

¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho penal?

HILDE KAUFMANN (1)

A

En 1907 salía de la pluma de BIRKMEYER, el que junto a BINDING fue de los más decididos representantes de la llamada Escuela Clásica, un escrito hoy famoso, cuyo título era: “¿Qué deja en pie v. LISZT del Derecho penal?”. Este estudio culminaba en la afirmación de que el Derecho penal utilitario defendido por v. LISZT llevaba en sus últimas consecuencias a la anulación del Derecho penal mismo.

En 1960 apareció en la Miscelánea con motivo del Centenario de las Jornadas Jurídicas Alemanas (*Deutscher Juristentag*) un artículo de Ricardo LANGE sobre la evolución de principios en los proyectos de reforma del Código penal alemán (2), que de nuevo combatía contra la supresión del Derecho penal, debida a la corriente utilitaria de la Criminología. De lo que nos dice LANGE se saca la impresión de que la Criminología, tanto la contemporánea a v. LISZT como la de nuestros días, trata de suprimir el Derecho penal punitivo y sustituirlo por una terapia social.

LANGE inicia su polémica con la concepción del hombre que maneja la Criminología: según él, aún hoy edifica la Criminología sobre la concepción antropológica, en que se basó el positivismo sociológico de COMTE y el naturalismo biológico de LOMBROSO y sus seguidores. Aún hoy cree en la vieja fórmula de que el hombre es el mero y exclusivo producto de la determinación causal de su constitución y el medio circundante: eso y sólo eso (3). Este veredicto fulminado contra la Criminología en general lo restringe LANGE, a veces, a sus más radicales reformadores tan sólo. Sin embargo, la impresión que deja su artículo es que la Criminología está irremisiblemente dominada por una concepción antropológica anticuada.

(1) Texto ampliado y anotado por la misma autora de la Lección Inaugural tenida el 24-VII-1961 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn. La autora es en la actualidad directora del Instituto de Criminología y profesora de Derecho penal y Criminología en la misma Universidad. Traducción de C. M. LANDECHO, S. J., profesor de Derecho penal en ICADE (Madrid).

(2) *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*. Karlsruhe, 1960. Tomo I, página 345 ss.

(3) O. c., pg. 346, 364, 369, 373, 376, 380 y passim.

La cuestión apuntada por LANGE, relativa a la concepción antropológica, de la que la Criminología parte y hacia la que la misma orienta sus postulados político-criminales, es de significado central e inmediato. Caso de que el hombre esté dominado *tan sólo* por leyes causales —lo que, por supuesto, también se aplicaría a sus procesos fisiológicos—, sería irrealizable un Derecho penal en pleno sentido de la palabra, en el sentido clásico de Derecho penal de culpabilidad. Falta el punto de apoyo al reproche de culpabilidad si se admite que el delito realmente es “el efecto necesario e inevitable de las condiciones dadas”, como afirmó, por ejemplo, v. LISZT (4).

Investiguemos, por tanto, en qué grado domina una tal concepción del hombre en la Criminología, y si no se han dado y se dan otras concepciones junto a la que con razón combate LANGE.

I

El origen de la Criminología como ciencia se suele situar en las obras de LOMBROSO, investigador italiano, que basado en estudios sobre presos, afirmó que los delincuentes (en realidad, se refería al núcleo central de la delincuencia) se distinguen del hombre normal por estigmas somáticos peculiares. Pero el fechar aquí el origen de la Criminología no es exacto. Tiene raíces más antiguas, a las que apunta con razón JEFFERY (5): la *Reforma Penitenciaria*, que puede fecharse hacia la Ilustración. En los comienzos de esta evolución se encuentran reformadores de la talla de un BECCARIA, BENTHAM, MACONOCHE, HAVILAND, WIECHERN, etc. (6). Su versión moderna es la que hoy caracteriza sobre todo la Criminología inglesa y a la que GRUENHUT otorga valor decisivo para la Criminología moderna (7). Esta corriente no se ocupa de las causas de la criminalidad, sino del *tratamiento* de los delincuentes; ya que incluso el descubrir las causas —aunque fuese posible hacerlo exhaustivamente— no nos indicaría el tratamiento adecuado para apartar al delincuente de nuevos delitos (8). Sobre esta corriente escribe MANNHEIM que no presta atención ninguna a las premisas del positivismo; e incluso afirma que el positivismo casi no aparece en la Criminología inglesa de los siglos XIX y XX (9).

Este desinterés por cuestiones de principios, tal como la justifica-

(4) *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlín, 1905. Tomo II, pg. 39

(5) *Pioneers in Criminology*. Edición e Introducción de HERMANN MANNHEIM. Londres, 1960, pg. 365 s.

(6) Sobre orígenes más remotos aún de la Criminología, cf. JEAN PINATEL, *La Criminologie*, París, 1960, pg. 29 s.; WILLIAM ADRIAN BONGER, *Criminality and Economic Conditions*, traducción de HENRY P. HORTON, Boston 1916, página 1 y ss.

(7) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 72 [1960], 269 ss., y 71 [1959], 525.

(8) Sobre la relación de la Criminología en sentido estricto y la investigación sobre el tratamiento del delincuente, cf. vgr. PINATEL, l. c., pg. 21 s.

(9) *Pioneers*, pg. 18.

ción de la concepción puramente causalista del hombre, sigue siendo aún hoy típica de la *investigación sobre el tratamiento* (10). Esta corriente comenzó con fines puramente pragmáticos, hacia los que orientaron a los primeros reformistas la atmósfera de la Ilustración, la ideología cristiana e incluso consideraciones de orden utilitarista (11). La concepción del hombre en estos criminólogos, esencialmente pragmática y libre de cargas teóricas, se puede deducir—por lo menos hasta cierto grado—de sus programas de reforma. A ellos pertenece, por ejemplo, la “prisión con puertas abiertas”, que ha sido ya introducida en muchos países, y en la que se contrasta a presos seleccionados con la posibilidad de la fuga. Ejemplo notable es el sistema introducido por el artículo 723 del *Code de Procédure Pénale*, a tenor del cual el preso acude durante el día sin control ninguno a su trabajo habitual, y por la noche es encerrado en la prisión. Casos semejantes se dan en la práctica de varios establecimientos penales ingleses, que permiten a los presos que ya han cumplido la mayor parte de su condena ir por la tarde al cine o al bar (12). Detrás de estos procedimientos y junto al deseo de facilitar al preso el tránsito a la libertad, se esconde la tendencia a educarle en el recto uso de la misma y a dominar sus ímpetus de fuga.

