

FRANZ VON LISZT

LA IDEA DE FIN EN EL DERECHO PENAL



2014

FRANZ VON LISZT

**LA IDEA DE FIN EN EL
DERECHO PENAL**



La idea de fin en el derecho penal (Der Zweckgedanke im Strafrecht) es la lección, publicada en 1882, con la que Franz von Liszt se incorpora a la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Marburgo, de allí su título original: *Marburger Universitaetsprogramm*, esto es, Programa Universitario de Marburgo, más conocido generalmente con el título de *Programa de Marburgo*. La traducción del alemán ha estado a cargo del profesor Enrique Aimone Gibson.

ÍNDICE

I	EL PUNTO DE PARTIDA.....	9
II	LA PENA COMO ACCIÓN INSTINTIVA.....	15
III	LA OBJETIVACIÓN DE LA PENA.....	25
IV	EL PRINCIPIO DE MEDIDA EN LA PENA.....	31
V	LA PENA COMO PROTECCIÓN JURÍDICA CONSCIENTE DE SU FINALIDAD.....	41
VI	OBJETIVOS PUNTUALES.....	51

I

EL PUNTO DE PARTIDA

La antigua oposición del pensamiento filosófico, que recibe una expresión limitada, pero precisa en la fórmula *dikaion nómoi* y *dikaion physei*, no tiene para disciplina alguna, incluida la ética, la significación práctica inmediata que tiene para la ciencia del Derecho penal. Que la pena, como retribución, sea una consecuencia conceptual necesaria del delito, o que, como forma de la protección jurídica de los bienes, constituya una creación intencional y consciente de la sociedad estatal; si ella encuentra en la expiación del pasado –*quia peccatum est*– su fundamento suficiente, excluyente de toda otra justificación, o si ella encuentra su base en su eficacia futura –*ne peccetur*–, que no precisa de una justificación adicional, no es una disputa escolástica frente a la cual pueda el jurista práctico pasar imperturbable, calmando sus dudas con su inmovible fe en la autoridad del Derecho vigente. En la respuesta a tales cuestiones subyace más bien la delimitación de las acciones amenazadas con sanciones por el Estado, como también la medida para al contenido y extensión de la pena; medida que es necesaria al legislador, cuando esboza el marco punitivo para un concepto delictivo; al juez, cuando aplica, dentro del marco punitivo, la pena que corresponde al delito específico; al funcionario de prisiones, cuando confiere a la pena impuesta su concreto contenido en el proceso de ejecución. Y de la respuesta a aquellas preguntas deducimos nosotros el criterio de solución en la lucha tanto a favor como en contra de los propósitos de reforma. Quien contemple en la pena una creación libre de la inteligencia humana, establecida para prevenir las acciones nocivas a la sociedad, se inclinará fácilmente a esperar de una reforma legislativa el remedio radical de todos los males sociales, sea que él vea el objetivo de la reforma en el mejoramiento del sistema primitivo o en su restricción a través de medidas preventivas. Quien considere la pena la necesaria consecuencia del delito, anterior e independiente de toda especulación humana, dudará, a pesar de cualesquiera concesiones puntuales, de la virtud curativa de las profundas reestructuraciones. Basta una mirada a la historia de la pena para percatarse de la exactitud de esta afirmación: toda la evolución del sistema penal, tanto en el buen como en el mal sentido, y en especial toda la configuración y desfiguración de la pena privativa de libertad como elemento característico de la moderna penalidad criminal, se ha posibilitado, iniciado y desarrollado en la lucha entre las teorías absolutas y las relativas, o de unas u otras entre sí, es decir, por la acentuación de los fines del castigo.

Por ello, incurren en autoengaño los que, como *Th. R. Schütze* (1874), creen posible desterrar tales temas de los manuales de Derecho penal. No se puede entender la historia del Derecho penal, ni valorar el Derecho positivo, ni determinar la dirección de su desarrollo futuro, si se mantienen ocultos los móviles de toda evolución del Derecho penal.

Debe reconocerse que tal cautelosa retracción encuentra su justificación psicológica en el estancamiento general que dominaba este terreno de la ciencia del Derecho penal. Durante decenios ejerció la concepción de la pena retributiva un dominio indisputado en la *communis opinio* de los penalistas; sea que se apoyaran en *Kant* o *Fichte*, en *Hegel* o *Herbart*, y aun cuando se hubieran propuesto artificial, afanosamente y sin éxito injertar en el tronco de la represión absoluta el brote del pensamiento del fin, en algo estuvieron de acuerdo: en la reprobación sin miramientos, y me atrevo a decir, en la estigmatización científica de todas aquellas teorías que se atrevieran a hacer de la idea de fin su punto de partida. Aún en 1878 podrá el mismo *Binding*¹ quitar a las teorías relativas, con su característica resolución, el derecho a proseguir participando en la discusión científica. Como sus expresiones describen la posición considerada todavía entonces como inatacable, y como sobre ellas deberá volver más adelante, séame permitido reproducirlas textualmente. *Binding* dice:

“Junto con la quiebra de la concepción iusnaturalista del Estado se decidió el triunfo, repetido en tiempos recientes, de las teorías absolutas sobre las relativas. ¡Y con razón! Porque, por respeto que tengamos a la agudeza y la noble intención de algunos seguidores de las distintas teorías, no se puede negar su inconsistencia científica. Según ellas, el delito no es fundamento, sino solo necesario presupuesto de la pena. Pero esto, ¿por qué? ¿Por qué solo se castiga una vez que se ha delinquido? ¿Por qué constituye el delito el único síntoma del que se pueden inferir los riesgos de la sociedad? ¿Cómo llega luego la teoría relativa a castigar a aquel cuya acción no es fundamento de la pena, sino que ha escondido con ella el real fundamento punitivo, que es la inseguridad social? ¿No sería más apropiado que acordáramos darle las gracias por ello en nombre de la sociedad? Desde este punto de vista, ¿no sería lo único procedente responder al delito con un mejoramiento de las instituciones educativas y de policía? Y ¿cómo puede justificar la teoría relativa que el delincuente, es decir, un hombre, sea degradado al convertirse en objeto de un experimento que verifique si por medio de su castigo se ocuyen fuentes de futuros males para otros hombres similares a él? Y agreguemos que tal experimento se realiza en muchos casos sin resultado positivo: ¡o sea, que la pena, cuyo único fundamento jurídico debiera ser la adecuación a fin, no alcanza su objetivo! Por último, la teoría relativa debe, consecuentemente, arribar al principio siguiente: no el Estado, sino los círculos sociales amenazados son los que debieran poseer el derecho de castigar, mientras

1 *Grundriss der Vorlesungen über acutsches Strafrecht (Esquema de las lecciones de Derecho penal alemán)*, 2ª ed. 1879, p. 91. También *Binding*, en la *Zeitschrift für Privat and oeffentl. Recht* (Revista de Derecho Público y Privado), IV (1878), p. 417 y sigs.

la realidad nos enseña lo contrario. Pero una teoría penal que no sepa decir por qué realmente se castiga, por qué solo se castiga después de haberse delinquido, y por qué se castiga al delincuente, aun cuando el acto de éste no dé el fundamento jurídico de la pena, y, en fin, que reconoce que es el Estado quien pune al delincuente, *una semejante teoría no puede seguir pretendiendo un lugar en nuestra ciencia*².

Sin embargo, rápidamente se alteró la situación. Los enemigos que habían sido declarados muertos levantaron de nuevo la cabeza y desenvainaron la espada emmohecida. Nada menos que *Ihering*, en su *Fin en el Derecho*, había hecho, en 1877, de la idea fundamental de las teorías relativas el punto de partida y de llegada de todas sus reflexiones y había designado el fin como el móvil que hace emerger de sí Derecho y Estado; y esto solo hubiera bastado para revelar el, en cierto modo, anacronismo de la pretenciosa reluctancia a discutir la idea de fin. A ello se agregó una segunda circunstancia. El general descontento con los logros prácticos de la legislación penal, dominada por la *communis opinio*, y el creciente pánico por la impotencia de la justicia punitiva de inspiración doctrinal, puesta de manifiesto en forma irrefutable por la estadística criminal, hicieron crecer en círculos cada vez más amplios el escepticismo acerca de las doctrinas que hacía decenios que se enseñaban en todas las Universidades alemanas. Se precisaba tan solo un motivo exterior para desencadenar las fuerzas latentes. Y tal motivo lo dio la conocida monografía de *Mittelstaedt*, *Contra las penas privativas de libertad* (1879). En ello reside su significación, frecuentemente desconocida, y en ello también el misterio de su éxito. Expresó sin reserva alguna, acaso de manera demasiado brusca y seguramente con excesiva unilateralidad, lo que hacía tiempo intuía la masa de los juristas que no estaba bajo el anatema de las escuelas. No constituía un programa, pero sí un “grito de guerra”³; y cumplió tal objetivo. Desde 1879, la lucha estalló a lo largo de toda la línea⁴. Sea cual fuera su inicio, los enemigos de la doctrina dominante han conquistado ya hoy el reconocimiento como potencia beligerante; tres años después de que *Binding* escribiera las palabras recién reproducidas, prorrumpió *H. Meyer*, que intentaba situarse delante de la brecha, con la siguiente proclama: “Luego de que, por largo tiempo, la antigua disputa entre las direcciones idealista y realista en

2 El subrayado es mío.

3 Sontag, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Revista de la ciencia conjunta del Derecho Penal), I (1881), p. 48-1.

4 Se puede destacar; Von Schwarze, *Die Freiheitsstrafe* (la pena privativa de la libertad), 1880; Sichert, *Über Rückfälligkeit der Verbrecher* (Acerca de la reincidencia de los delincuentes), 1881; Krohne, *Der gegenwertige Stand der Gefängniswissenschaft* (El estado actual de la ciencia penitenciaria), en la *Zeitschrift für die get. Strafrechtswiss.*, I, pp. 53-92; Sontag, *Breitraege zur Lehre von der Strafe* (Contribución a la teoría de la pena) ibidem, I, pp. 480-529 (aparecía también en edición separada bajo el título *Für die Freiheitsstrafen* [Por las penas privativas de libertad]), y *Mittelstaedt*, *Für and wider die Freiheitsstrafen* (Pro y contra de las penas privativas de libertad), ibidem, II (1882), pp. 419-429. Además: Kraepelin, *Die Abschaffung des Strafmasses* (La eliminación de la medida de la pena), 1880 (indicación del contenido, en *Zeitschrift* u. s. w., I, p. 157), y Willert, *Das Postulat der Abschaffung des Strafmasses und die dagegen erbobenen Einwendungen* [El postulado de la eliminación de la medida de la pena y las objeciones al respecto), en *Zeitschrift*, II, pp. 473-496.

al Derecho penal parecía estar resuelta en favor de la primera, ahora la dirección realista hace nuevamente, y con mucho estruendo, su ataque⁵.

