

CRIMINOLOGIA Y DERECHO PROCESAL PENAL

Ricardo Levene (h)

I - La Sociedad Panamericana de Criminología celebró entre el 27 y el 29 de mayo de 1984 el Primer Congreso Nacional sobre "Criminología y Juicio Oral".

El temario comprendió tres puntos: 1) La criminología y su relación con el derecho procesal pena; 2) Juicio oral y juicio escrito; Factores criminológicos del proceso penal; 3) La experiencia de la oralidad en el interior del país.

Nos correspondió, junto con los Dres. Vicente P. Cabello y Víctor Irurzun, ser relatores del primer tema. A continuación sigue el contenido de nuestro relato, que hemos reconstruido para la Revista "Signos Universitarios".

II - Si bien ya los pensadores de la Antigua Grecia (Sócrates, Platón, Aristóteles, Pitágoras, Heráclito) hablaban del delincuente y de su castigo, las más antiguas teorías criminológicas corresponden a la medicina legal. Ya se había dictaminado sobre las veintitrés heridas del César, cuando en 1318 se efectuó la primera autopsia en Italia para comprobar un caso de envenenamiento, y en 1532 la *Constitutio Criminalis Carolina* ordenaba pericias en los casos de aborto, homicidio y envenenamiento.

Pero lo cierto es que la criminología nace plena con Lombroso cuyos precursores fueron Lauvergne en Francia, Nicholson y Thomson en Inglaterra y Benedikt en Alemania, médicos de prisiones. *El hombre delincuente* (1876) de Lombroso, marca una fecha precisa en este sentido.

Aquí en la Argentina, José Ingenieros fue uno de los primeros en delimitar el objeto y método de la criminología. Actuó brillantemente en el Congreso Internacional de Psicología (1905) sosteniendo frente a Lombroso y Ferri el predominio de la Psicología Criminal sobre la Antropología Criminal y la So-

ciología Criminal; fundó los "Archivos de Criminología de la Penitenciaría Nacional", y escribió su famosa Criminología en 1913. Fue un eminente profesor de psicología y ética en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires, cuyo consejo directivo integró. En definitiva, fue nuestro primer gran criminólogo.

En el derecho procesal podemos distinguir una primera etapa que se ha llamado judicialista y que corresponde a los jurisconsultos de la escuela de Bolonia (siglos XII y XIII), a la que siguen los prácticos, cuya hegemonía perdura hasta comienzos del siglo XIX, es decir hasta la Codificación Napoleónica.

Nace después la etapa del procedimentalismo, que se limitó a estudiar la organización judicial, la competencia y el procedimiento, que aún subsiste en algunos países.

Pero el derecho procesal científico tiene, para algunos, punto de partida en 1856, época en que apareció el trabajo de Windscheid, *La acción del derecho romano desde el punto de vista moderno*, en el que estableció la distinción por primera vez entre acción y derecho. Para otros, el derecho procesal científico data de 1868, cuando Oscar Von Bulow publicó la *Teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales*, sosteniendo que existe una relación jurídica en el proceso.

La ciencia procesal es traída a la Argentina por Tomás Jofré. No es que olvidamos a Francisco Gutiérrez de Escobar, Manuel Antonio Castro, Miguel Esteves Sagui y Salvador de la Colina, pero es que Jofré puede ser considerado como el fundador del derecho procesal Argentino (1), por su *Manual de Procedimientos Civil y Penal* (1919), por sus *Códigos de Procedimiento Criminal de San Luis* (1913) y *Buenos Aires* (1915) y porque difundió la doctrina de los procesalistas alemanes y sobre todo italianos, en especial de Chiovenda.

III - Vamos ahora a enumerar los argumentos que, a nuestro entender, justifican una íntima vinculación e interdependencia entre la Criminología y el Derecho Procesal Penal.

Parte de la doctrina está en esa posición. Olaf Kindberg entiende que la criminología comprende la etiología, la profilaxis y la terapéutica criminal. En esta última incluye a la política criminal, al derecho penal y al derecho procesal penal. Otro criminólogo nórdico, Hurvitz, considera que la ciencia criminal se divide en criminología, derecho penal, derecho procesal penal y política criminal. La escuela austriaca, que fundó en 1912 en Linz el primer Instituto de Criminología y que integraron entre otros, Gross, Seling y Grasberg, entiende que la criminología comprende la instrucción judicial, además de la etiología criminal, -que subdivide en sociología criminal, antropología criminal y biolo-

gía criminal- la penología, la criminalística y la política criminal. Y por último, para no citar muchos autores, el polaco exiliado en Inglaterra, Radzinowicz, eminente profesor de Cambridge, divide la ciencia criminal en criminología, derecho penal y derecho procesal penal.