Algo semejante vale de la ayuda en la prueba (13), que sólo tiene sentido y éxito, cuando el delincuente quiere cooperar activamente. Por eso se comienza frecuentemente sólo con su consentimiento (14), y lo que se pretende con ella es que el delincuente aprenda a defenderse contra sus propias orientaciones erradas, a fin de que conforme su vida al orden social y jurídico.

(10) Cf., por ejemplo, OLOF KINBERG, *Le problème de l'Etat Dangereux, Deuxième Cours International de Criminologie, organisé par la Société Internationale de Criminologie avec le concours de l'UNESCO*. París, 1954, pg. 53; también PINATEL, o. c., pg. 40.

(11) Cf. MAX GRUENHUT, *Penal Reform*, Oxford, 1948, pg. 64 ss.

(12) HOWARD JONES, *Prison Reform Now*, 1959, pg. 13; otros ejemplos en: *Penal Practice in a Changing Society*, Londres, 1959, pg. 19; y como resumen: *Report of the Commissioners of Prisons for the Year, 1960*, Londres, 1961, pg. 23 s.; cf. también GRUENHUT, *Reform*, pg. 336 ss. Sobre Holanda, ERNEST LAMERS, *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe, X. Internationaler Lehrgang in Freiburg*, Stuttgart, 1961, pg. 217 ss., especialmente pg. 227. Sobre las naciones nórdicas, cf. H. MITTERMAIER, *Monatschrift für Kriminologie* [1953] 63. Sobre Dinamarca HANS TETENS, *Les Grands Systèmes Pénitentiaires Actuels*. París, 1955, Tomo II, pg. 70 ss. Sobre Alemania, ALBERT KREBS, *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe*, pg. 34 ss.; cf. también la recomendación del Primer Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento de Detenidos en *Zeitschrift für Strafvollzug* [1958] 192 ss.

(13) [La palabra alemana *Bevährungshilfe* no tiene correspondencia exacta en nuestro sistema penal. Adopto la usada por RODRÍGUEZ DEVESA, en la traducción del Proyecto de Código Penal Alemán, publicada en este ANUARIO, 11 [1958] 255-303. El § 79 de dicho Proyecto (en el nuevo Proyecto pasa a ser § 76) describe la esfera de acción y modo de aplicación de dicha medida (en el ANUARIO, l. c. pg. 278 s.). Nota del Trad.].

(14) DORA v. CEMMERER, *Probation*. Colonia, 1952 pg. 17 y pg. 119; y PIETRO NUVOLONE, *United Nations Publications*. Nueva York, Sto/TAA/Ser. C/11; pg. 19.

II

Pero dejemos de lado la *investigación sobre el tratamiento* y pasemos a ocuparnos de la investigación científica de la etiología del delito, que comenzó con LOMBROSO.

Al enjuiciar esta corriente suele olvidarse que no va unida en modo alguno de modo general con la negación del libre albedrío. Con razón subraya PINATEL que ya en los comienzos de la Criminología fue cuestión batallona la polémica entre el determinismo y el indeterminismo (15). Por lo que la afirmación de LANGE, de que la concepción antropológica de la Criminología es determinístico-causalista, no es exacta ni siquiera en los comienzos de la misma. Es cierto que la concepción del hombre de la moderna Antropología no coincide del todo, ni con la de los indeterministas en general, ni tampoco con la de los indeterministas del principio de la Criminología; pero lo significativo es que tanto los criminólogos indeterministas de entonces como la Antropología moderna reconocen al hombre la posibilidad de decidirse por sí mismo, de un modo o de otro. He aquí algunos ejemplos:

El sociólogo francés TARDE, sin duda el más tenaz contradictor de LOMBROSO, subraya expresamente que el delito consta de dos elementos, las ocasiones que surgen del medio ambiente y la decisión individual. Por ello trata ampliamente el problema de la responsabilidad moral y jurídica, conexas con esta posibilidad de autodecisión (16).

Otro grupo de criminólogos (JOLY, PROAL, BAETS, etc.), que se suele agrupar con el nombre de *Espiritualistas*, fundamenta el delito en la pérdida de sustantividad ético-religiosa y da a la libre decisión de la voluntad un valor decisivo (17).

SYLIO y CORTÉS sostiene, a su vez, que la cuestión de cómo se determina el hombre no tiene valor prejudicial (18), postura hoy muy extendida. Aún hoy se discute si el español DORADO MONTERO, al que algunos tienen por jefe de la Escuela Correccionalista española, cuenta entre los criminólogos deterministas o indeterministas (19), pues DORADO trata de unir el determinismo con el libre albedrío.

El mismo FERRI, uno de los principales representantes de la *Scuola*

(15) O. c., pg. 40.

(16) MARGARET S. WILSON VINE, en *Pioneers*, pg. 229 s.—Cf. G. TARDE, *La Criminalité Comparée*. París, 1898, pg. 143 ss. [En español, *La Criminalidad comparada*. Madrid, 1922. Traducción de POSADA].

(17) Cf. W. A. BONGER, *Inlciding Tot De Criminologic*. Derde Druk, Herziën Door G. TH. KEMPE, Haarlem, 1954, pg. 161 ss.; y BONGER, *Criminality*, pg. 199, ff.—Cf. también el ataque de FERRI contra este espiritualismo, "para el que la moral está fuera del nexo causal" (ENRICO FERRI, *Sociologia Criminale*. UTET. Torino, 1929).

(18) PINATEL, o. c., pg. 40 s.

(19) La primera postura es defendida por ANTÓN ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951, págs. 39 ss.; y *Derecho Penal*, Madrid, 1949, Tomo I, pg. 38; la última interpretación es la de MANUEL LÓPEZ-REV, en *Pioneers*, pg. 323.

