

**ANTONIO BERISTAIN**

**Director del Departamento de Derecho Penal**

**Facultad de Derecho de San Sebastián**

**DERECHO PENAL, TEOLOGIA y  
DESARROLLO SOCIAL**

*A Julián PEREDA*

*eximio conocedor del Derecho Penal y de la  
Teología, para celebrar sus 70 años en la  
Compañía de Jesús.*

*Comunicación presentada a las IV Jornadas de Catedráticos y Profesores  
de Derecho Penal (Sevilla, 13-15 octubre 1976).*

1. RAZON DEL TITULO
2. EL DERECHO PENAL Y LA TEOLOGIA TRADICIONALES COMO FACTORES TAMBIEN DE ESTANCAMIENTO SOCIAL
  - 2.1. **El Derecho penal tradicional**
    - A. Razones internas
    - B. Razones extrajurídicas
  - 2.2. **La Teología preconiliar como factor también de estancamiento social**
3. EL DERECHO PENAL Y LA TEOLOGIA DE HOY COMO FACTORES DEL DESARROLLO SOCIAL
  - 3.1. **El Derecho penal contemporáneo**
    - A. Razones internas
    - B. Razones extrajurídicas
  - 3.2. **La Teología postconiliar como factor de desarrollo social**
4. RESUMEN
5. CONCLUSIONES

*Hay una paz, fruto del poder.  
Y otra paz, fruto de la justicia...  
y del respeto a los débiles(hombres y países)*

## 1. RAZON DEL TITULO

Las peculiaridades socio-políticas del momento actual en algunos Estados (y, concretamente, en el Español) nos mueven a redactar estas páginas para contribuir con nuestro pequeño saber criminológico a la reestructuración democrática de la justicia. Agradecemos, ya desde ahora, a todos los que atienden a nuestra sencilla opinión, y a otras opiniones más valiosas en sí, aunque legalmente estén menos autorizadas.

Conviene empezar explicando algo (explicando, pero sin pretensiones de definir) los términos del título que encabeza estas páginas. Por *Derecho penal* entendemos la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder (*ius puniendi* o potestad punitiva nacional e internacional) y determinantes de las acciones que constituyen delitos, así como de sus sanciones correspondientes: penas, medidas y reparaciones. El Derecho penal pretende la reconstrucción más justa de las estructuras sociales, la repersonalización del delincuente y la debida asistencia a las víctimas (1).

---

(1) A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, Pról. de Marino Barbero Santos, Madrid, Reus, 1974, pp. 82 s.

A lo largo de esta nota hablaremos también de la *Criminología* como ciencia (o disciplina), autónoma de síntesis (Debuyst, Ellenberg, Kaiser, Pinatel) que estudia la criminalidad y la desviación (consideradas simultáneamente como conducta individual y como realidad socio—político—económica), sus factores etiológicos, sus manifestaciones y las respuestas que obtienen y las que debían obtener (controles sociales) (2).

Por *Teología* entendemos —en pocas palabras— la ciencia de Dios y sus relaciones con los hombres; la ciencia que investiga las creencias más radicales de la persona. Aquí, nos referiremos especialmente a la Teología *moral* (la ciencia de la conducta propia de los cristianos, de los injertados, con y en Cristo, en la nueva vida de Dios) (3), y, exclusivamente, a la teología cristiana (aunque somos conscientes de cuán lamentable resulta esta limitación).

---

(2) En síntesis, sobre el concepto de Criminología, cfr. H. SCHELLHOSS, *sub voce*, *Kriminologie*, en Kaiser y otros, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Freiburg i. Br., Herderbücherei, 1974, pp. 196—202. Definiciones más amplias y exactas ofrecen muchos criminólogos, por ejemplo: I. Drapkin, Göppinger, Radzinowicz, H.J. Schneider, E. W. Sutherland y D. R. Cressey, etc.

(3) B. HÄRING, *Das Gesetz Christi*, Freiburg Br., 1954, 3<sup>a</sup> ed., pp. 84 ss. (Hay traducción en castellano). Según GARCIA VALENCEJA, *Teología para todos*, 2<sup>a</sup> ed., Valladolid, Silos, 1976, p. 8, “Si algo hay característico de Jesús (y debiera serlo de la configuración de una vida cristiana) es la toma de postura con relación a lo socio—político porque su postura alude de lleno a la interpretación de la vida y las relaciones humanas”.

De acuerdo con la afirmación de Stanciu, en el XXIII Curso Internacional de Criminología (4), opinamos que “un estudio criminológico exige la contribución de todas las ciencias humanas”, sin excluir la teológica. En términos parecidos se expresó, anteriormente, P. Bouzat, en el II Simposio Internacional del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminológicas, al pedir que los problemas del Derecho penal deben solucionarse a la luz de las ciencias sociales, de las ciencias morales, etc., pues todas estas ciencias forman cierta unidad (5).

La referencia, en estas páginas, a la Teología no es mera yuxtaposición a la referencia jurídico—penal. Es una consideración que, teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas criminológicas y su dialéctica interaccional, fluye conjuntamente. Con razón, en las Conclusiones del XI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrando en Budapest (9—14 sept. 1974), en la Sección I sobre “Evolución de los métodos y de los medios del Derecho penal”, se establece que “con miras a organizar la reacción anticriminal, es esencial que la investigación acerca de los métodos y medios apropiados rebase el planteamiento puramente jurídico—formal de los

---

(4) V. V. STANCIU, Introducción a la Macrocriminología, en *Los rostros de la violencia*, XXIII Curso Internacional de Criminología. Recopilación de Lola Aniyar de Castro, Vol. I, Maracaibo (Venezuela), Centro de Investigaciones Criminológicas, Univ. del Zulia, 1974, p. 142.

(5) Cfr. *Revue Internationale de Droit pénal* (1975) pp. 4 y 16. Difícilmente se negará la incidencia de la Teología en algunos temas importantes del Derecho penal y de la Criminología, como la pena de muerte, el aborto, la culpabilidad, los derechos del hombre, etc.

problemas, y solicite la cooperación de los especialistas de todas las disciplinas humanas” (6). Entre las disciplinas humanas más relacionadas con la Criminología no debe faltar la Teología pues, como hemos dicho, estudia las creencias y valoraciones fundamentales que rigen el quehacer personal que siempre responde a una concepción del mundo.

*Desarrollo social* (7) significa, en estas páginas, las transformaciones progresivas que acontecen en la sociedad, sobre todo en las coordinadas económicas, políticas, judiciales y culturales; e implica que unas estructuras erosionadas desde el poder y opresoras se sustituyan por otras estructuras nuevas y justas. Se opone al mantenimiento completo del orden establecido. El desarrollo *social* se apoya en el carácter progrediente y proficiente del hombre; exige, en ciertos aspectos, el cambio *individual*, pero en otros ámbitos se opone a él en cuanto éste implica el mantenimiento del orden social tradicional mediante la reinserción del individuo “cambiado” o reeducado. Quizas la expresión *progreso social* respondiese mejor a nuestra idea, pues cabe un desarrollo en muchos campos, por ejemplo en el individual o en el económico, pero regresivo en

---

(6) Cfr. *Revue Internationale de droit pénal*, Números 3 y 4 (1974) pp. 672 s.

(7) M. LOPEZ-REY, *La criminalidad. Un estudio analítico*. Madrid, Tecnos, 1976, pp. 182 ss. Como se indica en el texto, aquí no se pretende formular definiciones sino únicamente encuadrar el tema. El intento de definir los términos que encabezan esta nota exigiría muchas páginas, como se ve, por ejemplo, respecto al desarrollo social en el libro de J. J. TOHARIA, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, Edicusa, 1974, pp. 15 ss.

general para la mayoría de los ciudadanos desde el punto de vista humanístico. No tratamos aquí de desarrollos en sentidos unilaterales.

Este artículo pretende indicar brevemente (al público en general, más que a los especialistas de las materias tratadas) cómo y por qué el Derecho penal y la Teología pueden y deben contribuir —en interacción dialéctica— al desarrollo social, a pesar de que durante muchos años han significado un obstáculo más o menos serio a ese desarrollo. Al final se sugerirá también que el progreso social debe considerarse como fuente mediata importante del Derecho penal; y se formularán algunas conclusiones concretas.

