

La criminología y el Juez penal

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

Magistrado del Tribunal Supremo
Director de la Escuela Judicial

«NUEVA VIDA» DE LA CRIMINOLOGÍA

Asistimos a una «nueva vida» de la Criminología, subsiguiente al visible debilitamiento de su influencia durante la época inmediatamente precedente, señoreada por la entonces preponderante dirección dogmático-jurídica que, en desquite, a su vez, de pasadas arrogancias de la concepción criminológica o, más exactamente, sociológica, absorbente, de FERRI —invasora del recinto del Derecho penal y motejada en nuestros días de «imperialista» por el criminólogo PINATEL— venía confinando o tratando de confinar a las disciplinas extrajurídicas del crimen en el circunscrito marco de las Cátedras de Medicina Legal y Psiquiatría de las Facultades de Medicina, en Centros de especialización profesional tales como Institutos clínicos o Escuelas de Policía o Penitenciarias, o las acogía, en ocasiones, con rango visiblemente secundario, en los mismos Centros de predominio dogmático-jurídico. Esto fue lo que ocurrió en el fenecido Instituto de Estudios Penales, de Madrid, en el que —según ha evocado quien fue su fundador y Director, Profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, en el tomo IV de *El criminalista*, aparecido en 1944, y consta por directa experiencia al Profesor DEL ROSAL y a quien esto escribe— funcionaron, paralelamente a las Cátedras jurídico-penales, otras criminologías, cuales eran la de Criminología en sentido estricto, desempeñada por BERNALDO DE QUIRÓS, y las de Psicopatología e Identificación y Técnica Policial, al respectivo cargo del doctor SACRISTÁN (sustituido por ABAUNZA) y del comisario MORA RUIZ.

La reacción dogmático-jurídica fue eminentemente europea y aún continental, y así, aquella crisis de la Criminología no alcanzó a los Estados Unidos de América del Norte —con figuras como la de SELLIN, en la Universidad de Pensilvania— ni siquiera con apreciable intensidad a Iberoamérica, más permeable siempre a las corrientes intelectuales de Europa. En tanto que en la propia Italia, los fuegos de la dedicación criminológica no se apagaron por completo, y ello no ya sólo en las revistas del Positivismo o Neopositivismo, sino en Centros como la Universidad Católica del Sagrado

Corazón, de Milán, con el Padre GEMELLI, y la Escuela Superior de Policía de Roma, dirigida allá en los años treinta por el veterano positivista OTTOLENGHI, a quien prestaba su colaboración, como adjunto, el entonces joven profesor BENIGNO DI TULLIO, portaestandarte actual de la moderna Criminología clínica.

Dentro de estas alternativas pendulares, la presente recuperación de posiciones por parte de la Criminología es bien patente.

LA CRIMINOLOGÍA Y LA UNESCO

Viene contribuyendo, con sus poderosos medios, al actual auge de los estudios criminológicos el vigoroso impulso prestado a estos fines por la UNESCO que, con la cooperación de la Sociedad Internacional de Criminología, preconiza la creación de Institutos dedicados a la investigación y enseñanza de esta disciplina, anejos a las Universidades, semejantes en lo esencial al logrado Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, específicamente encargado de la formación y del perfeccionamiento, a nivel universitario, de nuestros criminólogos, exclusivamente remitidos, hasta ahora, en España, a otros Centros específicos formativos, como las Escuelas Profesionales de Policía y Penitenciaria, de tradicional solera en sus respectivos ámbitos, a los que podrían añadirse el Centro de Instrucción de la Guardia Civil y la Academia de Oficiales del mismo Cuerpo, creada en época más reciente. Ello aparte de la prestigiosa Escuela de Medicina Legal, consultada en casos de dificultad reconocida en procesos penales, incluso en materia criminalística; compartida esta última función consultiva con el Servicio de Identificación de la Dirección General de Seguridad.

COEXISTENCIA

Es manifiesto en la actualidad un auténtico clima de «coexistencia pacífica» entre la Criminología y el Derecho penal, incluso en cuanto al *punto crucial de la imputabilidad*, registrado con complacencia por juspenalistas y criminólogos relevantes, entre otros, la doctora HILDE KAUFMANN, profesora de Derecho penal en la Universidad de Bonn y Directora del Instituto de Criminología adscrito a la Universidad referida. En lección inaugural del Curso de 1961, en el mentado Instituto, la doctora KAUFFMAN no duda en compaginar la fidelidad a las ciencias explicativas del mecanismo causal del fenómeno criminoso con el respeto al principio liberoarbitrista en que se asienta la responsabilidad del ser humano normal e inserto en la vida social, ante su conciencia y ante la ley. Camino de entendimiento en el que preceden o acompañan a la citada profesora numerosos y esclarecidos criminólogos, entre ellos los de la llamada Escuela de Utrecht, en la que figura POMPE —para

quien «el crimen, en el cabal sentido de la palabra, pertenece al reino de la libertad, en tanto que la pobreza y la enfermedad forman parte del de la fatalidad»— y autoridades científicas germanas de la importancia de SEELING, EXNER, GRÜHLE y SAUER, que abundan en idéntico criterio conciliador. WEBER subraya la falacia de la trasposición de las categorías de la Ciencia natural a los procesos anímicos, «pues si bien la *constitución* y el *medio* determinan en gran medida la conducta, *es la libertad humana la que decide*, y en ella reposa la diferencia decisiva entre hombre y animal, como la Ciencia moderna proclama cada vez más abiertamente». VASALLI, en Italia, constata igualmente que *la actual Criminología no niega el libre albedrío, que sirve de base al juicio de culpabilidad*. Y, dentro del nuevo Movimiento de Defensa Social, tan ligado a la Criminología, su ala moderada, representada por MARC ANCEL, GRAVEN y PINATEL, parte, para la aplicación de su criterio, de la libertad del individuo o, en último caso, trata de devolvérsela; llegando a decir MARC ANCEL que «esta Defensa Social nueva postula filosóficamente el libre arbitrio».

