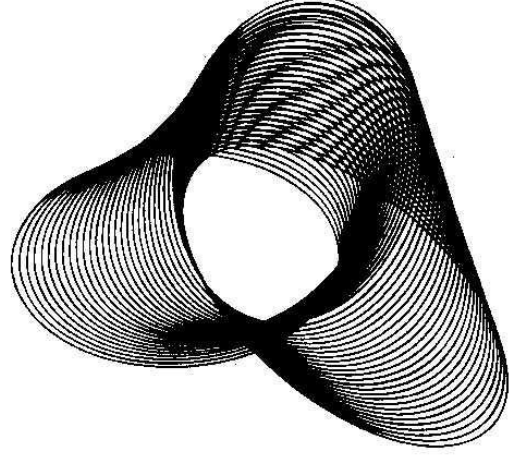


Peligrosidad y derecho penal

Influencia del positivismo criminológico
en el derecho penal posmoderno

Horacio S. Nager



AD·HOC

En la Argentina, se crearon la Sociedad Argentina de Eugenesia (1918), la Liga Argentina de Profilaxis Social (1921) y la Asociación Argentina de Biotipología, Eugenesia y Medicina Social²² (1932).

En la misma línea de pensamiento, el higienismo afirmó una suerte de "patologización" de la gran ciudad, especialmente de ciertos espacios y sujetos, culpando a la "mala vida" y la inmigración por la mayoría de los problemas sociales.

Muchos intelectuales y científicos hicieron suyas las predicciones racistas de Galton, Bertillon y Lombroso, iniciando una tarea de clasificación de individuos.²³

²² En la revista *Anales*, editada por esta institución, se publicaron trabajos sobre endocrinología, biotipología, eugenesia, medicina social, higiene, ingeniería sanitaria, psicología, educación, criminología, legislación social, etcétera.

²³ En esta época, Juan Vucetich, inmigrante proveniente del imperio austro-húngaro inventó la "dactiloscopia"; se produjeron importantes reformas policiales y se establecieron los primeros registros de inmigrantes, reincidentes, vagabundos y prostitutas. Representantes de la profilaxis social y la eugenesia a nivel local fueron Víctor Mercante, Carlos Octavio Bunge y Víctor Delfino. La ciudad de La Plata, a través del Colegio Nacional y la Universidad Nacional, fue un espacio institucional proclive al desarrollo de estas polémicas ideas, donde se llegó, por ejemplo, a proponer prácticas de antropología infantil, consistente en la selección de los individuos más aptos entre el alumnado a fin de impedir el acceso de los menos afortunados a la enseñanza secundaria y universitaria. Entre otras implicaciones prácticas de estas ideas pueden citarse: el certificado médico prenupcial (1924) y la ley de defensa de la raza (1925).

1. Aclaración preliminar

Juan José Sebrelli, en la obra *El olvido de la razón* (2006), advierte sobre la necesidad de "desentrañar las relaciones intrincadas, ambiguas, mediatizadas entre el pensamiento y la acción política, entre las teorías y la realidad. Las ideas filosóficas están condicionadas por las circunstancias de su tiempo pero, a la vez, ejercen influencias sobre estas, por lo que es preciso detectar el peligro, ya advertido... los conceptos filosóficos alimentados en el silencio del estudio del académico pueden destruir toda una civilización".¹

Ya hemos visto que la relación entre teoría y acción política había sido descrita en el siglo xx por el filósofo positivista Auguste Comte, al decir: "Las ideas gobiernan y perturban al mundo, o dicho de otro modo, que todo el mecanismo social descansa finalmente en las ideas".² En este marco, la ciencia puede ser vista desde distintas perspectivas: como un cuerpo de conocimientos objetivos, universalizables y neutrales, vigentes en determinadas coordenadas de tiempo y espacio; o bien, puede rechazarse esta caracterización del conocimiento científico —tildada de "ingenua"—, especialmente luego del Holocausto, que desmitificó la infalibilidad de la ciencia, demostrando la imposibilidad de acceder a un conocimiento puramente objetivo, desentendido del contexto histórico, económico y político. Descartada la hipótesis de la acción guiada por la deshonestidad intelectual, la historia prueba que la ciencia, pese a las buenas intenciones, puede conllevar consecuencias lamentables para la humanidad cuando es utilizada como un instrumento político.

¹ SEBRELLI, Juan José: *El olvido de la razón*, Sudamericana, Buenos Aires, 2006, p. 8.

² COMTE, Auguste: *Curso de filosofía positiva*, Libertador, Buenos Aires, 2004, p. 59.

De esta manera, si partimos del constructivismo científico,³ acentuado en las ciencias sociales o del espíritu⁴ en razón de la coincidencia entre objeto y sujeto de estudio, nos parece necesario describir la situación contextual o situacional donde se desarrolló el positivismo criminológico, procurando hallar interacciones y puntos de contacto entre esta teoría criminológica y los desarrollos explicativos del fenómeno criminal ensayados con posterioridad.

El positivismo criminológico, el "darwinismo social", la eugenesia y otras ideas que pretendieron dotar de validez científica a viejos prejuicios racistas, adquirieron especial importancia en las sociedades occidentales de fines del siglo xx, gobernadas por una sensación de progreso ilimitado y el desarrollo de las ciencias naturales⁵ y, en particular, la paleontología y la geología, producidas gracias a los descubrimientos de Cuvier, Lamarck y Darwin. La ciencia, la naturalización de la problemática social y las medidas políticas y económicas dictadas en consecuencia, objetables desde el plano ético y jurídico, se presentaron como consecuencias necesarias y beneficiosas para la sociedad y las generaciones futuras.

En este trabajo nos proponemos analizar el estado actual de la ciencia penal con el fin de determinar si estamos ante la irrupción de un nuevo paradigma, dado el resurgimiento de viejas ideas preventivas y represivas de corte antiliberal y prebeccariano, a través de las cuales se busca justificar un derecho penal más autoritario, en el contexto del mundo globalizado, excluyente y tecnológico.⁶

³ Según esta concepción, el conocimiento científico es una construcción social influenciada por los valores y prejuicios de la cultura dominante.

⁴ Como afirmó Comte, los sistemas filosóficos influyen en las formas políticas y, a su vez, los cambios políticos repercuten en las leyes punitivas. Por su parte, Jiménez de Asúa, siguiendo a Ortolán, afirmaba que toda nueva Constitución requiere un nuevo Código Penal.

⁵ Antes de la evolución de estas ciencias, como antecedente necesario para el desarrollo del pensamiento racionalista y luego positivo, la explicación teocrática y geocéntrica del universo fue puesta en crisis y luego reemplazada debido a los descubrimientos efectuados por Copérnico, Galileo y Kepler, entre otros.

⁶ En este sentido, pueden citarse fenómenos como: la industria bélica y del control social, la aviación comercial, la televisión y los medios masivos de comunicación, la conquista del espacio, la teoría del Big Bang, las comunicaciones satelitales y las nuevas tecnologías de la información, la clonación, Internet, y otros. Sobre la exclusión y las problemáticas de seguridad en la era posmoderna, se recomienda la lectura de los capítulos 14 y 15 de la obra del prof. Elbert, Carlos A.: *Manual básico de criminología*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, pp. 171/195.

A continuación, y a modo de marco referencial, realizaremos un breve repaso del origen de la criminología, para así adentrarnos al estudio del positivismo, como corriente del pensamiento penal.

2. La criminología

Tradicionalmente, la doctrina penal liberal encontró las raíces intelectuales de la criminología en las concepciones filosóficas del Iluminismo, plasmadas con claridad en la obra del Marqués de Beccaria: el *Tratado de los delitos y de las penas* de 1764.

Sin embargo, gran parte de la doctrina penal decimonónica y de principios del siglo xx, bajo la influencia del discurso de la Escuela Positiva, señaló el nacimiento de la "criminología científica" con la publicación de la primera edición del libro del médico alienista italiano Cesare Lombroso, titulado *El hombre delincuente* (1896).

En aquellos años, los principios humanistas plasmados en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y el Ciudadano⁷ (1776) fueron oscurecidos por fuerza de la razón positiva, que reclamaba la necesidad de una "evolución" de la ciencia penal con fines de defensa social.⁷

El siguiente párrafo resulta ilustrativo de esta forma de pensamiento, imperante durante la efervescencia del biologicismo penal:

"...la corriente inagotable de los hechos naturales impondrá siempre nuevas direcciones y dará lugar también a evoluciones inesperadas. ¿Quién adivinará el punto de parada en la marcha evolutiva del *derecho penal moderno*, que arrancando en su partida de un movimiento enérgico de la reacción contra la crueldad y la barbarie de las penas, parece reaccionar en el positivismo... contra el sentimentalismo de la filosofía espiritual de los filántropos del siglo xviii, reafirmando los resortes, que se creen debilitados, de la defensa social por obra del delito? El hombre delincuente, en el sentir de Beccaria y Howard, es un en-

⁷ Entre otros "avances" se proponían la sanción de leyes penales que previeran medidas de seguridad predelictual, la pena de relegación y hasta la de muerte en el caso de criminales incorregibles.

fermo de la voluntad, un desequilibrado psicológicamente, a quien la sociedad por la pena reintegrará en su normalidad; más para Lombroso y Taine, *el criminal nato, en sus reminiscencias atávicas es un orangután húbrico y feroz de cara humana, a quien hay que eliminar...*⁸

El origen del saber criminológico como disciplina con cierto rigor científico es un tema aún controvertido en el mundo académico.

El profesor Carlos Elbert⁹ establece como la prehistoria de la investigación criminológica, de contornos metafísicos y teocráticos, al Código de Hammurabi¹⁰ (1700 a.C.) y a los Rituales de la Muerte celebrados en el Antiguo Egipto. Luego, en un segundo período histórico, caracterizado por la indagación humana sobre la influencia del cuerpo (autopsias) y la psiquis en la conducta (motivaciones detrás del obrar humano), destaca la aparición de la *Constitutio Criminalis* de Carlos V (1513). Entrada la modernidad, nace una etapa de duda, crítica y comprobación de los pensamientos criminológicos. Tomás Moro (*Utopía*, 1516), Calvino, Lutero, Erasmo de Rotterdam conmocionaron las ideas fundamentales de la sociedad premoderna. Beccaria criticó la crueldad de las penas y las injusticias de los sistemas penales inquisitivos, y luego John Howard (*El estado de las prisiones*, 1777) y Jeremy Bentham (creador del sistema panóptico), con sus investigaciones de campo, relevaron la realidad de las prácticas penales de su época. Sin embargo, cronológicamente los orígenes "científicos" de la criminología, serían ubicables en el siglo XIX, con la aparición del organicismo científico, inspirado en la obra de Charles Darwin, trasladado luego al campo social, principalmente por Herbert Spencer.