El tema merece ser conocido y discutido especialmente en países, como España y tantos otros, que han sufrido o sufren bajo un régimen político más o menos dictatorial. No se puede negar que en España, durante las cuatro últimas décadas, se ha padecido un control excesivo en el campo de la ciencia teológica y criminológica (8). Lo prueban las restricciones en la libertad de prensa (sobre todo acerca de algunos temas, como el aborto, el delito político, etc.), las conferencias prohibidas, los sermones multados (por valor de varios millones de pesetas), el intento de expulsión al extranjero del obispo de Bilbao, etc.

---

(8) M. BARBERO SANTOS, *Postulats politico-criminels du système répressif espagnol en vigueur: propositions pour une réforme*, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n<sup>o</sup> 3 (julio-septiembre 1975) pp. 633-651. En castellano, en *Sistema* n<sup>o</sup> 10 (julio 1975).



También interesa el tema en países que se llaman democráticos, pero están disminuidos en su libertad, con tristes secuelas en su cultura y su justicia.

La consideración diacrónica y sincrónica del Derecho penal y de la Criminología muestran que las "soluciones" propuestas a los problemas del crimen varían grandemente pero, en líneas generales, reflejan la oscilación entre dos metas alternantes: el mantenimiento del sistema social o el desarrollo de la persona; "ley y orden" o emancipación social; conservación del *status quo* o cambio social. El conflicto de estos dos extremos se extiende a todas las instituciones jurídicas (9).

## 2. EL DERECHO PENAL Y LA TEOLOGIA TRADICIONALES COMO FACTORES TAMBIEN DE ESTANCAMIENTO SOCIAL

### 2. 1.El Derecho penal tradicional

El Derecho penal tradicional, tal como ha existido y existe en muchos países (especialmente hablamos del que más conocemos), por sus estructuras básicas y por implicaciones extrajurídicas, ha contribuido al mantenimiento del orden establecido, ha frenado

---

(9) G. KAISER, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle. Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen*, Frankfurt, Athenäum, 1972, p. 1.

directa y fuertemente la evolución social en sus dimensiones más importantes (social, política judicial y cultural).

Aquí prescindimos de estudiar el Derecho penal anterior al siglo XIX. Eminentes historiadores, como F. Tomás y Valiente, ya han demostrado con claridad cómo aquellas leyes y prácticas penales eran frecuentemente arma eficazísima en manos del Estado para los propios intereses (conservadores y represivos) de quienes detentaban el poder (10).

#### *A. Razones internas*

Los pilares fundamentales del Derecho penal del siglo XIX y primera mitad de XX son conservadores. Así lo demuestra una simple ojeada a la ley, el delito, el orden establecido, las medidas penales y las instituciones penitenciarias, tal y como se entienden en los penalistas tradicionales más conocidos.

La fuente principal de donde mana el Derecho penal —*la ley*— se elabora por el poder legislativo que, en los sistemas dictatoriales, coincide casi totalmente con el poder ejecutivo, o depende de él. Aun en los Estados democráticos, en los que el poder legislativo difiere del ejecutivo y del judicial, quienes elaboran las leyes son miembros todos ellos, o en su inmensa mayoría, del *status* dominante, Lógicamente, las leyes

---

(10) T. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* (Siglos XVI, XVII y XVIII), Madrid, Tecnos, 1969, pp. 23 ss.

elaboradas por esas personas pretenderán generalmente mantener el *statu quo*, su situación de privilegio. Richard Quinney (11) expresa la opinión de muchos criminólogos modernos cuando afirma que los tipos delictivos se configuran de acuerdo con los intereses de aquellos segmentos de la sociedad que tienen el poder de transformar sus intereses en bien común. Ciertas personas y ciertas conductas se convierten en criminales por la formulación y aplicación de deficiones que elabora un sector de la sociedad.

Por otra parte, en la configuración tradicional de la norma penal, la legalidad presupone un consenso de la población (acerca de valoraciones de conductas) que con frecuencia no existe. Y la legalidad va siempre desfasada respecto a la realidad social, respecto al pensamiento mayoritario, con un retraso que se puede considerar institucionalizado (12). Engisch tiene razón cuando define la ley como *sedimento* (y expresión) de ideas jurídicas (13).

El *delito* se concibe como la violación del orden establecido. Cada innovación deberá ser prohibida, estigmatizada y destruida por medio de la pena que

---

(11) R. QUINNEY, *The Social Reality of Crime*, Boston, Little, Brown, 1970, pp. 258-259. F. A. ALLEN, *The Crimes of Politics. Political Dimensions of Criminal Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard, University Press, 1974, pp. 1 ss.

(12) Pietro PATERNITI LA VIA, Il problema del consenso nella valutazione sociale della gravità dei reati, en *Rassegna italiana di Sociologia*, julio-septiembre 1974, pp. 459-482, especialmente pp. 477 s.

(13) K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad, castellana, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 226.

pretende restablecer el orden anterior. Un amplio número de figuras delictivas tipificadas en la mayoría de las legislaciones penales (especialmente en el terreno de los delitos políticos y económicos y de la libertad de expresión) procura y consigue mantener el orden establecido... por los que mandan. Los Códigos penales son redes para coger a los peces pequeños, pero dejan libres a los peces gordos. La mayoría de las figuras delictivas describen pequeños conflictos interpersonales, pero prescinden de los conflictos graves estructurales. "El Derecho penal —como escribe Bianchi, Director del Instituto de Criminología de la Universidad libre de Amsterdam— nunca procede contra los políticos que conducen el país a una guerra, aun cuando su conducta es inmensamente más peligrosa que la de muchos delincuentes agresivos" (14). Toharia ha demostrado (15) que las leyes penales españolas no siguen el ritmo al cambio social pues no tipifican como delitos conductas y actos nuevos que, a juzgar por la conciencia social (tal como ésta se trasluce en el número de sumarios incoados) deberían sin embargo serlo.

*El orden establecido* —"l'ordre public"— se refiere principalmente a la normativa de ayer, al mantenimiento del sistema social (no al desarrollo

---

(14) E. BIANCHI, *Hacia un Derecho penal privado*, en *Concilium*, N° 107 (julio-agosto, 1975), p. 88. H. HESS, *La Mafia*, traducción castellana, Madrid, Akal, 1976, LOPEZ-Rey, N., *Manifiesto Criminológico* (con adiciones del autor en 1976), traducción de Rosa DEL OLMO, Caracas, 1976, pp. 3 ss.

(15) J.J. TOHARIA, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid Edicusa, 1974, pp. 73 ss.

progresivo de la persona o del sistema), a la legalidad y seguridad (no a la emancipación y la libertad), a la ley exclusivamente válida quizás por razones puramente formales o por ventajas clasistas. Perturbar el orden público significa, frecuentemente, perturbar a la clase dirigente, a su autoridad, su prestigio, su poder político. Lógicamente, se pronuncian escasas sentencias condenatorias contra miembros de la policía y contra importantes personalidades de la empresa, de la banca o de la política; el secreto del sumario se guarda con criterios muy distintos si el encausado es un obrero o un millonario. Una sociedad se organiza, generalmente, para la protección de un grupo dominante, y suele ser insensible a las necesidades de las personas socialmente inferiores o de los grupos menos favorecidos, aunque, en teoría, se afirme que se destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político (16).

Las *medidas penales*, de hecho (más que en teoría), pretenden también que el ciudadano no salte las vallas de la "seguridad". Y, si alguien las salta, o intenta saltarlas, se le imponen las medidas oportunas para reinsertarlo, devolverlo al *statu quo*.

---

(16) D. SZABO, *Ordre social, socialisation et criminalité: Essai sur les fondements de la légitimité de la protection de l'ordre public*, en *Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé*, T. XXVI (1971) pp. 1 ss. R. CHARVIN, *La justice en France. Mutations de l'appareil judiciaire et lutte de classes*, Paris, Ed. Sociales, 1976, pp. 13 ss. C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, Walter de Gruyter, 1970, p. 7. (Hay traducción al castellano de Muñoz Conde) R. QUINNEY, *Critique of Legal Order: Crime Control in capitalistic Society*; Waltham, Massachusetts, Little, Brown y C<sup>o</sup>, 1974, p. 16.

Párrafo aparte, y muy importante, merecen las *instituciones penitenciarias* como instrumento de estancamiento social. Baste citar a este respecto el libro de Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, que señala con acierto (aunque algunos de sus argumentos carezcan de la solidez científica deseada) (17) cómo las prisiones propugnan y logran mantener el orden social heredado. El preso es una piedra que conviene mantener sola y lejos del edificio común. Muchas penas y medidas son, en la práctica, anacrónicas e injustas relaciones especiales de sujeción, carentes de apoyo consensual comunitario (18).