También fuera de Alemania se generó el movimiento. La joven escuela antropológica de Italia⁶, conducida por *Lombroso, Ferri y Garófalo*, que ha conquistado rápidamente adeptos y que particularmente en Francia ha sido saludada con simpatía, tomó la lucha contra la criminalística clásica, con juvenil ímpetu en la valoración de resultados apenas logrados, pero también con fuerza y entusiasmo juveniles. Ella disputa al Derecho penal el carácter de disciplina jurídica y lo transforma en una rama de la Sociología; desconfía de la eficacia de la pena y quiere reemplazarla en una amplia extensión de su reciente dominio por medidas preventivas (sustitutivos penales); quita al proceso penal su estructura jurídica y lo transforma en un examen técnico psiquiátrico-antropológico del delincuente; ve su principal tarea como la de la investigación de las causas de la delincuencia, y sus seguidores, tanto jurídicos como médicos, compiten en investigaciones estadísticas y antropológicas.

No cabe duda de que todo este movimiento, lo mismo con Alemania que en Italia, no ha llegado a clarificarse. Aun cuando nosotros prescindamos de las apreciaciones revolucionarias de los italianos, los adherentes del movimiento de reforma siguen, en sus exigencias, direcciones divergentes: mientras Mittelstaedt exige marcos punitivos estrechos, que excluyen en lo posible todo arbitrio judicial, *Kraepelin* y *Willert* creen que el remedio del futuro no se encuentra sino en la indeterminación de la pena. Sin embargo, el movimiento está ahí; puede ser desaprobado y refutado, combatido y rechazado, pero no puede ni debe ser silenciado. La ciencia debe pronunciarse frente a él. Y es éste el primer triunfo que la idea de fin se había propuesto.

Ya en mi *Derecho penal del Imperio* (1881)⁷ había planteado yo mi posición frente a este movimiento. El espacio que tenía a mi disposición me exigió gran parquedad. Debía limitarme a alusiones; tanto una exposición como una fundamentación eran imposibles. Por ello, mi posición fue la mayoría de las veces mal entendida, principalmente por aquellos escritores que la apreciaron más a conciencia⁸. Quisiera que estas líneas logran despejar las causas de tal malentendido.

5 H. Meyer, *Die Gerechtigkeit im Strafrecht* (La justicia en el Derecho penal), en Gerichtssaal (Sala de justicia), XXXIII, pp. 101 y sigs. y 161 y sigs. (indicación del contenido, en *Zeitschrift*, I, p. 604).

6 *Über den Ursprung, das Wesen und die Bestrebungen der neuen anthropologisch-kriminalistischen Schule in Italien* (Sobre el origen, la esencia y los objetivos de la nueva escuela de antropología criminal en Italia) informó ampliamente el profesor César Lombroso, de Turín, en la *Zeitschrift*, I pp. 130-154. Los trabajos italianos y franceses originados por este movimiento y publicados hasta la fecha, están consignados íntegramente en la *Zeitschrift*, con indicación de sus resultados. Por ello me conformo con una referencia al índice temático de los volúmenes aparecidos hasta ahora, y hago especial mención de los trabajos de Ferri, autor particularmente destacado en el último tiempo.

7 Págs. 14 y sigs.

8 Von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts* (Manual de derecho penal alemán), I, 1882.

Pero ante todo quisiera volver a resumir mi punto de vista, en estrecha conexión con mi exposición de entonces. La pena es originariamente, o sea, en aquellas formas primitivas que se pueden reconocer en los comienzos de la historia de la cultura humana, una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos, ciega, instintiva y no intencional ni determinada por la representación de un fin. Pero poco a poco la pena transforma su carácter. Su objetivación, es decir, la transición desde la reacción de los círculos inmediatamente afectados hasta entregar el examen del asunto a órganos no afectados, capaces de examinarlo con serenidad, posibilita la sobria observación de sus efectos. La experiencia lleva a la conclusión del carácter finalista de la pena. A través de la idea de fin, ella gana objetivo y medida, y se desarrollan tanto el *presupuesto* de la pena (el delito) como su *contenido y su ámbito* (el sistema de penas); bajo el dominio del pensamiento finalista, la violencia punitiva se convierte en Derecho penal. La tarea del futuro es proseguir en la misma dirección el desarrollo iniciado; transformar, consecuentemente, la ciega reacción en una protección jurídica de bienes consciente de su objetivo.

La posición debiera ya reconocerse como contraria a las “teorías” anteriores. Se dirige contra las teorías relativas, en cuanto destaca el origen absoluto de la pena, independiente de la idea de fin; combate las teorías absolutas, al comprobar el desenvolvimiento de la pena por la idea de fin, como resultado de la evolución hasta hoy, y al plantearla como exigencia del futuro. Permite –y en ello hago especial hincapié– cualquier fundamentación metafísica de la pena y prohíbe al mismo tiempo –y en ello no hago menos hincapié– a toda especulación metafísica influir en la configuración empírica de la pena. Es, si se quiere, una teoría unitaria, pero fundamentalmente distinta de las que antes se denominaban así. En efecto, encuentra la posibilidad de unir elementos en apariencia inconciliables mediante la admisión de una paulatina adición de pequeñas diferencias cuantitativas.

Podría, por lo dicho, denominarse una teoría “evolucionista”, si no fuera por el hecho de que tal término se emplea para designar una concepción del mundo esencialmente diversa, que niega el origen absoluto de las cosas.

II

LA PENA COMO ACCIÓN INSTINTIVA

1. Al calificar la pena primitiva como ciega e instintiva reacción, en una palabra, como acción instintiva, quería yo en primer lugar y principalmente expresar con agudeza una cualidad negativa de la pena primitiva. La pena, en efecto, no es, como lo suponen unánimemente los sustentadores de las teorías relativas, una sutilización del ingenio humano, el resultado de un cálculo estatal; no ha sido gestada por la idea de fin, sino independientemente de ella y ha entrado precediéndola en la historia de la cultura humana. Si la pena fuese una invención de la sagacidad humana, cosa que nosotros negamos, sería imposible que pudiéramos encontrarla en todas partes, en la prehistoria de todos los pueblos, en la misma recurrente forma típica, tal como lo ha podido comprobar en forma tan brillante, como convincente, la ciencia del Derecho comparado, no obstante los vacíos de su material y a pesar de la inseguridad de sus movimientos⁹. Si fuese una invención del ingenio humano, ¿cómo podríamos explicarnos los distintos fenómenos observables en los animales, análogos a la pena primitiva, y diferenciales de ella tan solo cuantitativamente? Pues, precisamente, porque la pena primitiva fue acción instintiva, esto es, una reacción no determinada por la finalidad, contra perturbaciones de las condiciones de vida del individuo y de los grupos ya existentes de individuos; lo que quiere decir, contra acciones que nosotros, para emplear una formulación breve, aunque imprecisa, podríamos designar como delitos. Precisamente, por ello es la pena consecuencia necesaria del delito. Esta conclusión, a mi juicio, difiere fundamental y definitivamente de todas las teorías relativas. A fin de expresar con la mayor fuerza y precisión posibles esta necesidad de la pena, su independencia del ingenio humano, y de la sagacidad estatal, y destacar el rechazo de la idea de fin en la pena primitiva, la he designado como acción instintiva. ¿Puede el *dikaion physei* ser acentuado aún más?¹⁰

9 Cfr. Especialmente los distintos trabajos de A. H. Post: *Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit (Las sociedades de estirpes de la prehistoria)*, 1875; *Der Ursprung des Rechts (El origen del Derecho)*, 1876; *Die Anfaenge des Staats und Rechtslebens (Los inicios de la vida del Estado y del Derecho)* 1878, y *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis (Elementos para una ciencia jurídica general sobre base etnológica comparada)*. vol. I, 1880 vol. II, 1881 (*Zeitschrift*, II, p. 117).

10 Por ello la observación del *Handbuch* de Von Bar, I, p. 195, radica en un malentendido.

Pero, ¿de dónde procede esta acción instintiva? ¿Cómo podemos explicarnos igual aparición de la pena primitiva en todos los escalones iniciales de la historia humana? ¿Cuál es la causa de esta instintiva y por ello necesaria reacción contra el delito?

Quien quiera recurrir a la metafísica para responder a esta cuestión, es dueño de hacerlo. Mi concepción de la pena no se lo impide. Porque la interpretación del hecho, sea cual fuere la manera de formularla, no toca a la existencia empírica del hecho, y tan solo esto último es lo que me preocupa. Una sola cosa no puede ser olvidada: la ciencia termina donde empieza la metafísica. Si el empeño de traspasar las barreras del conocimiento empírico, de descifrar el enigma del universo, de levantar el velo de la maja; si este impulso, el más serio y santo de todos, arraiga aún profundamente en nuestra naturaleza, y no solo arraiga, sino que es una exigencia para nosotros, quédennos en claro que por tal camino no se llega a la verdad científica. La ciencia del Derecho penal no es hostil a las explicaciones metafísicas de la pena, ni en sí las rechaza, pero necesariamente tiene que considerar extraños a ella todos estos intentos y permanecer alejada de los mismos.

¿Me engañará la esperanza de que es precisamente en este punto donde podría lograrse un entendimiento de las concepciones opuestas, un entendimiento entre el Derecho penal y la filosofía frente a la línea infranqueable, ni desde acá ni desde allá?

Pero este rechazo de la metafísica, no desde las concepciones del mundo que compiten buscando aceptación, sino desde el punto de vista de la ciencia que pretende conocer, no significa el rechazo de hipótesis científicas, supuesto que ellas no pretendan aparentar más de lo que son. Conforme a las hipótesis que ya insinué en mi *Derecho penal del Imperio*, acerca de cuya fructífera idoneidad me convido más y más, la pena primitiva es acción instintiva, no solo en sentido negativo, sino también en el sentido positivo y auténtico; acción instintiva, queriendo significar consecuencia del afán de autoafirmación del individuo, y autoconservación individual (y con ello también y en último término conservación de la especie), la que reacciona frente a perturbaciones exteriores de sus condiciones vitales a través de acciones que repelen la causa de tales perturbaciones. Así quedaría a la vez justificada y explicada de nuevo nuestra tesis sobre la ausencia de la idea de fin en la penalidad primitiva, toda vez que el instinto se distingue, también en esta significación positiva, por su ciego e impulsivo actuar, de la voluntad en sentido estricto.