Siguiendo el mismo recorrido histórico, Ciruzzi de Rabuffetti rechaza cualquier intento de precisar el comienzo de la criminología como disciplina científica ya que:

⁸ GONZÁLEZ DEL ALBA, Primitivo (1908): "Prólogo", en FERRI, Enrico: *Sociología criminal*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2005, p. 19.

⁹ ELBERT: ob. cit., pp. 36/46.

¹⁰ Juzgaba de modo diferenciado a ricos y pobres, recayendo, sobre los primeros, penas más severas en atención a las mejores oportunidades vitales con que contaron (planteo primitivo que presenta similitudes con actuales herramientas teóricas reductoras del derecho penal, como la "culpabilidad por vulnerabilidad" y el "hándicap de ciudadanía", elaboradas por Zaffaroni y Virgolini, respectivamente).

"...exposiciones precientíficas nos han sido transmitidas ya desde la antigüedad (egipcios, Código de Hammurabi, Sócrates, Platón, Aristóteles, etc.). Más tarde se ocupó Santo Tomás de Aquino de la relación entre riqueza, pobreza y hurto; y Tomás Moro formuló, en su escrito social-utópico 'utopía', una visión del ente estatal justo. También Erasmo de Rotterdam, Lutero y Calvino, entre otros, reflexionaron desde un plano religioso acerca de la pobreza y el crimen".¹¹

Mientras tanto, Raúl Zaffaroni sostiene una teoría diferente e identifica como el nacimiento de la matriz del discurso criminológico a la aparición del *Malleus maleficarum*¹² (1484) de Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger, oportunamente criticado por el jesuita Friedrich Spee von Langenfeld (1591-1635) en su *Cautio criminalis* (1631) y finalmente deslegitimado en 1701 por Christian Thomasius.¹³ Según esta postura, más allá del grado de elaboración teórica y coherencia lógica, la prédica discriminatoria y la utilización de conocimientos pseudocientíficos como herramientas eficientes para justificar el ejercicio de formas de control social autoritarias, por un lado, y las reacciones humanistas, por el otro, forman parte de un proceso dinámico que se reedita cíclicamente en una suerte de "juego de reiteraciones". En consecuencia, la teoría etiológica de Lombroso, Ferri y Garófalo no habría sido tan revolucionaria como se pretendió.

En sus palabras:

"El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les depuró un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que solo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del dere-

¹¹ CIRUZZI DE RABUFFETTI, María Susana: *Breve ensayo acerca de las principales escuelas criminológicas*, Di Plácido, Buenos Aires, 1999, p. 23.

¹² El Martillo de las Brujas.

¹³ Sobre este autor se ha dicho que separó el pecado (moral) del delito (derecho) y se opuso al castigo de la herejía, rechazando la persecución de brujas y la tortura llevada adelante por los tribunales cristianos (QUISBERT, Ermo: *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*, Centro de Estudios de Derecho, La Paz, 2008, p. 32, publicado en <http://h1.rpway.com/ced/ep.htm>).

cho penal liberal (...) Lo anterior no es únicamente una verificación de datos de hecho revelados por la historia y la sociología, sino también de datos de derecho, puesto que tanto las leyes como la doctrina jurídica legitiman este tratamiento diferenciado".¹⁴

De esta manera, el positivismo biológico solamente habría reelaborado pseudocientíficamente viejas ideas racistas apelando a teorías científicas que se encontraban en boga como el evolucionismo —darwiniano, lamarckiano y haeckeliano—,¹⁵ el darwinismo social, la eugenesia y los sentimientos nacionalistas típicos del romanticismo europeo. En otros términos, esta teoría legitimó el *statu quo* y justificó el monopolio de la fuerza en manos del Estado en el marco de una "sociedad consensual" y destinada al progreso ilimitado, así como durante el Antiguo Régimen, la explicación teológica-metafísica hizo lo propio para consolidar el poder monárquico.

3. El positivismo criminológico

3.1. Precursores

Edmund Mezger rastreó las fuentes del pensamiento lombrosiano en Platón, Hipócrates, Lauvergne, Despine, Morel, Prichard, Nicholson, Thomson, Virchow, Broca y Davis, entre otros precursores.¹⁶

Otros autores también incluyen a la filosofía tomista, la escuela correccional de Roëder, Haeckel, Gall,¹⁷ Galton,¹⁸ Lavater,

¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl: *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 11.

¹⁵ Durante el siglo xx, la comunidad científica fue protagonista de importantes descubrimientos que demolieron los restos hasta aquel entonces subsistentes de viejas teorías de base teológica. Así, la concepción creacionista del origen del universo fue reemplazada por la teoría de la evolución de Darwin, que alimentó la fe ciega en el progreso lineal y el método experimental inductivo.

¹⁶ MEZGER, Edmund: *Criminología*, traducción de José A. Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, p. 19.

¹⁷ Este autor creyó encontrar en las funciones cerebrales el instinto de matar: la personalidad homicida.

¹⁸ Se ha considerado a Francis Galton "responsable de otorgarle un marco científico e institucional a un conjunto de ideas de larga duración como el racismo... al hacerlo gestó en 1883 una precisa definición: eugenesia, *eu genes* —de buen origen— es la ciencia del cultivo de la raza, aplicable al

Cubí y Soler, etc. Por su parte, Ciruzzi de Rabuffetti¹⁹ señala como antecedentes del método de estudio empírico inductivo o fenomenológico del delito a De Pitaval²⁰ y Feuerbach,²¹ destacando la especial influencia que ejercieron en el positivismo criminológico los aportes de la fisionomía de Lavater (1775), la frenología de Gall, las anotaciones sobre la naturaleza física, moral e intelectual del criminal de Lauvergne (1841), los estudios sobre la herencia criminal efectuados por Lucas, la concepción del delito como obra de un ser hereditariamente degenerado de Morel, y las investigaciones de Broca, Wilson, Thomson, Topinard, Huxley, Haeckel, Prichard, Despine, Nicholson —y otros— relativas a la génesis del delito y a las prácticas penitenciarias.

Sin embargo, el mérito de Lombroso residió en dotar de apariencia científica al intuicionismo de sus predecesores. Por ello, Anitua señala:

"Lombroso, antes que una creación, es el genial resumen y conclusión de ideas frenológicas y psicofísicas de su siglo, a las que recubre con el título de nueva 'ciencia' cuya ayuda era solicitada por la crisis del penalismo de fin de siglo".²²

Como contracara de estas ideas precursoras que sirvieron de antecedente al positivismo criminológico, se hallan aquellas otras a las que hemos remitido en ocasión de mencionar brevemente cuáles fueron los orígenes de la criminología clásica de corte liberal. Nos referimos concretamente a la Escuela Clásica del Derecho Penal, hija del ideario ilustrado, que al igual que este movimiento político, intelectual y cultural surgió como reacción frente a los abusos de poder cometidos por las monarquías absolutistas del medioevo, legitimadas mediante la invocación de las teorías del poder o representación divina del soberano en el mundo terrenal.

hombre, a las bestias y a las plantas a partir del estudio de los agentes bajo control social que pueden mejorar o empobrecer las cualidades raciales de las futuras generaciones, ya fuera física o mentalmente" (MIRANDA, Marisa, y VALLEJO, Gustavo [comps.]: *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, p. 12).

¹⁹ CIRUZZI DE RABUFFETTI: ob. cit., p. 30.

²⁰ *Liber Vagatorum* del siglo xv.

²¹ *Casos notables de derecho criminal en forma de expedientes*.

²² ANITUA, Gabriel I.: *Historia de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 180.

El poder absoluto del monarca en la tierra, como fiel representante de la voluntad divina, junto al sistema económico y tributario de la Edad Media y el modelo de enjuiciamiento penal de corte netamente inquisitivo de origen teocrático fueron los elementos disfuncionales y controvertidos que, al cabo de varios siglos, provocaron la asunción al poder de un nuevo estamento o clase social: la burguesía.

Como suele marcar la historia de la humanidad, el discurso detrás de esta importante revolución necesitó tanto del derramamiento de sangre como de ríos de tinta de virtuosos intelectuales, quienes, con la finalidad de eliminar los privilegios del monarca, la nobleza y el clero, blandieron el estandarte de valores supremos como la dignidad humana, la igualdad de los hombres, la proporcionalidad y humanidad de las penas, el régimen republicano, etcétera.

Esta corriente del pensamiento criminológico encuentra sustento en la filosofía idealista de Immanuel Kant (1724-1804) y Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), y en la filosofía política de autores contractualistas como Hobbes, Rousseau, Voltaire y Locke. A su vez, en campo del saber penal, se destacaron las ideas de Cesare Beccaria (1735-1788), Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), Cayetano Filangieri (1752-1788), Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), Jean Paul Marat (1743-1793), Giandomenico Romagnosi²³ (1761-1835), Giovanni Carmignani, Francesco Carrara (1805-1888) y Pellegrino Rossi (1787-1848), entre otros.

Esta escuela o dirección liberal del derecho penal construyó su edificio teórico sobre la base de las siguientes premisas:

- Los hombres son seres libres e iguales capaces de autodeterminar su conducta (libre albedrío).
- La sociedad se funda en la existencia de un contrato social (contractualismo), lo que supone la presencia de un consenso general sobre ciertos valores fundamenta-

²³ Este autor italiano introdujo el concepto de "defensa social" según el cual la sociedad en su conjunto tenía el legítimo derecho a defenderse contra las agresiones que sufriera provenientes de conductas delictivas. Es decir, el delito constituía un ataque a la sociedad y en virtud de ello, esta debía defenderse mediante la aplicación de una pena taliónica, aun cuando la agresión individual hubiera cesado. Esta teoría, como se advierte, resulta compatible con la expropiación del conflicto penal, el monopolio estatal de la fuerza y el principio de oficialidad de la acción penal.

les para la convivencia humana en paz. Es decir, existe una mayoría que comparte los valores sociales dominantes y una minoría que se rebela frente a estos mandatos generales, y de esta forma, perturba la paz social.

- La potestad punitiva del Estado se justifica en la ruptura del contrato social, y no ya en la transgresión de una norma religiosa o moral. En consecuencia, se deslinda el derecho de la moral y la religión. El delito es una ofensa contra el monarca.
- Se establecen una serie de garantías penales y procesales que aseguran el respeto de la dignidad humana por parte del Estado, humanizando el sistema de enjuiciamiento penal.
- La razón humana como entidad metafísica es capaz de explicar y justificar las instituciones políticas y las prácticas penales sin necesidad de recurrir a Dios (racionalismo).
- El delito es considerado una entelequia jurídica o ente abstracto, concepción duramente criticada por penalistas positivistas que estimaban que no había delito sino delincuentes (p. ej., Adolfo Prins).