IV - Una gran cantidad de autores son también partidarios de aceptar la influencia cada vez mayor que tiene la criminología en el derecho procesal penal; Di Tullio, Marc Ancel, Donnedieu de Vabres, Duhamel, Herzog, por ejemplo, y sobre todo, la influencia de la criminología en la justicia penal.

Llegaron a decir algunos de estos autores que, en lugar de una justicia que reprema, se necesita más una criminología que prevenga y redima. En realidad, a la justicia penal le está interesando cada vez más, no sólo el pasado, sino el futuro del imputado.

Qué debe ser, ¿preventiva o terapéutica? Este es uno de los planteos que se hacen los criminólogos: ¿Qué clase de justicia se quiere? ¿Qué clase de justicia se necesita?

El Movimiento de Defensa Social de Gramática, Graven, Thellin, Pintal, se apoya en la criminología y quiere también humanizar la justicia dándole un carácter profiláctico, social y terapéutico, o sea, que no puede desentenderse la justicia de los problemas jurídicos. La justicia penal no puede ser exclusivamente punitiva, olvidando la parte del delito que le corresponde al Estado y a la sociedad, pero tampoco puede ser exclusivamente terapéutica (recordemos los ensayos de criminología clínica de Di Tullio, y de medicina pedagógica correctiva), pues se eliminan las normas jurídicas y se ponen en peligro las garantías individuales. Eso no obsta para que la justicia penal sea más criminológica, para poder comprender la tarea de médicos y otros peritos, para ella extraños.

La criminología revela en realidad la personalidad del delincuente que se busca readaptar o reintegrar, y la justicia penal debe aprovechar ese estudio para adecuar la pena y readaptarlo.

Gerhard O. W. Mueller, por ejemplo, en los E.E.U.U., ha efectuado una serie de trabajos, muy serios, sobre la incidencia criminológica sobre la justicia de su país, de Alemania, Francia, Inglaterra, Suecia y Holanda. Recordemos también los centros de adiestramiento de Fuchú, en Japón, y en Roma, el Centro de Formación de magistrados en Burdeos -Francia-, y Centros similares en Japón. Tengamos presente que E.E.U.U. necesita en este momento 25.000 criminólogos, según las estadísticas de los propios americanos, y que la New York University da 4.000 criminólogos al país, pero solamente de esta cifra, 200 criminólogos se preocupan y se interesan por los problemas de la justicia penal.

V - Otro argumento es que no hay criminólogos puros ya que recién ahora existen las carreras de criminología, doctorado, licenciaturas y especializacio-

nes. Es decir, los criminólogos vienen de distintos campos: de la penología, del derecho penal, de la psicología, de la sociología, y también del derecho procesal penal.

Agreguemos que así como se discute que la criminología es un reinado sin territorio, otra parte de la doctrina sostiene que hay un verdadero imperio criminológico, que en ese imperio no se pone el sol, y dentro de esa constelación criminológica, esos autores incluyen, por supuesto, al derecho procesal penal.

Podríamos decir también que en los cursos de enseñanza de las ciencias penales, tanto en especialización como doctorados y licenciaturas, se incluye la asignatura derecho procesal penal, para las especializaciones criminológicas (2).

VI - Una parte de la doctrina acepta que el derecho procesal penal abarca la ejecución penal. Aquí tenemos que recordar las tres grandes etapas del derecho penal en general: la conminación abstracta (derecho penal sustantivo), el proceso penal en marcha para lograr la aplicación del derecho penal de fondo al caso concreto (derecho penal objetivo), y la ejecución penal. Parte de la doctrina, como decimos, sostiene que la segunda y tercera etapas pertenecen al derecho procesal penal. Evidentemente, la tercera etapa es eminentemente criminológica (la etapa de la ejecución), y en ella tienen papel fundamental los institutos de observación y clasificación criminológicos. Aquí tenemos que recordar al Centro de Orientación de Fresnes (Francia), y al Centro de Observación de Rebibbia (Italia), que dirigió por tantos años aquel gran maestro, el Presidente de la Sociedad Internacional de Criminología, Benigno Di Tullio. Pero aún estando en contra de esta posición de que el derecho procesal abarca la ejecución penal, tenemos una institución que une como gran puente las dos disciplinas, y a la que no se le puede negar su carácter jurisdiccional. Es el Juez de ejecución penal, "juge de l' application des pénes" en Francia y juez de vigilancia en Italia, juez que contempla las legislaciones de Finlandia, Francia, Italia, Portugal, Brasil, Dinamarca, Yugoslavia (por ley año 1961), Polonia (por ley del año 1969). Está también en el proyecto procesal penal de Egipto.

