

# EPISTEMOLOGIA CRIMINOLOGICA DE LA RETALIACION HACIA EL PERDON

Antonio Beristain

---

---

Cuadernos de Sección. Derecho 9. (1995) p. 39-53

ISSN: 0213-0483

Donostia: Eusko Ikaskuntza

*La investigación y la praxis de las ciencias criminológicas contemporáneas están experimentando influencias profundas de las ciencias epistemológicas que reinterpretan y reelaboran la evolución histórica de la respuesta al delito desde la venganza animal hasta la amnistía generosa pasando por el momento cero de la ley del talión. Merecen estudiarse las radicales innovaciones que ofrece el futuro inmediato.*

*Los documentos internacionales de las Naciones Unidas, Consejo de Europa, etc., entrevén algo las exigencias hermenéuticas que enfatizan tanto la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana. Sus derechos iguales e inalienables constituyen el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz del mundo.*

*Gaur egungo zientzi kriminologikoen ikerketa eta praxia zientzi epistemologikoen eragin sakonak jasotzen ari dira. Zientzi epistemologiko hauek gaizkintzari erantzunaren bilakaera historikoa berrargitu eta berregiten dute, pizti mendekutik eskuzabal amnistiaraino, talionaren legearen lehenbiziko momentutik pasatuz.*

*Nazio Batuetako, Europako Kontseiluko, etab., nazioarteko dokumentuek giza-sendiaren kide guztien duintasuna ekinez aritzen diren eskakizun hermeneutikoak begiztatzen dituzte. Haien eskubide berdinak eta eman ezinak munduko askatasuna, justizia eta pakearen oinarria dira.*

*The research and praxis of the contemporary criminological sciences experience deep influences of the epistemological sciences that reinterpret and remake the historical evolution of the crime response from the animal revenge to the generous amnesty getting through the start of talion law. The radical innovations that the near future presents deserves to be studied.*

*The international documents of United Nations, Council of Europe, etc., foresee hermeneutical demands that emphasize so much the dignity inherent to the all members of human family. Their equal and inalienable rights constitute the reasen of freedom, of justice and of the world peace.*

## 1. RESUMEN HISTORICO COMPARATIVO DEL TALION EN LA POLITICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL

Una investigación diacrónica desde el momento cero (1) 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 **diversión**, la no intervención y (según algunos teóricos extremos) la sustitución del derecho 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,

---

(1) Ernest BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, Ed. Suhrkamp 1961, pp. 276 y 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 25-27, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, pp. 473 ss.

(2) Kein KOTZ, «Le règlement des litiges en dehors des tribunaux. Synthèse et conclusions, en H. KÖTZ 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 de 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 Política criminale negli Stati Uniti», en *L'Indice Penale*, N.º 3 (1979), pp. 355 ss.

Giuseppe GUARNERI, «Modificazioni nena reazione ana criminalista (Una proposta nordamericana: *il diversion*)», en *Studi di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 617 ss. Francesco G. PALAZZO, «Le pene sostitutive: nueve sanzioni autonome o «benefici» con contenuto sanzionatorio?», en *Studi in mem. G. Delitala*, Vol. II pp. 1.049 ss. Inkeri ATTILA, «The Benefit and Burden of Diversión», 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, *Peines 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.º 3 (julio 1986), pp. 212 ss. Stamtiotis TZITZIS, «Retribution, utilitarismo et politique criminelle dans les pays anglo-saxons a l'époque contemporaine», en *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, n.º 3 (julio-septiembre 1985) pp. 263 ss.

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, amorales, 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— perdona 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.

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. TALION DIALECTICO DE INTEGRACION COSMICA, 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 aparental) del conflicto-delito, y facilitar la armónica simbiosis de la acción-reacción-creación; es decir, dar a cada uno lo que el necesita más que lo que el merece, a través de la sanción-compensación dinamita y solidaria.

---

(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, 3.ª ed. Kairos, 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 ana de lo superficial, ve y experimenta, como Moisés en el relato mítico (?) del Exodo, capítulo 3.ª, que la zarza (de las estructuras e instituciones sociales) arde y no 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, 3.ª ed., Kairos, 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: el refleja una nave. Se le acerca un ruiseñor: el 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.

