. Delitala*, citado, T. III, pp. 1.809 ss. F. MUÑOZ CONDE, "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal", en *Cuadernos Política Criminal*, Nº 12, 1980, pp. 41 ss. Angel TORIO LOPEZ, "El concepto individual de culpabilidad", en *Crime and Criminal Policy*. En homenaje a M. López-Rey, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 675 ss.

(15) A. BERISTAIN. "La dimensión religiosa en la filosofía de la Política criminal (El derecho penal del "homo pius")", en *Estudios Vascos de Criminología*, Bilbao, Mensajero, 1982, pp. 330 ss.

en lo instintivo animal, e incluso en lo espiritual. Toda persona es fundamental y esencialmente creadora, autocreadora y heterocreadora (16).

Claramente aparece esta fuerza generadora en el ámbito de los derechos elementales, pues a lo largo de los siglos constatamos cómo van creciendo y desarrollándose. Hoy, acerca del derecho a la libertad estamos muy lejos de pensar como pensaban los griegos coetáneos de Aristóteles respecto a sus esclavos. Hoy ha desaparecido el *ius vitae et necis* del *paterfamilias* romano, y la pena de muerte encuentra cada día más abolicionistas (17). Hoy el derecho laboral difiere diametralmente del vigente a finales del siglo XIX: Ningún niño de diez años trabaja en las minas de carbón.

Esta energía innovadora — *L'élan vital* de HENRI BERGSON (18) — hemos de aplicarla urgentemente en el campo de las respuestas al delito, y a la sub-contracultura. En concreto, hemos de crear el derecho al perdón. Mejor dicho, hemos de recrearlo, pues en cierto sentido ha existido ya antes. Pensemos en el secular derecho al asilo, en el derecho de gracia de los monarcas, en el indulto en casos de pena de muerte, como en el proceso de Jesús (19).

El derecho al perdón — total o parcial — como derecho básico de todas las personas y, por tanto, también de las autoras de faltas, de delitos y de crímenes graves, no está formulado expresamente en ninguna de las Declaraciones, ni de los Pactos Internacionales. Pero, según nuestra opinión debe reconocerse teórica y eficazmente, a nivel universal, nacional y local.

Muchos estudios sociológicos-jurídicos, muchos textos y usos legales, muchas prácticas jurídicas y extrajurídicas brindan apoyaturas suficientes para que tal derecho se coloque junto a otros incuestionablemente consagrados en nuestras Constituciones y en nuestra convivencia.

Si leemos los periódicos, si oímos la radio, nos dirán que hay conflictos y delitos. Pero, si miramos la realidad con pupila iluminada, sin perjuicios,

(16) Xavier ZUBIRI. *Inteligencia y Lagos*, Alianza Ed., Madrid, 1982, pp. 209 ss. F. BUENO ARUS, "A propósito de la reinserción social del delincuente (Art. 25.2 de la Constitución Española)", en *Crime and Criminal Policy*. En homenaje a López-Rey, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 147 ss.

(17) Cherif BASSIOUNI. *Substantive Criminal Law*, Charles C. Thomas, Springfield, Illinois, 1978, pp. 42 ss., 120 ss. Marino BARBERO SANTOS, *Pena de muerte (El caso de un mito)*, Depalma, Buenos Aires, 1985. IDEM, "La peine de mort en Espagne. Histoire de son abolition", en *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Pedone, Paris, 1980, pp. 103 ss. Marc. ANCEL, "Quelques observations sur l'abolition de la peine de mort", en *Crime and Criminal Policy*. En homenaje a M. López-Rey, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 33 ss. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1983, pp. 92 ss.

(18) Henri BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1932 (trad. esp.: *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, 1942).

(19) Jean IMBERT. *La peine de mort*, presses Universitaires de France, Paris, 1972, pp. 20 ss.

veremos la realidad, veremos el Alfa y el Omega de perdones y conciliaciones. La indulgencia generosa precede y supera al odio fratricida. Por eso el poeta Jorge Guillén, después de contemplar y describir la guerra y la tortura, contempla algo más real y armónico que le hace exclamar concluyente (20)

“El mundo está bien hecho.”

