

EL

# CRIMINALISTA

*de*

**LUIS JIMENEZ** *de* **ASUA**

LA "NUEVA" DEFENSA SOCIAL. — LOS "DE-  
SERTORES" DE UN BUQUE ESPAÑOL. — EL  
TRATO A LOS DELINCUENTES POLITICOS EN  
ESPAÑA. — HOMICIDIO Y PSICOSIS DE SITUA-  
CION. — HOMICIDIO POR EMOCION VIOLENTA.  
— QUERRELLA POR INJURIAS. — PROTECCION  
PENAL DEL PUDOR PUBLICO. — CONCEPTO  
DE DOCUMENTO. — ENAJENACION DE FER-  
MISOS DE EXPORTACION. — INFRACCIONES  
ECONOMICAS. — GALERIA DE PENALISTAS  
(GOMEZ, GARRIDO, BALLVE, BERNALDO DE  
QUIROS). — CRITICA DE LAS OBRAS DE CONS-  
TANT, CAMAÑO ROSA, GALLINO Y BLASCO,  
RUIZ-FUNES, HERNANDEZ BAZAN, FRANCO  
GUZMAN, GALLO, DE MIGUEL SERRANO, Y  
NOTAS SOBRE ARTICULOS DE REVISTAS.

2ª SERIE

TOMO V



VICTOR P. DE ZAVALIA, Editor

BUENOS AIRES

PRIMER ESTUDIO

LA "NUEVA" DEFENSA SOCIAL

## LA "NUEVA" DEFENSA SOCIAL \*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. 1. El llamado "subjetivismo". 2. El "Derecho penal subjetivo". — II. *La "Defensa Social"*. 3. La fase de ahora. 4. Los congresos de Defensa Social. 5. Ocasión para el éxito. — III. *La Defensa Social "Nueva"*, 6. Las tesis de Marc Ancel. 7. Disentimiento y crítica. 8. Objeciones de Frey y opinión de Graven. 9. Las reservas de Vassalli. 10. Criminología, Sociología y Defensa Social. 11. Conclusión.

### I. — ANTECEDENTES

#### 1. EL LLAMADO "SUBJETIVISMO"

Estamos en una hora en que se enturbian todas las denominaciones. Se llama "liberal" y "demócrata" a lo que es conservador; "popular" a lo que designa una férrea dictadura burocrática; "libre" a lo sometido a una creencia. Imperan las trasmutaciones verbales que inmortalizó Pérez de Ayala en "Belarmino y Apolonio".

No puede extrañarnos, pues, que se hable de "teoría subjetiva" en Derecho penal, o de "subjetivismo", con muy distinto sentido. Los "positivistas" italianos, que todavía conservan algún adepto por estas tierras, refirieron su subjetivismo al estudio del delincuente desde el punto de vista antropológico y sociológico, pero no lograron una concepción subjetiva de la responsabilidad.

Una aguda tendencia que pretendió gobernar la culpabilidad y el nódulo de las sanciones conforme con la personalidad del autor, puesta al servicio de una organización política, fué la doctrina alemana, desarrollada en el Tercer Reich con la denominación

\* Publicado antes en *La Ley*, de 29 de agosto de 1957 (tomo 87 de la Revista).

de *Derecho penal de autor*. Encontró eco en España, aunque hoy en todas partes haya remitido esa fiebre eruptiva <sup>1</sup>.

En vista de estas acepciones distintas y hasta contrapuestas, hizo bien Carlos Cossio en no aceptar el título de "teoría subjetiva" para designar su posición iusfilosófica. Pertenece, sin disputa, al subjetivismo, pero para diferenciarla de las fórmulas en uso la llamó "teoría egológica" <sup>2</sup>.

## 2. EL "DERECHO PENAL SUBJETIVO"

Otra acepción —limpia de intenciones políticas— dió al título de "Derecho penal subjetivo" Filippo Gramatica <sup>3</sup>, que pretendió enmendar la plana al positivismo criminológico, propugnando una construcción teórica y sistemática en la que la culpabilidad y la medida de la pena se gobernarán por la intención del agente y la antijuricidad del individuo. Según Gramatica "la tendencia jurídica de nuestro tiempo se dirige hacia una concepción objetiva de la personalidad penal, conforme a la cual se atiende más a las consecuencias materiales del acto, la lesión jurídica y la ofensa real ocasionada a la sociedad, que a la conciencia y a la intención del sujeto activo". A juicio del pretendido renovador, esto es el mal de nuestra época, y se deben invertir los términos. El "subjetivismo penal" no tiene en cuenta la consecuencia del acto ni la materialidad de la lesión, sino que tan sólo aprecia la conciencia y la intención del agente.

De este principio extrae su autor deducciones que no son nuevas. El delito es, tradicionalmente, un acto del hombre, previsto como tal por las leyes punitivas. Gramatica pretende "subjetivarlo", haciéndolo consistir en la acción y prescindiendo del resultado, consecuencia del delito, lo que equivale a subordinar el delito a la noción de la culpabilidad del mismo sujeto que lo comete. La culpabilidad consiste en la intencionalidad voluntaria

<sup>1</sup> Vid. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", t. III, 2ª ed., Buenos Aires, Losada, 1958, núm. 968.

<sup>2</sup> No es preciso advertir que el hecho de estimar certero el título no supone acatamiento a la doctrina.

<sup>3</sup> "Principii di diritto penale soggettivo", Turín, Bocca, 1934; trad. española por Juan del Rosal y Víctor Conde, "Principios de derecho penal subjetivo", Madrid, Reus, 1942; el mismo, "El subjetivismo penal", en "Revista Penal de La Habana", enero-marzo de 1941, ps. 75 y sigts.

y consciente del que incide en lo ilícito. Queda excluida, instantánea y necesariamente, la distinción entre dolo y culpa y, en consecuencia, abrogadas la culpa, la preterintención y, sobre todo, la responsabilidad objetiva y sin culpa; además, se excluye la responsabilidad de las personas jurídicas.

El "sistema subjetivo" de Gramatica no considera necesario especificar los casos en que falta la culpabilidad por causa o circunstancia de no imputabilidad o de no punibilidad. Las circunstancias eximentes se dividen, dentro de esa doctrina, en dos categorías: en una falta la intencionalidad voluntaria y consciente (enfermedad mental); en la otra falta la ilicitud (legítima defensa, etc.).

Con las mismas normas soluciona Gramatica los demás problemas del Derecho penal. Por eso postula la penalidad del delito "erróneamente supuesto" y el delito imposible. La tentativa no se valúa como delito imperfecto sino que se pena como el "delito consumado". El concurso de varias personas en un hecho punible se escinde en tantas acciones y, por ende, en tantos delitos singulares, cuantas sean los copartícipes, quienes responderán, respectivamente, por el grado de culpabilidad que, singularmente, haya contraído cada uno por la actividad desplegada en la ejecución del delito.