Positiva italiana, a pesar de que él mismo niega el libre albedrío, se ve obligado a declarar en nombre de su escuela, respecto a la libertad y personalidad: “Dico una volta per tutte, che noi chiamiamo *positiva* la nostra scuola, non perchè essa segua un *sistema* filosofico —più o meno comtiano— ma soltanto per il *metodo* (di osservazione e sperimento) che intendiamo applicare nello studio dei problemi della criminalità” (20).

Con lo que queda asentado que, incluso en los comienzos de la Criminología, no existe una fórmula unitaria respecto a la concepción del hombre, sino que está influenciada por las diversas corrientes ideológicas de su época.

III

Pero la Criminología no se detuvo en el estudio de la contextura biológica del delincuente, comenzada por LOMBROSO, ni siquiera en la consideración sociológica, que en seguida apunta, ni tampoco en la combinación de ambos métodos. Del mismo modo que al principio de siglo se reconoce la unilateralidad de la psicología científico-naturalista y se intenta, a partir de DILTHEY y SPRANGER, complementarla con una corriente espiritualista, así también en la Criminología se completa el método científico-naturalista con el *comprensivo*, como consecuencia consistente del cambio de métodos operado en la *Psicología*.

El mismo MEZGER, que contaba entre los decididos partidarios de la Criminología científico-naturalista, apoyado en las investigaciones de la escuela constitucionalista de KRETSCHMER (21), escribe, sin embargo, en relación al modo de investigar la personalidad humana y, por lo mismo, la del delincuente: “Por la *comprensión* podemos formarnos una imagen de ella, y a base de esta contemplación de la personalidad, llegar a *comprender* también sus acciones. También es posible, desde otro punto de vista, *explicar* causalmente una personalidad a base de su modo de reaccionar y del estudio de su contextura somática” (22).

(20) FERRI, o. c., Tomo I, pg. 25, nota 1. De modo semejante reconoce HURWICZ *Criminology*, Londres y Copenhague, 1952, pg. 42) el positivismo como programa criminológico tan sólo en el sentido “that the research should be an impartial empirical research based on observation and experiment”.

(21) Cf., por ejemplo, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, 2 ed., Stuttgart, 1942, pg. 14 ss. [En español existe tan sólo una traducción de la 1 ed. alemana. El traductor, RODRÍGUEZ MUÑOZ, cambió el título con el consentimiento de MEZGER: *Criminología*, Madrid, 1942. La cita se encuentra en sustancia en la traducción española, pg. 96 ss. No debe confundirse esta obra con la *Kriminologie*, de que se habla en la nota siguiente. Esta última fué publicada después de las tres ediciones de *Kriminalpolitik*, y difiere fuertemente de ella tanto en el plan como en varios puntos de su contenido. N. del T.]

(22) *Strafrechtliche Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Abteilung*. Cuaderno 4 del año 1943, pg. 4 s. Cf. también *Kriminologie*, Munich, 1951, pg. 10. Es característico de la metodología comprensiva el texto siguiente de MEZGER: “Toda investigación de la personalidad, también en Criminología, encierra una postura determinada sobre la esencia existencial del hombre”. (*Kriminologie*, pg. 10.)

Este complemento del método científico-naturalista con el espiritualista lo practican muchos criminólogos alemanes, como SEELIG (23), EXNER (24), GRUHLE (25), SAUER (26), etc.

Por supuesto, que esto no significa una admisión de la Antropología moderna, pero tal viraje metodológico es el primer paso hacia la complementación de la consideración científico-naturalista del delincuente (y aun ésta, como indicamos, no se puede identificar sin más con la admisión de la determinación meramente causal del hombre). La postura adoptada respecto al libre albedrío se puede deducir con frecuencia de la que se toma en relación con el determinismo y con la culpabilidad. Así, por ejemplo, presuponen EXNER, v. WEBER, SAUER e incluso, con ciertas peculiaridades, MEZGER, que el delincuente tuvo la posibilidad de comportarse de otro modo (27).

IV

Incluso la orientación de la Criminología hacia la moderna Antropología, que LANGE echa de menos, se da en realidad en alto grado. En tal sentido es de notar, que el precisar en todos sus aspectos el concepto del hombre que usa la moderna Antropología es problema arduo. La frase de que: *el hombre es un ser preparado por su naturaleza y llamado por la misma a usar de su libertad*, no se presta a deducción inmediata de hipótesis de trabajo criminológicas, a pesar de su valor expresivo. De modo inmediato se sigue sólo la definitiva renuncia a la tesis de que el delito es el producto necesario de la constitución y el medio circundante, a la que, como vimos, jamás han faltado contradictores. Y, a pesar de ello, ya ha encontrado entrada en la Criminología la definición del hombre como ser constituido para la libertad y la autodecisión.

En suelo alemán nos ofrece ejemplo de ello v. WEBER, al exponer que la concepción antropológica del positivismo *comtiano* está superada y que hoy se reconoce la falsedad de trasponer las categorías de la ciencia natural a los procesos anímicos. Con esto no se pretende negar que la constitución y el medio determinan en gran medida la conducta

(23) *Kriminologie*, Graz, 1951, pg. 12. [En español: *Criminología*, Madrid, 1958. Traducción de RODRÍGUEZ DEVESA, N. del T.]

(24) *Kriminologie*, 3 ed., Berlín, 1949, pg. 6 s. [En español: *Biología Criminal*, Barcelona, 1957. Traducción de DEL ROSAL.]

(25) Cf., por ejemplo, *Verstehen und Einfühlen*, Berlín, 1953, esp. pg. 56 ss. y 259 ss.; también, *Verstehende Psychologie*, Stuttgart, 1948, esp. pg. 135 ss.

(26) *Kriminologie*, Berlín, 1950.

(27) Cf., por ejemplo, v. WEBER *Grundriss*, 2 ed., Bonn, 1948, pg. 13: "La génesis del delito no se puede explicar exhaustivamente por el medio y la constitución del delincuente. El delito no está determinado causalmente como un fenómeno físico". El hombre "está en condiciones de orientar su conducta hacia metas y fines y, con ello, hacia juicios de valor—con lo que está determinado finalmente"—. Cf. también MEZGER, *Kriminalpolitik*, pg. 192 ss. SAUER da incluso porcentajes exactos sobre la determinación del delito por parte de la constitución y el medio, y por parte de la voluntad libre, lo que en la forma indicada es insostenible, pero significativo (o. c., pg. 59 ss.).

humana, pero es la libertad humana la que decide: en ella reposa la diferencia decisiva entre hombre y animal, como la ciencia moderna proclama cada vez más abiertamente (28).