### *B. Razones extrajurídicas*

Conviene indicar ahora algunas razones extrajurídicas por las cuales el Derecho penal tradicional ha sido también un factor de estancamiento social. Así, se comprenderá mejor la situación, y se disculpará, en cierto sentido y en cierta medida, a los penalistas y a los criminólogos que hicieron, poco más

---

(17) J. PINATEL, *Philosophie carcerale, technologie politique et Criminologie clinique*, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N<sup>o</sup> 3 (julio septiembre 1975), pp. 753 s. Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975.

(18) A. GALLEGRO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración* (Contribución a la teoría del Estado de Derecho), en *Rev. de Administración Pública* (enero-abril 1961), pp. 11-51, con abundante bibliografía alemana. Cfr. la atinada obra de Sergio GARCIA RAMIREZ, *La prisión*, México, Fondo de Cultura económica, Univ. Nacional Autónoma, 1975, J. M. HÄUSSLING, *Staatliche Strafe als Rechtsverhältnis?*, en *Erziehung und Recht im Vollzug der Freiheitsstrafe*, publicado por Deimling y Häussling, Bielefeld, P. Hammer, 1974, pp. 159 ss.

o menos, lo mismo que hacían otros científicos y especialistas en sus campos correspondientes. Concretamente, la Antropología, la Sociología, la Pedagogía y la Teología, por no citar más que estas ciencias, han supervalorado la seguridad (que nunca es neutral), se han despreocupado del progresivo desarrollo social, y han influido sobre el Derecho penal en este sentido.

La *Antropología*, hasta fecha relativamente reciente, ha descrito al hombre como un ser estático, o mucho menos dinámico de lo que hoy se reconoce. El *fenómeno humano*, tal como lo entendió Teilhard de Chardin, chocaba con la opinión general.

La *Sociología*, especialmente toda la derivada del gran maestro francés Durkheim, ha frenado el desarrollo social, por la preponderancia, dada a lo estático. Con claridad lo ha visto Xabier Zubiri al escribir (hablando de Bergson): “En el hombre social hay, ciertamente, un aspecto estático, por así decirlo, el aspecto de la organización, cuyo carácter esencial es la persona. Pero hay un segundo aspecto, el aspecto *dinámico*: la aspiración. *Durkheim fue completamente ciego para esta dimensión del hombre*”(19).

(19) Xabier ZUBIRI, *Cinco lecciones de filosofía*, 2ª ed., Madrid, Moneda y Crédito, 1970, p. 209. Subrayado nuestro.

Acerca de las orientaciones críticas en los sociología moderna cfr.: T. BOTTOMORE, *La sociología como crítica social*, trad. de A. Monrabá, Barcelona, Ed. Península, 1976. IDEM, *La sociología marxista*, trad. J. Rodríguez Arambenri, Madrid, Alianza Ed., 1976. Ralf DAHRENDORF, *Sociedad y libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*, trad. y prólogo de J. Jiménez Blanco, Madrid, Tecnos, 1966, pp. 14 ss. Elías DIAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, reimpresión

La sociología tradicional no ha caído en la cuenta de que, en nuestra sociedad, el poder se expresa en un lenguaje determinado, un “dialecto” característico de un determinado estrato socioeconómico de la población. Muchos sociólogos olvidan que, quienes ejercen el poder entienden ese “sociolecto” mejor que los súbditos a quienes se dirige (20).

La *Pedagogía* de las generaciones pasadas, apoyada insistentemente en el *magister dixit*, ha pretendido sobre todo transmitir a los alumnos un conjunto de conocimientos lo más “universal” y “generalmente”

---

1976, pp. 179 ss. Carlos MOYA, Teoría del conflicto versus teoría del consensus. “Poder” como categoría sociológica fundamental, en el *Boletín Informativo de Ciencia Política*, N<sup>o</sup> 3, Madrid, marzo 1970, pp. 29-51.

(20) Rolf-Peter CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt Main, 1974, p. 106. E. BIANCHI, Hacia un Derecho penal privado, en *Concilium*, n<sup>o</sup> 107 (julio-agosto, 1975) p. 86.

El esoterismo judicial aparece en el lenguaje y también en otros varios detalles. Por ejemplo, en la no publicación de algunos documentos importantes de la administración de la justicia. Aunque parezca extraño, el Ministerio de Justicia edita documentos que convendría conocer al público; pero éste (si no estoy mal informado) no puede conseguir esos documentos, ni comprarlos, ni tan siquiera ojearlos en las bibliotecas. Si alguien—como el que escribe—pide esos documentos por carta al Ministerio de Justicia, o no recibe constestación, o ésta es negativa. Ejemplo de estas publicaciones: las Memorias anuales elevadas al Gobierno Nacional —por el Fiscal del Tribunal Supremo— en la Solemne apertura de los Tribunales, y las Memorias de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (Estas últimas, excepcionalmente, las recibo a título personal, que desde estas líneas agradezco). Mi deseo sería que cualquier persona pueda tener acceso a todos esos documentos, sin deber favores a nadie. Parece que esta publicidad produciría ventajas a la justicia y a la economía. La venta de estos libros puede cubrir o aminorar sus gastos.

admitidos; y ha procurado evitar las discrepancias en las ciencias y, lógicamente, el progreso cultural.

Edgar FAURE y sus colaboradores constatan que la concepción de la pedagogía encerrada, como lo exigía su etimología, en los límites de la instrucción transmitida a las jóvenes generaciones, está ya superada. Mientras que hasta nuestros días se ha presentado como la auxiliar obligada de todo conocimiento formalizado, ahora damos a la educación, y por ende a la pedagogía, una acepción infinitamente más vasta y más compleja, ampliándola en el sentido de proceso cultural que busca la eclosión y el desarrollo de todas las virtualidades del ser. Y si, todavía muy recientemente, la finalidad asignada a la educación, confundida con la enseñanza, era la de dar a los individuos su “oportunidad inicial”, el acto pedagógico se sitúa en lo sucesivo en una perspectiva radicalmente distinta, que no es otra que la anticipación de la educación continua (21).

Paulo Freire habla con acierto de la educación tradicional como “educación bancaria”, que se centra en la narración, cuyo sujeto es el educador. Este considera a los educandos como meras vasijas, meros recipientes que deben ser “llenados” por él. El único margen de acción que se ofrece a los educandos es el recibir los depósitos, guardarlos y archivarlos. El “saber”, el conocimiento, es una donación de aquellos que se juzgan sabios a los que ellos juzgan ignorantes.

(21) E. FAURE y otros, *Aprender a ser*. Versión castellana, Madrid, Alianza, 1975, 4<sup>a</sup> ed., p. 188.

Donación que se basa en una de las manifestaciones instrumentales de la ideología de la opresión: la absolutización de la ignorancia, que constituye la "alineación de la ignorancia", según la cual ésta se encuentra siempre en el otro. El educador que aliena la ignorancia se mantiene en posiciones fijas, invariables (22).

La Teología también ha sido conservadora, como veremos ahora con algún detalle.

## 2.2. La Teología preconiliar como factor también de estancamiento social

Bastantes científicos censuran a la teología cristiana por haber contribuido y por contribuir al estancamiento y a la opresión estructural. Al adoptar esta postura creen que, por eso mismo, se sitúan fuera del cristianismo. Conocen la teología cristiana, pero sólo una parte de ella. Ignoran que su postura es compartida por muchos y muy autorizados teólogos cristianos postconciliares en cuanto éstos critican, con sólidos argumentos, la teología tradicional por excesivamente conservadora.

Entre los muchos argumentos aducibles para mostrar que la teología ha cooperado, indirectamente, al talante conservador del Derecho penal, indicamos aquí únicamente los que más de cerca afectan a

---

(22) Paulo FREIRE, *Pedagogía del oprimido*, trad. de J. Mellado, Madrid, Siglo veintiuno de España, 1975, pp. 76 s.

nuestro tema, en concreto, la concepción tradicional del orden, del pecado, de la justicia divina, de la redención, de la santidad, de la pobreza y del Derecho canónico.