## II. — LA "DEFENSA SOCIAL" <sup>4</sup>

### 3. LA FASE DE AHORA

Con el mismo desasosiego que Quintiliano Saldaña —siempre en busca de notoriedad y siempre deseoso de figurar como creador de

<sup>4</sup> *Bibliografía*, valedera para el apart. III: "Rivista di Difesa Sociale", creada y dirigida por F. GRAMATICA, en Génova, que vió la luz desde 1947, transformada luego en "Revue Internationale de Défense Sociale", dirigida por el mismo y publicada también en Génova, donde se han publicado los estatutos de la Sociedad de Defensa Social y los artículos más importantes que tratan de definir su esencia y objetivo; "Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale", cuyo núm. 1 aparece el primer semestre de 1955. Ultimamente se habla —como se dirá en el texto— de una *Nueva Defensa Social* y sobre ella pueden consultarse: MARC ANCEL, "L'évolution de la notion de la défense sociale", en "Festschrift tillägnad Karl Schlyter", ps. 32 y sigts.; el mismo "Les doctrines nouvelles de la défense sociale", en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie" (Bruselas), octubre de 1951

una doctrina <sup>5</sup>—, aunque con menos facundia que el penalista español para cambiar de rumbo, Felipe Gramatica abandona el título de

(hay tirada aparte); el mismo, "La défense sociale nouvelle. (Un mouvement de politique criminelle humaniste)", París, Editions Cujas, 1954; el mismo, "Une définition de la défense sociale?", en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé" (París), julio-setiembre de 1956, ps. 447 y sigts.; ANT. BESSON, "A propos de la défense sociales nouvelle", en "Revue Internationale de Droit Pénal", 3º y 4º trimestres de 1954, ps. 321 y sigts.; JEAN GRAVEN, "Droit pénal et défense sociale", en "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht" (Berna), año LXX (1955), fasc. I (hay tirada aparte de este artículo escrito como respuesta al de ERWIN R. FREY, que mencionaremos ahora aquí; S. C. VERSELE. "De vergelding in het strafrecht", en "Rechtskundig Weekblad", año XIV, núm. 36, de mayo 27 de 1951, cols. 1442-1454; PASCUAL MENEU, "El ideal de defensa social", en "Criminalia" (México), marzo de 1952. Aunque han visto la luz en la "Rivista di Difesa Sociale" (1949, 1947, 1948 y 1951, respectivamente). Citamos tres trabajos, de los que se han hecho tirada aparte, por parecernos importantes, sobre todo el primero de los que se mencionarán, por las condiciones limitativas que impone a la "Defensa Social": GIULIANO VASSALLI, "Limiti di diritto in un sistema di difesa sociale", Génova, 1949; CESIDIO DE VINCENTIIS, "Appunti intorno al procedimento di socializzazione", Génova, 1947-1948; el mismo, "Il giudizio di difesa sociale", Génova, 1951. Incluso la "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé" de París, abre sus páginas a una periódica *Chronique de Défense Sociales* (paralela a otras *Chroniques* que regularmente aparecen sobre Derecho penal, Criminología, Ciencia o práctica penitencia, etc.), que se encomienda a la experta pluma de J. B. HERZOG (vid. el número de enero-marzo de 1955, ps. 129/142, donde se inserta la primera, seguida de la más significativa bibliografía). Decididamente en contra de la Defensa Social: ERWIN R. FREY, "Strafrecht oder soziale Verteidigung?", en "S. Z. f. S." (ya citada), ps: 405 y sigts. Sobre el problema *Criminología, Sociología y Defensa Social*, que se estudia en el núm. 10, véanse especialmente: "La criminologie devant la controverse droit pénal-défense sociale", conferencia del profesor ERWIN FREY y el "coloquio" a que dió lugar en "Bulletin de la Société Internationale de Criminologie", año 1956 (2º semestre), ps. 119-155; así como "Criminologie et défense sociale", conferencia de J. PINATEL, y las intervenciones que motivó en "Bulletin" cit., año 1957 (primer semestre), ps. 17/45; GEORGES LEVASSEUR, "Sociologie criminelle et défense sociale" (conferencia en el "Centre d'Etudes Sociologiques"), en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé" (París), 1957, ps. 301/318. Para un resumen puede consultarse SÉVERIN VERSELE. "Le mouvement de défense sociale", en "Cinquante ans de droit pénal et de criminologie. Publication jubilaire (1907-1957)", de la "Revue de Droit Pénal et de Criminologie" (Bruselas), ps. 133/149.

<sup>5</sup> Vid. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", t. II, 2ª ed., Buenos Aires, Losada, 1957, núms. 531 y 541.

“Derecho subjetivo”, para lanzarse resueltamente a la prédica de la *Defensa Social*. La idea está muy lejos de ser nueva, puesto que de ella hablaron muy reiteradamente los positivistas y de modo más específico Adolfo Prins, dejando tanta huella en Bélgica que así se titula la ley de 1930 contra los delincuentes peligrosos. Por otra parte, no se trata, en cuanto al propio Gramatica que la postula, de novedades en el contenido, sino de un mero cambio de nombre, ya que, *mutatis mutandis*, sigue diciendo, con este epígrafe, lo que antes formulaba como “Derecho subjetivo”.

El señor Gramatica fundó primero un *Centro Internacional de Defensa Social* que luego se llamó *Instituto Internacional para los Estudios de la Defensa Social*. A pesar de sus adjetivaciones afanosamente cosmopolitas, no salió de Italia sino por excepción y no dejó de ser la “Defensa Social de Gramatica”. Por fin se constituye la *Sociedad Internacional de Defensa Social*, en cuya comisión directiva figuran no sólo penalistas italianos, sino franceses, belgas, alemanes, hispanoamericanos, etc. (yo mismo fui incluido en ella por mis amigos franceses y venezolanos).

#### 4. LOS CONGRESOS DE DEFENSA SOCIAL

Nuestras dudas sobre la sustantividad de este movimiento y sobre su utilidad científica y práctica, son superlativas. Reconocemos que ha tomado, en estos últimos tiempos, un grande incremento, y que ha celebrado muy resonantes congresos, de los que vamos a hacer breve reseña.

El *Primer Congreso Internacional de Defensa Social* fue organizado por una institución italiana —el “Centro Internacional de Defensa Social”—. Tuvo su sede en San Remo, los días 8 a 10 de noviembre de 1947. A la invitación de Italia respondieron otras nueve naciones: Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Gran Bretaña, Polonia, Rumania, Suecia y Suiza. Estuvo presente un observador de la ONU. En el inevitable cuadro de imprecisión a que da lugar ahora el término de Defensa Social, concebido de manera harto distinta por italianos y franceses, se trató principalmente de los delincuentes menores, anormales, bebedores consuetudinarios, supresión del término mínimo de las penas, libertad condicional, abolición de la pena de muerte, reserva de la pena perpetua para los crímenes comunes más graves y dejando

a salvo el empleo de la libertad condicional, reparación al lesionado, creación de institutos para formar en ellos a los jueces, médicos y funcionarios especialistas, así como intensificación de los estudios criminológicos, necesidad del patronato y de la asistencia social, etc. Varios congresistas sostuvieron el criterio de que debía reemplazarse el nombre de Derecho penal por el de "Derecho defensivo"<sup>6</sup>.

El *Segundo Congreso Internacional de Defensa Social* celebróse en Lieja, del 3 al 8 de octubre de 1949, en el que se proclamó la necesidad de respetar siempre los derechos fundamentales del individuo y la dignidad de la persona; rechazóse el empleo del narcoanálisis, salvo como medio terapéutico, usado por un médico sometido al secreto profesional, así como la esterilización eugenésica; se expresó el deseo de que se haga un "dossier de la personalidad" y que la formación de los magistrados se complete por estudios criminológicos; manifestóse la necesidad de que la policía considere sagrada la integridad de la persona, de que se conozca la psicología criminal, de poner en manos del juez la *probation* junto a la condena condicional; y en materia penitenciaria acordóse dar suma importancia al trabajo, al recreo y a la higiene. Este Congreso tuvo además suma importancia en cuanto a la transformación de la "Sociedad Internacional de Defensa Social" y en orden a la participación, mucho más activa en ella, de los penalistas franceses y belgas.