En Alemania también funcionó, primero para menores solamente, y ahora para menores y mayores. (3) Se lo incluye también en el nuevo Código Penal de Bolivia y en el también nuevo Código Penal de Costa Rica, donde lo acabo de ver funcionar. (4) Fue, asimismo, una institución propugnada por las Jornadas de Derecho Penal y Criminología, celebradas en Santa Fe (1968) y las Jornadas Internacionales de Criminología efectuadas en Mendoza (1969).

Quiero recordar, en este aspecto, expresiones de la Ley Penitenciaria Nacional, (el decreto 412/58), que en la exposición de motivos dice que se inspira en las modernas orientaciones de la criminología. En el período de observación,

el organismo técnico criminológico hará el diagnóstico y pronóstico criminal. Los establecimientos penales deben contar con órganos técnicos criminológicos, con al menos un psiquiatra versado en criminología.

VII - Otro argumento, el sistema de la doble sentencia: es un sistema que existe, en el relativamente moderno código de Groenlandia, el primero que hubo en ese país, de 1954, en E.E.U.U., en Canadá, y ha sido postulado por el Congreso de Defensa Social de San Marino, de 1953, el Congreso de Amberes de 1954, el International de Derecho Penal de Roma, de 1969, y que además, en materia de menores, rigen en Francia, Suiza y Alemania. En Suiza, se posterga la sentencia definitiva de 6 meses a 3 años; en Alemania se posterga hasta 2 años; en Francia, sin plazo.

¿En qué consiste este sistema? Ante todo, no lo confundamos con el sistema de varias provincias oralistas argentinas (Córdoba, Mendoza, etc.), que permiten en determinados casos, excepcionales, que el tribunal dé primero su veredicto y posteriormente, uno, dos o tres días después, emita el fundamento de ese veredicto. Aquí se trata de otra cosa; hay primero una sentencia del Juez, con o sin jurado, según el lugar donde se trate, en el que se decide la responsabilidad o no responsabilidad del imputado. Si se declara la inocencia del acusado, la causa termina. Si se declara la responsabilidad del imputado, se pasa a un segundo juicio, en donde aquél sigue gozando del privilegio de tener defensor y derecho a prueba; en ese segundo juicio, lo que busca la ley y lo que busca entonces el magistrado, que actúa ya sin jurado, es decidir qué pena o medida corresponde aplicar a ese imputado, a quién ya se declaró en el primer juicio responsable del delito que se investiga.

Es una verdadera fisura del procedimiento, pero sostenida ya en el congreso Penitenciario de Londres de 1925, y por Van der Aa, Maro Ancel, Cornil, Versele, von Henting y Kos. A este sistema se le hacen algunas objeciones: no puede desdoblarse el hecho del autor, puede declararse culpable en la primera fase y quizás inocente en la segunda; la pena debe fijarse ateniéndose a todo, (delito y autor); aumenta el trabajo de los jueces; es más costoso. Pero hay una realidad: la segunda fase es derecho procesal penal, es proceso penal, y es criminológica, casi puramente criminológica. En cuanto a que es costosa, es cierto, pero recordemos que la justicia es un servicio público monopolizado por el Estado, es la función jurisdiccional del Estado, importante y fundamental y aunque cueste lo que cueste, debe prestarse y prestarse bien.