Como resume Carlos Christian Sueiro,²⁴ durante este período histórico nacieron teorías legitimantes de la pena de carácter absoluto (la pena es un fin o un medio en sí mismo): teorías de la retribución moral y jurídica; teoría de la retribución divina; teoría de la expiación; teoría de la reparación; y al mismo tiempo, aparecieron teorías penológicas relativas (la pena como medio para la realización de otro fin), tales como: la prevención general negativa y la coacción psicológica de Feuerbach; la defensa social y el contraimpulsio criminal (*controspinta penale*) de Romagnosi; la teoría contractualista, etcétera.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucederá con el positivismo materialista o biológico, estas teorías si bien legitimaron la práctica del castigo, al mismo tiempo buscaron limitar racionalmente el arbitrio estatal y judicial.

²⁴ SUEIRO, Carlos C.: "La política criminal en la era de la globalización, la posmodernidad y el nuevo orden mundial (Entre el modelo de una política criminal Völkisch con su discurso del derecho penal del enemigo y la política criminal Jus-Humanista con el resucitar de Humanitas en el derecho penal)", *Nova Tesis, RDPP*, Buenos Aires, mayo-junio de 2008, pp. 77/8.

3.2. La Escuela Positiva italiana

3.2.1. INTRODUCCIÓN

Esta escuela criminológica entendió al delincuente como un ser atávico, degenerado, enfermo, diferenciándolo del hombre normal, civilizado. El tipo criminal, especialmente el denominado "nato" era un salvaje, un salto atrás en la evolución humana.

La relación entre normalidad-civilización y delincuencia-salvajismo,²⁵ compatible con la moral victoriana de la Inglaterra imperialista, fue señalada por autores previos a Lombroso, como Lubbock, Despine y Mayhew.²⁶

En el libro *Sociología criminal* se destaca la afinidad existente entre el positivismo criminológico y la tradición jurídica y sociológica anglosajona, especialmente en lo que respecta a los estudios penitenciarios. El mismísimo Ferri, refiriéndose a Inglaterra decía:

"Las necesidades prácticas de la vida se imponen con mayor rapidez a los legisladores de un pueblo positivo y en efecto, se han realizado allí reformas criminales que nos parecerían, o nos parecen, a nosotros latinos, hombres de teoría, sacrílegos atentados contra estos principios abstractos que nosotros mismos nos hemos impuesto y que quisiéramos ver triunfar hasta de las necesidades evidentes de la vida diaria".²⁷

Dentro de este tipo de legislación "empirista" el citado criminólogo mencionaba la "Habitual Criminals Act" (1869) y la "Prevention of Crimes Act" (1871) mediante las cuales se esta-

²⁵ Esta dicotomía será reeditada en nuestras tierras a partir de la comparación entre el hombre de ascendencia europea y el gaucho. Sin embargo, con el correr del tiempo, debido al importante flujo inmigratorio que provocó una situación de anomia y multiculturalismo en las incipientes ciudades con notas de anarquismo y luchas sindicales, el argentino acomodado dejará de ver con tan buena cara a los europeos provenientes de los países de sangre latina. Al respecto, véase ALBERDI, Juan B.: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*, publicado en <http://www.enteculturalucuman.gov.ar/Bases.pdf>; y ELBERT, Carlos A.: *Criminología latinoamericana. Teorías y propuestas sobre el control social del tercer milenio*, Universidad, Buenos Aires, 1999.

²⁶ FERRI, Enrico: *Sociología criminal*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2006, p. 77, cita los siguientes trabajos: *Los tiempos prehistóricos y el origen de la civilización*, de 1875; *Psicología natural*, de 1868; y *London labour and London poor*, de 1847, respectivamente.

²⁷ FERRI: ob. cit., p. 155.

blecieron mecanismos de represión y control policial especial para personas de "mala vida", reincidentes y vagos.

Como se observa, la distinción entre delincuentes ocasionales, más cercanos al tipo normal biológico, y los delincuentes habituales, manifestación última del ser atávico, según esta teoría, legitimaba al Estado para implementar respuestas represivas y preventivas diferenciadas y excepcionales en defensa de la sociedad. Por otro lado, la influencia del pensamiento inglés en las doctrinas criminológicas de base biológica del siglo XIX, resulta indudable si consideramos la influencia que tuvo en esta doctrina las obras de Charles Darwin y Herbert Spencer.

La difusión global de la ciencia penal positiva se vio impulsada no solo por la existencia de un contexto histórico favorable, sino también por la copiosa producción académica realizada durante aquellos años, destacándose la celebración de múltiples congresos internacionales sobre "Antropología criminal", "Sociología criminal" y "Criminología" (v. gr., Roma en 1878 y 1885, París en 1889 y Ámsterdam en 1901, entre muchísimos otros).

La irrupción de un nuevo objeto y método de estudio en torno a la cuestión penal generó la proliferación de las investigaciones penitenciarias efectuadas por los "observadores de la vida de las prisiones", sobre la base de la estadística criminal. Ejemplo de ello, fueron las investigaciones realizadas en el Reformatorio de Elmira en el Estado de Nueva York, a partir del año 1876, donde se aplicó la primera ley de sentencia indeterminada (1877) y el instituto de la *parole* o libertad condicional. Acertadamente se ha criticado el método de conocimiento propio del positivismo, ya que al circunscribirse el universo de estudio a la población de instituciones cerradas se generó un falso concepto general sobre la cuestión criminal.²⁸

También se sitúa en este período histórico el nacimiento de la Policía Científica, en cuyo ámbito se desarrollaron procedimientos de identificación criminal, como el inventado por Bertillon o las investigaciones de Ottolenghi.

Pese a la ruptura y superación del paradigma causal explicativo del positivismo criminológico, subsisten, en los sistemas penales modernos, múltiples resabios de esta teoría, como las medidas de seguridad, la reincidencia, el trabajo de los penados, la libertad

²⁸ BUJAN, Javier A.: *Elementos de la criminología en la realidad social*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 122.

condicional, la suspensión de la condena para menores delincuentes ocasionales, la reparación de los perjuicios causados a las víctimas del delito (como pena), el aislamiento de los criminales por tiempo indeterminado, los catálogos de condiciones personales del imputado (agravantes o atenuantes de la pena), etcétera.

3.2.2. CESARE LOMBROSO

Lombroso fue un médico forense y alienista italiano, considerado el fundador del positivismo biológico. Fue influenciado tempranamente por el positivismo francés de Auguste Comte, la teoría de la evolución de las especies del inglés Charles Darwin y el "darwinismo social"²⁹ de Herbert Spencer.

Si bien su teoría antropológica-criminal presentó matices particulares que la diferenciaron de los estudios precedentes, como hemos visto, no fue el único investigador en observar y relacionar la morfología humana con el delito.

Realizó la mayor parte de sus investigaciones en instituciones totales:³⁰ cárceles y manicomios, empleando el método empírico, lo cual indudablemente, como se verá más adelante, influyó en sus conclusiones.

En 1871, ocupó el cargo de director del Manicomio de Pesaro, publicando cinco años después la primera edición del libro *El hombre delincuente*,³¹ a través del cual adquirió gran notoriedad y prestigio en el ambiente científico. Fue designado, dos años

²⁹ El *Darwinismo social* fue formulado por primera vez en 1876, tras haber sufrido serias críticas la denominación bajo la cual se englobó a un plexo heterodoxo de teorías con un elemento básico en común: el encubrimiento de ideas racistas y eugenésicas bajo la forma de ciencia. Su nacimiento se produjo durante la Inglaterra victoriana y se convirtió en una justificación, aparentemente neutral de las contradicciones existentes entre el liberalismo humanista de la teoría política y económica y el imperialismo eurocentrista, depositando en la naturaleza y las leyes de la herencia el origen de las desigualdades humanas. Marisa Miranda y Gustavo Vallejo señalan: "El origen de las interlocuciones entre darwinismo social y eugenesia puede remontarse al momento en que el 'Ensayo sobre los principios de la población' de Malthus pasó a ser intensamente invocado para iluminar la integración de la competencia intraespecífica a la visión evolucionista" en MIRANDA-VALLEJO: ob. cit., p. 13.

³⁰ Concepto desarrollado por GOFFMAN, Irving: *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1972.

³¹ La quinta y última edición de este libro es de 1897, es decir, veinte años después de la primera publicación, y constó de tres volúmenes de más de quinientas páginas, cada uno con muchísimas ilustraciones.

después, profesor de Medicina Legal en Turín, donde dictó su Curso de Psiquiatría y Antropología Criminal.

Para gran parte de la doctrina nacional del siglo XIX, la trascendencia de la obra célebre de Lombroso fue tan revolucionaria y espectacular como el *Tratado de los delitos y de las penas* de Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, circunstancia que llevó al profesor González Roura a afirmar sin titubeos que "por tres veces los Césares conmovieron al mundo".³²

Como señala Elbert:

"Su interés científico por las taras genéticas hereditarias o congénitas, que tan reiteradamente observara en locos y delincuentes alterados, fue llevándole gradualmente a la idea de que debía existir una relación de carácter biológico entre la degeneración y los instintos perversos o destructivos".³³

Estas especulaciones fueron el germen que dio impulso a la conclusión de su trabajo, el concepto de "criminal atávico"—bautizado por Ferri en 1880 como "delincuente nato"—, según el cual los delincuentes presentaban una regresión a estados evolutivos precedentes, caracterizándose su conducta por ser innata e indefectiblemente determinada por factores biológicos.

De todos modos, la doctrina es conteste en admitir que fue Cubí y Soler, discípulo del frenólogo Gall, el verdadero precursor del concepto de criminal nato, aunque dicho autor imputaba este tipo de personalidad criminal a una defectuosa organización cerebral.

Lombroso se basó en los estudios efectuados por Charles Darwin, uno de los primeros autores en acudir al concepto de atavismo en los siguientes términos:

"...respecto de la raza humana podemos decir que las peores manifestaciones que ocasionalmente y sin causa visible aparecen en ciertas familias pueden quizá ser regresiones a un estado salvaje, del que no nos separan muchas generaciones".³⁴

³² GONZÁLEZ ROURA, Octavio: *Derecho penal. Parte General*, t. I, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1925, p. 38.

³³ ELBERT: ob. cit., p. 51.

³⁴ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul, y YOUNG, Jock: *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001, p. 58.