LANCE niega la identidad entre los *factores criminógenos* cuyo valor causal es investigado y denunciado por la Criminología, cifrados en la constitución individual y en el medio —«el hombre y su circunstancia», de nuestro filósofo— y el *fatalismo* ineluctable de estos mismos factores: «Negar que un factor sea causa ineludible de una acción humana, no excluye la admisión de la eficacia causal de dicho factor, sino que hay que separar netamente ambas cuestiones: Cuando, partiendo del concepto de causalidad, se afirma que un factor es causa, tan sólo se asevera, *negativamente*, que al *faltar* dicho factor, también *falt*a el resultado, *pero no se afirma positivamente*, a la inversa, que al *darse* dicho factor, tenga necesariamente que *darse* el resultado, pues el que éste se dé, depende de otros múltiples factores, entre los que puede contarse el *libre albedrío*. Y sólo cuando el concepto de causalidad se restringe a un «*monismo causal*», es cuando surge la nota de «*inevitable*».

El vital dilema de BURIDÁN aplicado a un hombre, con las comprensibles diferencias en cuanto a la naturaleza del nutritivo estímulo, no desembocaría, en modo alguno, en la muerte por inanición del perplejo solicitado. El «*porque sí*» o el «*porque quiero*», como «*ultima ratio*», late siempre en el fondo de la naturaleza humana.

Como reiteradamente se ha dicho, las predicciones obtenibles de enseñanzas estadísticas —además, tan frágiles siempre, por tantas y tan conocidas razones— podrán vaticinarnos, a lo sumo, *cuantos* individuos, aproximadamente, delinquirán, en determinado período y territorio, pero no *quiénes*. Ni *tendencia* —reprimible, con más o menos esfuerzo— es igual a *fatalidad*, ni la gestación de las acciones humanas responde a «*sinos*» fatales, como en la Tragedia griega, ni tal pretende la actual Criminología, alejada ya de las radicales concepciones que veían en el libre albedrío un mero espejismo, ilusorio.

ASPECTOS DE LA CRIMINOLOGÍA, CON REFERENCIA A LA JUSTICIA PENAL

Ahora bien, siempre que se habla de Criminología y de su trascendencia en el área penal —como tema de relevante interés judicial— conviene que nos atengamos en todo momento a una fundamental distinción, de sumo valor, por tanto, para nuestras presentes reflexiones, entre *dos acepciones o aspectos* de esta disciplina: *Criminología considerada en sí misma*, como conjunto o sistema de conocimientos heterogéneos de orden explicativo-causal sobre la criminalidad y sobre la personalidad y motivación de los delincentes o antisociales propensos al crimen y, de otra parte, su *proyección sobre el plano penal*, esto es, lo que pudiéramos llamar *Criminología aplicada o impacto criminológico* en la legislación y en la *Justicia* punitivas, sensibles al *trasfondo* de la mentalidad criminológica dominante; o lo que es lo mismo, su traducción en *criterio rector* o *idea-fuerza* influyente sobre el *tono político-criminal*. Este último aspecto, relativo a las *secuelas político-criminales de la Criminología*, es el verdaderamente polémico, hondamente trascendente a la vida judicial.

Importa no perder de vista, por razones de cautela, el fácil *riesgo de fascinación*, por la que logran con frecuencia ser tenidos por axiomas criminológicos opiniones contingentes o insuficientemente contrastadas, que no son, en realidad, sino pareceres o proposiciones —rotundamente emitidos, eso sí— por el grupo o personalidad más representativos en un momento determinado.

LIMITACIONES

Anticipando ideas que, después, irán siendo precisadas en su lugar más oportuno, cabe observar, en un orden pragmático, que esta disciplina o conjunto de disciplinas afines, cuyo escurridizo concepto vengo dando por sobreentendido, no puede erigirse, en el terreno político-criminal, en proveedora de seguras panaceas, valederas, incluso, en difíciles eventualidades de las que reclaman a ojos vistas realistas y enérgicas actitudes represivas de índole tradicional y apremiante urgencia, capaces de atender útilmente a la prevención general mediante la coacción psíquica, seriamente disuasoria; eventos nada escasos en la historia criminal de los diversos países y, desde luego, en la nuestra, en los que es explicable no pueda esperarse de la Criminología ni de sus *trasuntos penales* remedios defensivos eficaces a plazo prudencial ni, probablemente, nada que no sea una explicación científica, *a posteriori*, del fenómeno y de sus desenlaces, logrado éste, muy posiblemente, fuera de las típicas pautas criminológicas.