Para el *Tercer Congreso Internacional de Defensa Social* se hicieron dos sesiones preparatorias, una en San Marino, del 8 al 12 de setiembre de 1951, y otra, de carácter "panamericano", en Caracas, del 6 al 11 de octubre de 1952, en la que actuaron principalmente José Rafael Mendoza, José Agustín Méndez y An-

<sup>6</sup> Vid. "La défense sociale au Congrès de San Remo du 8-10 novembre 1947", en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé" (París), octubre-diciembre de 1947, ps. 561/575. Vid. también "Archivos de Medicina Legal" (Buenos Aires), enero-abril de 1948, p. 65; "Revista Penal y Penitenciaria" (Buenos Aires), enero-diciembre de 1947, ps. 194 y sigts. Muy interesante resumen sobre la marcha de los primeros congresos de Defensa Social puede verse en la ponencia general de SÉVERIN-CARLOS VERSELE, al tercero de esos congresos, "L'Observation" (Ière. section), ps. 32/33. Las resoluciones de los tres primeros y el programa del cuarto pueden verse en "Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale" (París, Cujas), núm. 1, primer semestre de 1955, ps. 18/20.

gulo Ariza<sup>7</sup>. Este Tercer Congreso tuvo al fin lugar en Amberes, del 20 al 24 de abril de 1954. Mejor ordenado que los anteriores divagó menos, y con cierto método trató de estos tres temas: I) "La observación". II) "El juicio". III) "La ejecución"<sup>8</sup>.

El *Cuarto Congreso Internacional de Defensa Social* se ha reunido en Milán, del 2 al 5 de abril de 1956. El tema elegido fue: "La prevención de las infracciones contra la vida y la integridad corporal de la persona humana". Las conclusiones adoptadas —sobre las que se originó un debate más de terminología y lingüística que de contenido (hasta el punto de que Graven advirtió que se perdía un tiempo precioso discutiendo sutilezas)— fueron tan vagas como las primeras resoluciones de estos congresos, recomendándose la prevención de esos delitos con el empleo de medidas, que no se determinan<sup>9</sup>.

Como hemos dicho (vid. nota 6 al pie de página), Séverin-Carlos Versele, al abordar, como *rapporteur général*, el tema I

<sup>7</sup> Sobre estas reuniones preparatorias, y ante todo sobre la celebrada en Venezuela, vid. "III Congreso Internacional de Defensa Social (San Marino, 16-22 setiembre 1951. Caracas [Venezuela], 1952). Programa", en "Revista General de Derecho" (Valencia, España), núm. 75, diciembre de 1950; "El Tercer Congreso Internacional de Defensa Social se celebrará en Venezuela", en "La Esfera" (Caracas), diciembre 19 de 1949; S. C. VERSELE, "Les journées de Caracas", en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie" (Bruselas), año XXXIII, núm. 4, enero de 1953, p. 382; A. MATEO ALONSO, "La sesión panamericana preparatoria del III Congreso Internacional de Defensa Social, Venezuela, 1952" en "Revista del Ministerio de Justicia" (Caracas), año II (1954), ps. 211/216; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, "Crónica...", etc., en "El criminalista", t. I, serie 2<sup>a</sup> (Buenos Aires, Zavalía, 1955), ps. 79/80.

<sup>8</sup> Véase las noticias sobre él: "Congrès International de Défense Sociale", en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", abril-junio de 1954, ps. 421 y sigts.; en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", abril de 1954, p. 675; en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" (Madrid), t. VIII, fasc. II, mayo-agosto de 1954; p. 425; A. DE MATTA, "Il Congresso di Anversa della Difesa Sociale", en "Giustizia Penale", 1954, parte I, col. 315; IVAR STRAHL, "Tredje Internationella Kongressen för Social Skydd", en "Nordisk Tidskrift för Kriminalvetenskap", año 42 (1954), cuaderno 2, ps. 93 y sigts.

<sup>9</sup> Vid. "Congrès international sur la prevention. IV Congrès International de Défense Sociale", Milán, Giuffrè, 1956. En dos voluminosos tomos e impresas en italiano y en francés, han aparecido las "Atti del Congresso internazionale sulla prevenzione dei reati contro la vita umana e l'incolumità individuale. IV Congresso Internazionale di Difesa Sociale", Milán, Giuffrè, 1957.

(“La observación”) en el Tercer Congreso de esta serie, hace unas interesantes apreciaciones sobre los dos primeros congresos. En el habido en San Remo en 1947 se percibe —dice Versele— un “hermoso ímpetu hacia una justicia más humana y social”; en el reunido en Lieja en 1949, el propio autor, entusiasta de la defensa social, observa que se “señalan notables progresos en la organización de los trabajos”, con lo que se confiesa tácitamente el poco método de antes, y abiertamente se dice que, “sin embargo, no ha podido aún darse un programa perfectamente unificado”. Versele transcribe esta frase de María Teresa Motte, considerándola como “amistoso reproche”, pero sin estimarla injusta: “La defensa social... ha llegado a ser... un movimiento creador, pero inquestionablemente mal encauzado, imperfectamente encuadrado”<sup>10</sup>. Ya hemos dicho que en el tercero se mejoran los métodos de estos congresos que van, de la imprecisión y vaguedad de los muchos problemas abordados sin orden ni concierto, a la adopción de un solo tema, en el cuarto, que se ha celebrado en Milán. A pesar de ello los propios partidarios del neo-defensismo están muy lejos de considerar como lisonjero este último Congreso reunido en tierra italiana.

##### 5. OCASION PARA EL EXITO

Nos explicamos, por causas ajenas a la ciencia y a la eficacia, el éxito que tiene, por el momento, la Defensa Social, calificada de “nueva” en Francia, Bélgica e Hispanoamérica (aunque no ciertamente en Italia). En Francia es la revancha del positivismo. En lo que tiene de audaz —audacia ya perdida en manos de Gramática— la Defensa Social es el positivismo criminológico. Cuando éste poseía empuje y contenido auténticamente nuevo, asustó a los franceses que no olvidan la protección *política* de los derechos del hombre. Ahora, en una fórmula de contenido desvirtuado, se recibe con alborozo, sin percatarse que el peligro de arbitrariedad es mayor porque el vacío científico puede colmarse políticamente. En Bélgica es natural que entre como en su casa. Ningún penalista belga puede olvidar el nombre de Prins, acabado de recordar.

<sup>10</sup> “Utilité d’une initiation précise du juriste a la Psychologie des profundeurs et a la Psychiatrie, dans les perspectives de Défense Sociale”, rapport al III Congreso ya citado, ps. 1/21.

Pero *aquello* de antes era otra cosa, nueva entonces y con bases científicas de que hoy carece la "Defensa Social". En los países hispanoamericanos campeó el positivismo *teorético* (valga la expresión), en vez del experimental, ya que en Hispanoamérica sus positivistas no experimentaron jamás —salvo Ingenieros— y no hicieron otra cosa que citar a Lombroso, Ferri y Garófalo. ¿Cómo extrañarnos de que este otro positivismo deshuesado penetre de rondón, en un momento en que los cultivadores del Derecho penal de la América hispánica empezaban a estudiar dogmática penal y se daban cuenta de sus dificultades? Otra vez una fácil "doctrina" les permite el discurso sin esfuerzo, y así se explica que Caracas gastara sumas que no tuvo prontas para celebrar congresos jurídicopenales, para llevar a sus lejanas tierras a los *defensistas*. Por otra parte, el programa, dilatado hasta confines ignotos, de la acción penal de esta doctrina, puede permitir el manejo punitivo a todos los dictadores y tiranuelos que, bajo el ala protectora del "gran Estado del Norte", pululan por estas tierras hispanoparlantes. La *ley de defensa social de Costa Rica* es prueba fehaciente.

Insistamos en que el contenido de la "Defensa Social" de Gramatica no es más que adaptación de fórmulas positivistas al ambiente de generalización cosmopolita en que pretende moverse y que, por dirigirse a muy variados sectores teoréticos, precisa ser vulgarizada. Sirva de ejemplo su *antisocialidad* que no vale, ni con mucho, lo que la *temibilidad* o *peligrosidad* de los fundadores del positivismo o de la escuela sociológica alemana y de la auténticamente defensiva de Prins <sup>11</sup>.