Este hombre delincuente podía reconocerse mediante un proceso de observación directa porque presentaba una serie de estigmas físicos, como por ejemplo: asimetría del rostro, dentición anormal, senos frontales muy pronunciados, órbitas grandes, cierta relación entre peso y altura, orejas grandes, granos, labios leporinos, color oscuro, ausencia del centro caloso y presencia de una foseta occipital media (característica atávica por excelencia que observó en un criminal llamado Villella). Cabe mencionar que desde la tercera edición de *El hombre delincuente* en adelante, Lombroso incluyó características de índole psíquica, como por ejemplo, infrainsensibilidad, ligereza, crueldad, vanidad, tendencia a tatuarse, etc., reemplazando su explicación etiológica criminal original de tipo monocausalista por otra de índole plurifactorial. De esta manera, Lombroso procuró apaciguar las críticas que sufriera en los años anteriores su teoría criminológica. Sobre las idas y venidas de la teoría lombrosiana, Oxamendi, a modo de síntesis, decía:

"...Lombroso comienza por asimilar el delincuente al salvaje, se le dijo que rectificara, y lo hace, entonces lo asimila al loco moral, se le dice basados en la teoría de la degeneración que sobre la base común de todos los degenerados, entre los cuales el delincuente natural no es más que una variedad más, por lo que su psicopatología específica nos dice que el delincuente puede ser un loco moral, pero que se puede ser algo más que eso u otra cosa, se le hizo resistencia, entonces resulta que el atavismo del delincuente es más que un atavismo físico, es más bien moral, es algo más que eso, en vista de la nueva resistencia que se le hace, el delincuente nato es entonces para Lombroso un epiléptico, nueva resistencia, entonces la epilepsia se traduce en larvada; pero no, el delito concluye por ser para Lombroso una neurosis..."³⁵

En síntesis, en la concepción lombrosiana el delincuente era una subespecie anormal del género humano, una peculiar *species generis humani*, cuya conformación morfológica presentaba similitudes con el hombre en estado salvaje. Delinquentes y locos eran un salto atrás en la evolución humana; como señala

³⁵ OXAMENDI, Ricardo A.: *Criminología*, Jesús Montero, La Habana, 1938, p. 24.

Zaffaroni "el delincuente era un europeo que nacía mal terminado y por eso se parecía al salvaje colonizado".³⁶

Paralelamente, la prostitución operaba en la mujer como un sustituto o equivalente del delito, el negro y los habitantes del sur de Italia eran seres inferiores respecto de aquellos nacidos en la región norte de Europa y los anarquistas eran algo así como enfermos mentales.³⁷

Las famosas biotipologías criminales o clasificaciones de autor también comenzaron a ser formuladas a partir de la tercera edición de su obra capital, en la que distinguió entre:

- a) delincuente nato;
- b) loco moral;
- c) epiléptico;
- d) delincuente de ímpetu o de pasión;
- e) locos, subdivididos a su vez en: de tipo psiquiátrico general, alcoholista, histérico y matoide;
- f) delincuente ocasional y
- g) pseudocriminales.

La crítica más demoledora a la teoría etiológica de Lombroso radica en el error de atribuir a las características físicas, que observara repetidamente en presos y locos, la aptitud de revelar la personalidad criminal, siendo que esos estigmas no eran más que la causa de la prisionalización, o sea, el resultado de una política criminal selectiva y deteriorante.

3.2.3. ENRICO FERRI

Jurista de origen humilde, hombre polémico, excelente orador, notorio académico,³⁸ talentoso defensor penal que en su juventud militó en el socialismo y luego, en el ocaso de su vida, colaboró con el partido fascista. Fue una pieza clave en el desarrollo jurídico de la criminología de base biológica, pues reunió el positivismo biológico de Cesare Lombroso con la teoría de la defensa social de base contractualista de Giandomenico Romagnosi.

³⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro: *Manual de derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 236.

³⁷ Sobre este tema puede consultarse el libro de LOMBROSO, Cesare: *Los anarquistas*, publicado en <http://www.antorcha.net> o en <http://www.pensamiento penal.com.ar>.

³⁸ Este jurista sucedió a Pietro Ellero y a Francesco Carrara en sus respectivas cátedras.

En su tesis de grado, defendida ante la cátedra del maestro Carrara —ilustre penalista defensor de la mal llamada “escuela clásica” de derecho penal— titulada “Teoría de la imputabilidad y la negación del libre arbitrio” (1878) se opuso firmemente a la libertad de determinación moral, presupuesto de la responsabilidad o culpabilidad en términos liberales.

Basta citar algunos párrafos del prefacio del *Programa de derecho criminal* del maestro toscano para comprender el carácter osado de aquella afirmación: “El delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho. Pero el derecho es congénito al hombre, porque fue dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de la creación (...) Por lo tanto el derecho debe tener vida y criterios preexistentes a los pareceres de los legisladores humanos (...) El derecho es libertad. Por lo tanto, la ciencia criminal bien entendida es el supremo código de la libertad (...) Los derechos no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad libre e inteligente (...) Al definir el delito como un ente jurídico, colocamos la ciencia penal bajo el dominio de un imperativo absoluto; la libertamos, de una vez por todas, del riesgo de convertirse en un instrumento de la religión o de veleidades políticas...”³⁹

Hasta aquel entonces, el derecho penal se había ocupado de los delitos como entidades jurídicas abstractas, estudiando definiciones metafísicas y políticas (robo, lesiones, homicidio, etc.) y minimizando la importancia de la personalidad criminal, por lo que se establecía para cada delito un *quantum* de pena previamente determinado (pena fija). En cambio, la *Sociología criminal* —la primera edición de este libro apareció en Bologna en 1881— como ciencia de observación positiva, interdisciplinaria, construida sobre datos aportados por distintas disciplinas científicas como la antropología, la psicología, la estadística criminal, el derecho penal y los estudios penitenciarios, era una ciencia sintética. Tras reconocer cierto valor dialéctico al racionalismo de los “clásicos”, en términos netamente organicistas, sostuvo:

“...la ciencia criminal, como cualquier otro organismo viviente, se propone en sus progresos no destruir todo

³⁹ CARRARA, Francesco: *Programa de derecho criminal*, t. I, Temis, Bogotá, 2004, pp. 3 a 5.

lo hecho hasta el presente en la región estrictamente jurídica, sino más bien amputar las partes muertas y activar la evolución anterior de aquellos gérmenes que los criminalistas no han podido desarrollar...”⁴⁰

Por otro lado, calificó a los autores de posición ecléctica o mediadora⁴¹ como pensadores mediocres, “parásitos intelectuales” poco innovadores y “espiritualistas disfrazados”. Sin estupear, afirmó:

“...invocan con gusto un matrimonio de conveniencia entre el viejo derecho penal y la joven ciencia positiva, olvidando que la escuela nueva, sin embargo, representa una innovación completa en el método científico...”⁴²

En su opinión, el hombre era una verdadera máquina condicionada por la convergencia de una pluralidad de factores⁴³ —físicos, morales y sociales—, que lo tornaban incapaz de autodeterminarse. De esta manera, el sujeto se encontraba sujeto a las leyes de la causalidad como los objetos físicos, de modo que si era sometido a ciertas condiciones, inevitablemente se comportaría de cierta manera. La manifestación más extrema de este pensamiento fue la formulación de su “ley de saturación criminal” según la cual “así como en un volumen de agua a igual temperatura se disuelve una cantidad determinada de sustancia química, ni un átomo más, ni un átomo menos, en un medio socialmente determinado en condiciones individuales y psíquicas dadas, se comete un número determinado de delitos, ni uno más ni uno menos”.⁴⁴

En otras palabras, negaba el libre albedrío y en consecuencia la autonomía ética de los hombres, incurriendo en un mecanicismo social. El delito era el resultado de tres órdenes de factores naturales: antropológicos⁴⁵ (anatomía), físico-psíquicos (condiciones fisiológicas y psíquicas) y sociales (condiciones de

⁴⁰ FERRI: ob. cit., p. 56.

⁴¹ Entre ellos, citaba a Von Liszt, Garraud y Tarde.

⁴² Ibidem, p. 59.

⁴³ ELBERT: ob. cit., p. 54.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ A pesar de inclinarse por la sociología criminal, afirmó que conforme a sus observaciones los caracteres antropológico-criminales se hallaban en una proporción de un cuarenta por ciento del total de delincuentes. Así, en FERRI: ob. cit., p. 134.

vida familiar o social), que aisladamente eran incapaces de explicar satisfactoriamente la causa de la conducta desviada. No obstante, en todo delito "siempre interviene el determinismo y lo decisivo de la constitución antropológica y del medio telúrico y social; aun cuando se pueda encontrar [...] un criminal nato que sea un hombre honrado... a los ojos del Código Penal. Así también un tísico de nacimiento puede no morir de la tuberculosis, y un loco hereditario puede no llegar al delirio, si uno y otro tienen la suerte de vivir en un medio y en unas circunstancias excepcionalmente favorables".⁴⁶

Junto a Lombroso promovió la "defensa social"⁴⁷ contribuyendo al inicio de una corriente de pensamiento penal que se caracterizó por la eliminación de las garantías individuales frente a la necesidad de seguridad, protección y prevención criminal de la sociedad como conjunto humano organizado y cohesionado por valores generales compartidos. La pena era defensa social represiva y preventiva, motivo por el cual propuso una teoría de la prevención social, a través del empleo de equivalentes o sustitutivos⁴⁸ de la pena para evitar *ex ante* la comisión de delitos.

A partir del método de estudio propio de las ciencias naturales aplicado al campo social, distinguió dos grandes grupos de criminales:

- 1) *por ocasión*, subdividido a su vez en dos categorías:
 - a) de ocasión propiamente dicho y
 - b) por arrebató pasional;
- 2) *por tendencia instintiva*, compuestos por:
 - a) delincuentes natos y
 - b) delincuentes por alienación mental.

También, sostuvo la existencia de una categoría intermedia, los "criminales por hábito adquirido".⁴⁹ Asimismo, señaló la

⁴⁶ FERRI: ob. cit., p. 63.

⁴⁷ CASTEJÓN, Federico en el "Prólogo" a la versión española de PRINS, Adolfo: *La defensa social y las transformaciones del derecho penal* (p. 8) atribuyó el nacimiento de la idea de defensa social a la conjunción del pensamiento de Feuerbach, Bentham y Romagnosi. Así decía: "La intimidabilidad y el utilitarismo penal de Bentham, la coacción psíquica y la ejemplaridad de Feuerbach, y la prevención y 'contrapinta criminosa' de Romagnosi, evolucionando y amalgamándose se han venido a formar el precedente de la defensa social".