Autorizados moralistas contemporáneos reconocen que sus antepasados manejaban un concepto de *orden* excesivamente conservador y falso pues se apoyaba en un supuesto consenso social que no existía. “En el pasado —escribe Tullo Goffi, presidente de la Asociación Italiana de Profesores de Teología Moral, profesor en la Facultad interregional de Milán y en el Seminario de Brescia (23)—,... la teología cristiana se inclinaba a presentar como sagrado el orden político—social, por estar establecido y dado por Dios”. Y Leandro Rossi, profesor de Teología Moral en el Instituto Pontificio de Misiones extranjeras de Milán, ha afirmado (24): “Los teólogos y canonistas... se mostraron siempre demasiado complacientes en sostener a la autoridad y demasiado poco preocupados por defender al individuo de los eventuales abusos del poder. Esta es la lección de la historia”.

Por *pecado* se entendía, en la teología tradicional, la violación de la ley de Dios. Esta ley y su correlativa violación se consideraban en una perspectiva estática (no dinámica) de la vida, en clave de naturaleza (no de

---

(23) T. GOFFI, *Sub voce*, Revolución y violencia, en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, Madrid, Ed. Paulinas, 1974, p. 956.

(24) L. ROSSI, *sub voce*. Pena de muerte (y cadena perpetua), en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, Madrid, Ed. Paulinas, 1974, p. 799.

historia), de valoración individualista (no de solidaridad de la salvación) (25). El pecado era, con otras palabras, la ruptura del orden establecido; y este orden era estático, inmutable, para siempre, tal como lo impuso Dios en la creación.

La *justicia divina* era la virtud abstracta e impersonal de un juez supremo que premiaba a quienes observaban y conservaban la ley y el orden heredados de los mayores, y que castigaba a quienes pretendían implantar un sistema nuevo. La autoridad, también la judicial, según estas doctrinas, es vicaria de Dios, y lleva la espada para juzgar y castigar en su nombre. En la carta a los romanos (Capítulo 13), el apóstol Pablo habla de los magistrados como ministros de Dios que no en vano llevan la espada para castigo del que obra el mal. Lógicamente, el pueblo debía permanecer sumiso a la autoridad y al estrato dominante, conservador de sus ventajas.

La *redención* se identificaba con la expiación ofrecida por el Hijo (el segundo Adán) mediante su muerte —exigida por el Padre— en retribución por el pecado del primer Adán. No se reconocía el valor de la vida de Cristo como protesta y denuncia en favor de los oprimidos, como entrega en servicio cotidiano de amor (26).

La *santidad* deseada por Dios debía consistir en una perfección individualista, en un sometimiento a las

(25) B. HÄRING, *Pecado y secularización*, Madrid, P.S., 1974, pp. 13 ss.

(26) J.L. GONZÁLEZ FAUS, *La Humanidad Nueva. Ensayo de Cristología*. Vols. I y II. Madrid, Ed. Hechos y Dichos, 1974.

normas establecidas por el poder, por la "inteligencia" en el gobierno. No se prestaba la atención debida a la realización personal en el esfuerzo amoroso por la justicia social.

Los *pobres*, en concreto, debían aceptar su pobreza, y servir a los ricos sin pretender cambios en las estructuras económicas. Las "bienaventuranzas" se entendían de tal manera que merecían el título de *opio del pueblo* pues, con la promesa de la felicidad en el más allá, mantenían a los pobres sumisos a los señores (también del clero), aunque éstos les explotasen injustamente.

El *Derecho canónico* era conservador por múltiples razones. Una de ellas la opinión general de que el Derecho canónico contenía en sí la ley eterna, la razón natural, el derecho divino e inmutable. Tan inmutable que cuando, ante una solemne audiencia, Pietro Gasparri entregó, en 1917, el Código de Derecho Canónico al Pontífice Benedicto XV, éste declaró que lo consideraba como herencia de su antecesor Pío X, y añadió: "Nos cerramos los oídos a cualquier petición de la más pequeña derogación de este texto" (27).

En resumen, la teología tradicional ha actuado como factor de desarrollo, pero también (y quizás más) como factor de estancamiento en el campo político, social, económico, cultural y de justicia, aunque

---

(27) Cfr. F. ELSENER, *Der Codex Iuris Canonici im Rahmen der europäischen Kodifikationsgeschichte*, en MULLER y otros, *Vom Kirchenrecht zur Kirchenordnung?*, Einsiedeln, Benziger, 1968, p. 49.

muchos cristianos no lo entiendan así y olviden los casos de Galileo, Kant (28), y de tantos otros, porque, como escribe Mattai, Profesor de Teología moral en la Facultad Teológica de Nápoles, “al haber nacido en una Iglesia institucional integrada en el sistema capitalista (y neocapitalista), y con él vinculada en repetidas ocasiones, no pueden percibir lo profundo de su injusticia ni sugerir su abatimiento” (29).

---

(28) Hablando de la Filosofía de E. Kant, Xabier ZUBIRI, *Cinco Lecciones de Filosofía*, Madrid, Moneda y Crédito, 1970, 2ª ed., p. 114, escribe “El consorcio de intelectuales prestigiosos, de teólogos protestantes y del poder político, redujeron al silencio a este gigante del pensamiento”.

Sin embargo, conviene no olvidar que, como se indica en el texto, la Teología tradicional ha actuado también como factor de desarrollo pues creaba en los individuos un talante crítico y superador (trascendente) de sí mismos que actualmente está en regresión. Aquella teología (y en su tanto, aquel derecho penal) supo inyectar en el hombre un afán de oposición y/o superación (trascendencia) porque la realidad no es lo que debe ser, porque entre el universo de las ideas y de los valores por una parte y el universo de los hechos y de las realizaciones por otra, establecía relaciones de antagonismo fecundas para el progreso individual (prescendente, por desgracia, del progreso social). Por el contrario, la contemporánea cultura unidimensional del rendimiento industrial, de la tecnocracia, olvida y hace olvidar que ni la libertad, ni el amor, ni la autorrealización, ni la justicia encuentran la cabida que les corresponde en la sociedad consumista y del bienestar (y de lo social).

(29) G. MATAI, *sub voce*, Justicia, en *Diccionario enciclopédico de Teología Moral*, Madrid, Paulinas, 1974, p. 516.

### 3. EL DERECHO PENAL Y LA TEOLOGÍA DE HOY COMO FACTORES DEL DESARROLLO SOCIAL

#### 3.1. El Derecho penal contemporáneo

El Derecho penal de nuestros días debe contribuir al progreso del hombre y de la sociedad porque así lo exigen sus propias líneas de fuerza y, también, otras realidades sociales y culturales muy dignas de tenerse en cuenta. Una de estas es la Teología, por los motivos indicados en otro lugar de este trabajo.

##### *A. Razones internas*

Las *propias líneas de fuerza* del Derecho penal contemporáneo (incluyendo en él una intensa relación con la Criminología) exigen que éste coopere a la evolución de todo lo humano. Para comprobarlo, basta reflexionar, por ejemplo, acerca de las normas, la criminalidad, el delincuente, y el método, tal como hoy se conciben.

En nuestros días, las *normas* que rigen la sociedad se entienden, más que en cuanto ley escrita, en cuanto Derecho, en cuanto criterios culturales que brotan dialécticamente de la convivencia. La construcción social de la realidad incluye también la formación de la comunidad (30). Hoy, las normas por excelencia son los derechos humanos, y éstos se conciben como

---

(30) BERGER Y LUCKMAN, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1968, pp. 36 ss.

instituciones en continuo desarrollo, según aparece repetidas veces y expresamente en la Declaración Universal de 1948.

También la *interpretación jurisprudencial* de las normas legales debe ser hoy progresiva (31), es decir, abierta a algunos nuevos supuestos sociales no incluidos ni en la voluntad de la ley ni en la voluntad del legislador.

En el, anteriormente citado, II Simposio Internacional de Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminológicas, celebrado en Siracusa del 25 de marzo al 1º de abril de 1973, sobre la misión del Juez en la sociedad moderna, apareció bastante patente la necesidad de que el juez actúe como catalizador del cambio y del desarrollo social. Todavía más, Marc Ancel, en este mismo Simposio (32), reconoció la necesidad de una interpretación evolutiva que resuelva los conflictos legales y los conflictos sociales. Los Magistrados —dijo— no pueden seguir viviendo en su tradicional torre de marfil, sino que deben salir a la calle y ayudar a la emancipación del hombre moderno.