Al margen de la perenne cuestión acerca de si, en el orden de la prevención general, el mejor freno contra el delito es la *dureza* de la pena conminada por los Códigos o más bien la *certeza* de la inflicción de *alguna* pena, aunque fuere más benigna, garantizada por una eficaz Policía capaz de asegurar el descubrimiento y la

aprehensión del infractor con rigurosa efectividad —opción entre lo aleatorio «caro» y lo ineludible «módico»— o acaso ambas conjuntamente, rigor y seguridad, lo que no ofrece duda es que tanto el legislador como el juez, el investigador policial y el penitenciarista, habrán de contar, *no ya como oráculo pero sí como valiosísima orientación*, con la Ciencia criminológica, ya que, en otro caso, el Derecho penal sería glacial álgebra jurídica y la Política criminal rutinario terrorismo punitivo. Pero sin que lo que debe ser guía orientadora se traduzca en «dictadura criminológica», desnaturalizadora del Derecho penal como disciplina objetiva y atendida a un ordenamiento positivo, iluminado por el Derecho natural.

En cualquier caso, por bien que todo vaya, con Criminología o sin ella —y sin que por esto deba cederse al desaliento— como eco de la afirmación evangélica de pervivencia de pobreza sobre la Tierra, seguirá pesando también sobre las sociedades humanas el triste augurio, a lo sumo mitigable, de que *siempre habrá delincuentes entre nosotros*. El decrecimiento contemporáneo de la inveterada criminalidad dolosa en sus más toscas y primitivas manifestaciones —observada en su día por NICEFORO, dentro de su tesis evolucionista— responde a cambios favorables de estructuras y de conceptos sociales de base, de carácter cultural y económico o, dicho en otros términos, a razones de desarrollo, sin que, en justicia, pueda esto ser abonado en el activo de la Criminología, como su logro propio y, mucho menos, exclusivo.

CRIMINOLOGÍA Y POSITIVISMO

Concebida la Criminología bien como ciencia unitaria bien como amalgama de ciencias, técnicas o datos, sin unidad interna, muestra, con todos sus méritos y deméritos, la impronta del Positivismo que le dio vida y supo fijar su actual nombre con GARÓFALO, quien vino a conjugar en su *Criminología* (1885), las dos grandes corrientes, unilaterales, positivistas, asentadas ambas sobre base experimental, más o menos depurada: La dirección antropológica de LOMBROSO y la sociológica de FERRI, conciliando así la doble influencia de las fuerzas *endógena* y *exógena* en la incubación del delito, estimado éste —al modo positivista— como mero *indicio* o síntoma de la *temibilidad* de su autor, que será, según esto, sancionado en atención y adecuación a dicha «temibilidad», antecesora en línea recta de la «peligrosidad» moderna, *más que por lo que ha hecho, por lo que es*, abriendo con ello la puerta a las *medidas de seguridad predelictuales*, pues, como ya en nuestra época observa MEZGER, llamando la atención sobre las últimas consecuencias de la concepción positivistas de la criminalidad, encarnada en el «*criminal nato*», ostensible, de LOMBROSO, necesitado de segregación preventiva, «no esperamos para defendernos del tigre a que haya matado a un hombre»; simil, por los demás, impregnado de poco grato materialismo.

Nacida la Criminología de la *Medicina*, en la que ya venía ad-

virtiéndose que «no hay enfermedades sino enfermos», como tópico traducible al maximario penal en el postulado de que «no hay delitos sino delincuentes», contiene un hábito individualista que la impulsa a promover con ardor el conocimiento del *sujeto vivo y efectivo*, el hombre «de carne y hueso», con sus tendencias y complejos motivadores, para definir y graduar su responsabilidad y decidir, cualitativa y cuantitativamente, la sanción adecuada.

PESONALIDAD DEL REO

Son proverbiales —y también hiperbólicas— dentro del Pragmatismo criminológico español, las encendidas imprecaciones de SALDAÑA, repletas de erudición y de brío combativo, contra el desconocimiento por parte de la Justicia penal de la auténtica personalidad humana, y aún *intimidad* del hombre a quien juzga; sin plantearse, a su vez, nuestro penalista, el problema y la contraobjeción de si sería lícito a los Jueces entrar a conocer de esa intimidad, ya que si les está, por ejemplo, vedado el empleo del narcot análisis es, muy principalmente, porque tal uso conduciría a la violación de las conciencias en su fondo y en su global conjunto, sustraídas a los poderes de inquisición y a la curiosidad —por bien-intencionada y benéfica que sea— de los humanos Tribunales de Justicia.