⁴⁸ Medidas de orden económico, político, social, educativo, familiar que debe adoptar el Estado a fin de actuar sobre las causas del delito.

⁴⁹ FERRI: ob. cit., p. 185.

existencia de una *criminalidad atávica o antihumana y otra criminalidad evolutiva o política-social* (p. ej., huelgas y reclamos obreros violentos).⁵⁰ Trazó relaciones entre el delito, la epilepsia, la genialidad y la locura. El genio era una anomalía degenerativa superior o evolutiva, útil para la sociedad; en cambio, el delito y la locura eran formas de degeneración involutiva, casi siempre dañosas. El delito, en consecuencia, era una rama del mismo tronco al que pertenecía la locura.

Estas ideas lo llevaron a defender tenazmente la indeterminación de las penas, las que debían ajustarse a las características particulares de cada tipo criminal.

Párrafo aparte merece el tratamiento que dio a los reincidentes que podían ser tanto delincuentes habituales como natos, entendiendo a la *reincidencia como la regla* en la vida criminal. El determinismo que presuponía la reincidencia entendida como una consecuencia fatal de cierto tipo de personalidad criminal se unía a la concepción darwiniana de supervivencia del más apto y el rechazo de cualquier política altruista. En consecuencia, afirmaba que el encierro de los delincuentes sin trabajo forzoso imponía a los contribuyentes la carga de mantener su ociosidad al tiempo que provocaba el embrutecimiento de los criminales. Esta idea ha llegado hasta nuestros días, encontrando acogida no solo en algunos sectores de la sociedad, sino también, en no pocos representantes políticos.

A pesar de haber militado en las filas del socialismo gran parte de su vida,⁵¹ en uno de sus libros (*Socialismo y criminalidad*)⁵² calificó como sentimental la idea de que con el advenimiento del comunismo desaparecería el delito, síntoma del malestar económico y moral de las sociedades occidentales causado por el capitalismo. En sus palabras: "En un medio económico y social diferentes, en el que fueran aseguradas a toda criatura humana las condiciones de una existencia verdaderamente humana y por lo tanto el desarrollo de su personalidad, serían desechadas las fuentes epidémicas del delito, eliminando así la degeneración por miseria en el mayor número y la degeneración

⁵⁰ Ibidem, p. 134.

⁵¹ Defendió las bondades de las doctrinas económicas de Marx por basarse en un método empírico y riguroso, contrapuesto a las abstracciones de la economía clásica de Adam Smith.

⁵² También conocido como *Socialismo y ciencia positiva* (1894).

por parasitismo en el menor".⁵³ Sin embargo, aún con el advenimiento de un orden social más justo (comunismo utópico) subsistirían los delitos más graves en sus formas esporádicas, porque si bien en la delincuencia ocasional influían mayormente los factores sociales (medio telúrico), la delincuencia habitual reconocía su génesis en carencias biológicas que el comunismo no podía resolver.

3.2.4. RAFAEL GARÓFALO

Proveniente de una familia noble, católica y bien acomodada, ejerció la magistratura. En 1880 publicó un libro titulado *Un criterio positivo de la penalidad*, donde acuñó la palabra *temibilidad*, que posteriormente fue reemplazada por el término *peligrosidad*,⁵⁴ cuyo estudio profundizó Grispigni.

En 1885 publicó su obra fundamental, *Criminología*. Trabajó sobre el *pronóstico de peligrosidad*, y no obstante creer que la noción del delito dependía de la ley, sostuvo la existencia de *delitos naturales*,⁵⁵ defendiendo la necesidad de sancionar dos *códigos penales*, uno cuyo contenido sea idéntico en todo el mundo, y otro que previera las especiales características de los delincuentes de cada país. Los delitos lesionaban sentimientos de benevolencia y altruismo básicos de la sociedad civilizada: a) *la piedad o humanidad*: delitos contra las personas y b) *la justicia o probidad*: delitos contra la propiedad; correspondiendo neutralizar a los sujetos que carezcan de estos valores⁵⁶ mediante la pena capital en el caso de los primeros y a través de la deportación en los otros.

En torno a la relación entre crimen y moral entendió al primero como una "determinada especie de inmoralidad" bajo el argumento de la existencia de centenares de hechos inmorales que no eran considerados criminales. En consecuencia, la espe-

⁵³ FERRI: ob. cit., p. 149.

⁵⁴ Según E. Raúl Zaffaroni: cuando se discute sobre la posibilidad de tratar a algunos seres humanos por su peligro o dañosidad suele citarse la teoría política de Hobbes, no obstante, en el caso de Garófalo sus ideas eran tan groseras que carecían de justificación teórica (*El enemigo...*, cit., p. 16).

⁵⁵ Al respecto, Gabriel Ignacio Anitua dice: "Más que delito natural lo que impulsaba era la existencia de un delincuente natural que estaba determinado por un racismo más idealista que científico" (ob. cit., p. 189).

⁵⁶ OXAMENDI: ob. cit., p. 20.

cialidad consistía en la afectación de los sentimientos morales de piedad y justicia. No obstante, en otros pasajes de su obra reclamaba una sanción penal para toda desobediencia legal, hiera o no estos sentimientos, reservando la punición de estas conductas para los códigos locales o contravencionales.⁵⁷

Como no creía en la eficacia político-criminal del castigo, estaba a favor de la pena capital y del destierro de los criminales incorregibles, interpretando estas penas como un medio de *selección natural*, un mecanismo de defensa social que neutralizaba el peligro que representaba el sujeto criminal. En la cosmovisión positivista el delito era "...un medio de lucha por la vida que implica un ataque, una ofensa, por inadaptación al medio social, una rebeldía, una desintegración de las fuerzas sociales... un fenómeno de inadaptación y de disconformidad... un ataque a las condiciones de existencia... una disconformidad por inferioridad de adaptación...". En razón de ello, la sociedad representada por el Estado a través del monopolio de la fuerza pública tenía el derecho y la obligación de defenderse del ataque de estos seres inferiores, asegurando la subsistencia del cuerpo social y la supervivencia del más apto.

El delincuente era el enemigo interno⁵⁸ de la sociedad, así como el agresor externo lo era de la nación. En consecuencia, las autoridades estaban habilitadas a adoptar todas las medidas a su alcance para vencer en esa "guerra contra la delincuencia", cuyas huestes estaban integradas por seres inferiores e incorregibles, sin limitaciones éticas al poder punitivo ni proporcionalidad entre medios y fines.

El concepto de "guerra contra el delito" y la relación entre ciudadano-delincuente, amigo-enemigo, a pesar de las atrocidades cometidas durante el nacionalsocialismo y el fascismo, ha llegado a nuestros días con particular vigor en el marco de esa

⁵⁷ GARÓFALO, Raffaele: *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 31.

⁵⁸ ZAFFARONI: *El enemigo...*, cit., p. 12. Este autor agrega: "La prehistoria de la legitimación discursiva del tratamiento penal diferenciado del enemigo puede hurgarse en la antigüedad y buscárla en Protágoras y en Platón. Este último desarrolló por vez primera en el pensamiento occidental la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y, cuando esta sea irreversible, debe ser eliminado. Protágoras sostenía una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un derecho penal diferencial, según el cual los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad" (ibidem, p. 81).

suerte de "juego de reiteraciones discursivas" entre teorías legitimantes y reductoras del poder punitivo. No obstante, en el Estado de derecho resulta inadmisibles la introducción de la categoría jurídica de enemigo, asequible solo en tiempos de guerra para asegurar la soberanía o supervivencia del Estado mismo, y bajo la condición del estricto respeto de aquellos límites impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos.⁵⁹

Al igual que la mayoría de los criminólogos positivistas, Garófalo formuló una tipología o clasificación de los delincuentes.

Para dar un cierre a este acápite dedicado al positivismo criminológico en Italia, podemos decir, siguiendo a Mir Puig,⁶⁰ que la criminología etiológica —a diferencia de la Sociología del Control— era una teoría de la criminalidad desentendida del estudio del derecho penal como herramienta de criminalización, presentando el delito como un ente natural, observable empírica e independientemente de las normas y desigualdades materiales de una sociedad concreta.

3.3. Positivism penal en Alemania

Si bien en Alemania el positivismo criminológico no fue recibido con alabanzas, ni provocó adeptos como en otras partes del mundo, tampoco pasó desapercibido; aunque cabe poner de relieve que en ese país el positivismo jurídico adquirió particular importancia a través del desarrollo de la dogmática y la política criminal. Como veremos, Franz von Liszt fue el autor que pretendió conciliar la dogmática penal de origen idealista y método lógico deductivo con el materialismo pseudocientífico (inductivo) del positivismo criminológico, encontrando la resistencia de Karl

⁵⁹ La principal potencia mundial en su lucha contra el terrorismo se ha mantenido por encima de la legislación internacional en esta materia al sus- traerse del ámbito de aplicación del Tratado de Roma y por ende, de la Corte Penal Internacional.

⁶⁰ MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General*, BdeF, Buenos Aires, 2005, p. 59: "En su versión inicial de la Escuela Positiva italiana, la Criminología se ocupaba de buscar las causas del delito como fenómeno empírico, indivi- dual (antropología y psicología criminal) y social (sociología criminal). No perseguía la explicación sociológica de las normas e instituciones penales, sino que creía poder estudiar el delito como una realidad natural indepen- diente de aquellas normas e instituciones. Este planteamiento se rechaza hoy por la criminología crítica, que ha dirigido la atención al estudio socio- lógico de las instancias de control penal (normas penales, policía, adminis- tración de justicia, cárceles)".

Binding y Gustav Radbruch como representantes del positivis- mo jurídico de prosapia kantiana.

Como dice Zaffaroni, "detrás de toda individualización de un enemigo hay un mito que pretende otorgarle carácter óntico"⁶¹ y el caso de Alemania ha sido paradigmático pues el denomina- do "mito germánico" proviene de tiempos antiguos, alcanzando su auge en el siglo XVIII, con el desarrollo del movimiento cultural denominado romanticismo, sin perjuicio de que los peligros que ese mito albergaba en forma latente se hayan concretado con violencia inusitada durante el nacionalsocialismo a través de sus políticas genocidas.

En efecto, numerosos intelectuales de origen alemán —lo mismo sucedía en Rusia— creían que su pueblo (*volk*), como legítimo heredero y continuador de la filosofía griega, estaba com- puesto por seres de una raza superior, por lo que se encontraba predestinado a salvar el mundo.

