

Derecho Penal y Criminología

Por SILVANO JAVIER ANDA

Resumen: Se defiende la permanencia del Derecho Penal frente a la tesis de su absorción por la Criminología. El delito es objeto cultural, de conceptualización valorativa y compete al Derecho Penal como ciencia empírico-cultural-normativa; la Criminología es ciencia explicativo-causal. En cada uno de estos dos grupos el conocimiento se adquiere de muy diferente manera y los objetos de investigación son substancialmente diferentes.

El insigne penalista español don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, cuyo óbito en 1970 ha dejado un vacío difícil de llenar en el campo de los estudios jus-penalistas, en frase muy expresiva, afirmó que "la Criminología se tragará al Derecho Penal" (1). Esta profecía solamente tiene de original la forma de expresión, pues esa era en substancia la tesis que sostenía la Escuela Positiva desde su fundación (2), si por Criminología podía entenderse desde entonces el maridaje entre la Antropología Criminal creada por LOMBROSO (3), la Sociología Criminal fundada por FERRI (4), y la teoría del "delito natural" que postulara GARÓFALO en su obra que intituló, precisamente, con el nombre de Criminología (5). Don Pedro DORADO MONTERO, coterráneo del profesor matritense al que he aludido, también propugnaba lo mismo desde su cátedra y en sus diversas obras, especialmente, en

(1) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal t. I, Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1950, pág. 87.

(2) FERRI, Enrico. Sociología Criminal, t. I. Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1908, pág. 46 ... "En principio parecerá que estas conclusiones nuevas puede ser la oración fúnebre del derecho penal..." Pág. 47 "...de hoy en adelante no debe hacerse derecho penal, sino sociología criminal positiva".

(3) LOMBROSO, Cesare. L'Uomo Delinquente in rapporto all'Antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie. Quinta edizione, Volume Primo, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1896.

(4) FERRI, Enrico. Sociología Criminal, t. I.

(5) GARÓFALO, Rafael. La Criminología, traducción de Pedro Dorado Montero. Madrid, La España Moderna, 1887, pág. 51.

sus "Bases para un Nuevo Derecho Penal" (6). Esta es, en fin de cuentas, la postura que adoptan los neo-positivistas de principios de siglo y la de sus epígonos de hogaño.

El hombre en su afán de gloria y nombradía siempre ha presentado su momento como el comienzo de algo sorprendente y novedoso, y a sí mismo, como a su principal protagonista. Los positivistas no escapan a esta regla común de comportamiento humano; por el contrario, la cumplen a cabalidad. Así FERRI, al fundar la *Scuola Positiva*, imagina que con él se inicia la era de un Nuevo Derecho Penal, sustentado en principios antropológicos y sociológicos; y para hacer más espectacular su intervención no tiene reparos en inventar la existencia de una escuela penal, a la que denomina Escuela Clásica (7) —fantasma de la nada, inexistente antes de que la concibiera su mente—, para utilizarla a modo de estafermo y cual caballero andante defensor del Nuevo Derecho Penal, arremeter contra ella y obtener de este modo los galardones de la fama por tan titánica lucha contra semejante engendro.

Tanto es esto así, que no son ni BECCARIA ni CARRARA —para citar solamente a dos de los más conspicuos supuestos representantes de la llamada Escuela Clásica— quienes enuncian sus principios, sino que es el propio FERRI quien, después de darle nombre, lo hace escogiéndolos al desgaire de aquí y de allá (8). No es de extrañar, pues, que dichos principios se encuentren dispersos, en caótica mezcolanza, e incluso sean contradictorios, como lo hace notar Jiménez de Asúa (9).

Pero si bien esta afirmación de que el Derecho Penal será reemplazado por la Criminología ha podido impresionar —y aún hoy epate a los intonsos— a quienes miraban el problema penal encandilados por el progreso de las ciencias naturales en el siglo pasado y creían que estaba próximo el advenimiento de una sociedad perfecta (10)— algo así como la *anti-physis* o "ciudad de los fines" que MARX profetizaba reemplazaría a la "sociedad de las leyes"— que haría inútil no solamente el Derecho Penal, sino el derecho; sostenerla hoy, como un postulado, resulta un anacronismo y, sobre todo, un sofisma.

(6) DORADO MONTERO, Pedro. Bases para un Nuevo Derecho Penal, Nueva Edición, Prólogo de Manuel Rivacoba y Rivacoba, Ediciones Depalma, 1973, Buenos Aires, pág. 85.

(7) FERRI, Enrico.— *Principii di Diritto Criminale*, Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1928, pág. 36 "... si chiamo e si chiama "Scuola Clásica" da quando costò la denominai..."

(8) FERRI, Enrico.— *Id.*, pág. 38.

(9) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, t. II, pág. 31.

(10) FERRI, Enrico. Sociología Criminal, t. I, pág. 46, Ver n. 1.

Veamos por qué.

Desde mediados del siglo pasado la esfera de los conocimientos ha quedado escindida —quíerese o nó— en dos hemisferios: el que corresponde a las llamadas ciencias explicativo-causales y el que engloba a las denominadas ciencias empírico-culturales. En cada uno de estos dos grupos de ciencias el conocimiento se adquiere de muy diversa manera y los objetos de investigación son substancialmente diferentes por así exigirlo la *ratio essendi* y la *ratio cognoscendi*.