### III. — LA DEFENSA SOCIAL "NUEVA"

#### 6. LAS TESIS DE MARC ANCEL

Los franceses y los suizos de lengua francesa, han querido corregir esas vaguedades sin envidia, y hoy se habla de la *Defensa Social Nueva*, título puesto por Marc Ancel a su reciente libro (citado en la bibliografía de la nota 4). El subtítulo que pone a esta obra, sobremanera interesante, es demostrativo por demás: "Un

<sup>11</sup> Vid. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de derecho penal", t. V, "La culpabilidad", Buenos Aires, Losada, 1956, núm. 1473 *in fine*.

movimiento de política criminal humanista". Para quienes no creemos en la Política criminal como ciencia no es fácil concebir este "movimiento" científicamente autónomo, capaz de presentar el dilema que origina la pregunta de Erwin R. Frey, en su magnífico artículo (mentado *retro* en la bibliografía de la nota 4). Quedaría, sin embargo, la posibilidad de entender la "Defensa Social Nueva" como escuela o al menos como tendencia políticocriminal. Últimamente, el propio Ancel confiesa las dificultades para definirla.

En ciertas páginas de su libro parece verla el magistrado de la Corte de Casación de Francia, según corresponde a su penetración y talento, como mera dirección de escuela; pero a la postre da a la Política criminal categoría de rama de una común *Ciencia criminal*. En algunos pasajes confiesa claramente que "la Defensa Social —[cuyos antecedentes ha estudiado desde el diálogo de *Protágoras*, ps. 41-42]— nació con el positivismo" (p. 55), pero en otros la independiza del Derecho penal<sup>12</sup>. De una parte, leemos al empezar el libro, unos párrafos en los que se delinea con bastante claridad la concepción de una tendencia más que de una rama científica: "...constituye, ciertamente, un fenómeno nuevo, consistente en una actitud de conciencia ante algunas exigencias profundas, que conducen a repensar ciertos grandes problemas referentes a la acción legislativa, judicial o administrativa de reacción contra la delincuencia y a promover ciertas reformas positivas, con un espíritu nuevo y según una coordinación ideológica deliberadamente aceptada" (p. 9). Se corrobora nuestra interpretación al ver que no sólo se compara la "nueva Defensa Social" con la escuela positiva, sino que se la contrasta con las teorías de los "neoclásicos", "eclecticos" y "técnicojuristas", que han opuesto resistencia al neo-defensismo (ps. 9/10). Claramente dice Ancel que "es necesario conservar un *verdadero* Derecho penal" y que el problema estriba en "la elaboración de un sistema de De-

<sup>12</sup> En efecto, abundan, frases y párrafos donde se presenta la Defensa Social como cosa diferente del Derecho penal. Al recordar a VON LISZT como partidario de las exigencias político-criminales, dice ANGEL: "Pero von LISZT siguió, hasta el fin, profundamente jurista y no llegó a independizar una teoría de la Defensa Social, que sólo podía existir en frente, al margen, del Derecho penal propiamente dicho, e incluso, en cierta medida, en oposición al Derecho penal" (p. 63).

recho penal que no sea ya anacrónico"; es decir, que parece tratarse de lo mismo que pretendieron *todas* las escuelas, frente al Derecho penal de su hora, que envejecía. Más o menos lo mismo dijeron los partidarios del clasicismo retribucionista, los secuaces de la intimidación y prevención, los positivistas, los humanistas, los pragmatistas, etc. En el párrafo que vamos a transcribir es donde culmina la apreciación que Marc Ancel hace de la Política criminal como medio de lograr esas transformaciones (es decir, como *tendencia*), que parecería excluir todo propósito de mirarla como *ciencia* autónoma: "Ese problema —dice— es, por tanto, muy exactamente, un problema de política legislativa o si se prefiere más ampliamente aún, de *política criminal*" (p. 12).

Pero, de pronto, y a continuación de estas palabras tan claras, dice otras no menos inequívocas en que aprecia la Política criminal como *rama científica* de una *Ciencia criminal*. Dice Marc Ancel, a seguida del párrafo acabado de transcribir, en que parecía ver aquélla como medio o tendencia de renovar el Derecho penal: "Se percibe así que la ciencia criminal moderna se compone en realidad de tres ramas esenciales: la Criminología, que estudia en todos sus aspectos el fenómeno criminal, el Derecho penal, que consiste en la explicación y aplicación de las reglas positivas por las cuales la Sociedad reacciona contra ese fenómeno criminal y, en fin, la Política criminal, a la vez *ciencia* y arte, cuyo objeto práctico es, en definitiva, permitir la mejor formulación de esas reglas positivas, y dar direcciones tanto al legislador encargado de redactar la ley penal, como al juez encargado de aplicarla o a la administración penitenciaria encargada de traducir en realidad la decisión del juez penal" (ps. 12/13).

Se vuelve así, quierase o no, a la posición mantenida por von Liszt a fines del pasado siglo, y que han superado enteramente los libros alemanes más modernos, en que para nada se habla de *Política criminal*. Incluso Mezger, que *no* incluyó en su "Tratado" el capítulo de Política criminal que acaso pensó insertar a la manera lisztiana, y que con el material almacenado construyó su célebre libro "Política criminal sobre bases criminológicas", escribió en realidad una obra de Criminología, y por eso consintió en que en la edición española llevara ese título. Finalmente, cuando imprime sus "breves Tratados" para uso de los estudiantes (*Studienbücher*), uno de los volúmenes (junto al titulado "Derecho

penal. Parte general”, y al que se denomina “Derecho penal. Parte especial”) recibe el escueto y exacto nombre de *Criminología*, y no de “Política Criminal”<sup>13</sup>. Y es que no existen tres ramas científicas de una supuesta *Ciencia criminal*, que por su objeto y método radicalmente dispares no puede ser concebida como una ciencia, sino que hay dos, perfectamente caracterizadas, con propio objeto y métodos peculiares: el *Derecho penal* y la *Criminología*.

Parecería que Marc Ancel ha llegado a la meta al decirnos que la Defensa Social es un “movimiento humanista” de la “Política criminal”, concebida como “ciencia y arte”; pero no es así. Todo el cap. I de su obra (de cuya “Introducción” son los párrafos y frases hasta ahora transcriptos) se destina a responder a esta pregunta que figura como epígrafe: “¿Qué es la Defensa Social?”. Para contestar al autointerrogatorio, Ancel censura primero a los descreídos, trata de purgarla después de los viejos significados, variadísimos y casi todos alusivos a la severidad de la represión o al utilitarismo, e incluso de lo que llamaron Defensa Social los positivistas, para ocuparse, más tarde, de los “nuevos empleos del término «Defensa Social», como el de Gramatica, que la llama “lucha contra la pena” (!!), el de Schlyter, que coincide con ese propósito y llega hasta la famosa consigna de “¡despoblemos las prisiones!”, y de Saldaña, que habló de una “Defensa Social universal” (ps. 17/33).