Para los cristianos el sentido evangélico del pecado se realiza únicamente en la revelación del perdón: si olvidásemos esto estaríamos falseando radicalmente la concepción neotestamentaria del pecado, y olvidaríamos lo que confesamos en el credo: “Creo en el perdón de los pecados”, lo cual es algo muy distinto a creer en el pecado. En relación con este tema hay un episodio extraordinariamente elocuente en la vida de Jesús, el de la mujer adúltera (Jn 8,3-11) (21).

#### 4. *Epistemología criminológica metarracional*

El mundo occidental, por mil motivos, no sólo por la rapidez de las comunicaciones, se encuentra cada día más cercano al mundo oriental, y éste nos hace caer en la cuenta de cómo nuestras potencias interiores poseen una conciencia cuatridimensional, un “sexto sentido” (llamémosle así) que en muchos de nosotros yace callado, ocultado, olvidado en el fondo de nuestro sótano subconsciente. En los “dentros” de la persona-cosmos anidan mundos más gradiosos, luminosos, calientes e dinámicos que todas las galaxias.

Como explican historiadores, antropólogos y otros especialistas (22), tiempo ha del hombre mágico hemos pasado al hombre mítico, y después al hombre racional... en el cual seguimos estancados, anclados, demasados siglos.

Urge abrir los ojos hacia adentro, hacia la realidad armónica más allá de lo fenomenológico, para descubrir todo el horizonte redondo, que tenemos delante de nuestras narices... pero no vemos. Esta ceguera hace que vengan las drogas como un *deus ex machina*, permitiendo que la conciencia cartesiana auto-perceptiva expanda su percepción de sí misma con apariencia

(20) GUILLEN, Jorge. *Aire Nuestro. Cántico. Clamor, Homenaje*, All'Insegna del Pesce d'Oro, 1968, pp. 245, 524-527. L. ARANGUREN, José Luis, “Don Quijote y Cervantes”, en IDEM, *Estudios Literarios*, ed. Gredos, Madrid, 1976, pp. 93 ss.

(21) Bernard D. MARLLANGEAS. *Culpabilidad, Pecado, Perdón*, Ed. Sal Terrae, Santander, 1985, p. 101.

(22) Hugo — M. ENOMIYA — LASSALLE. *¿A dónde va el hombre?*, trad. del alemán A. M. Schlüter, Sal Terrae, Santander, 1982: “... una nueva etapa en la evolución de la especie humana como tal... parece caracterizarse, en primer lugar por una conciencia más perfecta del hombre de su ser de persona”. pp. 24 ss.

Joan MIRÓ hablando de la Fundación mallorquina con su nombre afirmó que es necesario “proveer toda clase de actividad cultural pensando en el mundo nuevo que se está formando, no limitarse a reuniones de intelectuales”.

de salir fuera de sí misma. En otras palabras, las drogas proporcionan al yo auto-perceptivo un sustituto de la auto-trascendencia metafísica y mística (23).

El penalista portugués Eduardo Correia aboga por la urgencia de buscar nuevos caminos epistemológicos cuando lamenta que todavía hay personas que sólo conocen la tesis y la antítesis, el cuerpo y el alma, la naturaleza y el espíritu, la realidad y el valor, el poder y el deber, o como quiera que se llamen, y que lógicamente se apegan a su método puro, a sus conceptos clásicos, a su argumentación segura. Correia prefiere, por el contrario, aquel jurista penalista que, más allá de las antinomias, procura tanteando (como un ciego) encontrar una unidad superior, no tiene guía seguro que le proteja contra los pasos errados, pero él y sólo él puede esperar que una hora feliz llegue cuando se le vaya apareciendo una senda hacia una cumbre alta desde la cual se superen todas las aparentes antinomias en un síntesis creadora de una concepción unitaria del mundo, y comprenda que vivir con los otros en sociedad es no sólo estar con ellos sino tenerlos dentro de sí en un todo (24).

Algo parecido había sugerido el Ministro de Justicia alemán y penalista, Radbruch, cuando hablaba no de hacer un derecho penal mejor, sino de hacer algo mejor que el derecho penal (25).

Después de tantos decenios desde 1845, cuando Marx escribió su tesis XI sobre Feuerbach, ésta ha de ser entendida a través de otra lectura: "Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo". Sí, pero esta transformación no se logra principalmente con las manos, ni con la razón, ni con la ciencia lógica, ni con la práctica revolucionaria (26).