Cuando la criminología antropológica de Lombroso alcanzó su auge a nivel internacional, en Alemania nació la dogmática o ciencia jurídico-penal de la mano de Anselm Feuerbach y Ernest Beling, construida sobre la base de un modelo analítico-deductivo, opuesto al método positivo caracterizado por la observa- ción empírica (método inductivo). Los fundamentos de la dog- mática penal, originalmente se encontraron en el pensamiento ilustrado propio de la escuela clásica o mejor dicho del derecho penal liberal. Las ideas etiológicas sobre el crimen, de base bio- lógico-antropológica, psicológica o social, fueron receptadas en Alemania con cierto retraso respecto del resto de los países de tradición jurídica continental, encontrando andamiaje a través de una disciplina distinta de la dogmática, la política criminal. Sobre este punto volveremos más adelante, pues consideramos que reviste importancia, bastando de momento con realizar unas breves observaciones.

Jiménez de Asúa explicaba que es difícil saber quién utilizó por primera vez el término política criminal; si bien algunos au- tores lo atribuyen a Feuerbach y otros a Kleinschrod, el profesor madrileño ubica en Italia el nacimiento de esta disciplina de la ciencia penal, para luego trasladarse a tierras alemanas. La pri- mera corriente político-criminal, de raíz racionalista y liberal, comenzó con Beccaria, de modo que "... italiana por su origen...

⁶¹ ZAFFARONI: *El enemigo...*, cit., p. 102.

se hace alemana por adopción. Las obras germanas sobre esta rama del saber, crecen y se multiplican, y en 1816 Boehmer hace su bibliografía.⁶² En los años sucesivos se destacará la labor de Anselm Feuerbach, autor del Código Penal bávaro, cultor de una política criminal fundada en un sistema filosófico lógico-abstracto de raíz contractualista. Luego, será el tiempo de Franz von Liszt, quien a partir del análisis de datos empíricos, imprimirá a esta disciplina una nueva dirección de carácter positivo. Por su parte, Edmund Mezger propuso una política criminal de orientación predominantemente biológica.

En términos generales, todos estos autores definieron a la política criminal como la ciencia o disciplina que se ocupa de optimizar los mecanismos con que cuenta el Estado para luchar contra el crimen. Las disidencias centrales se advierten entre aquellos que circunscriben el campo de estudio a la función del Estado una vez cometido el delito, y aquellos que peligrosamente requieren una "guerra" preventiva contra el crimen. Lógicamente, mientras más se anticipe el ámbito de intervención del Estado y la facultad de imponer penas o sustitutivos penales, más autoritario será su régimen político.

Según Welzel, sobre la base del Código Imperial de 1871 se desarrollaron en Alemania dos escuelas antagónicas: a) los clásicos, representados por Binding, que mantuvieron una posición conservadora enmarcada en el Estado de derecho y la idea retributiva, de filiación filosófica idealista que suponía el libre albedrío de los seres humanos, cuya labor se refirió especialmente a la dogmática; y b) la *Escuela Moderna o Joven* fundada por Von Liszt que indagó sobre las causas del delito a través del método causal explicativo para eliminarlo.⁶³

Esta famosa "lucha de escuelas" como todo proceso dialéctico derivó en la formulación de una propuesta sintética o intermedia, representada por la pluma de Adolf Merkel y sus discípulos Robert von Hippel, Moritz Liepmann y Henrich Gerland.⁶⁴ Según esta corriente de pensamiento de carácter ecléctico:

⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, Losada, San Pablo, 1992, p. 172.

⁶³ WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 13.

⁶⁴ Sobre este tema puede consultarse el libro de ENGISCH, Karl: *La teoría de la libertad de voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2006, pp. 58/67.

"...el principio retributivo rige de modo tan inviolable como el principio de causalidad. O sea, la pena es y sigue siendo una clase específica de reacción (y no solo una clase específica de protección) [...] Va de suyo que la pena entraña un auténtico reproche, mas no el de que el delincuente concreto hubiera podido actuar de otra manera en la concreta situación. El reproche se dirige contra el carácter mismo, al carácter así como es".⁶⁵

La adopción de posturas intermedias o "teorías complejas de la pena" son sostenidas actualmente por autores como Schmidhäuser (teoría de la diferenciación) y Roxin (teoría dialéctica de la unión).

En lo que respecta a la criminología, en Alemania hasta 1950, psiquiatría y derecho fueron las columnas sobre las cuales se edificó esta disciplina del saber penal.⁶⁶

3.3.1. KARL BINDING

Este pensador alemán (1841-1920), nacido en Frankfurt, fue el exponente más destacado del positivismo lógico en la dogmática alemana. Elaboró la ahora célebre teoría de las normas según la cual "ningún delito del mundo choca con la ley penal, conforme a la cual debe ser penado; cada delito lesiona un precepto jurídico, que es fundamentalmente distinto a la ley penal y que hoy se designa como norma".⁶⁷

Rechazaba el derecho natural y las concepciones metafísicas buscando dotar de racionalidad y certeza al derecho positivo, al que consideraba necesariamente justo. Al examinar a la ley como un instrumento neutral emanado de un Estado racional y justo reconoció valor supremo al acto legislativo. De esta manera, no reparó en la selectividad del sistema político ni en la posibilidad de un Estado criminal o genocida.

En su criterio "la pena era tanto un derecho como un deber para un Estado de derecho, pues de no aplicarla se afectaría la

⁶⁵ Idem, p. 66.

⁶⁶ CIRUZZI DE RABUFFETTI: ob. cit., p. 56. Para llegar a tal conclusión, cita los aportes criminológicos de los siguientes psiquiatras: Kraepelin, Wilmann, Aschaffenburg, Kretschmer, Lange, Stumpfl, Kranz, etcétera.

⁶⁷ BUJAN, Javier A.: *Elementos de criminología en la realidad social*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 146.

fuerza y la vigencia del derecho",⁶⁸ de modo que, ley sin pena era como una campana sin badajo.

Perteneció a la corriente denominada como "positivismo lógico" —en contraposición con el positivismo político criminal de Von Liszt— de ideas liberales y conservadoras, coincidente con los principios del derecho penal liberal, pero asumió en la elaboración de sus ideas el método lógico analítico, negando la existencia de un derecho preexistente y por encima de la ley positiva.

Entre sus obras más destacadas, se encuentra *Las normas y su infracción*, donde se consagra como uno de los exponentes más sobresalientes del formalismo jurídico. Allí, distinguió entre la norma propiamente dicha y la ley penal, precisando que existen normas orientadas al ciudadano que no se encuentran expresamente previstas o contenidas en el texto de la ley penal. Mir Puig, dice al respecto: "Binding notó que de no admitirse tales normas, habría que aceptar la insatisfactoria consecuencia de que el delincuente no infringe norma alguna y pese a ello se le castiga. Pero para el autor alemán las normas que infringe el delincuente son ajenas al derecho penal: son pertenecientes al derecho público general —no específicamente penal—. El derecho penal se limitaría a castigar la infracción de dichas normas no penales: tendría una naturaleza meramente sancionatoria. Las normas se hallarían expresadas a veces en ciertas leyes no penales o podrían deducirse de la existencia de las leyes penales, las cuales operarían como actos concluyentes que manifestarían la voluntad del derecho de dirigir tales normas".⁶⁹

Por otra parte, también ha reparado la doctrina en su libro *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida* (1920), escrito en coautoría con Alfred Hoche, fuertemente criticado por cuanto se lo ha entendido como un antecedente directo de las medidas eugenésicas practicadas durante el régimen nazi. Si bien este autor fue crítico de la teoría del estado peligroso, incurrió en excesos de igual naturaleza, al proponer, por ejemplo, que la pena —basada en la culpabilidad— pudiera ser la muerte en casos de reincidencia, o postular el exterminio de las personas desprovistas de valor vital (entre quienes incluyó a "imbéciles incurables", "paralíticos en el último estadio de su vida", etc.). El catedrático español Muñoz Conde, recuerda a través de una

⁶⁸ ANITUA: ob. cit., p. 226.

⁶⁹ MIR PUIG: ob. cit., p. 73.

cita del propio Binding, que para este autor no existía motivo alguno "...tanto desde el punto de vista social, como ético o religioso, para no otorgar licencia para la muerte de estos seres humanos, que configuran la horrorosa contraimagen de los verdaderos humanos y que en casi en todo despiertan el espanto que mueve a desembarazarse de ellos".⁷⁰

3.3.2. FRANZ VON LISZT

El autor del "Programa de Marburgo"⁷¹ nació en 1851 en el seno de una familia de origen húngaro y se convirtió con el correr de los años en un destacado exponente de la política criminal y la teoría preventiva especial de la pena ("pena fin").

Estudió en Viena y fue profesor en Austria, en la universidad de Graz, y en Alemania en Giessen, Marburgo (1882-1889), Halle y Berlín, donde fallece en junio de 1919. Fundó, junto a Prins y Van Hamel la Unión Internacional de Derecho Penal (1889).

Mediante un abordaje interdisciplinario o integral propuso el estudio de la Ciencia Global del Derecho Penal.⁷² Su propuesta se enmarcó en la época de auge del ideal de orden y progreso ilimitado en la cual proliferaron innumerables clasificaciones biotológicas, psicológicas y sociológicas basadas en la explicación científica de la cuestión criminal. Al mismo tiempo, irrumpieron en escena un sinnúmero de nuevas (pseudo) disciplinas científicas que de acuerdo con el modelo etiológico pretendieron explicar satisfactoriamente las causas del delito. A modo de ejemplo, el criminólogo cubano positivista Ricardo Oxamendi realizó

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco: "El penalismo olvidado", comentario bibliográfico a las obras de GRISMONI, Filippo, y MEZGER, Edmund: *La reforma penal nacionalsocialista*, y de BINDING, Karl, y HOCHÉ, Alfred: *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, colección "El penalismo olvidado", Ediar, Buenos Aires, 2009/2010, publicado en <http://www.pensamiento-penal.com.ar>, p. 11.

⁷¹ Denominación que se gestó a raíz del discurso pronunciado por Von Liszt cuando asumió una cátedra en dicha universidad, cuyo contenido fue catalogado como un verdadero programa político criminal, publicado posteriormente bajo la forma de libro con el título de *La idea de fin en el derecho penal*. Esta corriente de pensamiento jurídico penal también recibió el nombre de Dirección Moderna.