Al término de este primer capítulo trata Ancel —acaso sin lograrlo— de poner un poco de orden en ese caos, y *brevitatis causa* resume así las “ideas” que conviene precisar como nociones diversas de esos mismos vocablos, cuyo *concepto* afanosamente busca y que tácitamente confiesa que no puede ser *tal*, por la disparidad misma de los contenidos que acoge: “1º) La Defensa Social supone, ante todo, una concepción general del Derecho penal que trata no de penar una culpa [*lato sensu*] y sancionar con un castigo la violación consciente de una regla legal, sino de *proteger a la Sociedad* contra las actividades criminales; y no es dudoso que, en este sentido... la Defensa Social recuerde la revolución positivista contra el Derecho penal clásico. 2º) Esta protección social, que la Defensa Social entiende naturalmente realizar, por

<sup>13</sup> Véanse los títulos e indicaciones de ediciones y fecha de esos libros de MEZGER, en el t. I de nuestro “Tratado de derecho penal” (2ª ed., Losada, 1957); en la bibliografía de los núms. 27 y 33.

un conjunto de medidas generalmente extrapenales, en el estricto sentido de la palabra, destinadas a neutralizar al delincuente, bien por eliminación o por segregación [*el lenguaje positivista triunfa tres cuartos de siglos después en una pluma francesa*], bien por la aplicación de métodos curativos o educativos; y así se encuentran las relaciones evidentes entre las ideas de defensa social y la noción de *peligrosidad* tal y como la había configurado la Unión Internacional de Derecho Penal. 3º) La Defensa Social llega así a promover una Política criminal que da naturalmente paso a la prevención individual sobre la prevención colectiva y que se esfuerza en asegurar, conforme a la justa fórmula adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes; esta política criminal razonada, tiende, por tanto, hacia una acción sistemática de *resocialización*. 4º) Esta acción de resocialización no puede, sin embargo, desarrollarse más que por una humanización siempre creciente del derecho penal nuevo... 5º) Esta humanización, del derecho y del procedimiento penal, no será efecto tan sólo de un movimiento humanitario o sentimental sino que, por el contrario, se apoyará, tan sólidamente como sea posible, sobre el conocimiento científico del hecho criminal y de la personalidad del delincuente..." (ps. 35/36).

## 7. DISENTIMIENTO Y CRITICA

Al llegar a esta altura del sugestivo libro de Marc Ancel, no podemos menos de juzgar inmotivados los reproches que nos hace (p. 18) —con tanta cordialidad como la que empleamos ahora nosotros al disentir de los puntos de vista estampados en su obra, tan llena de espíritu y de sugerencias—, por no creer en la Defensa Social, y hallamos nuevas causas para repetir que "nadie sabe lo que es «defensa social»: si es la vuelta al positivismo, si es una nueva e inédita conquista...", y para volver a desear que estos movimientos, como otros menos inocentes, no sean "otra cosa que momentos que pasan"<sup>14</sup>.

No podemos —y harto lo lamentamos— seguir paso a paso

<sup>14</sup> Vid. nuestro estudio "El pensamiento penal y criminológico de la primera mitad del siglo XX", en "El criminalista", t. X (de la serie I<sup>a</sup>, Buenos Aires, "Tea", 1952), p. 36.

esas páginas chispeantes de ingenio, en que Marc Ancel se esfuerza, con su claridad gala, en poner orden en ese inmenso "cajón de sastre" que es la Defensa Social, adjetivada de *nueva*. No creemos que lo logra, aunque sistematiza bien sus ideas. Digamos, solamente, que tras de indagar sus "orígenes" (ps. 39 y sigts.), sus "etapas" (ps. 57 y sigts.) y su "aspecto negativo y crítico" (ps. 89 y sigts.), destina un capítulo de máxima trascendencia a "su aspecto positivo y constructor" (ps. 121 y sigts.). A esta misma tendencia se adscribe Séverin Versele, que cree en las "transformaciones" del Derecho penal a impulso de la propaganda de la Defensa Social, "fundada en la Criminología" (artículo en la "Publication jubilaire", cit. "retro", en la nota 4). En referencia a estos puntos de vista, queremos hacer breves observaciones, no sin decir antes que las teorías de Ancel han salvado, por el momento, la llamada "escuela", "tendencia" o "movimiento" de Defensa Social, al ser remozada con el calificativo de "nueva". En efecto, enemigos tan decididos como E. R. Frey, o que mostraban esquizofrenia por la ideología de Gramatica, como J. B. Herzog, y hasta quienes, como J. Graven se ponían en guardia erizada de objeciones, muestran transigencia o entusiasmo por la "nueva" Defensa Social del magistrado francés (vid. *infra*, núms. 8 y 10). Este criterio se manifiesta tan claro como conciso en estas frases de Jean Constant, el profesor belga que por vez primera da cuenta, en la nueva edición de su excelente obra sistemática, de esas tendencias, movimientos o escuelas. Dice así el catedrático de Lieja: "Ahora bien, si las teorías extremistas del señor Gramatica no están en la línea de las concepciones realistas que han presidido, desde hace un siglo, la evolución de nuestro Derecho penal y que continúan caracterizando las tendencias dominantes de la escuela belga que permanece, en su conjunto, resueltamente neo-clásica, si esas concepciones son más generosas que convincentes, no puede menos de aprobarse, en sus grandes líneas, el programa mínimo de la Defensa Social nueva, tal y como ha sido definido por el señor Marc Ancel..."<sup>15</sup>.

Volvamos a sus tesis, por nuestra cuenta. Ante todo debemos dejar a un lado la que Ancel denomina *de-juridicisation* de varios

<sup>15</sup> "Manuel de Droit pénal. Principes généraux de Droit pénal positif belge", nueva edición, completada y puesta al día, Lieja, Imp. des Invalides, 1956, p. 48.

conceptos, a los que desea destecnificar un tanto, lo que se traduce en hacer más flexibles las nociones de "responsabilidad penal", de "complicidad" y "tentativa", de "delito imposible", etc. (ps. 122/131), porque sin hablar de "defensa social", ni "nueva" ni vieja, ya han sido consideradas con sentido moderno no sólo por los autores, sino por los códigos mejor construídos, como el suizo, conforme se ve obligado a confesar el propio Ancel. Esto es Derecho penal, si se quiere moderno, pero no es Defensa Social. Tampoco tiene novedad alguna, ni puede reivindicarlo para sí la "nueva" Defensa Social, la necesaria contemplación de la *personalidad del delincuente* (ps. 131 y sigts.), que no debe ser, en efecto, objeto de expiación o de venganza. Las teorías de von Liszt son prueba de que esto se predicaba ya a fines del pasado siglo, y la fina elaboración de la culpabilidad en el "Tratado" de Mezger acredita que no es preciso acudir a la "Defensa Social" para lograr esos objetivos. Lo mismo podemos decir de las ideas vertidas por Versele: de las "transformaciones del Derecho penal", en vista de la Defensa Social, habló Prins a comienzos de siglo, hasta el punto de ser ese el título de un breve y penetrante libro suyo, que fué vertido al castellano; y respecto de la exigencia de que la Defensa Social se base en la Criminología, basta leer a von Liszt para convencerse de que así se proclamaba ya hace cincuenta años <sup>16</sup>.

En cambio, aunque tampoco sea la Defensa Social quien lo proclame por vez primera, puesto que es un postulado del positivismo, es preciso detenerse algo más en el aserto de que deben unificarse el sentido y la finalidad de las sanciones; es decir, que se pretende negar la diferencia entre pena y medida de seguridad (Ancel, ps. 144 y sigts.). Esta tendencia, que creíamos arrumbada con la quiebra definitiva de la "escuela positiva", la hemos visto renacer con caracteres de gravedad y con ligereza

<sup>16</sup> "El defecto de la primitiva dirección de la Política criminal, perteneciente al siglo XVIII... es que su majestuoso edificio carecía de base sólida. Tan sólo podría hallarla, por un lado, en el conocimiento científico natural del hombre (*Antropología en el más vasto sentido*), y por otro, en un método seguro (*Estadística*) para la ciencia de la Sociedad. Esa antigua dirección racionalista de la Política criminal finaliza con los trabajos de J. Bentham..." ("Tratado de derecho penal", trad. española, t. II, Madrid, Reus, 1916, p. 8, nota 1).

censurable, en las ideas de Gramatica<sup>17</sup> y con más preocupación, pero con parecido resultado, en las propuestas de hombres tan bien preparados e inteligentes como Paul Cornil, Jean Graven, Marc Ancel, Jacques-Bernard Herzog, Charles Germain, etc. No es este momento de demostrar el enorme peligro de semejante unificación que llevaría, o a destruir el menester de prevención general, al que no podemos renunciar, y que sólo la pena logra, o a hacer de la medida de seguridad un arma demasiado dura que pondría en riesgo la libertad del hombre no definitivamente delincuente<sup>18</sup>.