Como indica Parsons, la función social de una norma —que conviene distinguir de los fines de ésta— es contribuir al desarrollo del sistema social, o sea, a la

---

(31) J. CADARSO PALAU, *Reforma de la ley y renovación del ordenamiento en el título preliminar del Código civil*, en *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1976, pp. 55-84.

(32) Cfr. *Revue Internationale de Droit pénal* (1974), especialmente en pp. 17 ss., 170, 188 s.

superación de los problemas del sistema; y, por el contrario, su disfuncionalidad consiste en amenazar al desarrollo del sistema (33).

El *delito* es una realidad social normal, en parte perjudicial y en parte beneficiosa a la sociedad. Con palabras de Knut Amelung (34), el delito es sólo un caso especial, y no el más peligroso (pues generalmente no atenta a los pilares de la sociedad), de fenómeno disfuncional como oposición contra una norma institucionalizada cuya vigencia y oportunidad o necesidad cuestiona. Esta contestación del valor de las normas abre la puerta a su puesta al día y a su mejora continua. Así, por ejemplo, la multiplicación de violencias y motines colectivos, algunos de extrema gravedad, en las instituciones penitenciarias francesas, durante el año 1974, motivaron las nuevas medidas adoptadas por el Gobierno de París para la reforma penitenciaria (35).

El delito puede servir y, de hecho, algunas veces sirve a la sociedad como un medio de control social

---

(33) Talcott PARSONS, *Systematische Theorie in der Soziologie. Gegenwärtiger Stand und Ausblick*, en PARSONS, *Beiträge zur soziologischen Theorie*, Neuwied a. Rh., Berlin, 1964, p. 38. Cfr. también, Robert K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, 2<sup>a</sup> ed., New York, Londres, 1957, pp. 60 ss.

(34) Knut AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt M., Athenäum, 1972, p. 361.

(35) MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Direction de l'Administration Pénitentiaire, RAPPORT général sur l'exercice 1974*, París, 1976, Prólogo.

importante y rico en resultados; y cumple una función jurídico-política como factor social de integración a la sociedad en desarrollo, con unos derechos humanos en evolución. Tanto el delito, como la conducta desviada, pertenecen a las fuerzas sociales necesarias para el cambio social (36).

Uno de los pilares de la ciencia penal contemporánea (introducido en ésta por la Criminología) es la distinta evaluación de delitos convencionales (de los que pide una enérgica descriminalización) y los no-convencionales (de los que pide una efectiva criminalización): genocidio, golpes de Estado, tortura policial, formas de terror ejercidas por los representantes del Estado contra los individuos (una categoría sería la del terrorismo administrativo contra las minorías políticas), contaminación ambiental, especulación del suelo, piratería aérea, utilización de rehenes, colocación de bombas, sabotaje de los transportes ferroviarios, aéreos, fluviales y marítimos, adulteración de los alimentos básicos, delitos de las multinacionales,

---

(36) H. HAFERKAMP, *Kriminalität ist normal*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1972, pp. 88 ss. G. KAISER, *sub voce*, Verbrechenbegriff, en Kaiser y otros, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Freiburg i. Br., Herderbücherei, 1974, pp. 366 y 369. G. KAISER, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle. Legitimation, Wirklichkeit und Alternativen*, Frankfurt, Athenäum, 1972, p. 42. H. SCHELLHOSS, *sub voce*, Kriminologie, en Kaiser y otros, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Freiburg i. Br., Herderbücherei, 1974, p. 198 ss. HERMAN y J. SCHWENDINGER, *Defenders of order or guardians of human rights?*, en I. TAYLOR, P. WALTON Y J. YOUNG, *Critical criminology*, London, Routledge & Kegan Paul, 1975, pp. 113 ss., especialmente 131 ss.

trafico ilícito y explotación de mano de obra emigrante, etc. Atinadamente manifiesta Lopez-Rey (37) "La corrupción política, económica y policial de carácter criminal no es un fenómeno aislado sino expresión de la decadencia de los sistemas socio-económicos y políticos, tengan la etiqueta que sea"... "la corrupción criminal política está proliferando en la gran mayoría de países, frecuentemente conectada con aquellos cometidos contra los recursos económicos nacionales y el interés público. ¿Pueden estos hechos y otros similares explicarse por las referencias tradicionales a la personalidad del delincuente o a los instintos como pretenden la criminología clínica y las tesis etiológicas? La psicología, la biología y otras disciplinas son necesarias pero no pueden, por sí solas, explicar el enorme alcance y variedad de la criminalidad".

El *delincuente* no es necesariamente una persona patológica sino, con frecuencia, un ciudadano como los demás. Muchos condenados por delinquentes (Sócrates, Jesucristo, etc.) han contribuido y contribuyen al desarrollo de la civilización. En concreto, muchos estigmatizados como autores de un delito de terrorismo pueden ser calificados como protagonistas

---

(37) M. LOPEZ REY, Manifiesto Criminológico (Con adiciones del autor en 1976), traducción de Rosa DEL OLMO, Caracas, 1976, pp. 3 s. Con referencias concretas a Latinoamérica, Cfr. E. ZAFFARONI, Hacia una nueva defensa social (Reflexiones sobre la reforma penal), en *Doctrina Jurídica*, N° 126 (agosto 1976), La Plata, (Argentina) pp. 33 ss. Anteriormente insistió en estos problemas, W. H. NAGEL, *Critical Criminology*, Comunicación escrita al VI Congreso Internacional de Criminología (Madrid, 1970), pp. 3 s.

de un acto de heroísmo. En este terreno, el Magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Douglas, ha escrito que “la meta del joven rebelde es hacer el sistema existente más humano, hacer que la máquina sirva para permitir que florezca una sociedad donde todas las idiosincrasias del hombre puedan ser honradas y respetadas” (38).

Algunos penalistas y criminólogos se muestran especialmente innovadores en el terreno del *método*, al rechazar la ahistoricidad, “apoliticidad” y “neutralidad” del Derecho penal y de la Criminología tradicionales; y el admitir decididamente las dimensiones históricas, políticas y partidistas (reformadoras) que ellos descubren y subrayan en el estudio y en la praxis de cualquier detalle importante relacionado con la criminalidad. Apoyándose en estas bases comunes, algunos miembros principales del Círculo de trabajo de Criminólogos jóvenes concluyen que la Criminología (y el Derecho penal) debe ser funcional, interaccionista y marxista (39).

La nueva *metodología* produce, lógicamente, un ensanchamiento pluridimensional del objeto y del campo de estudio de la ciencia del crimen. Esta, ahora no se limita ya a investigar sobre el delito —nacional y transnacional—, sino que también estudia los mecanismos e instituciones sociales a través de los

---

(38) DOUGLAS, *Points of Rebellion*, 1970 (citado por P. L. Yañez Román, en *Anuario Derecho Penal*, 1975 p. 271).

(39) H. J. KERNER y K. F. SCHUMANN, *Einführung*, en *Kristische Kriminologie*, München, Juventa, 1974, p. 7 ss.

cuales se produce, se administra y se mantiene la criminalidad. Así, como escriben Roxin, Würtenberger, y otros, hay que reconocer también en Derecho penal que —sin perjuicio del mantenimiento ilimitado de las exigencias del Estado de Derecho— los problemas políticocriminales configuran el contenido propio también de la teoría general del delito (40).

La consideración del devenir histórico del orden social y jurídico así como de la interacción del orden moral, socio-cultural y legal muestra que el objeto de estudio de la Criminología en la primera mitad de este siglo era la delincuencia tradicional. Pero, la Criminología contemporánea —por razones de los cambios sociales— atiende preferentemente a un campo muy diverso que incluye las nuevas formas de delincuencia y también los controles del orden (policía, magistrados, tribunales, legislador, asistentes sociales, servicios de corrección y de prevención) que, lógicamente, deben recibir del criminólogo indicaciones útiles y claras para su difícil actual misión en el desarrollo social (41).

Respecto a la descriminalización en España, nuestro Código penal necesita una enérgica poda que lo

---

(40) C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, Walter de Gruyter, 1970, p. 8. Hay traducción al castellano de Muñoz Conde. WURTENBERGER, *Strafrechtsgmatik und Soziologie*, en IDEM, *Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsstaat, Aufsätze und Vorträge*, Stuttgart, Enke, 1970, pp. 27 ss.