Ahora bien, la referencia de la pena primitiva a aquella reacción de repulsa contra perturbaciones externas me parece tan confirmada por los hechos, y en lo esencial tan generalmente reconocida¹¹, que, personalmente, no quisiera intro-

11 Dühring, *Kursus de Philosophie (Curso de Filosofía)*, 1875, pp. 219 y sigs.; E. Von Hartmann,

ducir en la explicación de la pena el instinto individual de conservación, ni siquiera como hipótesis, aun cuando no tenga motivo para plantear reparo alguno en contra de esta argumentación. Tal como el animal, así también el hombre primitivo reacciona contra entorpecimientos externos, sea que provengan de un ser vivo, racional o irracional, sea que tengan su origen en la lucha de las fuerzas naturales; como en aquél, así se da en éste la reacción como una autoafirmación, por destrucción o lesión de quien se capta como autor del entorpecimiento. Aunque el progreso de la civilización haya hecho retroceder las reacciones instintivas, procurando vías indirectas para la satisfacción del instinto, todavía en nuestros días, en el caso de la *ley de Lynch*, el instinto sojuzgado barre con elemental violencia (su signo distintivo) las barreras que le coloca la sociedad.

La hipótesis comienza solo si nos figuramos el instinto de autoconservación individual al servicio inconsciente de la conservación de la especie¹². No quisiera proseguir con tal hipótesis, que nos podrá proporcionar alguna profunda visión en la esencia de la pena, y que por ello se justifica a sí misma¹³. Sin embargo, acaso no carezca de interés observar cómo tal pensamiento reaparece siempre con las variaciones más diversas, desde el *physei politikón dsóon*, de Aristóteles, hasta la “coincidencia de los fines”, de *Ihering*, según el cual el egoísmo trabaja al servicio de la totalidad como “el infusorio: viviéndose a sí mismo, construye el mundo”¹⁴

¿Será necesario recalcar expresamente que, también por la aceptación de nuestra hipótesis, subordinándose el instinto de autoconservación al instinto de conservación de la especie, no se excluye la explicación metafísica? La teoría científica natural de la descendencia no ha resuelto, ni podido ni querido

Phaenomenologic des sitslichen Bewusstseins (Fenomenología de la conciencia moral) 1879, pp. 196 y sigs. Post, *Bausteine*, I, p. 141: “En todas partes la venganza actúa como la fuerza de una ley natural. Su no uso equivale a la opresión o a la destrucción de la individualidad”. Cfr. También Jellinek, *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrech, Strafe (La significación éticosocial del Derecho, de lo ilícito y de la pena)*, 1878, pp. 90 y sigs.

12 La fundamentación y el desarrollo de esta concepción del instinto de conservación se encuentran en los siguientes trabajos de G. H. Schneider, con amplia base empírica: *Der tierische Wille (La voluntad animal)*, 1880, y, especialmente, *Der menschliche Wille vom Standpunkte der neueren Entwicklungslehreien (des Darwinismus) (La voluntad humana desde el punto de vista de las recientes teorías de la evolución [del darwinismo])*, 1882. Por otro camino va Post, *Bausteine*, I, p. 140: “El sentimiento de venganza es muy general; no se dirige solo contra otros hombres. Cuando no es domeñado por el intelecto, se dirige también contra animales u objetos inanimados. Tampoco es exclusivo del hombre; lo conoce asimismo el animal. Esto guarda relación, al parecer, con la forma de expresión teluricoorgánica de una ley cósmica general, que actúa sobre el hombre por ser éste un individuo cósmico. El mantenimiento de la individualidad en toda su fuerza frente a otros individuos cósmicos es el contenido de todo acto de venganza, y en cada individuo cósmico se asienta el instinto de conservar su individualidad. Solo cuando hayamos comprendido la posición del hombre en el universo como sistema cósmico parcial, podremos pensar en referir la venganza a sus orígenes cósmicos. Por el momento debemos renunciar a ello”.

13 Aquel para quien el término resulte hiriente, escriba, en vez de *conservación de la especie, humanidad*. Mientras se trate de la pena humana como emanación del instinto de conservación (y solo de esto se trata aquí), el cambio no supone diferencia.

14 Von Ihering, *Zweck im Recht (El fin en el Derecho)*, pp. 38 y sigs., y especialmente p. 52.

resolver, el enigma universal. Colóquese el instinto de conservación de la especie al servicio de un poder superior, de una idea, de un ordenamiento divino del mundo, y con ello queda tendido el puente para todo aquel que no tema el “viaje al reino de las cosas en sí”. Pero la ciencia del Derecho penal se traicionaría a sí misma si pensara en seguirle¹⁵.

2. El valor de toda hipótesis se determina por los servicios que presta. Ella debe aguzar la vista del observador cuando éste investiga los hechos, y debe facilitarle las conclusiones, cuando él examina y juzga los hechos que ha descubierto. La remisión de la pena primitiva en forma inmediata al instinto de conservación, y en forma mediata al instinto de conservación de la especie, se acredita, en seguida, al procurarnos reconocer y comprender con claridad un hecho a menudo, por no decir regularmente, pasado por alto, que es de la mayor importancia para la comprensión de la historia del Derecho penal. La pena primitiva, como consecuencia, aunque sea tan solo mediata, del instinto de conservación de la especie, debe, desde su principio, tener carácter social, aparecer como reacción social contra perturbaciones sociales. Tal cual el *bellum omnium* contra omnes como estado originario de la humanidad no existió sino en la ahistórica especulación de tiempos pasados, así tampoco ha existido en la historia de la humanidad una venganza privada desprovista de todo elemento social. El hombre entra como politikón dsón a la historia universal: lo que acaso precediera, cae también desde el punto de vista del darwinismo y precisamente desde él, antes de la humanización¹⁶.

La observación de la historia confirma esta consecuencia, extraída de nuestra hipótesis.

La primera forma de la pena primitiva, la venganza de la sangre, no es venganza privada, sino venganza de la familia o de la *gens*. Tiene su raíz en la primitiva asociación, la sociedad de la sangre, la *Sippe*. Originariamente, aparece como desafío de dos gentes; constituye derecho y deber de la *Sippe* del muerto o del lesionado¹⁷, y se dirige contra toda la *Sippe* del autor¹⁸, como portadora colectiva de la deuda de sangre¹⁹. Lo propio puede decirse del dinero dado en reparación, que aparece sustituyendo a la venganza de sangre, el que, en un principio, es pagado y recibido

15 Von Bar, *Handbuch*, I, pags. 302, 306 y 307, ha hecho a mi opinión el reproche de ser una descripción y no una explicación de la pena. En cierto sentido, esto es correcto. Quien pretenda explicar lo inexplicable, que abandone el terreno de la ciencia. Pero si explicar quiere decir retrotraer a la última causa conocida, el reproche es injustificado. En el instinto de conservación de la especie humana hemos llegado al a frontera del conocimiento natural.

16 Cfr. Jellinek, op. cit., p. 17.

17 Donde existe parentesco femenino, se venga por ello el hermano de la madre o el hijo de la hermana. Post, *Bausteine*, I, p. 146.

18 También aquí es decisivo el sistema de parentesco femenino. Post, op. cit.

19 Acerca de la pena de la familia, cfr. Post, *Bausteine*, I, pp. 238 y sigs., y Vernhoeff, *Staat und Recht der roem, Koenigstein (Estado y Derecho en el tiempo de los reyes romanos)*, 1882, pp. 48. Nota 1.

por toda la comunidad²⁰. Solo paulatinamente se limitan la venganza y la responsabilidad de la sangre: aquélla, al heredero más próximo; ésta, al autor del daño. Y lo propio vale para el dinero de reparación. Pero aun las formas del proceso judicial alemán del Medioevo nos remiten al origen del derecho, vinculado a la comunidad consanguínea: el juramento con los comuneros que auxilian, los que, totalmente armados, y unidos en un apretón de manos, refuerzan a coro el juramento de los principales actores, nos remite a la hostilidad (*Faida*) de la comunidad²¹.

Más claro aún se nos aparece el carácter social en la segunda forma de la pena primitiva, en la proscripción (*Friedloslegung*), es decir, en la expulsión de la comunidad, del comunero de paz (el expulsado se convierte en libre como el lobo, *gerit caput lupinum*), en sus distintas, cada vez más debilitadas, manifestaciones, las que conducen inmediatamente a la muerte, a la confiscación patrimonial, al destierro y a la deshonor²².

Con la transformación de las comunidades gentilicia y de paz en sociedades estatales se llega a la tercera forma de la pena primitiva: la pena estatal; sea ella ejercida por el caudillo o por el jefe del ejército en la guerra, o por el sacerdote como jefe de la asamblea del pueblo, como guardián y vengador de la comunidad en paz y en guerra²³. El carácter social de esta forma es imposible de soslayar. Pero tal carácter no conviene solo a esta forma, sino también a las dos primeras. En todo caso, la total objetivación de la pena no es posible sino con el castigo estatal, que constituye un presupuesto de su ulterior desarrollo; mas la pena estatal en sentido propio no surgió de inmediato: no constituye una contradicción radical frente a la venganza de la sangre y la proscripción, sino que ha emergido de éstas como el Estado emergiera de la comunidad gentilicia y de la comunidad de paz.

El carácter social de la pena primitiva, sin embargo, constituye a la vez una nueva confirmación de nuestra concepción de la misma como una acción instintiva. Si la pena fuera una reacción consciente y adecuada a fin, no podríamos explicarnos su carácter social en las etapas iniciales de la cultura humana. En efecto, una reacción adecuada a fin de la sociedad está determinada por un claro reconocimiento del sentido que tiene el delito para los grupos dados de individuos (familia, comunidad de paz, Estado).

20 Sobre la distribución, en particular entre los francos del valle del Saale (reparación hereditaria y de los parientes), cfr. H. Brunner, en la *Encyklopaedie* (Enciclopedia) de Von Holtzendorff, 4ª ed. 1882, p. 196.

21 Puedo dar por sabida la concepción del Derecho germánico. Cfr. al respecto los distintos escritos de Post, pero especialmente sus *Bausteine*, I, pp. 142 y sigs.

22 Cfr. Post, *Bausteine*, I, pp. 164 y sigs. Por ello, en el sentido de que tampoco fueron extrañas al Derecho alemán (como lo sostiene Von Bar, op. cit., p. 57), cfr. Brunner, op. cit., p. 199.

23 Post, *Bausteine*, I pp. 171 y sigs. Si acaso la forma sacral de la pena primitiva tenía significación independiente, puede quedar aquí al criterio del lector.

Ahora bien, tal interpretación es el resultado de una experiencia de siglos, lograda en la lucha y en la vida. Pero la pena aparece antes de toda experiencia.

3. La concepción de la pena primitiva como una acción instintiva nos hace posible, además, un importante panorama de la relación de la pena con la ética. Como acción instintiva no puede ser la pena expresión de un juicio valorativo de quien castiga; no puede tener su origen en una acción del castigado, reconociéndolo como inmoral. La acción instintiva no tiene nada que ver con la ética. El origen de la pena puede y debe ser, pues, desvinculado de la ética, sin necesidad, por ello, de que ésta sea negada o repelida. La ventaja de tal separación debe tenerse en alta estima: ella libera al Derecho penal del peligro de ser arrastrado en el no decidido combate por la fundamentación de la ética, y también de la obligación de revalidar cotidianamente el título jurídico en que basa su existencia.