En Holanda está en boga una nueva escuela criminológica, la llamada Escuela de Utrecht, en estrecho contacto con PORTMANN, zoólogo al que LANGE concede lugar destacado en la moderna Antropología. Lo significativo de esta colaboración entre PORTMANN y la Escuela de Utrecht, a la que pertenecen KEMPE, POMPE, BAAN y BUYTENDIEK, queda de relieve al leer el siguiente párrafo de BUYTENDIEK, que a su vez recibió fuerte influjo de DILTHEY: "La psychologie moderne et la psychopathologie ont pour point de départ, que l'être humain ex-siste, c'est-à-dire qu'il se dirige, qu'il projette dans une initiative libre, irréductible au caprice, et qui se fonde sur la préhistoire du sujet et la situation dans laquelle il se trouve" (29). Y más adelante: "Nul ne peut connaître ou aider son prochain, s'il n'a découvert la liberté de l'homme: (30). No menos clara es la postura de POMPE: "[...]on devient criminel à la suite d'un fait et non par état; par un acte humain, et non par simple jeu de circonstances sociales, ni par une maladie mentale. Le crime, au plein sens du mot, appartient au royaume de la liberté, alors que la pauvreté et la maladie font partie de celui de la fatalité" (31).

Pero también fuera de la Escuela de Utrecht se encuentran referencias de las corrientes antropológicas modernas. Así, NAGEL quiere sustituir la que él llama Criminología de *A causes B* con la llamada Criminología del Desarrollo, para lo que se fundamenta en la Psicología del Desarrollo, de LANGEVELD. La personalidad del delincuente la comprende NAGEL fundamentalmente a partir de sus decisiones ante las situaciones concretas a lo largo de su desarrollo (32). BIANCHI dedica en su estudio sobre *Position and Subject Matter of Criminology* a las palabras *Persona* y *Personalidad* unas 40 páginas, en las que se encuentran frecuentes referencias a la filosofía. Su exposición se salpica con nombres como SCHELER, KIERKEGAARD, HEIDEGGER, MARCEL, SARTRE, DILTHEY, SPRANGER, LERSCH. Recientemente define HOUCHON el delito, con expresa referencia a las corrientes modernas, como la respuesta de la persona a una situación (33).

El actual estado en Italia la caracteriza VASALLI al afirmar que la actual Criminología no niega el libre albedrío (34). En este sentido

(28) O. c., pg. 108.

(29) *Une nouvelle école de science criminelle, L'École d'Utrecht. Bibliothèque de Sciences Criminelles et Pénitentiaires*, dirigée par R. VOUIN et J. LEAUTE Paris, 1959, pg. 48.

(30) O. c., pg. 53.

(31) O. c., pg. 72. Coinciden también con él las posturas de BAAN, pg. 109, y de KEMPE, pg. 103 ss.

(32) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 71 [1959], 114 ss. espec. 131 ss.

(33) *Excerpta Criminologica*, Nr. 3, pg. 164.

(34) "Cessata la prima fase della scuola positiva e riconosciuti i suoi meriti [...] nessuno oggi pretende più di ridurre l'antropologia criminale o com-

encontramos una expresa afirmación de la libertad en el antiguo maestro de la Escuela Romana de Criminología Clínica, DI TULLIO (35).

También la *Defensa Social* busca su apoyo en la moderna ciencia antropológica, precisamente la misma Asociación de Criminólogos y Reformadores del Derecho Penal, de la que afirma LANGE, que en sus teorías no se encuentra nada nuevo respecto a V. LISZT y FERRI, aparte de que "su fundador, GRAMMATICA, no sólo quiso revolucionar el Derecho penal, sino incluso la Sociedad" (36). Ciertamente es así respecto a varios puntos del programa político-criminal de la *Defensa Social*, pero no lo es en modo alguno respecto a su concepción antropológica. MARC ANCEL, que con PINATEL y GRAVEN pertenece al ala moderada de la *Defensa Social*, ha expuesto los fundamentos ideológicos de la misma y su postura respecto a la concepción antropológica: "La Defensa Social rechaza de plano el punto de vista positivista. Gran valor se da al concepto de la capacidad de cada uno para elegir libremente, al sentimiento de la conciencia individual y de la comunitaria y, sobre todo, a las amplísimas posibilidades de socialización del individuo, que en tanto pueden existir en cuanto cada uno posee un cierto grado de libertad. Según el sistema de la Defensa Social se pretende, por tanto, o bien partir de esta libertad del individuo o bien devolver al delincuente de hecho y en el caso concreto esta libertad, que él puede perder por un acto con frecuencia unido a su constitución biológico-física y a su ambiente social. La Defensa Social presupone, por tanto, o que el hombre es libre, o que puede llegar a serlo. En cualquier caso pretende hacerlo libre, si quizá no lo es" (37). Y también: "On pourrait dire, sans exagération, que cette Défense sociale nouvelle postule philosophiquement le libre arbitre. Sur ce point, l'accord paraît unanime" (38).

De paso conviene notar que en la Criminología inglesa existe la tendencia reciente a hablar tan sólo de *factores* del delito para evitar la problemática del concepto de la causalidad (39).

Pero basta ya de ejemplos sobre el concepto del hombre, que encontramos en la Criminología, o que se sigue en sus tesis. Con razón anota JEFFERY: "Whenever a new theory of personality appears, it is

munque la criminologia ad uno studio di carattere puramente naturalistico." Y también: "Nè la moderna antropologia criminale intende negare i problemi connessi alla libertà del volere" (*Criminologia e Giustizia Penale, Estratta da scritti Giuridici. In Onore di ALFREDO DE MARSICO*. Vol. II, Milano, 1960, pg. 610; cf. también pgs. 567 y 569).

(35) *Principi di Criminologia Clinica e Psichiatria Forense*. 2 ed., Roma, 1960, pg. 278.

(36) O. c., pg. 364.