Recordemos a Aurobindo cuando afirma que la persona logra más, hace más, cuando sube a la cumbre de un monte, se sienta en silencio y se cruza de brazos (27).

(23) José Luis L. ARANGUREN. "El problema de la drogodependencia en el momento actual, desde una perspectiva ética", en *La droga en la sociedad actual y Nuevos horizontes en Criminología*, Caja Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1985, pp. 17 ss.

(24) Eduardo CORREIA. "As grandes linhas da reforma penal", en *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Ed. Inst. Padre Antonio de Oliveira, Lisboa, 1983, pp. 20, 32.

(25) Gustav RADBRUCH. *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., Stuttgart, 1960, pp. 269 ss. IDEM, *Ehnenführung in die Rechtswissenschaft*, 9ª ed., Stuttgart, 1950, pp. 143 ss.

(26) Carlos MARX. Tesis 11, sobre Feuerbach y año 1845.

(27) En el último invierno del siglo XIX don Miguel de Unamuno habló sobre "Nicodemo el fariseo" y finalizó su conferencia con una magistral descripción de lo que hoy podemos denominar ahora epistemología metarracional criminológica. Dijo así: "Y ahora, señores, se irá cada uno de nosotros a su casa, volverá cada cual a sus cuidados. Dios quiera que cuando en medio de su trajín recordéis mi lectura de esta noche, la recordéis como un canto lejano, sin letra, como un canto evocador que despierte en vuestras entrañas espirituales hondas preocupaciones, de las que despreocupan de lo pequeño! Porque es lo único que quiero, no daros (continúa)

En el "campus" universitario hay y habrá siempre espacios para hablar, aulas para explicar las lecciones. Pero, ya que un fundamento de la ciencia es el espejo, necesitamos que haya más espacios para estar sencillamente en silencio, para convertir nuestro tempestuoso mar interno en un lago tranquilo que refleje la realidad "de arriba".

En las cárceles ojalá haya escuelas para enseñar e leer y escribir, pero conviene que haya más locales para aprender y ejercitar en paz callada las técnicas de relajación, de yoga, de meditación trascendental y las prácticas correspondientes para poder auscultar, conocer y contemplar, sin tanto alboroto pasional (28).

Salomon Asch, en su artículo *Opinions and Social Pressure*, aparecido en el *Scientific American* (29), comenta la incapacidad en muchos jóvenes de percibir y "registrar" (archivar) detalles diferenciales en los comportamientos humanos, tanto que jóvenes de una inteligencia por decir así normal pueden llegar a calificar como blanco lo negro, y a la inversa. Esto se debe a que la socialización nos maleduca a ver sólo lo que queremos percibir.

(continuação da nota 27.)

ideas mías o de otros — las ideas valen poco — sino tocar en el salterio de vuestro corazón cuerdas que suelen yacer dormidas.

Yo he sembrado mi grano, el grano que me ha sido dado para sembradura, y no quiero volver hacia atrás mi cabeza ni espiar si apunta el brote acá o allá. Lo dejo a la tierra fecunda, al aire, al agua, al sol sobre todo, al Sol único" (publicado en *Revista Nueva*, nº 29, Madrid, 25 noviembre, 1899, pp. 241-275).

(28) Mariano CORBI, *Análisis Epistemológico de las configuraciones axiológicas humanas*, Universidad, Salamanca, 1983, p. 448. La estructura de la racionalidad se distancia del mito... El sujeto mítico se define como interiorización de deseos y no como estructura de operaciones abstractamente consideradas. La inteligibilidad del sujeto mítico se abre como fruto de un transfert axiológico procedente de otro campo, es decir, se abre mediante el que podamos llamar instrumental primero...

Cfr. p. 635 ss. La verdad de la ciencia versa sobre lo designado por el conjunto del cuerpo de la teoría. La teoría pretende hablar de los objetos mismos, pero lo consigue muy difícilmente pues su relación de sujeto con los objetos es relación de espectador, de actor y de manipulador, sobre todo cuando se sitúa en el plan de relaciones axiologizantes. Generalmente se produce afectación en el sujeto humano, por ser sujeto en interdependencia comunicativa con otros sujetos hablantes y interdependencia objetiva-axiológica, ambas constitutivas de su calidad de sujeto científico.

Winfried HASSEMER, "Hermenéutica y Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 25, Granada, 1985, pp. 63 e ss.