Pero tal consecuencia de nuestra hipótesis, ¿queda confirmada por la historia de la pena?

La tesis contraria ha sido, tan solo hace poco, sustentada) de nuevo, y lo ha hecho, con mucha firmeza, *von Bar*²⁴ quien aparece especialmente llamado a la solución de tales problemas por darse en él una poco frecuente combinación de vastos conocimientos históricos con una profunda formación filosófica. Por ello, en adelante será recomendable confrontar la justificación de la tesis arriba expuesta con la teoría *bariana* de la reprobación moral (teoría de la reprobación).

Von Bar se adhiere a *Hegel*. Pero el principio activo no es el Derecho, como afirmaba Hegel, sino la moral²⁵, Pertenece a la esencia de la moral el formar o pretender formar un juicio acerca de la moralidad o inmoralidad de toda acción, también de las de otros. El juicio acerca de la acción inmoral es la reprobación. No obstante, con la reprobación in abstracto no se da aún el modo de su expresión concreta. En principio, toda expresión de la reprobación, hasta el aniquilamiento total, y aún más, todo daño imaginable como expresión de la reprobación, es justa en relación con el culpable. Ante grandes inmoralidades, la comunidad reacciona con la supresión del malhechor; por ello, la pena primitiva consiste por doquier en la privación de todo derecho. Pero mientras más fuerte es el orden moral, menos fuerte precisa ser la expresión de reprobación; con el avance de la cultura se morigeran las penas.

Hasta aquí las disquisiciones de *von Bar*²⁶ que nos interesaron. Desde nuestro punto de vista resultan las siguientes objeciones:

24 Ya en sus *Grundlagen des Strafrechts* (Fundamentos del Derecho penal), 1869- Luego, en su *Handbuch*, I, pp. 311 y sigs.

25 Cfr. especialmente Von Bar, *Handbuch*, I, p. 27927

26 Al abordar el principio de la medida de la pena, volveré a la teoría de Von Bar.

Primera: La pena como acción instintiva es cosa distinta del juicio de valor moral. Este último es un hecho psíquico, que ocurre en la conciencia del juzgador y que no precisa en absoluto asomar en todos los casos al mundo exterior. En cambio, la pena es acción que repele; es acción, o sea, movimiento corporal; constituye una intervención en el mundo exterior, un ataque a la causa de la acción perturbadora; se dirige contra el delincuente, a fin de quebrar o doblegar su voluntad²⁷ al dañar o destruir los bienes jurídicos de que aquél es titular; constituye protección de bienes jurídicos realizada a través del daño de bienes jurídicos.

Para refutar tal observación, claro es que von Bar podría recalcar que por reprobación él entiende precisamente la exteriorización del juicio de condena moral, es decir, una acción que se dirige contra el delincuente. Pero con ello le sería necesario comprobar la potenciada actividad de la moral: la moral no deberá tan solo generar el juicio moral, sino, además y luego, la exteriorización del juicio moral²⁸. No hay motivos para reconocer este segundo efecto, y su prueba no se ha rendido.

Segunda: La pena como acción instintiva con carácter social presupone organización social y órganos sociales. Como acción instintiva no puede partir sino de los individuos aislados que son llamados, o que estiman serlo, a intervenir en interés social. La pena, por ello, es conceptualmente posible y de hecho se da en cualquier forma que adopte la sociedad, sea familia, comunidad de paz, Estado; no es conceptualmente posible ni se da donde falten organización y órganos. La humanidad como tal no puede actuar; por tanto, tampoco castigar; la ética, sin embargo, es la ley de la humanidad, y, por ende, la pena ética es inconcebible.

No se replique que la humanidad acababa de organizarse en el Estado. En efecto, con ello se reconocería que antes de la creación del Estado habría faltado la organización, es decir, que la pena primitiva, indubitadamente existente ya en tal situación, será independiente de la pretendida organización de la comunidad moral-humana.

Tercera: La pena como acción instintiva debe existir antes del juicio moral. Porque éste presupone, de parte del juzgador y del enjuiciado, el conocimiento del código moral, como la medida de los valores y la máxima reguladora a la que deben adecuarse los actos humanos. Pero la acción instintiva se caracteriza precisamente —en oposición a la acción voluntaria— por ocurrir sin ade-

27 Esto es reconocido por el propio Von Bar, *Handbuch*, [I], p. 322.

28 Von Bar, al parecer, no advierte suficientemente esta diferencia entre juicio de valor y expresión del mismo. Características de lo dicho son las referencias de la p. 313.

cuación a una norma reconocida, a algo reconocido como tal norma. En otros términos: la ética es un producto de la historia humana, mas la pena es anterior a la formación de dicho producto. Así se da, también aquí, la independencia de la pena primitiva respecto de la ética²⁹.

Y tal independencia es ratificada por la historia de la manera más lapidaria. La pena, como acción de repulsa contra trastornos de las condiciones de vida, como defensa por medio de ataque, no es nada peculiar de la historia humana. Y aun cuando se rechace esta formulación, la pena primitiva que aparece en la historia humana es independiente de todo juicio moral acerca de la efectiva perturbación de las condiciones de vida. Ella se dirige contra el animal que ocasiona un daño, contra el niño, contra el insano mental; entra en escena sin consideración alguna respecto de la responsabilidad del autor, sin distinguir intención, negligencia o casualidad, y tampoco se limita exclusivamente al culpable, sino que, en la venganza de sangre, se dirige contra toda la *Sippe* de aquél. El concepto de responsabilidad resulta de una larga y paulatina evolución³⁰. El juicio de valor moral no es pensable sin el concepto de culpabilidad, pero la pena apareció antes que él. Por ello, la pena tiene que ser independiente de la ética³¹.

4. Y en la misma relación se encuentra la pena respecto del Derecho. En el Derecho existe la idea de adecuación a fin; constituye la esencia del Derecho. Tal es el pensamiento básico de la concepción de *Ihering*. Pero la acción instintiva es conceptualmente independiente de la idea de adecuación a fin y la ha precedido. De lo expuesto no cabe deducir la incompatibilidad de mi concepción de la pena con la idea de *Ihering*, de adecuación a fin; más bien, aquélla obtiene a través de ésta una nueva aclaración y confirmación, y viceversa. Como lo afirma el propio *Ihering*³², la experiencia es la fuente, tanto del Derecho como de la moral. La pena primitiva, sin embargo, queda antes de toda experiencia; no solo antes de la moral, sino también antes del Derecho³³. Tan solo en un grado más alto de su evolución, como pena objetivada, ella se asienta en la experiencia; tan solo como pena de Derecho [jurídica] asume la idea de adecuación a fin.

29 El subrayado es de Von Bar, p. 316.

30 Para los Derechos germánicos, especialmente los septentrionales, cfr. Wilda, *Strafrecht der Germanen (Derecho penal de los germanos)*, pp. 6-10 y sigs. Además, en particular, las numerosas pruebas de todos los continentes reunidas por Post, *Bausteine*, I, pp. 145 y sig., 176, 230 y sigs., y 241. Cfr. también Jellinek, op. cit., pp. 110 y sigs.

31 Pero no la ética de la pena. Precisamente de la reacción instintiva se forma y desarrolla el juicio moral. Lo ilícito es la palanca del Derecho y de la moral, como el arrepentimiento luego del hecho para la conciencia antes vigilante.

32 Los pasajes que demuestran esto pertenecen al capítulo próximo (en especial, pp. 90-01), que es donde puedo exponer y justificar tal postulado.

33 Compárese lo que dice *Ihering*, *Zweck im Recht*, p. 368, acerca del *sentimiento jurídico*, el cual, a su juicio, precede tanto al Derecho como al Estado y "tiene su fundamento último en el instinto de conservación de la persona".

Por ello, cuando *Ihering*, en su fundamentación de la ética³⁴ dice “que al hombre no le está permitido matar, robar, hurtar,... ha debido aprenderlo solo en el camino de la experiencia... también en el Derecho, como en todos los otros planos, el hombre ha debido aprender sufriendo daño”, no podremos interpretar mal esta frase. Por lo demás, el hombre primitivo, como el animal, reacciona de manera instintiva e inconsciente contra la perturbación de las condiciones de vida, y tal reacción no precisa ser previamente “aprendida”, como tampoco el animal precisa aprenderla. En aquellos casos (que no necesitan constituir la regla general, ni siempre y efectivamente ha sucedido así) en que el robo, el asesinato, el hurto hayan sido realmente amenazas de las condiciones vitales, allí se da también siempre de modo espontáneo, y no solo como inferencia luego de un perjuicio, la reacción en forma de pena primitiva. Pero la evolución de la norma jurídica y de la norma moral, la apreciación de la acción en su valor jurídico y ético, y la reacción en la forma de pena jurídica objetivada, están determinadas por la experiencia y por la idea de adecuación a fin ganada a través de la experiencia.

34 *Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik (Los fundamentos histórico-sociales de la ética)*. en el *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verusdlung und Vollwirtschaft im deutschen Reich (Anuario de legislación, administración y economía del Imperio alemán)*, de Schmoller. vol. VI, pp. 1-21 (Zeitschrift, II, p. 614).

III

LA OBJETIVACIÓN DE LA PENA

Todo progreso de la evolución espiritual, tanto del individuo como de la humanidad, consiste en que la acción instintiva se transforma en acción voluntaria³⁵, lo que quiere decir que se reconoce la adecuación a fin de la acción instintiva y que la previsión del fin pasa a ser el motivo de la acción. Es la idea del fin lo que distingue la acción voluntaria de la acción instintiva. El instinto se coloca al servicio del fin, y la acción se adecúa al objetivo. Cuanto más claro se ve el fin; cuanto más perfectamente se realiza el consciente ajuste; cuantos más fines lejanos y mediatos se proponen, en vez de los directos e inmediatos; cuanto, en fin, más se subordina todo el obrar con sus actividades parciales, a un objetivo superior –que acaso sobrepase la existencia de un individuo–, tanto más perfecto es el desarrollo cuya última meta –la total coincidencia entre la voluntad individual con la voluntad general– debe ser abandonada como ideal y por ello, precisamente, no se da.

Apliquemos lo dicho a la pena, y veamos si también su desarrollo es determinado por la ley general de la evolución.

1. La pena, como acción instintiva, es acción instintiva adecuada a fin. Las condiciones de vida, no tan solo del individuo, sino también de los grupos dados de individuos, son protegidas de perturbaciones por la pena, aun cuando ni tales condiciones de vida, ni tampoco sus perturbaciones, ni finalmente la fuerza protectora de la pena, sean reconocidas y comprendidas.