Las ciencias explicativo-causales investigan los fenómenos naturales, desentrañando la relación causal que los explica y utilizan la experimentación para evidenciar los principios o leyes que los rigen. Son ciencias que descubren leyes y por eso también se les llama *ciencias nomotéticas*. Estas ciencias nos dicen lo que la realidad es y son neutras al valor.

Las ciencias empírico-culturales se enfrentan a una realidad muy distinta, —la de los objetos culturales— esto es la de los productos resultantes de la actividad física y mental del hombre. Son, por tanto, valorativas y usan el método de la comprensión para averiguar teleológicamente el sentido de los objetos culturales.

No es posible, pues, que ciencias que enfrentan realidades tan distintas puedan intercambiar objetos de investigación y reemplazarse o absorberse unas a otras. En consecuencia, si la Criminología, como supuesta ciencia explicativo-causal, pretende buscar la causación natural del delito concepto jurídico, se encuentra frente a un imposible. En efecto, el delito es un objeto cultural, de conceptualización valorativa, cuyo estudio compete al Derecho Penal como ciencia empírico-cultural normativa. Como dice RADBRUCH: (11) "Una ciencia natural del delincuente como pretendía la antropología criminal, sólo es posible cuando previamente se ha sustituido el concepto de delincuente en relación al valor jurídico por un concepto natural del criminal. Sería el milagro de los milagros, una como armonía preestablecida que no puede esperarse entre dos modos de consideración fundamentalmente diferentes, si un concepto como el del derecho o el del delincuente formados en relación valorativa, pudieran coincidir con otro concepto natural obtenido en consideración no valorativa". Es, pues, absurdo —decimos nosotros— pretender apli-

(11) RADBRUCH, Gustavo. Filosofía del Derecho, Cuarta Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 11.

car al esclarecimiento del delito los métodos y los principios de las ciencias naturales. Sería algo así como si quisiéramos, verbi-gracia, establecer la legítima del cónyuge supérstite, no de acuerdo a los principios de las sucesiones del Derecho Civil, sino merced a los principios que rigen las reacciones químicas o los procesos biológicos.

No se piense, por lo hasta aquí dicho, que abominemos de los estudios antropológicos, sociológicos, psicológicos, psiquiátricos, caracterológicos, cosmotelúricos... *e via dicendo*, que puedan hacerse de las personas que han delinquido; por el contrario, los enhestamos en todo aquello que pueda ayudar a una mejor información: de los jueces, sobre las circunstancias de los hechos *sub-judice*; de los legisladores, en cuestiones de *lege ferenda* o en la interpretación de la ley; y de los abogados, en el ejercicio profesional. Lo que queremos remarcar enfáticamente es que, consciente o inconscientemente, se han confundido los términos del problema: que una cosa es el delito, objeto cultural, y otra muy distinta, la conducta humana concreta, realidad natural.

Este aserto nuestro ya había sido esbozado en otros términos por el gran maestro del Derecho don Clovis BEVILAQUA en el pasado siglo. Concretamente en 1896, cuando escribía (12) (traducimos del portugués): "La Criminología en su aspecto puramente naturalístico, pretende desgajar de la ciencia del derecho el estudio del delincuente y del delito, de la imputabilidad y de la reacción social que se traduce en penalidad. Al derecho le quedaría solamente el punto de vista práctico de la aplicación y de la interpretación de la ley. Las altas indagaciones sociológicas en relación al fenómeno del crimen, como al examen del delincuente como individuo biológico de índole propia, no caben en la esfera de los estudios jurídicos, y, por tanto, debe el legista, como se dice en lenguaje de menosprecio, esperar que la solución de las cuestiones criminológicas le sean obsequiosamente ofrecidas, sin que él tome intervención alguna, por aquellos a quienes fue dada la gracia especial de penetrar en las misteriosas regiones sagradas de las ciencias naturales, si es que puede emplearse este adjetivo sin pleonismo".

Estas precisas e irónicas palabras del gran jurista brasileiro parecieran escritas hoy día, en que la ciencia del derecho trata

(12) BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e Direito*, Bahia, José Luis da Fonseca M., Editor, 1896, pág. 9.

de ser preterida por los cultores de las que OSTWALD llamaba "ciencias de papel" (*Papierwissenschaften*), aludiendo especialmente a la criminología y sociología retóricas y sus derivadas, que proliferan en el medio universitario.

Por todas las razones arriba anotadas llegamos a la convicción de que el Derecho Penal como ciencia empírico-cultural, no será reemplazado, absorbido o *tragado* por la Antropología, la Sociología, la Biología, la Psicología, la Meteorología, la Ecología, etc. etc., ... criminales, o por el simple nominalismo de la Criminología, sino que pervivirá como estudio de la parte que le corresponde del ordenamiento jurídico de la sociedad.

La sociedad *sub specie aeternitatis* evolucionará, progresará y se transformará, llegando cada vez, a formas más complejas en las relaciones humanas —lo vemos *hic et nunc*—, y en ella el conocimiento científico será cada vez más vasto y también más complejo, a la par que el ordenamiento jurídico y la ciencia que lo estudia.