### 8. OBJECIONES DE FREY Y OPINION DE GRAVEN

En Suiza, donde existe una tradición magnífica de *Derecho Penal*, modelo de eficacia y de prudencia, la Defensa Social ha recibido clara repulsa, de parte del profesor Erwin R. Frey. Al inaugurar su curso en la Universidad de Zurich, se preguntaba si debemos procurar la Defensa Social o si ha de mantenerse el Derecho penal, y no duda en que el dilema ha de resolverse en favor de éste (vid. su trabajo citado en la bibliografía de la nota 4). En cambio, Jean Graven pronuncióse por la coexistencia de una y otra, y ahora consagra un estudio, por demás interesante, destinado a librar a la Defensa Social de las graves objeciones que, con harto motivo, le dirige Frey. (También el trabajo de J. Graven se cita en la bibliografía de dicha nota). Acaso no lo consigue y la observación del profesor de Zurich de que la Defensa Social se propone, en última instancia, rehabilitar el llamado "principio de autor", es demasiado grave para que sea fácilmente contestada. Por otra parte, ¿quién puede dudar de que Frey está en lo cierto cuando dice que reemplazar el Cód. Penal por un "Código de Defensa Social" sería tanto como renunciar a toda prevención general que con razón considera "como el primer deber de la

<sup>17</sup> "Per un sistema unitario di misure di difesa sociale", 1942.

<sup>18</sup> De esto nos ocuparemos largamente en el último tomo de nuestro "Tratado". Entre tanto vid. nuestra conferencia "La mesure de sûreté: sa nature, ses rapports avec la peine", en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", 1954, núm. 1 (enero-marzo). Tampoco BETTIOL comulga con esas tesis de uniformar las sanciones ("In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza", en "Rivista Italiana di Diritto Penale", 1942, núm. 3).

pena"? (ps. 417 y sigts.). En cambio, el profesor de la Universidad de Ginebra, J. Graven, que acreditó su cautela en los reparos que hubo de presentar en 1947 al programa defensivo de Gramatica —y que ahora repite—, no deja, a pesar de ello, de ser un entusiasta de la "Defensa Social" y hasta recoge textualmente los cinco puntos, antes transcritos, en que según Marc Ancel, pueden organizarse las ideas rectoras del neodefensismo, con las cuales coincide plenamente (ps. 27 y sigts.).

Tampoco cree Graven que nos veamos forzados a elegir como Frey lo plantea, entre la *Defensa Social* y el *Derecho penal*, sino que —de acuerdo con Gramatica y Ancel— estima que debemos aceptar *las dos*, cosa que ya hemos visto ser, a nuestro juicio, enteramente erróneo, pues equivale a dar a la "Defensa Social" la categoría de ciencia *ad latere*, o de rama científica de una ciencia superior ordenadora, como Ancel quiere. Por lo demás, igualmente coincide Graven en que pena y medida no deben separarse y se pronuncia por ésta contra aquélla, en la siguiente fórmula: "No [ha de hablarse] más de una pena para cada culpable, sino de una medida de previsión para cada persona" (p. 45). Pero el propio profesor de Ginebra ve que se ha excedido, y con prudencia añade que tal vez pueda estimarse que se va demasiado lejos en la "expresión", pues "a nuestro parecer, las medidas «punitivas» e «intimidantes» serán siempre útiles y necesarias como medio de educación social, y la busca de la «expiación» seguirá siendo siempre deseable, en la bella acepción del arrepentimiento, del firme propósito y del sentido de la responsabilidad social reencontrada" (p. 45). Nadie negará que, con tales concesiones, todo se reduce al fin a una controversia de palabras.

En las últimas páginas de este trabajo de Jean Graven, podemos leer unas frases que, sin dejar de ser equívocas, suenan menos secesiosas que otras, y expresan el deseo de que el Derecho penal englobe la Defensa Social, con lo que ésta más que ciencia o rama científica, sería una tendencia, o más bien un fin renovador de aquél: "En lo sucesivo, el Derecho penal, nutrido, enriquecido, fortificado por los aportes de las distintas ciencias criminológicas, podrá mejor alcanzar el fin razonable y necesario de una defensa social respetuosa del hombre, que [nuestro Derecho] se propone y debe proponerse" (p. 47).

## 9. LAS RESERVAS DE VASSALLI

La preocupación del jurista va más lejos todavía en Giuliano Vassalli, que se refiere a los *límites del Derecho en un sistema de Defensa Social* (artículo citado en la bibliografía de la nota 4). En todo su certero escrito campea el imperio del Derecho penal y no hay una línea que permita suponer que, junto a él, deba figurar otra ciencia (salvo, claro está, la Criminología). A su juicio, la Defensa Social no es otra cosa que una doctrina renovadora del Derecho punitivo. Por eso se cuida mucho de fijarle límites jurídicos. “El progreso de estos estudios —nos dice— no puede ir, por su misma naturaleza, divorciado de las consideraciones de lo que son los fines humanos y sociales del Derecho criminal” y no puede menos que considerar los “derechos fundamentales de la persona humana”. Y por eso se pone en guardia contra el peligro —para nosotros evidente— de que los nuevos defensores caigan en las mayores arbitrariedades, conforme ha ocurrido en ciertos países en materia de pretendida subjetivación del Derecho penal. “. . . En muchas partes del mundo —escribe Vassalli— el sistema jurídico de la lucha contra el delito, ha estado repetidamente concebido en el pasado y lo está todavía hoy, no como medio de alzaprimar la personalidad, sino como instrumento para suprimirla; no como fines de redención y de cura del sujeto antisocial, sino como pretexto o instrumento para someter al tratamiento de defensa social a sujetos que no son antisociales. Las experiencias hechas durante el régimen nacionalsocialista en Alemania, si queremos limitarnos a indicar las experiencias del pasado y entre ellas sólo las más evidentes, son una prueba significativa de como la atribución del calificativo de antisocial y el consiguiente tratamiento, pueden ser empleados, bajo el manto y el prestigio de los más rigurosos «procedimientos científicos», como instrumento de inhumana opresión y de retroceso social”. Y al respecto nombra, como “monstruosa caricatura” de las “orientaciones subjetivas en materia criminal”, “la doctrina nacionalsocialista del *Willensstrafrecht* y del llamado delincuente-tipo” (p. 9). Con harta razón concluye que “debe tenerse presente que el mismo concepto de defensa social afloraba en aquella doctrina y que hoy podría llevar una afirmación pura y simple del concepto de defensa social y del juicio de antisocialidad, si no va atemperada y cir-

cunscripta al respeto de los principios superiores del derecho general y civil, a aberraciones tal vez peores que aquellas del pasado" (p. 11).

En consecuencia, quiere Vassalli que los principios que han de imperar sean los mismos, "tanto en el caso en que se realice un sistema *penal* de tipo tradicional fundado en la culpabilidad y en la pena, como en el caso en que se realice un sistema de *defensa social*. Los principios de libertad que se han afirmado en relación a la pena y al proceso penal verdadero y propio, deben ser mantenidos tal cual en un sistema de defensa social y en su respectivo proceso". Han de regir, por tanto, las máximas *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, normas de Derecho penal sustantivo, en cuanto a la aplicación de los índices de antisocialidad y a las medidas asegurasivas de defensa social (p. 12).