Para hacer posible el conocimiento de la conexión entre mundo de los bienes jurídicos, delito y pena, se precisa de una apreciación libre y desapasionada de la experiencia vivida. Ella está determinada por la objetivación de la pena, es decir, por la traslación de la función de castigar desde los círculos inmedia-

35 No es éste el lugar, ni considero mía la tarea, de comprobar la corrección psicológica y filosófica de tal postulado, que ya discutí en mi *Reichsstrafrecht* (Derecho penal del Imperio) (p. 15). Piénsese en los primeros movimientos del recién nacido y en su desarrollo. Por lo demás, la ya citada obra de Schneider, *Der menschliche Wille* (.p. 188), está basada en la misma idea. Como paralelo con el desarrollo de la pena, cfr. lo que dice en las pp. 480 y sigs., sobre la base de los trabajos de Lazarus, Steinthal, Wundt y otros acerca del desenvolvimiento del lenguaje a partir de los movimientos reflejos.

tamente afectados a órganos no afectados ni comprometidos. Ya en la pena primitiva hay una cierta objetivación. Pero no es sino con el íntegro traspaso de la pena al Estado, cuyo “poder soberano y objetividad desapasionada” (*Laas*) hacen posible y aseguran el libre examen, cuando se da el paso decisivo³⁶. Pero con ello no queda cerrado el desarrollo. El procedimiento judicial del propio Medioevo alemán tardío, padece de deficiente objetivación; podríamos también decir, de deficiente estatización de la pena. Solo cuando se generaliza la prosecución de oficio se pone término a una etapa del desarrollo.

2. La objetivación de la pena permite, en primer término, el conocimiento de las condiciones de vida de la comunidad estatal y de los individuos miembros contra quienes se dirige el delito. Ellas quedan fijadas, sopesadas recíprocamente, declaradas intereses protegidos, elevadas a bienes jurídicos por medio de los imperativos generales: no debes matar, ni hurtar, ni cometer adulterio, ni llenar de insidia la vida de tu príncipe, ni portar el escudo del ejército fuera de los límites del territorio, etc.³⁷.

Esta catalogación de las normas contiene una significación sobresaliente: constituye la primera autolimitación del poder punitivo estatal; la primera sedimentación del Derecho y de la moral, y precisamente por ello, una formidable palanca para el desarrollo del uno y de la otra; el primer paso hacia la prevención.

Al reconocimiento de los bienes jurídicos está conectada una observación más exacta de las acciones que se dirigen contra ellos, de los delitos en el más amplio sentido. Son descritos primero en forma casuística y luego mediante una generalización conceptual; el imperativo jurídico se transforma en el precepto jurídico que desarrolla el concepto. Esta paulatina formación de los conceptos de los distintos delitos³⁸, que corresponde a uno de los sucesos más interesantes de la historia del Derecho penal, no está hoy en día terminada por completo; también en nuestro Código penal del Imperio encontramos, junto a actos delictivos muy elaborados, otros concebidos aún casuísticamente, que no han alcanzado todavía la nota conceptual de la generalidad³⁹.

Debe darse otro paso más. De los conceptos delictuales singulares hay que abstraer aquellas notas de que cada delito es portador; ha de crearse el sistema de normas formadoras de conceptos que constituyen la Parte general del Derecho penal. Así se generan paso a paso los conceptos de culpabilidad, de imputabilidad, de

36 Sobre la historia de esta objetivación, cfr. Von Haller, *Restauration der Staatswissenschaften* (Restauración de las ciencias del Estado), II, pp. 241 y sigs.; Von Hartmann, *Phaenomenologie des sittlichen Bewusstseins* (Fenomenología de la conciencia moral), p. 202; Laas, *Vergeltung und Zurechnung* (Represión e imputación), en los *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* (Cuadernos trimestrales de Filosofía científica), vol. V, pp. 137 y sigs.; A. Merkol, *Recht und Macht* (Derecho y poder), en el *Jahrbuch* de Schmoller, vol. V, pp. 439 y sigs., y Von Bar, *Handbuch*, I, p. 323.

37 Cfr. Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung* (Las normas y su infracción), vol. I, 1872, pp. 56 y sigs., y Jellinek, *Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe*, pp. 43 y sig.

38 En este punto se trata solo de poner brevemente el acento en los diversos grados de objetivación de la pena, cuya expresión es la abstracción creciente en relación con el caso concreto.

39 Piénsese en la alta traición y la traición a la patria, en la infidelidad, etc.

tentativa, de participación, de legítima defensa, de estado de necesidad, etc. También aquí nos encontramos actualmente en medio de la corriente; los elementos del “tipo general del delito” constituyen el tema preferido de la ciencia moderna⁴⁰.

3. La objetivación muestra sus efectos también en otra dirección no menos importante. En el instinto viven lo tempestuoso y lo incontenible. La pena primitiva se dirige con elemental violencia contra el delincuente; “el instinto natural de la venganza no conoce otra medida que la magnitud de la irritación y de la fuerza de acción que se han reunido en el individuo”⁴¹. La pena primitiva constituye, por ello, la aniquilación del delincuente. Lo es en la venganza de la sangre, que encuentra su meta solo en el efectivo agotamiento de la fuerza; lo es en la proscripción, como total segregación de la comunidad jurídica; lo es también en las primeras formas de la pena estatal, casi siempre inmediatas al rechazo de la proscripción, que se nos presentan como aniquilamiento de la personalidad física, jurídica y económica⁴²

Pero, con la naciente objetivación de la pena, ésta gana en medida y objeto. La venganza de sangre es dejada de lado por los coasociados, limitada y prohibida por el creciente poder estatal; la proscripción asume formas más suaves, según presupuestos y contenidos, hasta que, al consumarse la transición de la comunidad de paz al Estado, se disuelve en la pena estatal; y esta última se conforma con el debilitamiento en vez del aniquilamiento de los bienes jurídicos de que es titular el delincuente.

La observación sin prejuicios permite más adelante vislumbrar los efectos de la pena. Es entendida como medio de protección del ordenamiento jurídico. Obviamente, este reconocimiento es provisional, poco claro, protagonista, todavía, de una evolución a saltos. Aún no se reconocen ni se valoran en todo su significado las fuerzas instintivas que subyacen en la pena, y a las que ella debe su global eficacia protectora de los bienes jurídicos y preventiva de delitos. Así se explican las oscilaciones y los tanteos en la legislación y en la administración de justicia, cuya energía está determinada por circunstancias exteriores y necesidades del momento. A pesar de todo, tal reconocimiento de la eficacia de la pena, aunque imperfecto, coloca precisamente tal efecto como objetivo; hace recurrir a la pena en aquellos casos en que ciertos bienes jurídicos precisan protección contra determinadas perturbaciones, y recurre

40 Por ejemplo, todavía hoy se discute en el Derecho alemán si en determinados casos no cabe la pena con independencia de la existencia de una culpa subjetiva. Acerca de esta cuestión, cfr. H. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de Derecho penal alemán)*, 3ª ed., pp. 155 y sig., y la bibliografía y la jurisprudencia por él citadas. Si la respuesta es afirmativa, o sea, contraria a la opinión expresada en mi *Reichsstrafrecht*, p. 107, se habría rendido con ello una nueva prueba de que tampoco hoy existe en todos los casos una congruencia entre pena y reprobación moral.

41 Jellinek, op. cit., p. 92

42 Cfr. Von Bar *Handbuch*, I, p. 317

a ella en la forma y en el grado necesarios para la protección de esos bienes jurídicos contra esos delitos, en fin, posibilita, para decirlo en una palabra, la adecuación, siquiera sea de nuevo solo imperfecta e insegura, de la pena a la idea de fin. La pena se pone al servicio de la protección de los bienes jurídicos. No conozco ejemplo más concreto ni momento a la vez más importante e influyente de esta adecuación, que la lucha que debió sostener el ordenamiento jurídico medieval alemán contra los picaros, estafadores y rufianes, que se transformaban proteicamente al mismo tiempo que mantenían inalterable su núcleo antisocial⁴³. Precisamente, por ello la historia del Derecho penal es la historia de los intereses que la humanidad eleva a bienes jurídicos, y el Derecho penal de un determinado período, el balance de su “debe” y “haber” sociales.

4. Así, la objetivación de la pena ha llevado a que tanto, los presupuestos de su aplicación, como también el contenido y extensión de la reacción que aparece como pena, se determinen por y se subordinen al concepto de adecuación a fin. No obstante todos los cambios en cuanto a las acciones que se designan como delitos, a pesar de la oscilación de la conformación y estructura del sistema de penas, cada vez se perfecciona más, en el curso de la evolución histórica, la adecuación de la pena a la idea de fin: constituir protección de bienes jurídicos. Y en tal desarrollo se nos prefigura el curso del progreso.

Así, pues, nuestros resultados podrían ser resumidos en estos términos⁴⁴: por autolimitación, el poder de castigar llega a ser Derecho penal (*jus puniendi*); por asunción de la idea de fin, la ciega e incontrolable reacción pasa a ser pena de Derecho; la acción instintiva, acción voluntaria. El poder estatal ha tomado en sus manos la espada de la justicia, para defender el ordenamiento jurídico contra el malhechor que atenta contra él.

Se trata del mismo pensamiento que ha empleado *Ihering* en su *Fin en el Derecho* para determinar el concepto de Derecho, aunque lo haya hecho desde otro punto de partida. Un par de citas permitirán comprobar la coincidencia indicada y hacerla más patente.

“Así, la violencia da a luz el Derecho, cuando actúa con sagacidad y autodomínio” (p. 250). “A mi juicio, el Derecho no es otra cosa que la violencia que toma conciencia de su propia ventaja y con ello de la necesidad de la medida; o sea, no es por esencia cosa distinta de aquella, sino solo una de sus formas

43 Cfr. la conocida, pero criminalísticamente poco aceptada, obra de Avé-Lallement, *Das deutsche Gaunertum in seiner sozial-politischen, litterarischen und linguistischen Ausbildung zu seinem heutigen Bestande (El rufianaje alemán en su evolución político-social, literaria y lingüística hasta su estado actual)*, 1858-1862. Al respecto, Von Bar, *Handbuch*, I, pp. 100-101.

44 Cfr. Mi *Reichsstrafrecht* § 1.

de aparecer: se trata de la recta, de la justa, violencia, porque se vincula a reglas; es, pues, violencia disciplinada, en contraposición a la salvaje, cruda, violencia no regulada, que se determina solo por la ventaja momentánea” (p. 251) “Derecho no es otra cosa que el precipitado de la experiencia en relación con el uso correcto de la violencia” (p. 254). “El tema de nuestra investigación es, para describirlo brevemente, la *formación del Derecho* por la vía de la autolimitación de la violencia” (p. 322).