Toda posición polémica comporta su riesgo de exageración y es verdad, ya olvidada de puro sabida, la de ser siempre más fácil criticar que aportar soluciones válidas y viables para subsanar los defectos censurados. Las enunciadas tachas de superficialidad y teatralidad en el enjuiciamiento tienen su fondo cierto, pero ni los remedios sugeridos son nada sencillos de poner en práctica ni sería demasiado ilógico pensar que si así viene juzgándose siempre y en todas partes —sin convertir al Foro penal en confesionario o en clínica— bien pudiera obedecer a no ser, en verdad, posible hacerlo de otro modo. Lo que no obsta para esforzarse en incrementar, dentro de lo asequible, un mejor conocimiento del imputado y de su medio ambiente o mundo circundante («milieu»), investigable con especial cuidado en los casos más graves y también en los que susciten razonables sospechas de anomalías en la manera de ser del justiciable, mediante un documentado *informe de personalidad*, que podría faltar, por superfluo, o hacerse mucho más simple y sucinto, en los restantes casos. Informes útiles para la concreción judicial de la imputabilidad y, en su caso, de la culpabilidad del sujeto, en cuanto a lo que MEZGER, como penalista, denomina *partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad*, a cuyo conocimiento viene proveyéndose, por lo general, hasta ahora, en medida no siempre suficiente, mediante el *certificado de antecedentes penales* y el *informe gubernativo de conducta* que, en unión de la partida de nacimiento, se aporta a los autos.

Bien puede comprenderse que si la propia familia del imputado, a lo largo de una convivencia de toda la vida, podrá no llegar

nunca, como tan frecuentemente ocurre, al verdadero *fondo animico* de su deudo, más impenetrable todavía será para los juzgadores esta indagación, por prolongado y reposado que fuese su contacto con el justificable y por detallados, solventes y sagaces que pudieran ser los «tests» de contraste y las pruebas psicoanalíticas a que se le sometiera. Y es, también, más que probable que si al Abogado defensor se le propusiera la idea de una larga conversación, a solas, de su defendido con el Ponente del Tribunal llamado a juzgarle, a fines de un mejor conocimiento de aquél, rechazaría escandalizado, en nombre de las libertades individuales, este oficioso intento de *calar* en la conciencia del acusado.

CRIMINOLOGÍA Y NORMA JURÍDICA

MEZGUER ha entendido bien —dada su señera posición científica, a doble vertiente, criminológica y jurídica— que *no todo en el campo penal es criminología* y que si la *criminalidad* supone una *parcela fenoménica que ha sido objeto de una delimitación normativa*, precisa, ciertamente, el conocimiento de este objeto en sí mismo y en su ambiente, ya que de no ser así, no sería posible, a la larga, una función reguladora adecuada a la índole de la cosa y en armonía con la realidad misma, y que una investigación positiva de la delincuencia no puede ser concebida sino sobre base científico-causal biológica, psicológica y psicopatológica, y no simplemente intuitiva; pero sin posponer por ello el aspecto netamente jurídico que a lo normativo corresponde. Hasta en aquellas zonas que más inmunes parecen a los principios tradicionales del Derecho punitivo, como es el estado peligroso, con sus consiguientes medidas de seguridad, no dejan de regir y observarse reglas jurídicas limitativas y garantizadoras, en lo sustantivo y en lo procesal.

Es corriente achacar al juspenalista —y, más concretamente, al Juez y al Fiscal— cierta desgana y marcado escepticismo, mal disimulados, frente a la Criminología, posiblemente a veces por deficiente preparación básica y consiguiente falta de afición a las Ciencias naturales y a las técnicas estadísticas que sirven de asiento a aquella disciplina, pero acaso, también, por la *aleatoridad* y *provisionalidad* de las conclusiones criminológicas que, juntamente con la *carencia de unidad interna* y *sentido orgánico* de la cuestionada disciplina, constituyen el verdadero *talón de Aquiles* de esta Ciencia de la Criminalidad. Hay que reconocer que el jurista, aparte de adolecer, en efecto, de las apuntadas limitaciones de base, carece también, por lo general, de la vocación estadística y de la benedictina paciencia requeridas para la labor de «artesanía» que exige la Criminología general y, sobre todo, la Criminología clínica. Precisamente, la insolidaridad y la diversidad de origen y de aptitudes requeridas en quienes, procedentes de tan distintos campos, concurren al estudio y a la práctica de la Criminología explican, en gran parte, los obstáculos que se oponen a que la misma plasme, de todo, en Ciencia unitaria.

SECUELAS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA CRIMINOLOGÍA

El manifiesto recelo de los juristas frente a la Criminología afecta más a lo *aplicativo* que a lo *explicativo*; a la práctica que a la especulación. Responde decisivamente esta frialdad de los juspenalistas, sobre quienes pesa la responsabilidad de la lucha estatal contra el crimen, a las reconocidas *resonancias político-criminales y jurídico-penales* de la Criminología, cada vez más resueltamente pietistas, cuando no ingenuas y autópicas, cuya consideración motivó, bien recientemente, la seca diatriba del ministro francés de Justicia, M. FOYER, en discurso pronunciado en 28 de marzo de 1963, rechazada, en nombre de la «Nueva Defensa Social», por el dirigente de dicho Movimiento y Consejero de aquella Corte de Casación, M. MARC ANCEL. El referido Ministro Guardasellos ponía a cargo de la aludida tendencia la paternidad de un notorio debilitamiento de la represión, estimable como nocivo; censura que hay que entender dirigida no contra la Criminología, sino contra sus *consecuencias o concomitancias en el campo jurídico-penal*. En España, espíritu tan amplio y liberalmente humano como lo fue el del catedrático universitario y magistrado del Tribunal Supremo —función esta última que le sumerge de lleno en la realidad— ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, a cuyo entrañable recuerdo van dedicados este trabajo y este libro, no ha dejado de señalar, donosa y agudamente, según su personal estilo, análogos reparos que, por el extenso y consistente estado de opinión a que responden, han permitido hablar últimamente de un «canto del cisne» de la «Nueva Defensa Social», que ha venido sirviendo de tema de discusión en recientes números de la «Revue de Criminologie et Police Technique», de Ginebra, orientada, como Director técnico, por GRAVEN.