La historia sociológica y la filosofía jurídica enseñan que sin sanciones penales resulta imposible la convivencia, al menos en los tiempos históricamente 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 Tartaro» (*Gorgias*, 532b); «si alguno se hace malo en alguna cosa, debe ser castigado y satisfacer la culpa por medio del castigo» (*Gorgias* 527b) (6).

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

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 (8).

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 que le corresponde legalmente (**Jusst Deset**) (9). 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 (10).

(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 y 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 Pronance), en *Criminal and Criminal Policy*. Papeer 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 penal islamique», en *Melanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Pedone, Paris, 1980, pp. 75 ss. Chetif BASSIOUNI, *The Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publications, London, Reme, 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 América and Britain: development and analysis», en *The Coming Penal Crisis*, edited by A.E. Bottoms, y RH. 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.

(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 de mérito, «desert», como afirman F. FERRACUTI y F. BRUNO, sub vote «Psiquiatría forense», en *Enciclopedia Medica Italiana*, Vol. XII, firenze, 1985, columna 1691.

Peter P. LEJINS, «Criminogénèse», en *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*, N.º 3 (1979), p. 503

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

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» (324 b), 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 este mismo ni otro al ver que éste sufre su sanción... pues sanciona a efectos de disuasión». La equidad y la epiqueya deben protagonizarla interpretación y la aplicación del derecho penal (12).

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.

En 1986, más aún que en 1605-1615 cuando Cervantes creo a D, Quijote y Sancho Panza, debe proclamarse lo que exclamo su protagonista refiriéndose a los delincuentes: «Hay

(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, N.º 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. SCHULER-SPRINGORUM, «Was lässt der Strafvollzug für Gefühle übrig?», en *Festschrift für Günler Blau zum 70. Geburtstag* am 18. Dezember 1985, Walter de Gruyter, Berlin. New York, 1985, pp. 359 ss.

(13) G. BETTIOL / L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, duodécima ed., Cedam, Padova, 1986, pp. 19 y 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, 2.ª 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. Jescheck*, 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. Dellitala*, citado, T. III, pp. 1,809 ss. F. MUÑOZ CONDE, «Culpabilidad y prevención en Derecho Penal», en *Cuadernos Política Criminal*, N.º 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.

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 cuando 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 PERDON

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, 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 como 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 **pater-familias** 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'élán 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 —activo o pasivo, 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 sociológico-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.

(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.

(16) Xavier ZUBIRI, *Inteligencia y Logos*, Alianza Ecl., 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 y ss.

(17) Chetif 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 *Melanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Pedone, Paris, 1980, pp. 103 ss. Mare. 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 religion*, 1942).

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

Si leemos los periódicos, si oímos la radio, nos dirán que han conflictos y delitos. Pero si miramos la realidad con pupila iluminada, sin prejuicios, veremos la realidad, veremos el Alfa y el Omega de perdones y conciliaciones. La indulgencia generosa precede y supera al odio fraticida. 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 esta 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 olvidáramos 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. EPISTEMOLOGIA CRIMINOLOGICA METARRACIONAL

El mundo occidental, por mil motivos, no solo por la rapidez de las comunicaciones, se encuentra cada día más cercano al mundo oriental, y este nos hace caer en la cuenta de como 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 grandiosos, luminosos, calientes y dinámicos que todas las galaxias.

Como explican historiadores, antropólogos y otros especialistas (22), tiempo ha desde la cultura mágica hemos pasado a la cultura mítica, y después al hombre racional... donde permanecemos estancados, anclados, demasiados siglos.

Urge abrir los ojos hacia adentro, hacia la realidad armónica más ana 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 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 solo 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

---

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

(21) Bernard D. MARLIANGEAS, *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 s.

Joan MIRO 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 esta formando, no limitarse a reuniones de intelectuales».

(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.

una unidad superior, no tiene guía seguro que le proteja contra los pasos errados, pero el y solo el 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 síntesis creadora de una concepción unitaria del mundo, y comprenda que vivir con los otros en sociedad es no solo 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, esta 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).