Tan pronto como coloquemos en primer plano tal sentido de la pena objetivada, la autolimitación de la desaforada violencia penal transformada en pena, se aclara qué valor tiene la objetivación también para el delincuente y precisamente para él⁴⁵. Un importante derecho del ciudadano es el de ser castigado (*Fichte*); en la pena se honra al delincuente como ser razonable (*Hegel*); éstas y otras proposiciones constituyen la expresión, paradójica solo en apariencia, del más íntimo núcleo, de la real esencia, no de la pena absolutamente, pero sí, desde luego, de la pena objetivada.

45 Cfr. Ihering, p. 543.

IV

EL PRINCIPIO DE MEDIDA EN LA PENA

La contienda entre las teorías absolutas y relativas se nos ha resuelto. Sin buscar la coincidencia de los contrarios, la hemos encontrado en la historia de la pena. Al recordar aquella regla básica de la evolución, que dice que la adición de pequeñas e imperceptibles diferencias cuantitativas puede conducir paulatinamente a diferencias cualitativas apreciables, nos percatamos del error del planteamiento tradicional del problema. Necesidad y adecuación a fin han cesado de ser para nosotros contrarios inconciliables. La necesaria acción instintiva se nos ha transformado en la acción voluntaria consciente de su finalidad. La disputa familiar de las teorías absolutas entre sí no ha logrado, sin embargo, concitar nuestro interés; solo puede tener lugar en un terreno metafísico, y pisar éste está prohibido a la ciencia como tal. De las posibles interpretaciones de lo absoluto una está tan cerca como la otra, y, a la vez, muy lejos.

Pero la disputa de las concepciones tiene, como subrayé en la introducción, un significado práctico inmediato. Su decisión es prejudicial para la respuesta a las dos preguntas siguientes: 1) ¿Qué acciones deben ser sancionadas con pena? 2) ¿Cómo debe medirse la pena según cualidad y cantidad?

¿Nos será posible también aquí alisar el terreno y preparar la conciliación de las contradicciones?

En primer término, se debe destacar que –curiosamente– la historia de las dos cuestiones no ha tomado el mismo camino. Respecto a la primera, la mayoría de los autores⁴⁶ nos da la respuesta que está ya prefigurada por nuestras disquisiciones: deben ser penadas aquellas acciones que, para tal pueblo, y en tal época, aparecen como perturbaciones de sus condiciones de vida; el ilícito criminal no es, por su especie, distinto del civil; solo la idea de fin traza la línea divisoria.

Por ello, puedo considerar tal cuestión como ya resuelta y limitarme al tratamiento

⁴⁶ Así, Geib, E. I. Bekker, Merkel, Von Bar, Schütze, Wahlberg, Heinz, Binding, Geyer, Thon, Ihering, Dahn, H. Meyer. Cfr. Liszt, *Reichsstrafrecht*, p. 13.

de la segunda. Que desde nuestro punto de vista podamos determinar la medida de la pena (contenido y alcance, especie del castigo y magnitud de éste) tan solo a partir de la idea de fin, es algo que no precisa de ulterior justificación. Debemos seguir marchando por la senda que la historia nos ha señalado previamente. Y solo puede tratarse de ello: de investigar y determinar más claramente la idea de fin de la pena.

Pero esta opinión está en contradicción aparentemente abrupta con la aún hoy indudablemente dominante en la ciencia, en la legislación y en la administración de justicia, que pretende deducir, no del futuro, sino solo del pasado, la medida de la pena para el delito cometido; el delito debe ser retribuido según su valor.

Mi tarea será examinar cómo se comporta la pena retributiva en relación con la pena como protección jurídica de bienes, con la pena protectora, para expresarlo brevemente; ver si nos encontramos aquí con una contradicción irreconciliable y enérgica, o si también aquí impera, al menos en parte, un malentendido fundado en un planteamiento incorrecto del problema.

1. Se habría dado un paso esencial hacia la comprensión, si hubiese claridad de que no existe fundamentación metafísica de la pena capaz de resolver el problema de su medida. Ella nos puede y debe interpretar el hecho empírico de la pena, mostrar lo esencial y lo que permanece constante a través de sus manifestaciones cambiantes; pero como vara de medir no podemos imaginarnos la idea metafísica. Que a determinado delito concreto corresponda cinco años de prisión o diez años de presidio correccional, seis semanas de arresto o mil marcos de multa, eso no lo puede decir ni debe pretender decirlo.

Kant, naturalmente, lo intentó. Pero el intento fracasó y debió fracasar. El talió jugó un considerable papel como barrera de una irrefrenable reacción y como símbolo de la retribución. Ahora bien, no puede proporcionar la medida de la pena. Sobre eso hay hoy en día consenso unánime.

Pero *Kant* fue, prestemos atención a ello, el único entre los guías de la filosofía especulativa alemana, que se preocupó seriamente de la idea de llegar desde el principio de la pena al principio de la medida de la pena. No es éste el lugar para comprobar el fundamento de este hecho en la concepción kantiana de la ética, pero urge tener claro el hecho y no perderlo de vista.

Así, la concepción de *Fichte* de la pena constituye una directa confirmación de nuestra tesis. La consecuencia del derecho del contrato social que yace en el delito es la expulsión de la comunidad jurídica; el delincuente pasa a ser libre como el pájaro. Solo por razones de utilidad confiere el Estado al delincuente, a través del contrato de penitencia, el derecho a ser castigado, es decir, a comprar su permanencia en la comunidad jurídica, pagando con la prestación que

implica la pena. O sea, no es, pues, del principio de la pena, sino de la idea de fin, de donde se infiere la medida de la pena. El contrato de penitencia es la objetivación de la pena a través de la idea de fin.

Tampoco *Herbart* llega a ningún principio acerca de la medida de la pena. A lo menos para mí, es completamente imposible encontrar alguno en sus explicaciones. Lo dicho vale también la formulación que de la opinión de *Herbart* hallo en *Geyer*⁴⁷. “De acuerdo con el principio de la retribución, tanto toda acción buena como toda acción mala deben ser compensadas por la devolución de igual *quantum* de bien o mal al hechor. Con ello, no es el talión el que se ha deducido... La cualidad de las clases de pena se determina más bien por la idea del Derecho, el cual exige un aseguramiento del orden jurídico, y por la idea de la benevolencia, la cual aboga por la corrección del delincuente. La consideración de estos objetivos de la pena, sin embargo, no debe conducir jamás a afectar el principio de la pena: la retribución. El *quantum* de mal que en forma de pena merece el malhechor debe imponerse siempre”. Solo bajo un presupuesto puedo imaginarme algo con la expresión *quantum* de mal de la pena, independiente de su cualidad, y tal hecho consiste en que las distintas clases de pena sean exactamente conmensurables entre sí y que por ello puedan ser colocadas bajo un denominador común. Espero la prueba de que esto no es posible ni puede serlo en ningún sistema del mundo. Entre tanto, la teoría *Herbart-Geyer* se me reduce a la exigencia (*hegeliana*) de igualdad de valor entre delito y pena.

El desarrollo que ha tenido la teoría de *Hegel* en los círculos criminalísticos es para nosotros, en este punto, de especial importancia. *Hegel* exige, como es sabido, igualdad valorativa y no igualdad específica entre delito y pena. Aun cuando la opinión de *Hegel* haya sido precisamente el punto de partida para toda una serie de las más transitables teorías unitarias (entre otros, *Berner*), dos sobresalientes representantes de las doctrinas hegelianas en el campo del Derecho penal han proclamado recientemente, con agudeza y claridad, que del principio hegeliano de la pena no cabe deducir su medida. Estas expresiones son de la mayor importancia. Muestran que, respecto de esta cuestión, no está agotada aún la posibilidad de un entendimiento entre los sustentadores más extremos de la adecuación a fin con la filosofía *hegeliana*, representada en la ciencia del Derecho penal, todavía hoy, por ilustres nombres.

47 Cito según *Holtzendorff*, *Encyklopaedie der Rechtswissenschaft* (Enciclopedia de las ciencias jurídicas), ed., 1882, p. 874. Compárese asimismo *Geyer*, *Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaften* (Introducción filosófica a las ciencias jurídicas), en el propio lugar, pp. 1 y sigs., y especialmente p. 58; además, *Geyer*, *Geschichte und System der Rechtsphilosophie* (Historia y sistema de la Filosofía jurídica), 1863, pp. 127 y sigs.

Von Bar aclara, al referirse a las líneas fundamentales de la filosofía del Derecho de *Hegel*⁴⁸: “En otras palabras, lo esencial del delito es la rebeldía contra el principio general del Derecho; por ello, la cuestión acerca de por qué medios externos, de la cualidad o de la cantidad que sea, deba ser dejado sin efecto, no es determinable gracias al principio ... En conclusión, lo que obviamente no está desarrollado por *Hegel*, es que ni la configuración ni la medida de la pena caerían, en absoluto, en la esfera del principio”.

Conforme a ello, *von Bar* rechaza toda determinación de la pena como retribución⁴⁹. Culpabilidad y pena son para él magnitudes inconmensurables. En principio, toda expresión de la reprobación es equivalente. La pena originaria es en todas partes el apartamiento del Derecho, y solo el progresivo fortalecimiento del ordenamiento jurídico posibilita y genera la atenuación de las penas.

A estas afirmaciones no puedo sino adherirme por completo. Pero, si la culpa no nos proporciona la medida de la pena, ¿de dónde la tomamos? *Von Bar* responde: La tradición es la justicia. ¡Mirad al espejo educador de la vida jurídica de otros pueblos y la reconoceréis! Difícilmente podrá esta respuesta dejar satisfecho a nadie. La advertencia que dirige *von Bar* al legislador y a la ciencia, en el sentido de que la sana evolución no conoce saltos, puede que esté justificada. Un principio de medida no hay en ella.

*Haelschner*⁵⁰, que en su punto de partida se apoya en *Hegel* más estrictamente que *von Bar*, pero que en la respuesta a esta cuestión muestra mucha mayor independencia, ve la esencia de la pena en la cancelación del ilícito, pero su medida exclusivamente en “consideraciones de adecuación a fin”. Porque en la comparación valorativa entre delito y pena se trata de la determinación del valor individual que tiene aquél para el Derecho y el Estado y ésta para el delincuente. De ello se infiere que para la medida justa de la pena no puede existir medida absoluta, válida para todos los tiempos. “La legislación penal no puede proceder de otra manera que considerando la pena como medio para el fin y determinando las penas por consideraciones de adecuación a fin”.

A estos dos representantes de una corriente estrictamente filosófica quiero agregar otro escritor que llega, desde distinto punto de partida, a igual resultado. *Sontag*⁵¹ se adhiere a la teoría absoluta. “El pensamiento básico (de la filosofía alemana) en el sentido de que la pena no puede ser justificada sino a partir del delito cometido, quedará eternamente incólume”; y en la misma página prosigue: “Debiendo, de acuerdo con ello, reaccionar el Estado contra

48 *Handbuch*, I, pp. 277 y sig.