(37) *Monatschrift für Kriminologie*, 1956. Extraordinario con motivo del IV Congrès International de Défense Sociale, del 2 al 6 de abril de 1956 en Milán, pg. 55; extensamente, MARC ANCEL, *La Défense Sociale Nouvelle*, París, 1954.

(38) ANCEL, *Défense*, pg. 101. Subrayados de la autora.

(39) GRUENHUT, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 72 [1960], 269.

immediately applied to the criminal" (40). Por lo demás, es muy sospechosa toda clasificación categórica del concepto del hombre en la Criminología, cuando no se trata de autores con un claro esquema indeterminista del hombre. Un ejemplo: el psiquiatra y criminólogo sueco OLOF KINBERG es ardiente defensor del determinismo; pero a pesar de ello llega al siguiente resultado en su Tratado, apoyado en FAUCONNET, y después de extensa discusión de la responsabilidad humana, que admite: "[...] la liberté est un idéal que nous efforçons d'atteindre [...]. Cette liberté nous l'acquérons en devenant meilleurs. Chaque acte moral augmente notre force morale, de même façon que toute 'chute' morale nous démoralise et nous asservit. Cette liberté n'est donc pas une propriété inhérente du moi, mais quelque chose qui se peut acquérir" (41). Este párrafo, que en realidad describe al hombre como ser preparado y llamado por su naturaleza a usar de su libertad, no impide a KINBERG ver precisamente en este modo funcional del desarrollo humano el núcleo de su teoría *determinista* (42); puesto que —escribe— únicamente si aplicamos la categoría de *causalidad* a la vida anímica del hombre en el modo indicado podemos explicarnos la ampliación o reducción de la libertad humana a consecuencia de un comportamiento concreto. Aquí vemos especialmente de relieve lo sospechoso que es el uso de fórmulas generalizadoras sobre la situación de la Criminología científica actual.

El recorrido dado a las teorías criminológicas sobre la responsabilidad del hombre respecto a sus actos nos muestra una tendencia constante: en medida creciente se va reconociendo que el hombre es un ser preparado y llamado por su misma naturaleza a usar de su libertad (43). Tan sólo estoy del todo conforme con LANGE en el hecho de que sólo una tal Criminología se sitúa en el recto punto de partida. Al respetar la responsabilidad del hombre, respeta la Criminología también la base de un auténtico Derecho penal, esto es, la culpabilidad. Y esto lo admite la Criminología, con un buen grupo de sus actuales representantes, expresamente; y esto no tan sólo por admitir una culpabilidad en sentido técnico-jurídico, que negase o prescindiese de la posibilidad de una culpabilidad en sentido ético-jurídico.

(40) *Pioneers*, pg. 375.

(41) OLOF KINBERG, *Les Problèmes Fondamentaux de la Criminologie*. Traducción francesa del mismo. París, 1959, pg. 116. Cf. las aserciones del indeterminista BERNHARD HAERING, *Das Gesetz Christi*. Friburgo, Brisgovia, 1957. [En español: *La ley de Cristo*. Barcelona. N. del T.]: "La libertad se le da al hombre tan sólo en germen. Tiene que crecer con el hombre [...]. La libertad puede crecer cuando la oportunidad de hacer el bien que en cada momento se nos da se usa de modo exhaustivo [...]. Cuando no usamos del todo la libertad, se anquilosa."

(42) O. c., pg. 121.

(43) Es acertada la caracterización de la situación científica hecha por JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform* Tübinga, 1957, pg. 15, que califica de superadas las posiciones criminológicas de v. LISZT, FERRI y GARÓFALO.

V

En estas cuestiones se da, por tanto, armonía entre Derecho penal y Criminología, rectamente entendidos; pero queda por tratar el problema de la pena. Y aquí apunta LANGE, con razón, a la existencia de una corriente que pretende suprimirla. Pero también en este aspecto ha prescindido la Criminología, ya hace años, de postulados tan radicales. Una consideración más atenta mostraría que el cuadro de las teorías sobre la pena es muy parecido al que hemos expuesto en relación a la responsabilidad. Examinemos, por ejemplo, la postura más radicalmente opuesta a la pena, el Proyecto sueco de 1956, que, por lo demás, según HURWICZ, cuenta con muy pocos partidarios (44). Es cierto que se evita en él el vocablo *pena* de modo consciente. Pero, en realidad —como ya apuntaron IVAR AGGE (45) y THORSTEN SELLIN (46)—, la multa y la privación de libertad continúan constituyendo el eje del sistema en el Derecho penal de adultos. Estas sanciones —y éste es el punto decisivo— se siguen orientando fundamentalmente a la gravedad del hecho delictivo. Por tanto, encontramos de hecho, aun en Proyecto tan radical, el *malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*, que ya para HUGO GROTIUS constituía la esencia de la pena. Con ello se muestra que, incluso al juzgar un Proyecto tan radical como éste, la prudencia es muy necesaria. Por lo demás y como valoración de este Proyecto por parte de otros criminólogos, es característica la frase de FREY: el Proyecto sueco es “una aplicación atrasada de teorías antropológico-criminales ya hace mucho superadas, tales como las que sirvieron de base al Proyecto italiano de FERRI en 1921, y que ya en modo alguno responden a las teorías criminológicas actuales [...]. Precisamente estas exageraciones del positivismo italiano del principio de siglo son las que creemos haber superado definitivamente” (47).

Es claro que la tendencia general se orienta a no hacer de la pena, con la exclusividad de antaño, la clave de arco de toda consecuencia jurídico-penal. Para varias clases de delincuentes o no se aplica pena o, en su lugar, entran medidas de seguridad. Las razones de tal tendencia las podemos apuntar aquí tan sólo: cuando en un sistema unitario se sustituye en ocasiones la pena por una medida de seguridad, se hace, por un lado, en la convicción de que también la medida tiene carácter punitivo, ya que implica molestias y, por lo mismo, cumple a la vez la función de pena, y por otra parte, para conseguir

(44) *Internationales Colloquium über Kriminologie und Strafrechtsreform*. Editado por JESCHECK y WUERTENBERGER. Friburgo de Brisgovia, 1958, pg. 93.

(45) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 71 [1959] 111.

(46) *The Protective Code. A. Swedish Proposal*. Estocolmo, 1957, pg. 27.