El puesto de la Criminología está junto al Derecho penal y sin confundirse con él, pero no sobre él ni en su lugar, suplantándole. Como con toda razón se ha dicho contra los excesos aplicativos de la psiquiatría forense, no es admisible nada que equivalga a una *psiquiatrización del Derecho penal*.

Campea, por lo general, en la nueva Criminología un inconfundible espíritu ultraliberal, cuando no de partido, más patente todavía en su *trasunto jurídico-penal* a que hemos venido refiriéndonos, individualista y benigno, probablemente como contrita resaca del duro período de violencias bélicas y postbélicas derivadas de la Segunda Guerra Mundial, judicialmente liquidada en Nüremberg y no ciertamente según patrones pietistas.

LISZT, pese a su genuina condición de jurista, y gran jurista, opinaba que la formación de los estudiantes de Derecho penal no debía limitarse al aspecto jurídico del delito y del procedimiento judicial que le concierne, sino que, para aplicar convenientemente el Derecho punitivo, es indispensable estar informado de los fenómenos de la vida que se hallan en la base de la abstracción jurídica. Además —seguida diciendo— debe atenderse menos en el De-

recho penal moderno a la *represión* que a la *resocialización* del delincuente, prestando suficiente atención, no ya al *acto* criminal, sino a su autor y tratando de *comprender* las particularidades individuales de este último, *con vistas a un tratamiento apropiado del malhechor*, que es lo que constituye la *Penología*.

Muchos años después, MEZGER —desde la altura de su ciencia y de su experiencia— escribe que «direcciones penales como la psicoanalítica y la individual psicológica, han formulado especiales teorías en el orden penal, en crudo contraste con el Derecho punitivo tradicional y que, congruentemente desenvueltas y llevadas a la práctica, supondrían su decadencia absoluta».

PRESUNCIÓN LEGAL DE INFALIBILIDAD DEL JUEZ

Es evidente que la Criminología, con todas sus innegables virtudes, necesita, sin embargo, cierta *humildad*. Verdad es que no menos la necesita el Derecho. Y la precisamos, igualmente, en grado socrático, los *Jueces*, obligados a saber tantas cosas, y lo que es más grave, ungidos —no podría decirse «favorecidos»— con el don abrumador de una *infalible sabiduría oficial*.

La *omnisciencia* nos viene impuesta, desde antes del juicio y para que la decisión no sea en ningún caso rehusada, por la terminante proscripción del *non liquet* consagrada en el artículo 6.º del Código civil, en armonía con el 375 del Código penal, que le sirve de cobertura sancionadora. Y, una vez firme la sentencia recaída, por la inmovible *presunción de verdad de la cosa juzgada*, tan pavorosa, por lo menos, para la conciencia del Juez como para el ánimo del justiciable. Las cargas legales y morales dimanantes de esta «presunción salomónica» son enormes, como lo es también la auto-exigencia de ponerse, en cuanto quepa, a la altura de esta sobrehumana, aunque necesaria, suposición de ciencia. En materia de *hechos probados*, tan influíbles por la Criminología, los poderes del juzgador, incluso el de primer grado —dados nuestro sistema procesal penal de instancia única, en el procedimiento ordinario, y la difícil impugnabilidad en casación de las declaraciones fácticas— son omnimodos y, con ello, enorme también su responsabilidad y, en consecuencia, imperiosa la necesidad de una ilustración máxima.

La realidad es que tanto la Criminología —equidistante, según algunos, entre la ciencia y la información— como el Derecho y como sus mismos aplicadores, sabemos todos más bien poco y, ante la realidad, nos vemos con frecuencia precisados a proceder por tanteo, pidiendo, mientras tanto, la luz a Quien es Luz increada. Pero el Derecho, por necesidad institucional y funcional de certeza, parece estar más seguro de sí y de sus dogmas milenarios que lo que lo está la Criminología respecto de sus recientes descubrimientos y postulados y muestra una mayestática firmeza que le ha permitido edificar todo un orden, incluso sobre algún cimien-

to poco firme, que el genio de GOETHE legitimaba, como es tan sabido, prefiriéndolo, en cualquier caso, a la inseguridad. Mal podría, por ejemplo, prescindir el ordenamiento jurídico-penal de la presunción *juris tantum* de voluntariedad de los actos humanos que consagra el segundo párrafo del artículo 1.º del Código penal y que, por lo demás, no responde a ninguna ficción sino a generalización, rebatible en concreto, de un testimonio de común experiencia.