49 *Ibid.* pp. 311 y sig. Cfr. También supra, p. 76.

50 *Das gemeine deutsche Strafrecht (El derecho penal alemán común)*, 1881, I, pp. 558 y sigs.

51 *Zeitschrift*, I, p. 495.

la injusticia, es decir, contra la acción u omisión antijurídica, en interés del Derecho, no puede estar limitado en modo alguno en la elección de los medios que sirvan a dicha reacción, ya que la razón exige tan solo *que* y no *cómo* se reaccione contra el ilícito”. Yo mismo no he afirmado nada distinto⁵².

El resultado de nuestra investigación es la confirmación que se formulara antes: del principio metafísico de la pena, que todas las teorías absolutas colocan como fundamento, no se puede inferir un principio sólido de medida de la pena. En nuestro intento de determinar este principio por la idea de adecuación a fin, debiéramos contar, por ello, como aliados a los adherentes no comprometidos de las teorías absolutas.

2. Pero la pena retributiva no se nos aparece solo como igualdad –sea específica, sea según su valor– entre delito y pena. Es más bien la idea de la justicia proporcional la que se usa regularmente en la literatura moderna como base de la pena retributiva. “La justicia, que jamás es absoluta, no puede significar más que, de acuerdo al grado de desarrollo jurídico de los distintos pueblos, el delito a la sazón más grave se conmina con una pena más grave que la contravención más leve”⁵³.

Es bastante poco lo que la justicia significa al respecto. En efecto, ella depende totalmente del sistema de penas. Si la pena justa es la ejecución capital, o la privación perpetua de libertad o diez años de presidio correccional, podemos decirlo solo si sabemos si el sistema penal acepta la pena de muerte, y si sabemos si son diez, quince, veinte, veinticinco o treinta años el máximo que se ha establecido para las penas temporales de privación de libertad. Dadme el sistema de penas y os doy justicia. Pero, de dónde se tome el sistema de penas, no es algo que pueda ser sabido por esta “justicia”.

Pero hagamos ahora abstracción de esto y conformémonos con la afirmación de que no hay “justicia absoluta”. También queremos nosotros suponer que las penas del sistema dado están determinadas y compensadas. Mas, ¿cómo podemos determinar nosotros la gravedad del delito, es decir, la relativa gravedad de este delito en el sistema de los delitos?

La respuesta que suele darse a tal cuestión difiere poco de la del tiempo de *Feuerbach*⁵⁴. Según él, constituyen la medida (relativa) la peligrosidad objetiva y subjetiva del delito, determinada objetivamente, según la importancia de los

52 Por ello Mittelstaed, *Zeitschrift*, II p. 423, observa con mucha razón, contra Sontag: “Objetivamente fluye en tal forma la fundamentación teóricoabsoluta de la esencia de la pena, de nuevo a partir del simple postulado de Binding Von Liszt: la pena consiste en protección de bienes jurídicos mediante la lesión de bienes jurídicos”.

53 Von Holtendorff, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe (El delito de homicidio y la pena de muerte)*, 1875, p. 234

54 *Revision der Grundgriffe des peinlichen Rechts (Revisión de los conceptos fundamentales del derecho penal)*, 1799, II pp. 131y sigs.

derechos violados o amenazados, y subjetivamente, según la peligrosidad e intensidad de los móviles sensibles. Compárese ésta con otras más recientes. Según *Sontag*⁵⁵, la exigencia de la justicia solo se puede satisfacer en la medida en que se capte el delito en lo que él significa para la vida del pueblo y en que su valor jurídico íntegro encuentra acogida... en la ecuación. Este valor jurídico se compone de dos factores, que son el objeto de ataque del delito y la voluntad antijurídica del autor, cuyo peso puede sufrir distintas variaciones". Y *Lasson* dice⁵⁶: Mientras mayor sea la culpa, más pesada la pena. Pero la culpa se determina según el carácter más profundo o más somero que la acción tenga en la composición del ordenamiento jurídico y según la intensidad de voluntad delictiva que se exprese con la acción⁵⁷.

Es decir, por doquier hay dos puntos de vista: uno objetivo, tomado de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos, y otro subjetivo, situado en la voluntad del autor. Apenas podré ser refutado si afirmo que la forma en que se han desarrollado estos dos puntos de vista en nuestro Derecho vigente deja bastante que desear. La consecuencia natural de ello es una inconsistencia y un desconcierto de nuestra práctica, que el lego no es capaz, de representarse⁵⁸. El juez debe, en la apreciación de la pena dentro del margen legal, aplicar los mismos puntos de vista que tuviera presente el legislador al establecer tal margen; si estos últimos quedan en la duda, ¿cómo puede tener éxito la apreciación?

Pero lo siguiente es más importante aún: ambos puntos de vista se contradicen y por ello no se pueden combinar; a lo menos, no de manera que puedan yuxtaponerse como igualmente legítimos. Solo si uno de ellos es elevado a principio básico, esto es, como fundante del establecimiento del marco punitivo, y se considera al otro como principio colateral, es decir, como criterio aplicable en la subdivisión del marco punitivo y en la cuantificación de la pena dentro del marco normativo, podría pensarse en una conciliación, Pero de eso no se ha hablado en parte alguna.

55 *Zeitschrift*, II, p. 497.

56 *System der Rechtsphilosophie (Sistema de Filosofía del Derecho)*, 1882, pp. 535 y sig. (Cfr. *Zeitschrift*, II, p. 143).

57 Más sencillamente, H. Meyer (*Lehrbuch*, 3ª ed., p. 15) se explica la materia así: "Son muy distintas las desventajas que el Estado emplea como pena; ello dependerá esencialmente de las relaciones y de las concepciones reinantes... Además, la magnitud de la pena es cuestión de apreciación legislativa, siendo la represión del objetivo determinante; solo en segundo término entran en consideración aquellos objetivos prácticos de la pena". Como hasta ahora no me ha sido posible representarme esta justicia, que aparece por todos lados, esta justicia oportunista, o este oportunismo justo, remito, contra H. Meyer, a Merkel, *Zeitschrift*, I, p. 557, nota; Rümelin, *Über die Idee der Gerechtigkeit (Acerca de la idea de justicia)*, en sus *Reden und Aufsätze, Neue Folge (Discursos y artículos, Nueva serie)*, 1881, y Von Bar, *Handbuch*, I, pp. 330, 335, nota, y 336.

58 Cfr. La drástica descripción de la confusión que imperó en la práctica, en Mittelstaedt, *Zeitschrift*, II pp. 428, 442 y, especialmente, 443.

A lo dicho debe agregarse una adicional vaguedad del principio subjetivo. ¿Se piensa en el enjuiciamiento jurídico de la orientación de la voluntad al momento del acto? Y la valoración ética, ¿se entiende en relación con el modo de querer, con la persistente forma del carácter? ¿Castigamos al hombre por lo que hace o por lo que es? ¿Es el acto, o es el autor, el objeto de nuestro juicio?⁵⁹

La mayoría de los juristas, con toda seguridad, adherirá por abrumadora mayoría, y decididamente, a la primera de las alternativas propuestas. Pero, luego de un breve análisis, pronto nos convencemos de que, en muchos de los adherentes a la idea de la justicia proporcional, el enjuiciamiento ético de la forma persistente de voluntad es decisivo en una serie de casos⁶⁰. Así, si entendemos la pena como retribución, no puede justificarse el castigo agravado que sufre el delincuente habitual, sino como la consideración especial de la adquisición del hábito delictivo y del debilitamiento de la fuerza de voluntad, circunstancias que, presentes a lo largo de toda la vida ante acta, pasan a constituir agravantes. Quien aprecie como jurista la disposición adquirida que opera en el momento del acto y la considere una disminución en la libertad de la voluntad, debiera reconocer en el delincuente habitual circunstancias atenuantes⁶¹. Sin embargo, apenas se nos lleva al plano del juicio moral, hemos perdido el firme suelo que había bajo nuestros pies. ¡Con qué frecuencia deben ser recordadas, tanto a teóricos como a prácticos de la criminalística, las conocidas palabras de *Kant*: “La real moralidad de las acciones (premio y castigo) nos queda, por ello, incluso para nuestro propio comportamiento, totalmente escondida. Nuestras imputaciones solo puedan referirse al carácter empírico. Pero, cuánto de ello sea puro efecto de la libertad, cuánto de la sola naturaleza y cuánto de la inocente falta del temperamento o de su afortunado modo de ser (*merito fortunae*), no puede fundamentarlo nadie, y por ello tampoco juzgarlo según la pura justicia!”⁶²

Una cosa me parece segura. Tampoco la idea de la justicia proporcional es adecuada para fundar la idea de las penas. Contradiciéndose, ella porta la contradicción a la legislación y la administración de justicia; si toma la relatividad como fundamento, renuncia a toda valoración absoluta; si cede al subjetivismo idealista, en forma más o menos consciente, sacrifica el juicio jurídico al fantasma de una justicia ideal, que realiza el principio de la ética.

59 Cfr. Laas, *Vergeltung und Zuruebung*, en los *Vierteljahrs-schrift für wissenschaftl. Philosophie*, V, pp. 118 y sigs., y al respecto, *Zeitschrift*, II, p. 1 16.

60 Remito a las observaciones pertinentes de Merkel *Über das gemeine deutsche Strafrecht von Haelschner und der Idealismus in der Strafrechtswissenschaft (Acerca del Derecho penal alemán común en Haelschner y el idealismo en la ciencia del Derecho penal)*, en *Zeitschrift*, I, pp. 5 53 y sigs., y especialmente 593 y sigs.

61 Lo que efectivamente ha ocurrido repetidas veces a partir de Kleinschrod. Véase la historia de esta cuestión, en Von Lilienthal, *Beitraege zur Lehre von den Kollektivdelikten*. (Contribuciones a la teoría de los delitos colectivos), 1879, especialmente pp. 33 y sigs.

62 *Kritik der reinen Vernunft (Crítica de la razón pura)* (S. A. von Hartenstein, 1868, p. 381).

3. Quisiéramos dejar provisionalmente de lado la pena retributiva y retomar el desarrollo más arriba interrumpido. La idea de adecuación a fin, que nos ha conducido felizmente hasta aquí, deberá seguir siendo nuestro guía. Nuestra concepción de la pena como protección jurídica de bienes exige inexcusablemente que, en el caso de que se trate, se aplique la pena (en contenido y alcance) que sea necesaria, para que, a través de ella, se proteja el mundo de los bienes jurídicos.

La pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en Derecho penal quiere decir respeto de la magnitud de pena exigida por la idea de fin. Así como la pena jurídica nació como auto limitación del poder estatal por la objetivación, llega a su máxima perfección por la perfección de la objetivación. La completa vinculación del poder estatal a la idea de fin es el ideal de la justicia punitiva.