(47) *Colloquium*, pg. 44. Igualmente negativa es la posición del Equipo de trabajo de juristas socialdemócratas en Alemania, en relación a las propuestas de BAUER (*Das Verbrechen und die Gesellschaft*. Munich, 1957), orientadas conforme al superado positivismo italiano inicial. (Cf. *Die grosse Strafrechtsreform Arbeitstagung sozialdemokratischer Juristen*. Bonn, 1954, espec. pg. 39 s., 48 s. y 57 s.)

una reacción más decidida ante el delito. Pero la sustitución de la pena por medidas especiales es tan sólo para determinados grupos de personas, que podrían comprenderse en los delincuentes juveniles, los anormales *lato sensu* y los delincuentes por tendencia. En Europa no habla ya nadie en serio de una total supresión de la pena. Por lo demás, el planteamiento de la cuestión respecto a pena y medida de seguridad, es completamente distinto al del de la responsabilidad. Una Criminología que vea en el delito el producto fatal de constitución y medio, tiene que negar la responsabilidad del hombre y con ello la culpabilidad y, por lo mismo, el auténtico Derecho penal. Aquí no cabe más que una de las alternativas.

Completamente diversa es la problemática de las medidas de seguridad. El que pide la implantación de las medidas no niega por ello la licitud de la pena. Medidas y penas no se excluyen, sino que marchan paralelas e independientes, en buena lógica. Por ello es el sistema dual (penas y medidas), que actualmente rige en Alemania y se mantiene en el Proyecto, el más indicado. Pero en su aplicación se conjugan penas y medidas: la privación de la libertad debe tender a la prevención especial, como ya postulaba la escuela clásica. Y las medidas llevan en sí molestias mayores o menores, por lo que su aplicación debe deducirse de la pena a expiar. La consideración de estos influjos mutuos no implica en principio renuncia de ningún género a la idea de un Derecho penal punitivo, ya que en cualquier caso es necesario un compromiso entre las divergencias teóricas y las interacciones prácticas de pena y medida de seguridad. La dificultad sería de las medidas estriba en su justificación, cuando sobrepasan la longitud de la pena merecida. Pero esta cuestión se sale de nuestro tema.

VI

En conclusión se puede decir: La Criminología, en su tendencia hoy dominante, y en todo caso, rectamente entendida, no niega ni la culpabilidad auténtica ni la necesidad y licitud de un sistema penal punitivo. La respuesta a la pregunta inicial (*¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho penal?*) es, por tanto: *deja en pie el Derecho penal entero.*

B

Con esta respuesta se plantea la opuesta cuestión: *¿Qué deja en pie el Derecho penal de la Criminología?*

El problema se plantea tan sólo si para negar la tesis de que el delincuente es el producto *ineludible* de constitución y medio, se acepta la fórmula de LANGE, de que está ya superado el que hombre y delito sean producto de la constitución y el medio. Si en realidad se ha superado este planteamiento y no se le puede poner en consonancia con la decantada concepción antropológica moderna, entonces pasarían a:

ser pura escoria bibliotecas enteras de estudios criminológicos. Pues la investigación del influjo de constitución y medio ha sido siempre un problema central de la Criminología, sean las que fueren las premisas de que se parta. Si dicho estudio está superado, se plantea la cuestión de si la Criminología tiene aún razón de seguir existiendo, especialmente si dejamos el tratamiento del delincuente fuera del campo estricto de la Criminología.

I

Las anteriores consideraciones se basaban en el presupuesto de que el actuar del hombre y, por lo mismo, su delinquir, *no* son consecuencia *ineludible* de causas que haya que buscar en la constitución y el medio. Pero con esto no se niega —al menos todavía— que los factores que se derivan de la constitución y el medio no determinen *en algún grado* el actuar del hombre. Ambas cosas no son idénticas, como parece presuponer LANGE. El negar que un factor cause *ineludiblemente* una acción humana, no excluye admitir la causalidad de dicho factor, si la acción se pone de hecho. Hay que separar netamente ambas cuestiones: cuando a partir del concepto de causalidad se afirma que un factor es causal, se dice tan sólo negativamente, que al faltar dicho factor, también *falta* el resultado; pero no se afirma positivamente que, al *darse* dicho factor *tenga* que darse el resultado; pues el que éste se dé, depende de otros múltiples factores, entre los que puede contarse el libre albedrío (48). Sólo cuando el concepto de causalidad se restringe a un *monismo causal*, es cuando surge la nota de *inevitable*. Un buen número de las polémicas sobre la causalidad en el terreno de la Criminología se basan en que se escribe frecuentemente sobre los factores causales de un delincuente, sin precisar el concepto de causalidad que se presupone. Al hablar de los factores del delito, se puede partir del supuesto que se está en condiciones de enumerar *todas* las causas aisladas del delito (presuponiendo que tenemos un conocimiento suficiente de ellas), y de indicar los factores que *ineludiblemente* producen el acto. Pero también se puede escribir sobre ellos *sólo en sentido* de que son presupuestos necesarios del delito, ya que *sin* dichos factores *no* se hubiese cometido este delito concreto. En el primer caso el hecho es la consecuencia necesaria de los factores causales; en el segundo, los factores son el presupuesto necesario del hecho delictivo. Pero esta última hipótesis no prejuzga la cuestión de la libertad humana. La separación neta entre la afirmación de que un factor es causa y la de que tenga que causar ineludiblemente su efecto, es tanto más necesaria cuanto que precisamente es aquí, y sólo aquí, donde se inserta el libre albedrío según la concepción moderna del hombre.

(48) La autora maneja en el artículo el concepto amplio de *causa*, corriente en el Derecho Penal, que incluye el concepto de causa y el de condición en el sentido filosófico.

II

Nuestra cuestión, por tanto, es la siguiente: ¿Tienen las acciones humanas su causa en los factores constitucionales y ambientales? La respuesta a dicha pregunta implica el análisis de la gestación de la acción. Pero este análisis tan sólo podemos insinuarlo aquí, y tampoco es necesario más, sobre todo porque en el punto clave para nosotros se da conformidad entre los psicólogos.