OBJETIVIDAD JURÍDICA Y CRIMINOLOGÍA

Contra el rigor jurídico y con distinto grado de viveza según el sector de que se trate, reacciona la Criminología, mal avenida con los imperativos generalizadores y niveladores del Derecho; siendo así que las generalizaciones —siempre que no sean absurdas— son, después de todo, consustanciales con la norma, que supone siempre fijeza. El mismo buen sentido dicta que ni toda la vida penal es problema criminológico ni todo delincuente es caso clínico, de hospital y laboratorio, y que su tratamiento como tal, a toda costa, no conduciría de ordinario a nada razonable, sino a dilatar la ya lenta tramitación de los procesos para inquirir, acaso, entre otros datos psicológicos no más provechosos en el caso dado, la posible frecuencia del complejo de ADLER en todo atracador o en todo agresor de la Autoridad pública, con frutos explicativos de mera probabilidad, sin trascendencia judicial tangible y con más interés, como dato, para eventos futuros que para resolver en justicia el propio proceso debatido.

FINALISMO PENAL

Por otra parte, el pluralismo teleológico de la pena vuelve por sus fueros e insiste en que la resocialización o recuperación del delincuente, con ser un bello ideal, no es meta única de la Justicia punitiva, ya que, a más de la prevención especial, remedio de la reincidencia, habrá de operar la prevención general, mediante la conminación represiva, contra la criminalidad ocasional o primaria, como también la expiación retributiva. El buen criterio del Juez, apoyado en la ley vigente y afianzado por su humana y profesional experiencia y por el conocimiento del medio en que actúa, le preservará, de ordinario, de los riesgos anejos a visiones unilaterales que, reduciéndolo todo a un solo aspecto, importante pero no único, tienden a prescindir por completo de cuanto pueda guardar relación con la función conminatoria y desalentadora, de prevención general, de la pena, ya reconocida en términos tan categóricos y expresivos en las Sagradas Escrituras. Sin que sea posible, tampoco, hacer caso omiso de la conciencia jurídica social, para la que, aparte de otras consideraciones de justicia intrínseca, retri-

bucionista, sigue significando algo la función satisfactiva y apaciguadora del castigo, susceptible, cuando no es irrisorio, de aplacar el resentimiento y garantizar la resignación del grupo familiar o social más directamente afectado por el delito, particularmente si éste ha incidido en bienes tan preciados como la vida, la honestidad o el honor. Más que difícil, sería imposible dejar convencida a la familia del asesinado o de la violada, o a ésta misma, de que la verdadera víctima del crimen es el propio asesino o forzador y de la única —o, por lo menos, la principal— finalidad de la Justicia penal no otra que la dudosa resocialización del ofensor, invirtiendo, además, a tal fin, sumas que, en opinión de los damnificados y de la colectividad en su conjunto, mejor podrían ser dedicadas a la reparación del delito.

En la Justicia penal, hay puesto y misión importante para todos y no sólo para el jurista a secas; pero el dominio del proceso y la conjunta y definitiva valoración de cada caso es atribución y responsabilidad privativa del juzgador, concedor de la Criminología, pero no obediente mandatario suyo o, más exactamente, de su corriente dominante a la sazón, constreñido a actuar al dictado de sus circunstanciales portavoces. Sin desconocer que hay que saber lo mejor posible, y no ya formulariamente, la Criminología y contar razonablemente con ella, y que la utopía de ayer pasa a ser muchas veces la realidad de hoy o de mañana, tampoco hay que olvidar que no siempre ocurre así y que respeto no equivale a idolatría.

Temas de positivo y actualísimo interés para éste o para cualquier otro curso criminológico, bien pudieran ser, entre otros, a más de la ya tan decantada Tipología criminal, el de la delincuencia e inadaptación juvenil, el examen diferencial del crimen utilitario y del «gratuito»; de la Criminología de la circulación viaria; de las repercusiones de los postulados criminológicos en los modernos textos legales, como, por ejemplo, en el novísimo Código procesal penal francés, con su informe de personalidad del imputado (art. 81), y tantos más. El Código penal sueco, de 1962, vigente desde 1965, denota claras influencias de la nueva Criminología.

Entre los temas acabados de aludir, encierra superlativa importancia, en nuestra época de motorización —en que el volumen de procesos penales por delitos de circulación va constituyendo mayoría, en España—, la que podría ser denominada «Criminología del Tráfico», estudiada últimamente con singular atención por sectores jurídico-criminológicos dedicados a esta rama especial, en que figuran, entre tantos otros, VOLF MIDDENDOR y BOCKELMANN, en Alemania, los agrupados en el Instituto de Módena, en Italia, y, en España, el P. BERISTAIN y otros penalistas, cuales son los implicados en las tareas de la Revista de Derecho de Circulación, contestes todos ellos en cuanto a su interés en un mejor conocimiento de los factores etiológicos de esta peculiar delincuencia de nuestro tiempo, tanto los de índole sociológica como los referentes a la

psicología del conductor, cuya alertada agresividad aneja a su sensación de poder viene traduciéndose en peligrosidad digna de consideración, que suele hacer del conductor automovilista, con excesiva frecuencia, verdadero centauro moderno, cuya contención exigiría fuerzas superiores a las que contra Neso empleó Hércules.