(29) Citado por Michael TALBOT, *Mysticisme et Physique nouvelle*, trad. del americano por A. Kielce, Le Mail, Mercure de France, 1984, p. 166.

El mundo mental es insuficiente para entender lo mítico y menos aún lo mágico. Al reducir nuestro mundo al ámbito de lo mentalmente perceptible, probablemente no estemos percibiendo sino una tercera parte de la realidad como fácilmente cabe deducir de la exposición de las diversas estructuras de conciencia". Hugo — M. ENOMIYA — LASSALLE, *¿A dónde va el hombre?*, p. 75, p. 29.

Según Jean Piaget,<sup>(30)</sup> no resulta fácil trazar la línea divisoria entre la capacidad de percepción heredada y la aprendida a lo largo de la convivencia con los adultos. Pero, el maestro francés afirma que la socialización nos enseña a ver y discernir y constatar “lo que se considera conveniente”.

En sentido parecido una investigación presentada en la Universidad de Londres, por el profesor John Willson, comenta que después de proyectar una película a treinta aldeanos en una tribu primitiva de tradición oral en África (la película versaba sobre diversos métodos sanitarios), ninguno de los treinta espectadores habían sido capaces de “ver” el contenido del film, que habían contemplado con sus ojos bien abiertos. Únicamente pudieron responderle a sus preguntas diciendo que les había gustado la gallina... que en un momento secundario aparece en la escena<sup>(31)</sup>.

La trilogía de Xavier Zubiri sobre la inteligencia sentiente, el logos y la razón,<sup>(32)</sup> avanza en esa dirección y llega más adelante; ya lo intuyó en el año 1931, cuando en su conferencia sobre “Hegel y el problema metafísico”, después de recordar con Ortega que el saber hasta nuestro siglo ha vivido de dos metáforas — el saber como huella sobre la superficie de una lámina de cera, y el saber como contenido de la mente humana —, profetiza que hoy el saber puede expresarse con otra tercera metáfora: “no se trata de considerar la existencia humana como un trozo del universo, ni como una envolvente virtual de él, sino (de pensar) que la existencia humana no tiene más misión intelectual que la *alumbrar el ser* del universo. No consistiría el hombre en ser un trozo del universo, ni en ser su envolvente, sino simplemente en ser la auténtica, la verdadera *luz de las cosas*. Por tanto, lo que ellas son, no lo son más que a la luz de esa existencia humana. Según esta tercera metáfora lo que se constituye en la luz no son las cosas, sino su ser; no lo que es, sino el que sea; pero, recíprocamente, esa luz ilumina, funda, el ser de las cosas no del yo, no las hace trozos míos. Lo grave del caso está — añade — en que toda luz necesita un foco luminoso, y el ser de la luz no consiste, en definitiva, sino en la presencia del foco luminoso en la cosa iluminada<sup>(33)</sup>.”

##### 5. *Desacralización y resacralización del talión*

Los jueces primigenios fueron sacerdotes vengadores de la ira celeste. Después “revelaron” la ley divina del talión. Hoy afortunadamente se

(30) Cfr. los *Études d'épistémologie génétique*, escritos por PIAGET en colaboración con otros especialistas en lingüística, fisiología, lógica, teoría de la información etc.

(31) M. TALBOT. *Opus cit.* p. 166.

(32) X. ZUBIRI, *Inteligencia y razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 350 ss.

(33) LAIN ENTRALGO. “Zubiri hacia el futuro”, en *Zubiri (1898-1983)*, Coordinador del homenaje y edición de I. Tellechea Idígoras, Dpt.º Cultura Gobierno Vasco, Vitoria, 1984, pp. 161 ss.

han desacralizado; pero la justicia secular, sin abandonar el criterio de la razonable, debe recuperar alguna dimensión trascendente, mejor diríamos mística.

Tanto la mística occidental como la oriental deben brindar sus claridades oscuras (porque profundas y sustanciales) a la exégesis científica y a la praxis penal-criminológica no menos que a la física nueva<sup>(84)</sup>.

Entre sus múltiples posibles aportaciones destaco ahora dos: la conveniencia de (superando el enfrentamiento maniqueo de los mitos primitivos) descubrir la realidad armónica del día y la noche, del inocente con el criminal, como dos caras de una misma moneda; y la utilidad de actualizar las intuiciones de Heráclito sobre la justicia que brota de la injusticia, como la luz brota de las tinieblas, como la vida de la muerte.