⁷² Fue fundador de la *Revista para la ciencia total del derecho penal* (1881) y de la Asociación Internacional de Criminalística.

la siguiente enumeración no exhaustiva: criminología, mitología criminal, antropología criminal, psicología criminal, sociología criminal, cosmología criminal, criminalística, política social, política criminal, política penal, química criminológica, endocrinología criminal, morfología criminal, psicopatología criminal, sociopatía criminal, sexología criminal, táctica criminal, meteorología criminal, penología, filosofía penal, ciencia penitenciaria, etcétera.⁷³

Por su parte, Von Liszt dividió a la Ciencia Global del Derecho Penal en tres disciplinas, a saber:

- a) criminología;
- b) dogmática;
- c) política criminal.

A grandes rasgos, puede decirse que el interés de este autor se centró en la búsqueda de un conocimiento sintético, integral y coherente a nivel extrasistémico de todas estas disciplinas. Elbert señala que Von Liszt procuró lograr un equilibrio integrador entre derecho penal y criminología, pues "consideraba que los positivistas tenían razón en cuanto al alejamiento de la realidad y la abstracción del derecho penal, pero no compartía las posiciones antropobiológicas extremas y se oponía a la pretensión de disolver al derecho penal en la criminología como disciplina madre".⁷⁴ Claramente, su *definición del derecho penal* como "conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"⁷⁵ marcaba distancias con la Escuela Positiva italiana.

⁷³ Así, en OXAMENDI: ob. cit., pp. 19/20.

⁷⁴ ELBERT: ob. cit., p. 57.

⁷⁵ MIR PUIG: ob. cit., p. 52. Este autor critica la definición a la luz de la evolución producida en la ciencia penal a partir del siglo pasado, considerando que debe ser completada, incorporando a ella otras sanciones como las medidas de seguridad, aclarando que las normas penales, antes que un mandato legal dirigido a los jueces (norma secundaria o de sanción), constituyen un mensaje prohibitivo o información dirigida a los ciudadanos, potenciales delincuentes o no (norma primaria o de conducta), y por último, haciendo notar que el concepto debería incluir también valoraciones o principios —entendemos que solo cuando ellos conforman garantías o limitaciones al derecho penal subjetivo— que no son necesariamente plasmados en leyes en sentido formal o técnico. En este sentido, el catedrático español intenta cerrar la definición de derecho penal como: "...conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a estos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica" (ibidem, p. 55).

Rivacoba y Rivacoba, al prologar el libro de Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, sintetiza el pensamiento de este autor respecto de la teoría de la pena y la función del derecho penal, al afirmar:

"...sin negarle un fondo retributivo, la pena es, en su concepción, esencialmente finalista, teniendo por objeto la protección de bienes jurídicos... protección de bienes jurídicos que se realiza mediante la afectación, solo aparentemente paradójica, de bienes jurídicos, los del delincuente, produciendo efecto, de una parte, sobre el conjunto de los sujetos de derecho como prevención general, y, por otra, sobre el propio delincuente como prevención especial..."⁷⁶

Por lo tanto, adoptó una postura ecléctica y admitió como posible la coexistencia de penas y medidas de seguridad con fines preventivo-especiales, diferenciándose del positivismo criminológico que en última instancia proponía la abolición del sistema penal en clave liberal, y su reemplazo por un modelo administrativo policial basado en la peligrosidad del autor, reemplazando penas por medidas de seguridad u otros sustitutivos penales. Sin embargo, sostuvo la necesidad de prisionizar de por vida (neutralización) a los criminales irre recuperables, refractarios a todo tratamiento, para garantizar así la defensa social, ya que no era posible recurrir a la pena de muerte o a la pena relegación. Como puede apreciarse, hay ciertas incoherencias en el pensamiento de este autor:

- a) como dogmático penal procuró sistematizar la teoría del delito respetando una estructura analítica que presuponía la existencia de un sujeto activo pensante y capaz de actuar según motivaciones psicológicas a título de dolo o culpa en el estrato de la culpabilidad;
- b) como criminólogo defendió la finalidad preventiva de la pena denotando una impronta de pensamiento determinista y organicista.

Seguramente, en aquella época dichas contradicciones eran anuladas mediante el recurso de clasificar a los individuos conforme múltiples categorías delincuenciales.

⁷⁶ RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel: "Prólogo" VON LISZT, Franz: *La idea de fin en el derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad de Valparaíso de Chile, México, 1994.

Por otro lado, cuando Von Liszt se refería a la culpabilidad no hacía alusión a la idea de reproche sino a la relación psicológica que se establecía entre el autor y su conducta, es decir, a lo que hoy conocemos como el aspecto subjetivo de la tipicidad, perteneciente al injusto penal. Por eso Zaffaroni aclara:

“...la construcción del delito de Von Liszt pretendía ser eminentemente descriptiva y no valorativa”.⁷⁷

Mir Puig sintetiza los postulados de su Programa Político Criminal:

“1) La pena correcta, es decir, la justa, es la pena necesaria, la que se determina con arreglo a la prevención especial. 2) La finalidad de la prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología: a) Frente al *delincuente ocasional* necesitado de correctivo, la pena constituye un recordatorio que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al *delincuente no ocasional pero corregible* —también llamado de estado porque en él el carácter de delincuente constituye ya un estado de cierta permanencia— deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al *delincuente habitual incorregible* la pena ha de conseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo”.⁷⁸

El derecho penal era en esta concepción un instrumento de política criminal, de lucha contra el delito. La legislación y prácticas del sistema penal en los países de raíz anglosajona (EE.UU.) y escandinavos (Suecia) se han visto fuertemente influenciadas por la idea de la prevención especial.

3.3.3. EDMUND MEZGER

Apagada la euforia positivista y vencido el régimen nacionalsocialista (1933-1945), Mezger aconsejaba, recordando el frecuente abuso del derecho penal de tiempos pretéritos, que jamás debía olvidarse la doble misión de esta herramienta juri-

⁷⁷ ZAFFARONI, E. Raúl: *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 147.

⁷⁸ MIR PUIG: ob. cit., pp. 94/5.

dica, que a su entender era “luchar exitosa y eficientemente contra el delito y, al mismo tiempo... no descuidar nunca las exigencias y los dictados de la humanidad”.⁷⁹

Con frecuencia se recuerda a este autor en su papel de sólido dogmático y precursor de múltiples desarrollos en esta materia. Así se ha dicho que Mezger ha efectuado valiosos aportes con relación a las teorías de la relación causal, los elementos subjetivos del injusto, la discusión entre causalismo y finalismo, la sistematización de la dogmática de la parte especial, entre otros.

Sin embargo, en los últimos años, principalmente de la mano del catedrático español Francisco Muñoz Conde⁸⁰ se ha recordado el protagonismo académico y legislativo que le cupo a este profesor de la Universidad de Múnich durante el régimen nazi.⁸¹ En este sentido, este autor señala que Mezger fue partidario de un derecho penal de voluntad, de lucha, recurriendo a tal fin a teorías dogmáticas tan controvertidas como la “culpabilidad por la conducción de vida”, los “supuestos de ceguera o enemistad jurídica”, la clasificación de “delincuente por tendencia”, etcétera.

A su vez, en el plano legislativo y práctico se destaca su trabajo como miembro del equipo asesor del Ministerio de Justicia nazi y de la SS, y su colaboración entusiasta en el programa de limpieza étnica conocido como el “Proyecto de ley del tratamiento de los extraños a la comunidad” (marginados sociales, mendigos, vagos y ladrones de poca monta, etc.).

Por ello, concluye Muñoz Conde su investigación diciendo: “De 1933 a 1945 Mezger no solo no abandonó la dogmática jurídico-penal para dedicarse a la que él mismo denominó después en 1950, en un acto de cinismo realmente impresionante, ‘su más joven y mundana hermana, la política criminal’, sino

⁷⁹ MEZGER, Edmund: *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 22. A los fines de poner una fecha cierta a la frase objeto de transcripción corresponde señalar que la primera edición alemana de este libro se publicó en 1948.

⁸⁰ A fin de profundizar las ideas de este autor y su relación con el nacionalsocialismo, se recomienda la lectura de MUÑOZ CONDE, Francisco: *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal del nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁸¹ En este punto, la doctrina solía limitarse a citar a la Escuela de Kiel, de Dahm y Schaffstein.

que siguió en ella para darle también por esa vía cobertura a la 'renovación' (Erneuerung) jurídica que proponían los más destacados juristas nazis, Franck y Freisler.⁸² En otro escrito, el catedrático español ha dicho también que no solo participó junto a Franz Exner en el citado proyecto que previó la reclusión en campos de concentración, la castración y la esterilización de seres humanos, sino que también, consta documentalmentemente que en 1944 presentó un escrito de puño y letra ante la SS, solicitando permiso para realizar observaciones del comportamiento humano en campos de concentración como el de Dachau.⁸³

En la misma dirección Zaffaroni explica que los extraños a la comunidad eran los molestos de la mala vida positivista.⁸⁴

3.4. Breve referencia a las explicaciones psicoanalíticas del delito

Ya hemos pasado revista a los modelos explicativos de la cuestión penal de carácter antropológico-biológico-social. A continuación, veremos la influencia que ejerció el positivismo en una disciplina científica por entonces naciente, el psicoanálisis y sus derivaciones.

No es nuestro propósito adentrarnos en demasía en el análisis de esta corriente, mas creímos necesario mencionar algunas de sus ideas centrales.

3.4.1. SIGMUND FREUD (1856-1939)

El psicoanálisis comenzó con Freud, pero alcanzó a tener más de seiscientas escuelas (gestalt, de grupo, existencial, psicodrama, soñ-análisis, funcional, integrativo, etc.) y ha sido con el correr de los años objeto de severas críticas relativas a su carencia de status científico, las que fueron potenciadas por el avance de otras disciplinas como la genética, la neurobiología, la psicología de base fisiológica, etc. En síntesis, para esta corriente crítica, el psicoanálisis se basaría en interpretaciones estereotipadas que inducen a pensar en un determinismo psico-

⁸² MUÑOZ CONDE: *Edmund Mezger...*, cit., p. 389.

⁸³ MUÑOZ CONDE: *El penalismo olvidado...*, cit., p. 5.

⁸⁴ ZAFFARONI: *El enemigo...*, cit., p. 104.

lógico, más precisamente del inconsciente y de los complejos mecanismos que este contiene.