LOS ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS Y LOS JUECES

Se trata, como dice MEZGER, de concepciones precisamente determinadas sobre la esencia efectiva del delito y del delincuente, por lo que el jurista no puede permanecer ajeno a todo ello y abandonar resignadamente la total investigación psicológico-criminal a especialistas, ya que la resultante político-criminal influye de manera terminante en la interpretación y aplicación de la ley. Esto obliga al Juez y al juspenalista, en general, a familiarizarse con los resultados, la técnica y aún la terminología de esta investigación, llevada a cabo en los más varios terrenos contiguos; máxime si se considera que entra en juego nada menos que el *problema-clave* de la *imputabilidad jurídico-penal* y que habrá de tomar posición en el proceso frente a los dispares dictámenes de los peritos e interpretar sus tesis y datos, sin plegarse sistemáticamente a sus conclusiones. Lo dramático para el Juez es que, como *peritus peritorum*, y con la amplísima potestad apreciativa que le confiere el artículo 741 de nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal, habrá de pronunciar constantes y definitivos juicios de valor sobre los más variados problemas científicos, artísticos, técnicos o prácticos, según sea el tema debatido en el proceso. Cuando sea la Criminología, en cualquiera de sus aspectos, lo que entre en juego, ésta iluminará el campo operativo del Juez penal, mostrándole caminos, pero sin desligarle del legal ni prefijarle vinculadamente ninguno de aquéllos, que sólo a él le corresponde decidir, ya que solamente a él habrá de serle pedidas cuentas sobre su acierto en la elección. Dogma éste, de libre apreciación de la pericia, fundamental dentro del tema que nos ocupa, al exigir del Juez —por lo que a la Criminología concierne— una seria preparación criminológica, que será la mejor garantía de su efectiva independencia frente a los pareceres que los especialistas le ofrezcan. La Criminología ha de instruirle, sin esclavizarle. Dicho en el idioma que dio nombre a esta disciplina, «Criminología, ma non troppo».

En el temario de las oposiciones a Judicatura y Ministerio Fiscal no figura actualmente —aunque sí en el programa de hace unos años— tema ninguno de materia criminológica, si bien en el cuadro de enseñanzas de la Escuela Judicial aparece incluida esta disciplina, que profesa el mismo catedrático universitario que, al presente, regenta el Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho madrileña; aparte de la colindante Medicina Legal, desempeñada en aquella Escuela especial, con la personalidad y ánimo que le caracterizan, por el Dr. PÉREZ DE PETUINTO. Así, los Jueces y Fiscales salidos, a partir de 1955, de la Escuela Judicial cuentan ya, oficial-

mente, con una formación criminológica, cuya calidad y consistencia dependerá del grado de efectividad de la enseñanza. Los de épocas anteriores sólo contará con su personal iniciativa y dedicación, ciertamente brillante en bastantes de ellos.

Aún no existiendo en España, por ahora, una *rama jurisdiccional penal especializada*, con la oficial especialización consiguiente de los adscritos a tales funciones —exceptuada la preferentísima dedicación penal de los Fiscales— es evidente que, aunque sea «supliéndolo con su celo», como el precepto castrense manda y la Corporación judicial está tan habituada a practicar, no podrán nuestros Jueces, llamados a actuar desde el principio de su carrera en procesos criminales, desatender el serio estudio de la Criminología, provea o no convenientemente el Estado a esta docencia, en Centros generales o profesionales. Pero tampoco estaría a la altura de su misión el Magistrado, bien sea judicial o del Ministerio público que, cayendo en el opuesto vicio de supraveneración de lo que, con frecuencia es meramente opinable y no axiomático, patentizase su endeble sentido crítico acatando ciegamente la autoridad de proposiciones criminológicas contingentes o eventuales en sus principios y en sus consecuencias, sin reparar en que, como advierte JEFFREY, «tan pronto aparece una teoría sobre la personalidad, es inmediatamente aplicada al criminal». Piénsese en qué hubiera parado la seriedad del Derecho y de la Administración de Justicia si, a raíz de la aparición de las teorías de LOMBROSO, rectificadas luego por los propios positivistas, se hubiesen tomado sus más audaces proposiciones como artículos de fe, tanto por el legislador como por los jueces. El derecho, como factor lento pero seguro de estabilización de preexistentes vigencias sociales, sólo debe acoger y refrendar —salvo en excepcionales coyunturas revolucionarias— lo que ya gozaba de reconocida certeza y asenso colectivo, y no meras probabilidades o hipótesis, cambiables con la moda, ya que de otra suerte peligraría ese difícil equilibrio entre orden y libertad, a que en reciente ocasión aludió el catedrático y magistrado SILVA MELERO, para quien tal ponderado equilibrio debe ser insoslayable preocupación de penalistas y procesalistas, que mal podrían obtenerlo por caminos ajenos a la seguridad consustancial al Derecho.

Si bien es verdad —como se ha escrito recientemente, a propósito de cuestiones como la que ahora nos ocupa— que el Buen Juez MAGNAUD, adalid del Derecho Libre, no hacía otra cosa que aplicar las soluciones de la Sociología criminal, con comprensión, armonizando la ley con la realidad de la vida, sin ser por ello un iluso ni un sentimental carente de experiencia, a nadie se le ocultan, sin embargo, los riesgos de que el ejemplo cundiera tanto que la «excepción» MAGNAUD llegara a generalizarse y que cada Juez, genial o no, se desligara a su antojo de la norma estatal escrita y prefijada y se sintiera un MAGNAUD, sustituyendo la pauta legal por su propio sentido, personalísimo y subjetivo, del Derecho justo.