Si Zubiri, en 1934, escribió que "en el fondo de la evolución de la física actual se asiste a la elaboración de una nueva idea de la realidad física de la naturaleza", de modo semejante en 1986 podemos escribir que en el fondo de la evolución del derecho penal de hoy se asiste a la elaboración de una nueva epistemología de la realidad "criminalidad" y de la realidad "control social"<sup>(85)</sup>. Esta idea no cabe en expresiones meramente racionales, ni puede transmitirse en solo formulaciones literarias, porque además y dentro de ser idea es también experiencia-realidad personal.

El "foco" de esta experiencia no debe ubicarse en el ser individual, en tanto que *ego sapiens*, sino en cuanto vacío<sup>(86)</sup>, en la auto-trascendencia. A veces no se trata de comprender sino de iniciarse en mirar y escuchar lo críptico, lo cabalístico.

Así como los místicos Juan de la Cruz, Teresa de Avila e Ignacio de Loyola, se sentían y veían a ellos y a los demás como pecadores, pero amados de Dios, de modo semejante los jueces y penalistas de hoy y mañana

(84) La ciencia jurídico penal dispone de una capacidad muy limitada de auto-transformación, como indica BARATTA, "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en *La reforma del Derecho penal*, ed. de S. Mir, Barcelona, 1981, p. 59. El mismo autor añade a continuación que la teología ha mostrado actualmente mayor capacidad de renovación en cuanto a su estructura conceptual y axiológica. Igualmente en *Papers, Revista de Sociología*, Univ. Autónoma de Barcelona, 1980, pp. 13 ss. Winfried HASSEMER, "Hermenéutica y Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 25, Granada, 1985, pp. 63 ss.

Fritjof CAPRA, *El Tao de la Física. Una exploración de los paralelos entre la física moderna y el misticismo Oriental*, trad. J. J. Alonso Rey, Edt. Luis Carano, Madrid, 1984, especialmente pp. 198 ss.

(85) Ferrando MANTOVANI, "Il problema della definizione di criminalità en *Studi in memoria G. Delitala*, lct. Vol. II, pp. 725 ss.

Erich BUCHHOLZ, *The Term of Criminality Today*, en *Crime and Criminal Policy*, Homenaje López-Rey, F. Angeli, 1985, pp. 133 ss. En todos los países se dice que se busca la mayor humanización, también en los países dictatoriales, Cfr., pp. 137, 139, 141.

(86) Además en cuanto vacío, también en cuanto o por medio de la intuición vital (H. BERGSON), fenomenológica (HUSSERL), emotiva (M. SCHELER), ética (H. J. McCLOSKEY, *Meta-Ethics and Normative Ethics*, 1980).

debemos sentir la experiencia de nuestra propia y ajena cumpabilidad jurídica y de nuestra propia y ajena sanción generosa-perdonadora, difícil de formular, pero experimentable.

La nueva epistemología tiene que prestar atención al derecho penal solidario, fraternal, generoso y creador, que sepa convertir el estiércol del delito en gladiolos de compañerismo, el derecho talional en derecho premial<sup>(37)</sup>.

Debemos ahondar en la capacidad de la persona para escuchar el silencio interior, para desarrollar cuidadosamente las potencias del hemisferio cerebral derecho.

El centro del epistemólogo futuro más que en la cabeza ha de estar en el corazón o, mejor aún, en el punto centro del vientre, lo que los japoneses denominan Hara. Más que grandes pensadores y más que personas de gran corazón, necesitamos personas entrañables, personas que vivan de su centro interior donde todo aboca y de donde todo brota, como el mar. Al océano desembocan las pestíferas cloacas, pero paradójicamente en ese océano encuentran las nubes el agua purificadora.

Esta epistemología innovadora surge de raíces multiseculares, pues ya la conocía el mundo griego con sus mitos, con su sofrosine, su medida no exagerada para reaccionar ante el dolor y el delito; con su fuerza catártica del delito en las tragedias<sup>(38)</sup>. Estaba latente y patente en la "iluminación" aristotélica, como en la "luminidad" heideggeriana, como en "la luz derramada sobre las cosas" orteguiana, como en la "inteligencia sentiente" zubiriana.