Cuenta Sebrelli que "el psicoanálisis fue el resultado de una ciencia —supuesta— inspirada en una literatura militantemente acientífica. De esta combinación no estaban libres ni los científicos, porque el último ramalazo del positivismo confundió sus propias premisas al entrelazarse con la rebelión romántica que, a su vez, las había negado. Así el biólogo Ernst Haeckel, muy leído en su época —también por Freud—, conciliaba el evolucionismo darwinista y lamarckiano con la filosofía panteísta de la naturaleza de los románticos y de Goethe".⁸⁵

En este contexto, Freud —continúa diciendo este autor— era "una mezcla rara, muy 1900, de poeta romántico y de sabio científico".⁸⁶ Era positivista "de ahí que se propusiera hacer el psicoanálisis una nueva ciencia natural donde las profundidades de la psiquis se rigieran por las leyes de la naturaleza. Un manuscrito inédito de 1895 describía ciertas correlaciones entre las estructuras cerebrales y el psiquismo, señalando que este último estaba determinado por partículas materiales o neuronales..."⁸⁷

Sin perjuicio de afirmarse como un saber de naturaleza científica, la difusión del psicoanálisis (como "ciencia" de la conducta) comenzó en ambientes literarios y artísticos, reconociendo como antecedentes teóricos a Schopenhauer y Nietzsche.

La Asociación Psicoanalítica, institución fundada por Freud con la finalidad de agrupar a sus discípulos, fue rápidamente objeto de rupturas o "cismas" entre sus miembros a causa de las instrucciones poco democráticas provenientes de la cúspide de la organización. Más allá del contenido de sus ideas políticas, Freud gobernó a la asociación y trató a los disidentes en forma autoritaria y poco pluralista.

En su criterio, el desarrollo de la personalidad de un individuo se cimentaba en las experiencias infantiles del sujeto —en particular durante los cinco primeros años de vida— bajo una

⁸⁵ SEBRELLI: ob. cit., p. 144.

⁸⁶ Freud intentó explicar la realidad a través de los sueños mientras que los románticos quisieron hacer de la realidad un sueño, un poema, de esta manera, el padre del psicoanálisis trató de explicar racionalmente lo irracional, siendo al mismo tiempo romántico, racionalista (ilustrado) y científico (positivista).

⁸⁷ SEBRELLI: ob. cit., p. 144.

estructura compuesta de tres elementos: el "yo", el "superyo" y el "ello" (antes, el consciente y el inconsciente). Estos tres estratos constituían para Freud la personalidad del sujeto, y actuaban entre sí como un sistema interno de pesos y contrapesos. El "ello" es el estrato más primitivo de la mente humana y responde a meros impulsos o necesidades básicas regidas por el principio del placer (instinto sexual, agresividad, hambre, sed, etc.); el "yo" representa la conciencia reflexiva o la razón, que impone límites a las exigencias provenientes del "ello"; y por último, el "superyo", reprime aún más las conductas humanas, pues se construye y rige sobre la base de normas e ideales que han sido inculcados al individuo por sus padres y la sociedad desde la temprana infancia. De esta manera, en Freud la psiquis humana se hallaba en constante conflicto, y a partir de esta idea, desarrolló el concepto de neurosis como conflicto del "ello" con el "yo".

Freud "...nunca llegó a superar su propia contradicción entre el humanismo ilustrado de *El porvenir de una ilusión*—que reconocía un yo libre, activo, responsable, capaz de modificarse a sí mismo y, en consecuencia, cambiar la sociedad—y el pesimismo irracionalista schopenhaueriano de *El malestar de la cultura*, que aceptaba el mal como inherente al hombre y lo ilusorio de cualquier intento de mejorar la sociedad".⁸⁸

En *Tótem y tabú* defendió una concepción del tiempo no lineal o progresiva sino circular y pesimista afirmando la existencia de "un inconsciente —por fuera de la historia— que remitía a los orígenes de la humanidad configuraba un destino fatal que condenaba al hombre a una perpetua repetición y tornaba ilusorios el cambio y el progreso histórico".⁸⁹ En este sentido, se diferenciaba del ideal positivista de orden y progreso ilimitado.

En su concepción, la sesión de psicoanálisis era una interpretación basada en el método experimental, negando la posibilidad de acceder al conocimiento a través de la intuición o la inspiración; sin embargo, construía sus conclusiones utilizando recursos carentes de rigurosidad científica como la "libre asociación", la "interpretación de sueños", los "actos fallidos" y los "lapsus". A su vez, dado que toda conducta o acto

⁸⁸ Ídem, p. 152.

⁸⁹ Ídem, p. 155.

era la revelación de una causa oculta se ha sostenido que incurría en un determinismo absoluto negador de la libertad y el azar.

Si bien Freud se proclamaba científicista, epistemólogos como Karl Popper, Ernst Nagel y Mario Bunge negaron al psicoanálisis su carácter científico.

Al igual que Cesare Lombroso, Freud fue un conservador que defendió el *statu quo* y los valores tradicionales: la familia patriarcal, la superioridad del hombre frente a la mujer (a partir de sus teorías de la mujer como varón frustrado y de la envidia del pene) y el rechazo de la homosexualidad, entendida como una perversión.

3.4.2. CARL GUSTAV JUNG

Se apartó de su maestro fundando una nueva escuela dentro del psicoanálisis llamada Psicología Analítica, más cercana al romanticismo y al irracionalismo, utilizando categorías como el "inconsciente colectivo" y los "arquetipos".

Sebrelli se pregunta qué quedó de Freud en la psicología jungiana y responde que "...poco y nada, el inconsciente individual se transformó en inconsciente colectivo, los recuerdos infantiles en reminiscencias ancestrales, los factores psicológicos en biológicos y raciales, la sesión analítica en rito iniciático, el impulso sexual de la libido en una fuerza de la naturaleza que arrastraba anhelos tan antiguos como los orígenes de la humanidad".⁹⁰

La obra de Jung⁹¹ se enmarca en el neorromanticismo de la primera posguerra que anunciaba el advenimiento del fascismo y el nacionalsocialismo. Al igual que los románticos intentó demostrar la existencia de una relación entre la constitución de la psiquis humana y la "tierra", ensayando la construcción de una "memoria racial" que descendía del evolucionismo de Lamarck. Asimismo, al igual que los filósofos y científicos de la época, pensaba que a partir del caos y el desorden surgiría algo bueno, al extremo que llegó a afirmar que Hitler era un chamán que representaba al inconsciente colectivo del pueblo alemán.

⁹⁰ Ídem, p. 182.

⁹¹ En su obra *Metamorfosis y símbolo de la libido* citó a Houston Stewart Chamberlain, de convicciones racistas y antisemitas.

Para finalizar corresponde mencionar que existen otros tantos autores de interés respecto a los cuales omitiremos referirnos porque ello excedería los fines de este trabajo, tales como Alfred Adler, Jacques Lacan, Erich Fromm, Franz Alexander, Hugo Staub, William Healy, etcétera.⁹²

4. Implicaciones del positivismo penal a nivel dogmático, procesal y político-criminal

El triunfo del modelo de control social propuesto por el positivismo italiano de Lombroso, Ferri y Garófalo hubiera conllevado, como sostuvo Merkel,⁹³ a la abolición del derecho penal y su reemplazo por un Estado de policía permanente, en el cual el individuo se encontraría desprovisto del escudo jurídico que le proveen las garantías individuales (principio de legalidad, culpabilidad, reserva, autonomía individual, dignidad humana, etc.). Prueba de ello es la sentencia contenida en el párrafo que a continuación se transcribe: "Entre todas las medidas de lucha contra la delincuencia, son precisamente los medios represivos o penas propiamente dichas las menos eficaces, y que el factor endógeno en el problema de la delincuencia, según las exigencias de las ciencias, manda a retirar de los Códigos Penales del Porvenir, las penas... apenas será concebible ni siquiera el nombre de Código Penal".⁹⁴ Por ello, se ha dicho que el peligrosismo positivista "...desemboca en un derecho penal de autor que confiesa sin tapujos y que históricamente se puso de manifiesto con el único autor terriblemente coherente dentro de este pensamiento materialista grosero, que fue Krylenko, quien en su proyecto, directamente eliminó la parte especial".⁹⁵

⁹² Para profundizar este tema pueden consultarse las siguientes obras: ELBERT: *Manual básico...*, cit.; ANTRUA: ob. cit., y BUJAN: ob. cit.

⁹³ Merkel les reprochó a los defensores del positivismo biológico que para guardar coherencia con sus ideas, no debían pedir "...una reorganización del derecho penal, sino una abolición del mismo"; de manera que "el contenido propio del derecho penal vendría a desaparecer, para dejar el sitio a un derecho administrativo de carácter esencialmente policiaco" (Así, en: SOLER, Sebastián: *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1929, p. 50).

⁹⁴ OXAMENDI: ob. cit., p. 21.

⁹⁵ CSJN, "Recurso de hecho deducido por la Defensora Pública Oficial en la causa 'Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/causa 10.154', rta. el 5/2/2013, (voto del Dr. Zaffaroni, p. 14).

El abandono de los principios ilustrados transformaría al derecho penal de instrumento de control del ejercicio razonable de la potestad punitiva del Estado en un mecanismo de coerción directa, aplicable aún antes de que el sujeto exteriorice mediante su conducta una voluntad contraria u hostil al derecho que lesione o ponga en peligro un bien jurídico penalmente relevante.

Otra variante hubiera sido la imposición de un modelo dualista: clásico, en cuanto a la imposición de penas para los sujetos susceptibles de un juicio de reproche individual, y peligrosista, respecto de la aplicación de medidas de seguridad para los sujetos anormales. De hecho, esta fue la tendencia que predominó en la doctrina de aquellos tiempos, compatible con las concepciones antropológicas propias del imperialismo europeo. Conforme estas teorías, hechas luego propias por las elites de las sociedades latinoamericanas, algunos hombres nacían para dirigir y colaborar con el proceso que conduciría al progreso lineal de la humanidad, mientras que otros, estaban condenados a tener una vida de marginalidad, crimen y violencia. Para los primeros, considerados normales e iguales, era útil el derecho penal liberal; para los demás, se implementaba un sistema de control social sobre la base de la aplicación de medidas de seguridad y el encierro preventivo; ello claro, cuando no era posible la neutralización. Esta realidad se ve corroborada por el sinnúmero de clasificaciones de sujetos delincuentes practicadas por juristas, médicos, psicólogos y sociólogos, etc. Zaffaroni explica esta situación de la siguiente manera:

"...la pena retributiva, o sea, con medida, es un privilegio para los autoconscientes, para la gente como uno, en tanto que los que no son gente como uno pueden ser peligrosos, a los que tendremos que neutralizar con medidas de tipo administrativo..."⁹⁶

Entonces, a partir de la teoría dialéctica hegeliana, confirmada luego por el materialismo biológico, los penalistas de aquella época pretendieron justificar la existencia de un modelo dualista de control social, salvando en apariencia las contradicciones que esta estructura del pensamiento albergaba.

⁹⁶ ZAFFARONI: *Apuntes sobre el pensamiento...*, cit., p. 110.