En el punto de partida de toda acción humana se dan vivencias tendenciales, cuyo origen pueden ser tanto los factores endógenos como los exógenos. Algunos autores antiguos identificaban la volición con dichas vivencias tendenciales endotimas, pero hoy se parte del supuesto de que la volición fenomenológicamente se diferencia, sin ningún género de duda, de la vivencia endotima, que en último término supone siempre ser impulsado (49). Según esta teoría, es la voluntad lo formal, unas "agujas", un instrumento director del rumbo. Ambas teorías, sin embargo, *coinciden* —y es lo que ahora nos importa— en que el punto de partida de todo acto humano es una vivencia tendencial, y que sin ella no puede darse acción (50). En la decisión a actuar no puede entrar nada que no se encontrase ya en las tendencias que impulsaban a la acción (obsérvese que el concepto de impulso no se puede restringir al de impulso pasional en el sentido vulgar, sino que hay que entenderlo como atracción o como pugna hacia algo). Esta vivencia tendencial, enraizada en la constitución y el medio, es, por tanto, la *conditio sine qua non* del acto humano y, por ello, del delito. Las tendencias —que no son controlables de modo inmediato en su nacimiento (51)— se realizan, caso que se llegue al delito; pero normalmente cabe reprimirlas por la puesta en juego de la capacidad, que

(49) Cf. en relación a esta corriente PHILIP LERSCH, *Aufbau der Person*. 7 ed. Munich, 1956, pg. 428 s. Por lo mismo es inadecuada la afirmación de NASS. No se da, "conforme al estado actual de la investigación antropológica, ni la voluntad libre ni no libre [...]. *El cliché imaginativo de la voluntad no es sostenible ya, conforme a la antropología*" (*Der Mensch und die Kriminalität*. Tomo II. Colonia, 1961, pg. 39. Subrayado de la autora).

(50) PHILIP LERSCH, o. c., pg. 429 s.; WILLIAM STERN, *Allgemeine Psychologie*. 2 ed. La Haya, 1950, pg. 558, 560, 580. GEORG ANSCHUETZ, *Psychologie*. Hamburgo, 1953, pg. 327 s.; WILHELM JOSEF REVERS, en el *Handbuch der Psychologie*, editado por von DAVID y ROSA KATZ. 2 ed. Basilea, pg. 218; HEINZ REMPLEIN, *Psychologie der Persönlichkeit*. 2 ed. Munich, 1956, pg. 284; KURT SCHNEIDER, *Klinische Psychopathologie*. 4 ed. Stuttgart, 1955, pg. 180 s. No se debe confundir esta cuestión con la de si dan acciones inmotivadas, como a veces se afirma; cf. a este propósito HEINZ-ROLF LUECKERT, *Konfliktpsychologie*. Munich, 1957, pg. 136 ss. La motivación busca las relaciones intencionales de la acción; aun cuando éstas no se diesen (o quizá no sean realizables), la acción nace de las tendencias, esto es, de un estado de sentirse llevado o impulsado a algo.

(51) Lo que WELZEL llama *Antriebssteuerung* (orientación activa de las tendencias *Das neue Bild des Strafrechts*, 4 ed. Gotinga, 1961, pg. 48), es otra cosa. WELZEL entiende bajo este concepto el proceso de tomar postura ante las tendencias ya en marcha, esto es un proceso que se da *después* de que las tendencias han surgido ya.

tenemos, de decidirnos conforme al orden jurídico. También el delito, como toda acción, es producto de las tendencias en que se basa, y por ello de factores causales, como expresamente subraya WELZEL (52). Ciertamente el hombre no queda a merced de estas tendencias, que bullen en él, ya que tiene la capacidad de liberarse de ellas y de reprimirlas, dentro de ciertas fronteras. Y precisamente éste es el fenómeno que fundamenta la responsabilidad de la acción y posibilita el reproche de culpabilidad, cuyo contenido es precisamente el haberse dejado aprisionar de las propias tendencias. Si uno no se libera de dichas tendencias, se desenvuelve la acción, el delito, conforme al contenido de las vivencias tendenciales, nacidas de la constitución y el medio (53).

Contra esto, y en concreto contra la opinión de WELZEL, objeta LANGE que se trabaja con diversas concepciones del hombre en Criminología y en Derecho penal (54). Pero no hay nada de esto. Lo único que sucede es que la investigación de las tendencias es sólo una cara de la concepción del hombre, precisamente la que ocupa a la Criminología; mientras que en la otra cara de dicha concepción —en la responsabilidad humana— es en donde se fundamenta el Derecho penal, y especialmente la teoría de la culpabilidad.

LANGE objeta también que al explicar el delito por las tendencias tan sólo se explican los delitos tendenciales, y con ello, un pequeño sector de la Criminología (55). Pero con ello se falsea el concepto psicológico de tendencia. Al hablar de tendencia no se trata tan sólo de los impulsos pasionales, que desencadenan ciertos delitos afectivos, ya que la estafa más fría y planeada reposa sobre tendencias (56). Si LANGE quiere negar en serio el que toda acción humana nace de tendencias, negaría con ello la base de esa Antropología, de la que dice toma su concepto moderno del hombre.

Otra objeción de LANGE coincide con los argumentos que esgrime NASS —partidario del monismo determinista-causal y, en la teoría del delito, del naturalismo biológico— contra WELZEL (57): al afirmar que el autor de un delito fué presa de sus tendencias, y que ellas fueron la causa precisamente porque él no se liberó de ellas, se afirma, “que tan sólo se da la libertad en el campo de los valores éticos. Si el libre albedrío es la libertad de coacción causal, y la voluntad mala es la dependencia causal respecto a una tendencia contraria a los valores, habría que decir que la voluntad buena es independiente de la

(52) *Lehrbuch*. Berlín, 1960, pg. 131. [La traducción de FONTAN BALESTRA es de edición tan temprana que apenas corresponde a la disposición de la actual, y frecuentemente tampoco al estado actual de la teoría finalista. Por ello es más recomendable orientarse por la traducción de CEREZO del *Das neue Bild*, a punto de aparecer, ya que esta obra es fundamentalmente una separata del *Lehrbuch*, en los capítulos dedicados a la teoría general del delito. N. del T.]

(53) Cf. WELZEL, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 60 [1948] 456 s.