(41) D. SZABO, *Ordre social, socialisation et criminalité: Essai sur les fondements de la légitimité de la protection de l'ordre public*, en *Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé*, T. XXVI (1971), pp. 1 ss.

simplifique, en los artículos referentes a la familia, la sexualidad, el aborto, la propiedad privada, etc. (42).

En resumen, bastantes penalistas contemporáneos adoptan ya una postura en pro del desarrollo social. En este sentido, Antolisei, Bassiouni, Fernández Albor y otros, conciben la ley penal también como un valioso instrumento de construcción social dinámica (43); Roxin mantiene que el principio *nullum crimen sine lege*, además de cumplir su función liberal, tiene que dar directrices de conducta, convirtiéndose de este modo en instrumento de configuración social de alta significación (44); Calliess formula la teoría de la pena en el Estado democrático y social de Derecho como una institución doblemente activa, por parte de la autoridad y por parte del delincuente, verdadero sujeto (no mero objeto) de la sanción (45), siendo esta

---

(42) J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 5<sup>a</sup> ed. Madrid, 1976, prólogo.

(43) F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Trad. de J. del ROSAL y A. TORIO, Buenos Aires, 1960, p. 9. Ch. BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes. The Law of Public Order*, Springfield, Illinois (EE. UU.), 1960, pp. 8 ss. A. FERNANDEZ ALBOR, El sentido de la justicia penal latente en la conciencia social, en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XLVIII, 1972, especialmente pp. 12, 34. R. LEGROS, Conclusiones, en *Droit pénal européen. Colloques européens*, Bruselas, Pres universitaires, 1970, pp. 631 ss. C. RAY JEFFREY, Social change and criminal law, en *Readings in criminal justice*, preparado, por R. H. Moore, Jr., The. C. Marhs, Jr. y R. V. Barrov, Indianapolis, The Boobs-Merril Company, 1976, pp. 42 ss.

(44) C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, Walter de Gruyter, 1970, p. 8.

(45) Rolf-Peter CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt Main, 1974, p. 82 ss.

actividad del condenado una de las razones que nosotros hemos aducido hace ya algunos años para pedir la creación de los jueces de ejecución de penas y medidas (46); y un grupo de eximios penalistas Ancel, Andenaes, Andrejew, Bassiouni, Chazal, Hulsman, Jescheck, Könz, Nelson, Nuvolone, Schultz, Vassalli, etc., reunidos en París los días 22 y 23 del mes de marzo de 1974 en el Coloquio Internacional sobre problemas de la investigación en Política Criminal, reconocieron, entre los fines de la Política criminal, el procurar disminuir la acentuación de las desigualdades sociales y el cooperar a la creación de una sociedad más humana (47); y por lo tanto (añadimos nosotros) más democrática, con la intervención eficaz de los marginados

---

Ya, años antes, se había subrayado la necesidad de la participación activa del condenado. Cfr., por ejemplo, respecto a la "probación", J. Y. DAUTRICOURT, *Le traitement probatoire*, en *Revue de Droit pénal et de criminologie*, octubre 1971, pp. 3. Respecto a la fuerza dinámica del delincuente y del proceso político, cfr. J. M. VERGES, *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1970.

(46) A. BERISTAIN, *El delincuente en el Estado social de Derecho*. (Coordenadas para una reforma penitenciaria), Madrid, Reus, 1971, pp. 20 ss.

(47) *Jeunesse, drogue, société en Suisse, 1970-1972*, por el Groupement romand d'études sur l'alcoolisme et les toxicomanies, Genève, 1972, (Edit. Médecine et Hygiène), p. 318.

Cfr. Archives de Politique criminelle, N<sup>o</sup> 1 París Pedone, 1975, pp. 45 ss.

Un indicio de las actuales injustas desigualdades aparece en el Atlas de la Banca Mundial, 10<sup>a</sup> ed., publicada a comienzos de este año 1976. En sus páginas se constata que el producto nacional bruto *per capita* y por año en los países más pobres ascendió de 103 a 120 dólares (del año 1960 al 1970). Pero descendió a 116 dólares en el año 1973. Mientras tanto, en los países ricos industrializados el PNB *per capita* y por año es de 4.350 dólares; y aumenta cada año un 3<sup>o</sup>%, es decir, 130 dólares.

### *B. Razones extrajurídicas*

Como ya hemos sugerido antes, el Derecho penal, por su peculiar vinculación con las realidades humanas y culturales, recibe y debe recibir impacto de los signos de los tiempos en las diversas ciencias más relacionadas con él, como son la Sociología, la Psiquiatría, la Medicina, la Pedagogía, la Filosofía, la Teología, etc. Todas estas ciencias adoptan hoy un talante muy distinto al adoptado ayer, un talante decididamente en pro del desarrollo. Aquí vamos a indicar sólo algunos aspectos de la nueva corriente teológica cristiana pues creemos que puede incidir en el Derecho penal y en la Criminología.

#### 3.2. La Teología postconciliar como factor de desarrollo social

La Teología postconciliar ha entrado en un movimiento transformador —levadura de la masa— que repercute en todas sus manifestaciones. Entre las muchas pruebas de la nueva postura teológica (o de la vuelta a su postura inicial) basten aquí unas indicaciones acerca de la justicia bíblica, el Concilio Vaticano II, el magisterio, la esperanza, y, en general, las nuevas coordenadas de la Moral postconciliar.

La *justicia bíblica*, según indica H. Bianchi (48), no es una justicia distributiva sino que tiene, en principio, tres significados:

1º el de *hacer verdadero*, es decir que el juez al imponer una sanción se coloca en posición peligrosa pues,

(48) E. BIANCHI, *Hacia un Derecho penal privado*, en *Concilium*, N° 107 (julio-agosto, 1975) pp, 82 ss. G. GILLEMAN, *Le primat de la charité en théologie morale*, Bruxelles, pp. 314-321.

en opinión de Maimónides, si alguien castiga a otro se le convierte en hermano propio; las consecuencias del castigo se ponen en la cuenta de quien castiga.

2º de *consecuencia*, es decir que la justicia penal no debe depender sólo de la acción unilateral de la autoridad, sino que ha de proceder también del deliciente; éste tiene algo que decir y hacer activamente; por tanto, el Derecho penal debe adoptar estructuras más cercanas al derecho privado (como sucedía antiguamente en todos aquellos pueblos en que el monopolio estatal para emprender la acción penal no era regla general, sino excepción).

3º el *de absolucón*, es decir que la justicia sirve para borrar la injusticia. Si la actuación judicial produce el estigma y la proscripción social, el Derecho penal fracasa y no realiza la verdad, ni la justicia.

La justicia bíblica ni brota, ni se restablece con el castigo. La discordia y la falta de paz se originan de la injusticia, pero el mensaje cristiano afirma que el castigo del malo en esta vida suele engendrar más injusticia, pues la sanción jurídica se basa en criterios de no—amor, que consideran al “otro” culpable, que construyen la paz sobre el sufrimiento de los delinquentes y su liquidación, olvidando que una culpa que no se declara y un pecado que se va arrinconando no engendra más que opresión y violencia. Con otras palabras, como dice J. Moltmann (49), “se mete la

---

(49) J. MOLTANN, *El lenguaje de la liberación*. Trad. de J. Aguirre, Salamanca, Ed. Sígueme, 1974, pp. 121 ss.

propia culpa que no se quiere reconocer en el bolsillo del otro para convertirlo en víctima propiciatoria. ¿No es esta la razón más profunda del odio a los extranjeros, el odio entre las razas, el desprecio a los judíos, etc.? ¿Cómo van a poder dar la paz los que no la tienen a los hombres que están desidentificados consigo mismos por un delito que cometieron? ¿es que los buenos son los de aquí, y los malos son los de allá? “¿quién está libre de pecado entre vosotros?”.

En la Biblia, la justicia (50) se identifica con la salvación de la opresión, por eso:

- los jefes vengadores que libertan a Israel se llaman Jueces,
- juzgar es defender a los débiles y a los oprimidos,
- la función judicial es ayudar a quienes, por ser débiles (pobres, huérfanos, viudas, hambrientos, desnudos, enfermos...), no pueden defenderse contra la injusticia de los prepotentes,
- la expectación del juicio final es un canto de confianza en que Yahvé salva al mundo de la opresión de los injustos,
- Yahvé siente compasión con y por los desvalidos frentes a los opresores.

La Constitución pastoral, del Concilio Vaticano II, sobre la Iglesia en el mundo actual, *Gaudium et Spes*

---

(50) J. P. MIRANDA, *Marx y la Biblia. Crítica a la filosofía de la opresión*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1975, pp. 137 ss.