VIII - Una nueva razón es el tema de la preparación criminológica de la justicia penal, tema que se ha tratado en el I y II Congreso Internacional de Criminología (Roma, año 1938 y París, 1950), I y II Congreso Latinoamericano de Crimi-

nología (Bs. As., 1939 y Santiago de Chile, 1941), en el Congreso Penitenciario de Londres del año 1925, en el III Congreso Internacional de Palermo, 1933, en el IX Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín, 1935; aquí, en Mendoza, en 1969 y en Santa Fe, en 1968, se realizaron dos Congresos o Jornadas en los que se trató y se pidió la especialización de la justicia penal. En el Congreso de París, año 1950, propusimos con Alfredo Molinario, que esta especialización y preparación criminológica se ampliara y alcanzara al Ministerio Público, a los letrados que actúan en el proceso penal, y también que abarcara a los altos funcionarios policiales. El Congreso así lo aceptó (5).

IX - Otra razón es el examen de la personalidad del imputado. Evaluar la personalidad es una fase del tipo criminológico. Otras son: la crimogénesis (motivación del obrar delictivo) y la criminodinámica (proceso desde la motivación hasta la exteriorización). Aquí entramos al problema de la efracción de la intimidad y conciencia que implica toda indagación de personalidad. Recordemos que en la primera faz de la individualización de la pena (la legislativa) el juez tiene poco margen.

Las penas fijas estaban en el Código Penal francés de 1791 y luego hubo más amplitud en el Código Penal francés de 1810, al admitirse los máximos y mínimos de las penas. Se progresó un poco más con penas alternativas y paralelas y cuando se empiezan a tener en cuenta las motivaciones del delito: ánimo de lucro, problema de honor, etc. Una segunda faz de individualización, la judicial, nos permite recordar el Art. 41 del Código Penal, con condiciones objetivas y subjetivas.

Entre las primeras, la naturaleza de acción, el medio empleado, el daño y peligros causados. Entre las segundas, la edad, educación, motivos, reincidencias, costumbres, conducta. Este art. 41, feliz fórmula del Código de Moreno, tiene normas paralelas en el Art. 81 del código Penal francés, en el Art. 52 del de México, en el 133 del de Italia (que fue llamado por Bettoli, el pulmón del código Penal Italiano), en el 203, también de Italia, y en el 178 del Código de Portugal, que habla del análisis de personalidad. En realidad, nuestro artículo 41 ha sido una de las pocas herramientas con las que ha contado el Juez Penal hasta ahora, para poder hacer un trabajo de carácter criminológico.

Los Congresos han reclamado el examen biopsicosocial del sujeto, durante la faz procesal, no sólo en la ejecución penal; ejemplo: el I y II Congreso Internacional de Criminología, el Congreso de Defensa Social de Lieja 1949, el XII Congreso Internacional, Penal y Penitenciario de La Haya, de 1950; el primer Curso Internacional de Criminología de París, de 1952. También pidió ese examen la doctrina con Graven Levasseur, Stanciu, José Rafael Mendoza, Israel Drapkin, Cuello Catón y Benigno di Tullio.

En 1951 Bélgica estableció una ficha con examen de personalidad médica, psicológica y social.

El Centro Penitenciario de México efectúa estudios de personalidad de los imputados. En Francia, por un Decreto de 1959, el juez examina, según la naturaleza del hecho, -atentados sexuales, por ejemplo,- a los menores de 25 años y a los reincidentes. Casi está de más decir que el examen de personalidad no es igual al que efectúe el Juez de Instrucción sobre los antecedentes penales y circunstancias personales del procesado, que tienden a verificar su impuntualidad, su culpabilidad. La investigación de personalidad tiende a conocer el grado de adaptabilidad o inadaptabilidad social y peligrosidad del acusado. El Juez aquí valora componentes psicológicos, biológicos y culturales. Para el tipo criminológico son valiosos todos los antecedentes del sujeto: vida, cultura, conducta anterior, durante y posterior al hecho, motivos, etc.

Pero hay una cosa que es exacta; el art. 41, en la forma en que se aplica no es suficiente, por lo menos con el sistema procesal actual de la Capital Federal, porque no hay contacto directo desde el comienzo del proceso entre el juez y el imputado; no hay inmediación. Esa audiencia del art. 41 tiene lugar generalmente en los últimos momentos del proceso.

A veces se efectúa en días, semanas y tal vez meses antes de la sentencia, pero nos preocupa más que a veces se efectúa minutos antes de salir la sentencia, prácticamente cuando la misma está madurada, meditada y decidida. Entonces el art. 41 "in fine" no puede funcionar, -como quizás pensó su autor Rodolfo Moreno,- con el sistema procesal predominantemente inquisitivo que nosotros tenemos en la Capital Federal.