(54) En el *Handbuch der Neurosenlehre*. Tomo V, Munich, 1961, pg. 453.

(55) L. c.

(56) Cf. *supra*.

(57) Cf. o. c. Tomo I, pg. 21 ss.

causalidad, y la mala, dependiente [...]. Cuando alguien quiere un fin, que juzga *él* que es *valor*, no podemos hacer depender la libertad de dicho acto de que dicho fin sea un valor *objetivo*" (58).

Antes de examinar la objeción, conviene poner en claro los conceptos de *valor* y de *disvalor*. Toda tendencia se dirige hacia *algún* valor, aun cuando sea tan bajo como placer, satisfacción, comodidad, etc. "El fin es aquello hacia donde se orienta una vivencia tendencial. Siempre que dicho fin sea un objeto o un estado, es decir, siempre que su consecución sea la satisfacción de una necesidad, representa un valor. Impulsos y tendencias en este aspecto tienen siempre una orientación valorativa" (59). Vista así la cosa, no existe tendencia hacia un disvalor y, por lo mismo, no cabría divergencia entre la valoración *objetiva* y la del *individuo* concreto. Tampoco se suprime la orientación hacia un valor por el mero hecho de que la realización del fin buscado vulnere otros valores más altos. El disvalor de un impulso dado—por ejemplo, el hurto—no depende del goce o de la comodidad en cuanto tales, sino del modo de ponerse en práctica. La tendencia es disvalor por el hecho de que su realización implica la vulneración de otros valores más elevados. La disvalorización hay que deducirla de la *situación concreta* en que se produce el acto. Y de tales disvalores, así entendidos, es de los que tiene que liberarse el autor al orientarse conforme a la ordenación jurídica.

Cuando la situación tendencial en el que se dispone a actuar es tal que en el campo de fuerzas de sus diversas tendencias (lucha de impulsos) es la negativa (esto es, la que tiende a satisfacer el impulso por medio de la violación de valores de orden superior) la más intensa y, por tanto, la predominante y la que se impondría, es cuando es necesario liberarse de dicha tendencia y orientarse conforme al orden jurídico y ético. Pero en el caso de que en el campo de fuerzas tendenciales se da ya la orientación a actuar conforme a la norma, no es menester al menos desde el punto de vista de la consecuencia externa—este acto de autoorientación, ya que las tendencias se impondrían (60) en todo caso. *Tanto* el acto-valor como el acto-disvalor pueden quedar "aprisionados por la tendencia" (esto es, seguir inmediatamente la tendencia más fuerte; pues, como vimos, no se da acto alguno sin tendencia). Por tanto, es falso lo que afirma NASS, que la tesis de WELZEL significa que la voluntad buena es "independiente de la causalidad", y la mala "dependiente de la causalidad". (Terminológicamente, son desgraciadas dichas formulaciones: pues presupuesto necesario de *toda* acción es la existencia de tendencias, y en tal sentido *toda* acción es "dependiente de la causalidad" de sus tendencias.) ; WELZEL

(58) NASS, o. c. Tomo I, pg. 38. Subrayado de la autora.

(59) LERSCH, o. c., pg. 95.

(60) Por ello apunta v. WEBER, con razón, que hay dos caminos de combatir el delito: la determinación puramente causal del delincuente potencial, en el que se trate de modificar las tendencias por el miedo a la pena; y la orientación hacia los valores comunitarios, por los que pueda decidirse el delincuente potencial en contra de sus tendencias negativas.

no ha afirmado nunca que *toda* acción buena suponga un acto "libre", en el sentido de liberado de tendencias! Esto vale tan sólo para los actos buenos, en que las tendencias-disvalor predominan en su campo de fuerzas pático-vivenciales, y, por lo mismo, el poner dicho acto bueno requiere liberarse de ellas (61).

III

Con esto queda asentado, en la cuestión de la dependencia del delito respecto a la constitución y el medio, que estos factores son objeto legítimo de la investigación criminológica, incluso para la llamada concepción moderna del hombre, y precisamente para ella. Ciertamente que el planteamiento del problema se ha desplazado ligeramente: ya no se puede preguntar qué factores criminógenos son los que *necesariamente* desencadenan un delito determinado en un sujeto dado, sino que hay que investigar cuáles son las vivencias tendenciales, desencadenadas por la constitución y el medio, que llevarán a un delito, caso de que el interfecto no se libere de ellas por un acto de autoorientación, conforme al orden jurídico.

Con estas consideraciones se da respuesta a la segunda pregunta que nos planteamos: del mismo modo que la Criminología no hace superfluas en absoluto ni la culpabilidad ni el castigo, así tampoco prescinde de la Criminología un Derecho penal de culpabilidad (62). La constitución y el medio siguen siendo objeto de la Criminología, aunque cierto que no el único, ni quizá el más importante. Pues no podemos olvidar el estudio del tratamiento del delincuente. Y precisamente esta última rama adquiere relieve especial con las teorías antropológicas, que tienen que ser respetadas tanto por el Derecho penal como por la Criminología: más que nunca hay que investigar ahora por qué caminos se puede desarrollar y fortalecer la capacidad que tiene el hombre para autoorientarse hacia los valores jurídicos.

Si queremos caracterizar una Criminología así entendida, con una frase, no deberíamos aplicarle la divisa tantas veces citada: "Curar en vez de castigar", sino el título del libro-homenaje al holandés Muller: "Straffen en Helpen" (63): "Castigar y ayudar".

(61) En esta fórmula queda sin responder, si el delito es determinado del todo causalmente porque las tendencias se imponen (así, WELZEL, l. c.) o si, por el contrario, la tendencia puede también determinar valorativamente, ya que en toda tendencia se dan orientaciones valorativas (determinación intencional o valorativa a diferencia de la causal) y, por lo mismo, también el acto malo es *meramente* y de modo necesario tan sólo el producto de factores causales. También queda sin responder la relación entre la "determinación intencional" y la libertad. Pero todo esto no es esencial aquí. Lo fundamental es que las tendencias son *conditio sine qua non* del delito y, por lo mismo, causales respecto al acto delictivo.

(62) En este mismo sentido, v. WEBER, *Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe*. Stuttgart, 1961, pg. 26.

(63) Amsterdam. y Amberes, 1954.