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 a 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 practicas correspondientes para poder auscultar, conocer y contemplar sin tanto alboroto pasional.

(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*, 4.ª ed., Stuttgart, 1960, pp. 269 y ss. IDEM, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 9.ª ed., Stuttgart, 1950, pp. 143 y ss.

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

(27) En el último invierno del siglo XIX don Miguel de Unamuno habla sobre «Nicodemo el fariseo» y finalizo 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 finito que quiero, no daros ideas más 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 queme 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*, N.º 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 instrumento mental 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 axiológizantes. 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, «Hermanéutica y Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N.º 25, Granada, 1985, pp. 63 ss.

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 solo lo que queremos percibir.

Según Jean Piaget (30), 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 Wilson, 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 (31).

La trilogía de Xavier Zubiri sobre la inteligencia sentiente, el logos y la razón (32), 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 lamina 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 de 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 esta —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 (33).

## 5. DESACRALIZACION Y RESACRALIZACION DEL TALION

Los jueces primigenios fueron sacerdotes vengadores de la ira celeste. Después «revelaron» la ley divina del talión. Hoy afortunadamente se han desacralizado; pero la justicia se-

---

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

«El mundo mental es insuficiente para entender lo mítico y menos aun 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.

(30) Cfr. los *Etudes d'epistemologie 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 (1998-1983)*, Coordinador del homenaje y edición de I. Tellechea Idígoras, Dpt.º Cultura Gobierno Vasco, Vitoria, 1984, pp. 161 ss.

cular, 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 (34).

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 1988 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» (35). 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 (36), en la auto-trascendencia. A veces no se trata de comprender sino de iniciarse en mirar y escuchar lo tríptico, 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 debemos sentir la experiencia de nuestra propia y ajena culpabilidad 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 (37).

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

(34) La ciencia jurídico penal dispone de una capacidad muy limitada de autotransformación, como indica BARATTA, «Criminología y dogmática 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, Edit Luis Carcamo, Madrid, 1984, especialmente pp. 196 y ss.

(35) Ferrando MANTOVANI, «Il problema della definizione di criminalità», en *Studi in memoria G. Delitala*, ict. Vol. II, pp. 725 ss.

Erich BUCHHOLZ, *The Term of Criminality Today*, en *Crime and Criminal Policy*, Homenaje López-Rey, F. Anaeli, 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.

(36) Además en cuanto vacío, también en cuanto o por medio de la intuición vital (H. BERGSON), fenomenológica (HUSSLERL), emotiva (M. SCHELER), ética (H.J. McCLOSKEY, *Meta-Ethics and Normative Ethics*, 1969).

(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.

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, el morir y el delito; con su fuerza catártica del delito en las tragedias (38). 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 dueños teatrales para distinguir su ser real de su «papel» en el escenario (39).

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 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) entreven 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 hermenéutica 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 lo trascendente (42).

No disfrutará de libertad quien no experimenta las exigencias básicas de la estructura antropológica, que no comprende que es mejor dar que recibir, y que 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

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

(39) LAIN ENTRALGO, «Zubiri hacia el futuro», en *Zubiri (1898-1983)*, Dpt.<sup>o</sup> Cultura Gobierno Vasco, Vitoria, 1984, pp. 143 ss. M. de UNAMUNO, *Diario íntimo*, Alianza Ed., Madrid, 1979.

(40) A. BERISTAIN, «Proyecto de declaración sobre justicia y asistencia a las víctimas», 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 et de criminologie*, N.º 7 (julio 1986), pp. 693 ss.

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

que a la agresión, a la victimación, se le conteste con mimetismo de la misericordia divina, como escribió el insigne penalista Dorado Montero (43).

No habrá paz verdadera hasta que se comprenda y se «sienta» la dignidad infinita de toda persona, también la del victimario, como proclama la Sentencia, del once de abril de 1985, de nuestro Tribunal Constitucional, por su «valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva la pretensión al respeto por parte de los demás».

---

(43) DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho Penal*, M. Soler Editores, Barcelona, 1902, pp. 15, 19 ss., 43, 171, 190.

En sentido parecido escribe Enomiya-Lasalle *¿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. 39.