¿Qué dicen respecto a este tema nuestros códigos procesales?

Nuestro casi centenario código nacional sólo en su Art. 241 inc. 8 "in fine" se refiere a las circunstancias que sirven para establecer la mayor o menor gravedad del hecho y la mayor o menor culpabilidad del procesado. Ni en la individualización del procesado, ni en las normas de la indagatoria, ni en las normas para dictar sentencia, se dan pautas para establecer su personalidad. En cambio, en el Proyecto de Código Tipo que hicimos con los doctores Clariá Olmedo y Torres Bas, establecemos un examen mental obligatorio para los menores de 18 años, los mayores de 70 años, los sordomudos, cuando la pena pasa de 10 años y cuando se imponen medidas de seguridad (art. 69). También se establece una inspección corporal y mental del imputado (art. 202). Los menores son alojados según su infracción por la naturaleza del hecho, su desarrollo psíquico, la edad y demás antecedentes y la adaptabilidad social (art. 380).

Se prevé en estos códigos, tanto en el Tipo como en los modernos de todo el país, el procedimiento para la condena condicional, para la libertad condicional y para las medidas de seguridad, con informe psiquiátrico de ambiente

social, etc., y se legislan, además, concretamente, las medidas de seguridad. Los Códigos orales del país estaban en la misma tónica, con normas tan adelantadas como las que se acaban de mencionar, e inclusive algunos códigos del sistema intermedio (llamamos así a los relativamente modernos códigos de Tucumán, del año 1969, y código de Santa Fe, del año 1972, porque están a mitad de camino entre ambos sistemas, ya que tomaron del Código Tipo de Instrucción, pero se quedaron con el viejo plenario, escrito, etc.); establecen, como el de Tucumán, que el Juez de instrucción debe constatar todas las circunstancias del imputado, debe ordenar todas las operaciones científicas y técnicas convenientes; la excarcelación se le niega por antecedentes que revelan la peligrosidad del mismo, la libertad condicional es previo informe psíquico. El de Santa Fe pide, por ejemplo, ficha médico-criminológica para la libertad provisoria.

X - Por último, la relación de la criminología con el proceso penal en el proceso de menores. Para los tribunales de menores, una corriente de opinión requiere que sean especializados. En México, por ejemplo, se pide que el Tribunal esté integrado por un jurista, un médico y un educador. Estos tribunales, mixtos o no, tienen que tener en cuenta la influencia enorme en este tipo de proceso de la criminología, porque ante todo llevan adelante una política tutelar y preventiva, porque hay un problema fundamental de reeducación del menor y porque el juez impone medidas terapéuticas y pedagógicas.

De las distintas leyes de menores que nos ofrece la legislación comparada destacamos la ecuatoriana, porque allí el juez tiene en cuenta la peligrosidad, las deficiencias y desviaciones psíquicas, biológicas o sociales; e investiga la personalidad del menor con todas las medidas tutelares y pedagógicas que aconseja la ciencia.

Creemos que éste es un buen ejemplo de cómo deben legislarse los procesos de menores sobre una base criminológica.

NOTAS

- (1) Ricardo Levene (h) "El desenvolvimiento progresivo del derecho procesal argentino" en *Jurisprudencia Argentina*, 8/6/1945 y "La situation actuelle de la procedure pénale en Argentine" en *Revue International de Droit Penal* 21 è anneé, tercer trimestre 1950, N° 3, París, pág. 441.
- (2) Por ejemplo, en el doctorado en Derecho Penal y ciencias Penales y en la Licenciatura en Criminología, ambas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.
- (3) Ricardo Levene (h), *La ejecución penal y las sanciones en el nuevo proyecto de Código penal*, Bs. As., 1954; "El juez de ejecución penal" en *Pretor*, publicación del Centro de Estudiantes de Derecho, agosto 1969; "El Estado de las ciencias Pena-

les en Alemania", en colaboración con Ricardo Levene (nieto) en Diario La Ley, 31 de agosto de 1970.

- (4) Ver nuestro trabajo sobre "El estado de las Ciencias Penales en Costa Rica", en Diario La Ley, febrero, 2 de 1981.
- (5) **Preparación del Juez del crimen**, París, 1953, **Capacitación criminológica de la magistratura penal**, Santa Fe, 1968.