En la Universidad de Salamanca, su rector, Unamuno, comprendió y habló con frecuencia del morir cotidiano como manantial de lo realmente personal y satisfactorio y vital comunitario. Son experiencias-límite (*peak experience*, en terminología de algunos psicólogos contemporáneos) que despiertan a las personas de sus sueños teatrales para distinguir su ser real de su "papel" en el escenario<sup>(39)</sup>.

Desde el año 1973, los recientes simposiums internacionales de victimología iniciados en Jerusalén, así como destacados miembros de la Sociedad Internacional de Victimología, van abriendo puertas que muestran

---

(37) Mario PISANI. "Luis Jiménez de Asúa e il Diritto premiale", en *Estudios de Derecho Penal. En homenaje a Luis Jiménez de Asúa*. Rev. Facultad de Derecho Univ. Complutense, Monográfico 11, Madrid, 1986, pp. 541 ss.

(38) E. WOLF. *Griechisches Rechtsdenken*, Francfort del M., 1950, 1952, 1954, 1956.

(39) LAIN ENTRALGO. "Zubiri hacia el futuro", en *Zubiri (1898-1983)*, Dpt.º Cultura Gobierno Vasco, Vitoria, 1984, pp. 143 ss.

M. de UNAMUNO, *Diario íntimo*, Alianza Ed., Madrid, 1979.

cómo incluso la victimación puede y debe ser fecunda en resultados de convivencia, de mejor calidad de vida (40).

Los documentos internacionales de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa, de la Sociedad Internacional de Criminología, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, de la Nueva Defensa Social (41), entrevén algo de esta epistemología de la realidad profunda cósmica-mística cuando enfatizan tanto la dignidad de la persona. Por ejemplo, el preámbulo del Pacto relativo a los derechos civiles y políticos, cuando establece que "el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz del mundo".

Como punto de partida para la epistemología de dimensión espiritual mística, muchos abandonamos el dogmatismo y el sobrenaturalismo a ultranza, pues preferimos la clara y sólida sobriedad de las vías de justicia y de dignidad humana. Claro está que partiendo del orden natural, la justicia, para salvar el hiato que introduce su propia finitud, tendrá que abrirse a la caridad y desembocará en los trascendentes (42).

No disfrutará de libertad quien no experimenta las exigencias básicas de la estructura antropológica:

- es mejor dar que recibir,
- el bien es difusivo de su propia naturaleza.

No habrá justicia mientras los hombres, los jueces, nos atrevamos a formular condenas sobre la moralidad de lo interior-teológico de otras personas. No habrá paz verdadera hasta que a la agresión, a la victimación, se le conteste con mimetismo de la misericordia divina, como escribió el insigne penalista DORADO MONTERO (43).

(41) CONSEIL SUPERIEUR DE LA POLITIQUE PENITENTIAIRE, Rapport sur victimes", en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje a Jiménez de Asúa*. Rev. Fac. Derecho Univ. Complutense, Monográfico 11, Madrid, 1986, pp. 117 ss.

(41) CONSEIL SUPERIEUR DE LA POLITIQUE PENITENTIAIRE, Rapport sur les travaux, avis et grands options de politique pénitentiaire, 1978-1982, en *Revue de Droit pénal de criminologie*, n.º 7 (julio 1988), pp. 693 ss.

(42) J. L. L. ARANGUREN. *Ética*, Alianza Universidad, 3ª ed. Madrid, 1983 p. 225.

(43) DORADO MONTERO. *Bases para un nuevo Derecho Penal*, M. Soler Editores. Barcelona, 1902, pp. 15, 19 ss., 43, 171, 180.

En sentido parecido escribe Enomiya-Lassalle *¿A dónde va el hombre?*, p. 32: "El hombre que ha llegado a la autorrealización, al encuentro con su verdadero yo y a la experiencia de Dios, no se escandaliza ya fácilmente por las limitaciones (infracciones) humanas que existen siempre en cualquier parte donde conviven seres humanos".

Sin misericordia no hay justicia. Mejor dicho, sin misericordia religiosa. Y me acuerdo de la profunda formulación de Radbruch cuando en 1947 escribió: "Débil es todo derecho carente de dimensión religiosa" (Ein Recht, das der religiöse Weihe entbehrt, ist schwach), "Die Erneuerung des Recht", en *Die Wandlung*, 2 Jahrg, p. 38.