Criminología y proceso

La aplicación de las aportaciones criminológicas durante el curso del proceso penal tendrá lugar, a grandes rasgos, conforme al siguiente esquema:

a) En la *instrucción*, dejando aparte, en cuanto quehacer extrajurídico, pero no propiamente criminológico, lo concerniente a la indagación de los hechos y averiguación del delincuente (misión peculiar de la Policía técnica, traducida en Criminalística en la medida en que vaya orientada al acopio de prueba apta para producir evidencia y consiguiente convicción judicial), es incumbencia criminológica la concreción de la *personalidad y motivaciones* del agente, útil a fines instructorios tales como el de concretar los «*indicios racionales*» necesarios para acordar el *proceso-samiento* y delimitación, al efecto, de la figura delictiva correspondiente, así como todo lo demás conducente, dentro de un orden criminológico, a los fines de *preparación del juicio*, contemplados por el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y muy principalmente en la práctica de reconocimientos y dictámenes, que, por no ser reproducibles en el plenario, revistan carácter de verdadera *prueba* y no de simple *investigación* sumarial.

b) En el *juicio*: *Prueba*, en sentido estricto, especialmente útil para determinar la *especie delictiva* apreciable —cuando ésta se defina en atención a *móviles o elementos subjetivos del tipo*— y para aquilatar la *imputabilidad* y adecuada *responsabilidad* del acusado, reflejable, caso de condena, en la *individualización judicial* de la pena pertinente y, caso de absolución por enajenación mental, para decisión del correspondiente internamiento.

c) En la etapa de *ejecución* —bien incumba la exclusiva potestad en esta materia a la Administración penitenciaria o exista supervisión judicial a cargo de Jueces de Vigilancia— a fines de una mejor *individualización ejecutiva*, referida al *régimen ordinario de internamiento, tratamiento especial de semi-imputables y criminales-locos, servicio de prueba y libertad vigilada*, en condena condicional y libertad condicional, así como *ayuda post-carcelaria*, temas fronterizos entre la Criminología y la Penología en particular. Y fuera ya del proceso penal, en su más propia acepción:

d) En Jurisdicción de *Vagos y Maleantes*, a efectos de *calificación y clasificación de peligrosos* y elección y ejecución de *medidas de seguridad*.

e) En funciones de *prevención o profilaxis social*; sustitutivos penales.

El relativo *arbitrio discrecional* para la *dosificación* que confiere al juzgador, en el supuesto de inexistencia de circunstancias modificativas, la regla 6.^a del artículo 61 de nuestro Código penal, a partir del texto de 1944, aumenta el interés del auxilio criminológico a la Justicia punitiva, a fines de una fundamentada individualización judicial.

En conclusión, la *actitud* de conjunto de los miembros de la Administración de Justicia no puede menos de mostrarse netamente *positiva* en cuanto a la ponderación del valor de la Criminología y correlativa necesidad de atender seriamente al conocimiento de esta disciplina que, por lo pronto, no debe faltar ni en el Programa de la prueba de ingreso ni, menos aún, en el Cuadro de Enseñanzas de ninguna Escuela Judicial. Y *crítica* —ya que no *recelosa*—, en cuanto a la ecuánime estimación de sus postulados y posiciones, no consolidadas y, asimismo, de las opiniones periciales. Después de todo, esto es una actitud tanto *intelectual* como *ética*, acomodada a lo que preceptuaría, como prudente criterio deontológico, una recta moral judicial.

Con razón se ha dicho que para un Juez penal —como para un Fiscal, igualmente— demostrar la inocencia es tan glorioso como llegar a la conclusión de la culpabilidad, según corresponda. Y a ambos efectos, prestará valiosa ayuda la Ciencia criminológica. Pero ni el Derecho, como viene repitiéndose, puede abdicar sus poderes en la Criminología ni el Juez resignar los suyos en el criminólogo, por lo que debe procurar ser criminólogo él mismo, en la indispensable medida.

El Juez penal —concedor de la Criminología y respetuoso con ella, pero no su siervo, ni simple eco de los expertos— dirá en el juicio penal le última palabra, por sí mismo, con toda la abrumadora responsabilidad que ello supone.

Y por ser lo judicial, con tanta frecuencia, arcano y desconcertante, se observa aquí una subversión de términos en cuanto a la relación entre sapiencia y certeza, claramente aplicable a nuestra actual tema: Por común definición, la sabiduría resultante del estudio y de la experiencia es condicionante, si no de la infalibilidad, al menos de una relativa probabilidad de acercamiento a la perfección. En cambio, en el orden judicial, regido —porque no puede ser de otro modo— por criterios de autoridad, la oficial infalibilidad del Juez resulta, a la inversa, determinante de su entrega el estudio, en demanda de esa sabiduría que, en cualquier caso, se le presume, y así, el Juez ha de estudiar infatigablemente no ya para llegar a ser infalible, de hecho, sino porque ya lo es, de derecho. Por ello, el Juez —sobre todo el Juez penal— llamado a juzgar, incluso con el poder de la espada, a sus semejantes, debe aprender y saber Criminología, como tantas otras cosas, precisamente para hacer honor, en cuanto de él depende, a su preexistente infalibilidad y tratar de propiciar así la gracia de ser algún día juzgado con clemencia por la única Justicia verdaderamente infalible.