Observa el profesor de Génova que la "escuela positiva", constantemente mencionada por él —con lo que se demuestra que concibe también como una escuela la Defensa Social—, no protestó contra la prohibición de la analogía, y recuerda que Franz von Liszt mantuvo el principio legalista y que dijo, en 1893, que "incluso un Derecho penal que tuviera exclusiva consideración de la personalidad del delincuente, debería encontrar su límite insuperable en la seguridad de la libertad individual". Del mismo modo cree Vassalli que el principio de no retroactividad debe ser afirmado en cuanto a las leyes de defensa social (p. 13). Completa sus limitaciones jurídicas con la necesidad de abolir en el orden penal civil la pena de muerte, con la prohibición de la asexualización forzosa de los criminales, y con el rotundo aserto de que debe ser borrado todo trato cruel, inhumano y degradante en "el campo de las penas y de las medidas de seguridad aplicables a los sujetos antisociales" (ps. 15/16). Apresurémonos a destacar que Giuliano Vassalli habla, con marcada diferencia, de *penas* y de *medidas*, lo que prueba que no figura entre los que quieren, con peligrosa precipitación, borrar las fronteras entre unas y otras.

Anotemos, para concluir, que en la esfera del procedimiento, reprueba la tortura y hace, en cuanto al uso del narcoanálisis en la investigación del delito, muy atinadas y cautas observaciones sobre el empleo de los barbitúricos para ese fin (ps. 17 y sigs.).

## 10. CRIMINOLOGIA, SOCIOLOGIA Y DEFENSA SOCIAL

En la florida Pascua del año 1956, la "Société Internationale de Criminologie" puso sobre el tapete el tema de "La criminología ante la controversia Derecho penal-Defensa Social". Encargóse de la conferencia, que dió pábulo al "coloquio", a Erwin Frey. Reconozcamos que el debate fué favorable a la llamada *nueva* Defensa Social, puesto que incluso el profesor suizo hizo muchas concesiones en referencia al libro de Marc Ancel, y las intervenciones subsiguientes fueron todas en pro de esta tendencia (Ancel, Herzog, Padre Vernet, Yvonne Marx y Pinatel), siendo particularmente infortunado el criterio del Padre Vernet, al decir que "la Criminología incluye forzosamente al Derecho penal y a la Defensa Social" (vid. "Bulletin" 1956, citado en la bibliografía dada *retro* en la nota 4, *in fine*).

La prueba palmaria de que no son posibles las aproximaciones en el terreno de la práctica —a pesar de las divergencias doctrinales— que parecieron tenderse entre Erwin Frey y Marc Ancel, en el coloquio brevemente referido sobre la Defensa Social y el Derecho penal, la hallamos en la contundente actitud de Felipe Gramatica que, el 15 de octubre de 1955, medio año antes de esos esfuerzos conciliatorios entre el profesor suizo y el comparativista francés, decía en el "Congreso de Medicina Legal y de Medicina Social", habido en Génova: "La Defensa Social tiene por objeto la substitución del Derecho penal y del sistema penitenciario, por un sistema fundado sobre el conocimiento de la personalidad y la aplicación de medidas adecuadas a cada individuo"<sup>19</sup>.

Los debates en la "Société Internationale de Criminologie" han

<sup>19</sup> Vid. la cita de estas palabras en la conferencia de J. PINATEL, en "Bulletin" cit., nota 4, *in fine*, p. 17. He aquí que, por una vez, al menos, estamos *casi* de acuerdo con el señor Conde FELIPE GRAMATICA. En lo *porvenir* se realizará esa "substitución". Pero todavía nos quedan frente a él dos discrepancias: una, referida al tiempo: esa sustitución, como se advertirá en las *conclusiones* que siguen en el texto, no puede lograrse ahora, sino en el remoto futuro, cuando no se hagan por la sociedad apreciaciones disvaliosas sobre el delito y el delincuente; y otra, en orden a la materia: la substitución del Derecho penal no se hará ciertamente por la Defensa Social, ni *vieja* ni *nueva*, amorfa amalgama de sentimientos, ideologías y vagos planes, sino por la Criminología, liberada de palabrería y convertida en ciencia.

proseguido, refiriéndose esta vez concretamente a la "Criminología y Defensa Social". Una conferencia de Jean Pinatel, pronunciada el 3 de diciembre de 1956, sirvió de base para las nuevas discusiones. Señala el conferenciante, junto al esfuerzo de aproximación de Frey y Ancel, la cortante postura de Gramatica, al que alzaprime en exceso el secretario general de la Sociedad de Criminología en el discurso a que nos estamos refiriendo. En sus palabras hay un pensamiento que importa destacar: "La defensa social nueva del señor Ancel, no es la del señor Gramatica", que "quiso fundar una escuela", en tanto que el magistrado francés ha deseado sólo "crear un movimiento" ("Bulletin", 1957, ya citado, ps. 18/19).

Lo cierto es que mientras Gramatica se debatió solo con sus elucubraciones, su pretendida "escuela" no adquirió vuelo alguno, y en la propia Italia ni aun fue combatida —signo de que vive el enemigo— sino ignorada o menospreciada. El esfuerzo de los penalistas franceses —Ancel y Herzog, sobre todo— dió a la Defensa Social, con el calificativo de *nueva*, un empuje que jamás tuvo ni en la voz ni en la pluma del Conde Gramatica. Si ahora se empeña éste en volver a su *antigua* Defensa Social, acaso retornen los tiempos de desdén que acabarán hundiéndola en el olvido.

Cree Pinatel que hay una "escuela de Génova" y un "movimiento de París" y trata de fijar las relaciones de la Criminología con la una y con el otro. Con razón observa que la tendencia francesa en este asunto recuerda la teoría de von Liszt en orden a la Política criminal y al Derecho penal (íd., p. 20); pero Pinatel se opone a la noción de Ancel sobre la Criminología ciencia pura, en tanto que para el disertante no se limita a ese estudio del fenómeno criminal en sí mismo, sino que abarca incluso los aspectos políticocriminales. Y, si bien parece percibirse una cierta simpatía por las fórmulas de Gramatica, prefiere adoptar una "posición intermedia" entre las propuestas genovesas y el "movimiento" parisién. Por nuestra parte no suscribiríamos los aventurados diagnósticos de Pinatel, de que "el señor Conde Gramatica se afilia a la Criminología psicoanalítica, mientras que la [teoría] del señor Ancel es más ampliamente tributaria de la Criminología fenomenológica" (p. 22). Donde no seguiríamos, en modo alguno, a Jean Pinatel es en sus críticas a la que él llama "tradición

clásica” del dolo y de la culpa, y mucho menos todavía en su aserto —erróneo a nuestro criterio— de que la “escuela neoclásica”, tras destruir ese *barrage clasique*, que moteja de “frágil”, “ha permitido el desarrollo de una Criminología subjetiva, basada sobre el estudio de las motivaciones aparentes” (ps. 22/23).

La conclusión de Pinatel, tras haber manifestado inclinaciones muy marcadas por el psicoanálisis criminológico, no puede menos de dejarnos insatisfechos, por su vaga aspiración a un sincretismo nuevo, que supondría una *tercera* tendencia en la llamada Defensa Social. “. . . Voy llevado, en definitiva —nos dice—, a desear que entre la Escuela de Génova y el Movimiento de París, se logre una síntesis. Es deseable, en efecto, que una Escuela de Defensa Social, basada sobre los aportes conseguidos por la Criminología y no sobre sus supuestos aportes o virtualidades, se dé por tarea la de someter los conceptos tradicionales del Derecho penal a un estudio crítico profundo, desprovisto de todo apriorismo. Esta crítica debe conducir, no a un nuevo eclecticismo que no tendría futuro, sino a una nueva sistemática de los conceptos jurídicos, sobre la cual el Derecho criminal se elaborará. Dicho de otro modo, puesto que es preciso ir, según la feliz expresión de Thelin, de la Criminología a la Defensa Social, es deseable que exista en Derecho criminal una Escuela Criminológica. Las bases de esta Escuela se encuentran dispersas en las doctrinas de Génova y de París. Se trata de reagruparlas para que progresen la Criminología y la Defensa Social” (ps. 27/28). No quiero ocultar mi perplejidad ante las frases transcriptas, de las que poco entiendo, pues la hibridez de que “exista *en* Derecho criminal una Escuela Criminológica”, me deja desconcertado, ya que aprendí en Biología que los híbridos son estériles.