(51), presenta un lenguaje y un contenido nuevos, con exigencias de promoción y de democratización. Por ejemplo, al afirmar: “Las instituciones humanas, privadas o públicas, esfuércense por ponerse al servicio de la dignidad y del fin del hombre. Luchen con energía contra cualquier esclavitud social o política, y respeten, bajo cualquier régimen político, los derechos fundamentales del hombre. Mas aún, estas instituciones deben ir respondiendo cada vez más a las realidades espirituales, que son las más profundas de todas, aunque es necesario todavía un largo plazo de tiempo para llegar al final deseado”. El Concilio, al reconocer (por primera vez en un documento oficial) el derecho a la huelga, da un paso adelante en el movimiento democrático: “En caso de conflictos económico—sociales hay que esforzarse por encontrarles soluciones pacíficas. Aunque se ha de recurrir siempre primero a un sincero diálogo entre las partes, sin embargo, en la situación presente, la huelga puede seguir siendo medio necesario, aunque extremo, para la defensa de los derechos y el logro de las aspiraciones justas de los trabajadores. Búsquense, con todo, cuanto antes, caminos para negociar y para reanudar el diálogo conciliatorio”.

El *Magisterio de la Iglesia* se concibe hoy como la doctrina de todo el pueblo de Dios guiado y animado por el Espíritu Santo, incluyendo la totalidad de los carismas y de los ministerios proféticos. Es como un

---

(51) Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, *Gaudium et Spes*, números 29 y 68.

diálogo, sin imposición desde “arriba” (el Concilio Vaticano II ha evitado conscientemente toda declaración de herejía, tema favorito y fecundo en anteriores concilios) y sin exclusión de los no creyentes. El magisterio eclesiástico, fruto de la dinámica siempre inagotable de la fe, depende mucho del nivel ético y cultural de la sociedad. Cristo mismo quiso aprender de sus padres, María y José (52).

Actualmente, en las Facultades Teológicas se explica con seriedad científica la “teología crítica”, es decir, la teología basada en una metodología radicalmente crítica pues censura más que interpreta; y censura especialmente la exégesis tradicional, literal y estática de los aspectos narrativos y literarios tan fundamentales para todo el edificio de la revelación y de la tradición.

Muchos teólogos de hoy apoyan buena parte de su ministerio kerigmático en la *esperanza* más que en la historia; se sienten cogidos fuertemente por el futuro más que dominados por el pasado; al peso hereditario de la tradición prefieren las alas ligeras de la utopía, en el sentido que le da, por ejemplo, E. Bloch como noción filosófica clave (53). El porvenir, no es entendido solamente como *futurum*, que puede ser construido mediante la extrapolación de la historia del pasado y del presente, sino decisivamente como

(52) B. HARING, *sub voce* Magisterio, en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, Madrid, Ed. Paulinas, 1974, pp. 600 ss. Bruno RIBES, *Objetifs de morale chrétienne*, en *Etudes* (abril 1973), pp. 499 ss.

(53) “Ser hombre —afirma Bloch— quiere decir tener una utopía”. E. BLOCH, *Philosophische Grundfragen*, I, Frankfurt M., 1961, p. 36.

*adventus*, que no puede ser extrapolado de la historia, sino que, como algo distinto y nuevo (categoría del *novum*), anuncia su llegada en la anticipación del futuro. No se trata, por consiguiente, de un Dios sobre nosotros o dentro de nosotros, sino de un Dios ante nosotros, cuya divinidad ha de ser entendida partiendo del *eskhaton* prometido de la consumación, cuya presencia pura y completa constituye el objetivo del futuro; concretamente, se trata de un *eskhaton* entendido también desde la historia... La historia en cuanto recuerdo está, abarcada por la historia en cuanto esperanza ... (54).

T. Goffi, hablando de Revolución y violencia (55), escribe: “No basta con convertir las almas malas de los individuos; es preciso cambiar, mediante una revolución el sistema de una sociedad injusta... Esta revolución religiosa y espiritual, que expresa la autenticidad de la vida cristiana, tiene que tener una repercusión revolucionaria incluso de tipo social. El verdadero cristiano es un hombre profundamente abierto a la revolución histórica, incluso política, en la medida en que ésta representa una búsqueda de la justicia”... y, antes (p. 957), había afirmado “La teología ya no se asienta sobre el orden, expresión de la creación de Dios, sino en la historia animada por Cristo libertador de su pueblo”.

---

(54) H. KÜNG, *La encarnación de Dios. Introducción al pensamiento de Hegel como prolegómenos para una cristología futura*, trad. castellana de R. Jimeno, Barcelona, Herder, 1974, p. 528.

(55) T. GOFFI, *sub voce*, Revolución y violencia, en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, Madrid, Ed. Paulinas, 1974, p. 959.

Entre los pioneros de esta teología dinámica figura Teilhard de Chardin que, ya en 1952, manifiesta la necesidad de reformar la Antropología y la Cristología pues le inquietaba ver que en Nueva York, como en Roma, se gritaba ¡“muera el materialismo”! , sin soñar que en Cosmogénesis no hay ni *materia pura*, ni *espíritu puro*, y que el solo medio de vencer el comunismo es presentar a Cristo tal como debe ser: no opio, ni droga, sino Motor esencial de una Hominización que energéticamente no puede acabar más que en un mundo *abierto a la cumbre y “amorizado” (“amorisé”)* (56).

La moral cristiana postconciliar se apoya en *presupuestos nuevos*, que miran decididamente al desarrollo, por ejemplo:

- la base kerigmática e histórica de la exigencia ética (C. Caffarra) (57).
- la teología de la esperanza (J. Moltmann).
- la teología política (I. Ellacuría).
- la teología de la liberación (G. Gutiérrez, J.B. Metz).

---

(56) P. LERCY, *Letres familières de Pierre Teilard de Chardin mon ami. Les dernières années 1948–1955*, Paris, Ed. du Centurion, 1976, pp. 163 s.

(57) C. CAFFARRA, *sub voce*, *Historia (de la Teología moral)*, en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, Madrid, Ed. Paulinas, 1974, pp. 450 ss.

- la ética existencial formal (K. Rahner) (58).
- la teología de las realidades terrenas con insistencia en la praxis temporal (D. Bonhöffer, Maritain).
- la moral de la no-violencia (59).
- la depreciación del poder (K. Rahner) (60).
- la hermenéutica bultmaniana,
- La prevalencia de la libertad sobre la ortodoxia (K. Rahner) (61).
- el futuro como transcendencia que trae algo cualitativamente nuevo incitante a la transformación radical del Estado y del sistema actual (H. Küng).

En pocas palabras, la teología postconciliar subraya, como peculiar del cristiano, la creación continua por obra del hombre—imagen—de—Dios, la resurrección con todo lo que ella conlleva de ruptura (y no sólo de evolución), el perdón al pecador, la crítica

---

(58) K. RAHNER, Sobre el problema de una ética existencial formal, en *Escritos de teología*, Tomo II, Madrid, Ed. Taurus, 1961, pp. 225-243.

(59) La moral de la no-violencia fomenta en primera línea la acción y el desarrollo, se opone a la pasividad, Cfr. J. M. MÜLLER, Approche de la non-violence, en *Etudes*, Tomo 339 (julio-diciembre 1973) pp. 21 ss.

(60) K. RAHNER, Teología del Poder, en *Escritos de Teología*, Madrid, Taurus, IV, 1964, pp. 495 ss.

(61) K. RAHNER, La libertad en la iglesia, en *Escritos de Teología*, Tomo II, Madrid, Ed. Taurus, 1961, pp. 95-114. IDEM, Dignidad y libertad del hombre, en *Escritos de Teología*, Tomo, II, Madrid, Ed. Taurus, 1961, pp. 245-274.

contra las conductas que vician las estructuras socio-político-económicas de tal manera que dificultan en grado sumo (y, a veces, imposibilitan) (62) la decisión libre del individuo hacia su autorrealización en el servicio al hermano, la acusación al pecado colectivo de la brutalmente desigual distribución de los bienes materiales y culturales entre los pueblos (más que entre los individuos), la lucha por la emancipación intelectual y contra la manipulación biológica y de la conciencia, la liberación de todos los absolutos (incluso de la ley) como ídolos, la ampliación del espacio a la libertad del amor del Padre que “hace nuevas todas las cosas”.