En la discusión que siguió a la conferencia de Pinatel, tomó parte inmediatamente J. B. Herzog, que se cuidó de señalar lo trasnochado de las teorías de Gramatica, originadas en el positivismo, aunque estimando posible la “reconciliación” entre “el Movimiento de Génova y la Escuela de París”. Resumiendo, opina que la “política criminal”, “ni demasiado ambiciosa, ni demasiado timorata”, encarna las “relaciones entre la Criminología y la Defensa Social” (“Bulletin” cit., 1957, ps 29/31). Con otras palabras, parece coincidir en este punto de vista el segundo orador del coloquio, J. Chazal, conocido especialista del tratamiento de

menores delincuentes (íd., ps. 32/35). Sigue, en el turno, V. V. Stanciu, que aprovecha la coyuntura, como siempre, para dar otra estocada a la noción de responsabilidad, que sin embargo sigue viva (íd., ps. 36/37), contra la que también la emprende el Padre Vernet (íd., ps. 38/39), de cuyas confusas ideas hemos hablado antes. El presidente de la sesión, profesor Van Bemmelen, hace dos preguntas a Pinatel, que tras de comentar lo dicho por los preopinantes, le contesta que, en efecto, la Criminología puede aportar mucho a la legislación y a los legisladores, y que las atribuciones criminológicas deben tener límites, pues a menudo se ha ido demasiado lejos, "sobre todo en materia de menores". En referencia a la responsabilidad, es decir, en cuanto al "sentimiento de responsabilidad", piensa que es preciso mantenerlo, pero "en un plano estrictamente psicológico", y en orden a la pena quiere que ésta sea "educativa", repudiando tanto la intimación como la retribución (íd., ps. 41/45).

También se han estudiado las relaciones entre la Sociología criminal y la Defensa Social. Lo hace el profesor de la Universidad de París Georges Lavoisier, en su conferencia del 5 de diciembre de 1956, en el "Centro de Estudios Sociológicos" (inserta, como se ha hecho constar en la nota 4, *in fine*, en la "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", 1957, ps. 301 y sigts.). Subraya el autor, ante todo, "la influencia de la Sociología criminal sobre la doctrina de la Defensa Social", recordando la que ejerció el positivismo, que Lavoisier denomina "Defensa Social *ancienne manière*" (p. 304). En la segunda parte de su disertación se ocupa de la "influencia de la doctrina de la Defensa Social nueva sobre la Sociología criminal", advirtiéndole que más bien pertenece "al porvenir" (p. 313). En su opinión operará sobre las transformaciones de todo el sistema represivo, que ya se hallan en curso (ps. 313/316); también tiene que dejarse sentir en la profundidad con que han de emprenderse las "pesquisas científicas sobre los factores sociales de la criminalidad"; y finalmente, "otro campo de aplicación se abrirá a la Sociología criminal, por el desarrollo de las ideas de la Defensa Social nueva: el de la aplicación clínica de los aportes de la Sociología criminal para las transformaciones del medio" (*milieu*) (ps. 317/318).

El desconcierto que hemos demostrado al comentar las pala-

bras de Pinatel, y la evidente vaguedad de cuantos hablan de la Defensa Social y del Derecho penal, de la Criminología y de la Sociología criminal, así como en lo que toca a sus relaciones, más o menos cordiales o contrapuestas, denuncian que esta pretendida "escuela", "movimiento" o rama científica (!!), se halla de más en el cuadro de la enciclopedia penal. Nos basta, como destacaremos ahora, al concluir, con el Derecho penal y la Criminología, ciencias perfectamente definidas y distintas, a las que se hace mal en amalgamar hoy en los recentísimos manuales o compendios franceses.

## II. CONCLUSION

Antes de terminar con estas largas consideraciones sobre la *Defensa Social*, confesemos que quienes se muestran partidarios de ella pueden, sin duda, alegar que cuando la Organización de las Naciones Unidas decidió "tomar la dirección de la actividad en la esfera de la prevención del crimen y del tratamiento de los delincuentes", fué creada a este efecto una nueva sección que adopta, precisamente, el nombre de "Sección de Defensa Social". A nosotros no nos conmueve este argumento. Nadie ignora que el organismo internacional con sede en Nueva York está dominado por los anglosajones, y más concretamente por los norteamericanos. Y también sabe todo el mundo otras dos cosas: que en Estados Unidos y en Gran Bretaña, el Derecho no ha adquirido aún rango de ciencia y que no pasa de una práctica, harto cruel en cuanto al Derecho penal respecta; y que los estadounidenses, en diez años de hegemonía, han fracasado rotundamente como país rector. Lo que ellos hagan o digan es motivo bastante para creer que acertamos si hacemos o decimos lo contrario.

Quede sentado, pues, con el máximo respeto por el parecer contrario, que no vemos necesidad alguna de esta nueva Defensa Social, ni de la sociedad que internacionalmente la sostiene, ni de los congresos que la propagan. En cuanto pugna por separarse y vencer al Derecho penal, está destinada al fracaso. Es la lucha de un gigante real con un fantasmagórico pigmeo, que por ser una sombra no puede empuñar la honda de David. Como doctrina, tendencia o escuela, viene con retraso que la condena a morir, puesto que la lucha de escuelas se halla periclitada. Hoy

nos encontramos ante dos ciencias, perfectamente constituídas la una, y en vías de formación y crecimiento, la otra: el *Derecho penal* y la *Criminología*. Cuanto tiene la "nueva Defensa Social" de jurídica, es *Derecho penal*; cuanto concierne a la busca de las causas del delito y a los medios de combatirlo y resocializar a los delincuentes, cuya naturaleza ha de analizarse, es *Criminología*.

En lo que antecede no hay renuncio alguno de posiciones tomadas por nosotros en tiempos de juventud y que ahora encuadramos *exclusivamente en lo porvenir*<sup>20</sup>. Con tanta delicadeza como afecto, se han amparado en esas aparentes contradicciones, Marc Ancel (ps. 18/19) y Jean Graven (ps. 4, nota 2 y 25, nota 1). En realidad no hay ni rectificación ni contrapuestos criterios. *Hoy* creemos en la esencia de la culpabilidad, de la anti-judicialidad y de la pena de naturaleza retributiva; es decir, en el Derecho penal, sin perjuicio de incluir en él medidas asegurativas ajenas a lo culpable y a lo injusto, y que tienen esencia preventiva sin carácter retributivo. *Mañana* desearíamos ver imperar el Derecho protector de Dorado Montero, de quien me proclamo discípulo. *Pasado mañana* creemos en que la *Criminología* reemplazará al Derecho penal. Pero éstas son aspiraciones que se condicionan a que sea raído de la tierra el espíritu expiatorio y a que no se hagan juicios disvaliosos sobre el hecho llamado hoy delito y sobre el hombre calificado ahora de delincuente. Esperanza cada vez más lejana, cada vez menos probable, tras del renacimiento del ánimo expiatorio (no olvidemos el proceso de Nuremberg), del apego anglosajón al supremo expiacionismo de la pena de muerte, y de las prácticas penales... y políticas de los Estados Unidos de América, país a quien, por paradójica, hay ingenuos que quieren presentar como arquetipo en la praxis judicial y penitenciaria.

<sup>20</sup> Como puede verse en nuestro "Tratado de derecho penal", t. II, 2ª ed. (Buenos Aires, Losada, 1958, núms. 560 y sigs.