Estas coordenadas teológicas pueden y deben incidir —aunque indirectamente— en las orientaciones y en las instituciones del Derecho penal y de la Criminología.

#### 4. RESUMEN

En resumen, después de lo dicho acerca del Derecho penal y la Teología en relación con el desarrollo social, se puede afirmar que:

---

(62) H. KUNG, *La encarnación de Dios. Introducción al pensamiento de Hegel como prolegómeno para una cristología futura*, trad. castellana de R. Jimeno, Barcelona, Herder, 1974, p. 529. “La impotencia del individuo y la superpotencia de las circunstancias económicas, técnicas, y sociales, que obran por un sistema de leyes autónomas, son la nueva frontera en la que el hombre moderno pregunta por la trascendencia. J.M. CASTILLO, *Oración y existencia cristiana*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1975, pp. 250 ss.

1º El momento socio-político-económico actual, en muchos países (especialmente en España), pide una evaluación, también *prospectiva*, de las ciencias que se ocupan del crimen y de la administración de la justicia.

2º El *Derecho penal* tradicional ha contribuido excesivamente a consolidar la seguridad (de los que mandan, no de los marginados, etc.), a conservar el orden público heredado, a mantener unas estructuras de opresión y represión, sobre todo en algunos países, por ejemplo España (no exclusivamente en las cuatro últimas décadas de gobierno dictatorial); y especialmente en el terreno *político*, pero también en el terreno *socioeconómico*, con injusta opresión de la clase trabajadora.

El Derecho penal ha sido instrumento excesivamente dócil en manos del poder. Más que la realización de la justicia y del bien común, ha procurado el mantenimiento del grupo dominante, con violación de fundamentales derechos del hombre en el ámbito político, social, cultural y económico, principalmente de la producción (más que de la repartición).

La *teología cristiana* preconiliar ha apoyado —al menos indirectamente— esta orientación conservadora del Derecho penal tradicional. La Teología preconiliar ha leído la Biblia en clave de inteligencia y para el poder; la teología postconiliar ha empezado a leerla desde la realidad, desde el pueblo y en clave de opresión—liberación.

3º Para mejor alcanzar sus fines de opresión y represión, el Derecho penal tradicional ha mantenido una metodología excesivamente dogmática, lógico—abstracta, deductiva y desencarnada; y ha cerrado las puertas en gran medida a los *nuevos movimientos* criminológicos, teológicos, etc., que, más o menos directamente, inciden con dinamismo evolutivo en las coordenadas fundamentales del Derecho y de la Justicia.

4º En nuestros días, la Criminología y el Derecho penal pueden y deben contribuir al *desarrollo social*, sin olvidar, ni exagerar el respecto al desarrollo individual. Si descuidan su aportación emancipadora constituyen su propia naturaleza, y niegan la justicia. En los casos límite, se pueden imponer sanciones penales (respetando los derechos humanos) a las personas realmente perturbadoras del orden y del dinamismo comunitarios.

El Derecho penal, para contribuir al desarrollo social, ha de reconstruir (no sólo reformar) democrática y científicamente sus coordenadas del *delito* (como acción normal, bienhechora y/o perturbadora), del *delincuente* (sujeto de derechos, no objeto al servicio de la clase dominante), y de los *controles sociales*. Las penas, las medidas, la judicatura, la policía, etc., deben limitar más los poderes del Estado, prestar más atención a las víctimas, y respetar más la singularidad de cada ciudadano y de cada "grupo". Especialmente han de cambiarse radicalmente las coordenadas en las *instituciones penitenciarias*,

reduciendo al mínimo el número de las instituciones cerradas, inculcando una *nueva mentalidad* en el personal que atiende a los sancionados (procurando servir a éstos, más y antes que al sistema o la institución). Como paso previo, se ha de exigir el cumplimiento de los derechos humanos (también de los relativos a las torturas policiales), de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas, y abolir la *pena de muerte*.

El Derecho penal, para lograr esta reconstrucción radical de sus estructuras, debe intensificar sus relaciones científicas con la Criminología contemporánea (crítica) y la Teología postconciliar. Esta relación con la Teología debe *evitar* cualquier *moralización* del Derecho penal.

5º El desarrollo social puede considerarse, no sólo fin, sino también *fuentes* del Derecho penal. La Criminología y la Teología son factores, pero también producto de la emancipación del pueblo y su cultura. Los controles sociales deben configurarse y llevarse a cabo dentro de un sistema democrático.

## 5. CONCLUSIONES

Dentro de esta orientación del Derecho penal como instrumento también de desarrollo social, parece oportuno formular algunas conclusiones concretas de política-criminal para un futuro inmediato (especial,

pero no exclusivamente, en el Estado español). La relación entre lo dicho en las páginas anteriores y las conclusiones siguientes no siempre es directa; algunas de éstas brotan exigidas por la realidad social más que por la consideración teórica. Pero, todas parecen dignas de ser propuestas en las IV Jornadas de Profesores de Derecho penal, y todas parecen admisibles en el Derecho penal del último tercio del siglo XIX.

1<sup>a</sup> La teoría general del Derecho penal debe basarse en un concepto de la justicia como *liberación personal y estructural*, como realidad dinámica que recrea el futuro. Se deben descriminalizar muchas conductas que contienen sólo leves perjuicios interpersonales. Se deben criminalizar conductas, hoy prácticamente atípicas, que causan perjuicios estructurales o colectivos (terror y terrorismo, polución ambiental, especulación del suelo, evasión de capitales, torturas policiales, fraudes fiscales, intromisión en la esfera de la intimidad, etc.).

2<sup>a</sup> Toda persona, desde el *primer momento de su detención*, tiene derecho a la asistencia de un defensor letrado, elegido libremente por ella (Cfr. "Directrices del Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Penal", de 1967).

Toda persona estará sometida a la misma y *única jurisdicción criminal*. sólo se exceptúan los supuestos que determine el Código de Justicia Militar durante el tiempo de guerra. El futuro Tribunal Central de lo

Penal no debe implicar ninguna especialidad (en concreto, no debe conservar ninguna característica de las que actualmente posee el Tribunal de Orden Público).

3ª Deben tomarse los medios necesarios para que nadie sea sometido a tortura o trato cruel e inhumano, bajo cualquier pretexto.

Si en alguna ocasión “se dice” o se sospecha que ha habido malos tratos por parte de la policía, ha de iniciarse rápida y públicamente una indagación objetiva, llevada a cabo por personas *imparciales* e *independientes* de las autoridades gubernativas. Este tema nunca se declarará “materia reservada” (en junio de 1976 ocurrió lo contrario, Cfr. *Cambio 16*, N<sup>o</sup> 236).

4ª El *Juez de ejecución* de penas y medidas penales debe controlar la ejecución de estas sanciones, tomando en consideración las nuevas aportaciones de la Criminología, y procurando evitar especialmente cualquier estigmatización.

5ª Las sanciones privativas de libertad no podrán durar más de quince años. Los condenados mantendrán siempre la mayor relación posible con el exterior; y no podrán ser trasladados, lejos de sus familiares. Los locutorios de las instituciones penitenciarias no tendrán rejas, salvo casos muy excepcionales.

6ª La *prisión preventiva* sólo puede imponerse en casos extremos de grave necesidad. Han de tomarse las

medidas oportunas para que el número de personas en prisión preventiva (actualmente casi el 50<sup>o</sup>/o de las personas internadas en las instituciones penitenciarias de España) se reduzca por lo menos a la mitad en los doce meses inmediatos, y por lo menos a la cuarta parte en los doce meses siguientes.

Se regulará la indemnización a las víctimas de toda prisión preventiva claramente injustificada.

7<sup>a</sup> Los tribunales prestarán especial atención a los delitos llamados no—convencionales (malos tratos por parte de quienes detentan el poder, delitos represivos, fraudes inmobiliarios, delitos económicos, genocidio, etc.).

8<sup>a</sup> Se crearán centros para la formación de las personas que deseen trabajar como asistentes sociales de los sancionados a la pena o a la medida de libertad vigilada (*Probación*).

9<sup>a</sup> Se convocará un *Congreso Nacional* (el IV) para el estudio de las sanciones privativas de libertad y otras sanciones penales.

10<sup>a</sup> *Las multas* se regularán por el sistema de *días—multa*.

Las multas administrativas no pueden dar lugar a la privación de libertad.