Solo la pena necesaria es justa. La pena es, a nuestro inicio, medio para un fin. Pero la idea de fin exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración, lista exigencia vale muy especialmente respecto de la pena, ya que se trata de una espada de dos filos: protección de bienes jurídicos a través de daño de bienes jurídicos. No es posible concebir un mayor pecado contra la idea de fin, que un dispendioso uso de la pena, como atentado contra la existencia corporal, ética y económica de un ciudadano, en situaciones en que no sea exigida por las necesidades del ordenamiento jurídico. Así, el dominio de la idea de fin es la protección más segura de la libertad individual contra aquellas crueles penas de tiempos pasados, las cuales –y es necesario recordarlo– no han sido superadas por los creyentes idealistas de la pena retributiva, sino por los fundadores del “racionalismo superficial”. “Si *Beccaria*, en su famosa obra *De los delitos y de las penas* (1764) no hubiera alzado su voz contra la desmesura de éstas, hubiera tenido que hacerlo Adam Smith en la suya acerca de *Las causas de la riqueza de las naciones* (1776)”⁶³

Así, hemos encontrado en la idea de fin el principio de la medida de la pena, y se sigue tratando de determinar, a partir del principio, la magnitud de la pena que corresponde aplicar a los casos particulares, de medir la justa pena que, conforme al principio, corresponde a tal delito concreto. Para resolver este problema, debemos examinar más exactamente los efectos de la pena. La pena es protección de bienes jurídicos. Pero, ¿por qué lo es? ¿Cómo realiza tal protección jurídica? ¿Cuáles son los móviles que subyacen en la pena; cuáles, los efectos inmediatos de la pena? ¿Cómo generan estos móviles el resultado

63 Von Ihering, *Zweck im Recht*, p. 362. Cfr. p. 477. En tiempos más recientes, corresponde a Wahlberg el mérito de haberse referido a esta idea. Cfr. sus *Kriminalistische und national- oekonomische Gesichtspunkte mit Riicksicht auf das deutsche Strafrecht (Consideraciones criminalísticas y de economía nacional en relación con el Derecho penal alemán)*, 1872.

final, y cómo se comporta este en relación con los efectos inmediatos? En una palabra, ¿dónde reside el misterio de la pena? Cuando los adversarios opinan que el fin que, a nuestro juicio, persigue la pena, podría lograrse en forma más segura y simple por medio de un mejoramiento de las instalaciones escolares y policiales, ¿se trata de un reproche justificado o de un prejuicio miope?

Existe un solo método para contestar a estas preguntas con certeza indubitable: el método de la Sociología, la sistemática observación de la masa. Solo la estadística criminal, tomando el término en su sentido más amplio, nos puede llevar al objetivo. Debemos examinar el delito como fenómeno social y la pena como función social, si queremos comprobar con exactitud científica su eficacia protectora de bienes jurídicos y su eficacia disuasiva de la delincuencia. Este es el único terreno en el que la contienda puede, al fin de cuentas, tener lugar.

Hoy no disponemos aún de una estadística criminal como la precisamos, ordenada y suficiente para todas las exigencias científicas, que de respuesta rápida y segura a todas las dudas del criminalista. Tal es el juicio de la primera autoridad en la materia, *von Oettingen*⁶⁴. Esta carencia dificulta el entendimiento más que las contradicciones más irreconciliables de los principios.

Por ello, si en adelante intento dar una respuesta a las cuestiones planteadas, se tanto como cualquiera otro que tal respuesta no puede pretender significar una constatación definitiva y fuera de toda duda. De todos modos, el intento de reunir y de evaluar los resultados obtenidos hasta la fecha puede considerarse como fructífero en más de un sentido.

64 *Über die methodische Erhebung und Beurteilung kriminalstatischer Daten* (Acerca de la obtención y evaluación metódica de los datos de la estadística criminal), en *Zeitschrift*, I, pp. 114 y sigs.

V

LA PENA COMO PROTECCIÓN JURÍDICA CONSCIENTE DE SU FINALIDAD

1. Un logro perenne de las teorías relativas es el de haber investigado y constatado, con los escasos medios disponibles a la sazón, los impulsos que subyacen en la pena y sus efectos próximos. La estadística criminal no podrá cambiar nada, o cambiará levemente, tales resultados. La debilidad de las teorías relativas residía en su unilateralidad. De ella debemos nosotros protegernos.

La pena es coacción. Se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrara corporización. Como coerción, la pena puede ser de doble naturaleza⁶⁵.

- a) Coerción indirecta, mediata, psicológica o motivación. La pena ofrece al delincuente los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos. Ella multiplica y fortalece los motivos existentes. Opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad,
 - α) por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales;
 - β) por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en su efecto con los motivos altruistas.
- b) Coerción directa, inmediata, mecánica o violencia. La pena es secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inapto. "La naturaleza echa a la cama a aquél que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel"⁶⁶.

65 Cfr. Ihering. op. cit., pp. 50 y sigs., 238 y sigs. y mi *Reichsstrafrecht*, pp. 3 y sig.

66 Ihering, op. cit., p. 51.

Corrección, intimidación, neutralización: estos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos⁶⁷.

A estos efectos de la ejecución penal, poco de importancia puede agregárseles. Que la pena tenga una serie de efectos reflejos, como quisiera llamarlos⁶⁸, es claro, pero no tan significativo como para derribar nuestra clasificación. Solo una cosa precisa ser mencionada: el significado de la amenaza de la pena. Advirtiendo y disuadiendo, la pena refuerza los motivos que alejan de la delincuencia. Nosotros no debemos pasar por alto este efecto, pero aquí debemos dejarlo de lado. Porque para nosotros no se trata de imperativos estatales, sino de penas estatales; la amenaza penal es solo un imperativo agudizado.

El valor de un concreto sistema de penas depende de la seguridad y de la elasticidad, con las cuales se logre cada uno de los tres objetivos de la pena. Y lo mismo rige respecto de las penas singulares. En ello reside la eficacia de la pena privativa de libertad, totalmente ignorada por *Mittelstaedt*, la que, por su capacidad, como ninguna otra, para adaptarse a todos los objetivos penales, está indudablemente llamada a un primer lugar y un papel conductor en el sistema de las penas.

¿Se precisa subrayar de manera especial que, de excluirse los tres objetivos de la pena en un caso concreto, debo adaptarla, precisamente, y según la naturaleza y extensión de la pena, al objetivo penal que sea necesario en tal caso concreto? ¿Es preciso subrayar que, si decapito y ahorco, no por ello voy a corregir ni a intimidar al delincuente; que veinticinco garrotazos no serán capaces de generar en él motivaciones altruistas? ¿Lo es que puede resultar una contradicción el que yo pretenda corregir, intimidar y neutralizar a A a través de una determinada pena (digamos 300 marcos), y que no sea, sin embargo, una contradicción intimidar a A por una multa, corregir a B por prisión y neutralizar a C por una pena perpetua de privación de libertad? Quizás no sea del todo superfluo hacer una expresa referencia sobre el particular. *Sontag*⁶⁹ dice al respecto: “Una teoría aseguradora., que quiera al mismo tiempo escarmentar y sanar, es decir, que quiera mezclar fuego y agua, es en sí tan contradictoria, que aparece como un total enigma cómo pueda haber sustentadores de la misma (*von Liszt* y *Sichart*)”. El enigma, en todo caso, se resuelve a la par que el malentendido.

67 Cfr. los tres fines de la pena en Platón, *Legg.*, IX, 854 y sigs., y Aristóteles, *Eth. Nicom.*, II, 3, § I, y X, 9, §§ 3, 8 y 9.

68 A este respecto, cabe hablar de los efectos de la pena sobre terceros, quienes no sufren ninguna de sus formas, que se manifiestan, no solo como prevención general, sino también en otros casos como fortalecimiento de las motivaciones sociales, y en la víctima, que pueden resumirse bajo el término *satisfacción*.

69 *Zeitschrift*, I, p. 491

2. Pero, si corrección, intimidación y neutralización son realmente los posibles efectos de la pena, y con ello las posibles formas de la protección de bienes jurídicos mediante la pena, entonces estos tres tipos de penas deben corresponder a tres categorías de delincuentes. En efecto, la pena se dirige contra ellos, y no contra las figuras de delito; el delincuente es el titular de los bienes jurídicos cuya lesión o destrucción constituyen la esencia de la pena. Esta lógica exigencia está confirmada en lo esencial por los resultados que hasta ahora ha entregado la antropología criminal⁷⁰. Sin embargo, los vacíos de tales resultados, como su inseguridad, no permiten conclusiones definitivas que lleven al detalle. Pero, en general, podrá aceptarse la siguiente clasificación como punto de partida para observaciones ulteriores:
- 1) Corrección de los delincuentes que necesiten corrección y capaces de ella;
 - 2) Intimidación de los delincuentes que no necesiten de corrección;
 - 3) Neutralización de los delincuentes no susceptibles de corrección.

Quisiera discutir en los párrafos que siguen la utilización práctica de esta clasificación. Al respecto, y para fines exclusivamente externos, me atenderé a un orden distinto del seguido más arriba.

PRIMER GRUPO: Los *irrecuperables*⁷¹. El combate enérgico contra la reincidencia es una de las tareas más importantes del presente. Tal como un miembro enfermo envenena todo el organismo, de la misma manera el cáncer de la reincidencia opera con creciente profundidad en nuestra vida social. El doctrinarismo dominante en el campo de la ciencia del Derecho penal ha cargado sobre sí una grave culpa. En efecto, sumido en construcciones puramente

⁷⁰ Cfr. Los trabajos citados supra, especialmente los de Lombroso y Ferri.

⁷¹ Es un mérito notable y duradero de Wahlberg el haber distinguido enérgicamente la fundamental diferencia entre delito habitual y delito ocasional. Cfr. en especial *Über das gewohnheitsmaessige Verbrechen mit besonderer Rücksicht auf den Gewohnheitsdiebstahl* (Acerca del delito habitual, con especial referencia al hurto habitual), en *Gesammelte kleinere Schriften* (Escritos menores completos). I, pp. 136 y sig.; *Das Mass und der mittlere Mensch im Strafrecht* (Im medida y el hombre medio en el Derecho penal) (*Zeitschrift für das Privat und oeffentl. Recht der Gegenwart* [Revista del Derecho Público y Privado del presente], vol. V, pp. 465 y sig.); *Das Gelegenheitsverbrechen* (El delito ocasional) (Ges. kl. Schriften. III, pp. 55 y sig.); *Das Mass und die Werthrechnung im Strafrecht* (Medida y evaluación en Derecho penal), en el mismo lugar, pp. 101 y sigs., y Comunicación al Congreso penitenciario internacional de Estocolmo sobre la lucha contra la reincidencia, en el mismo lugar, pp. 213 y sigs. No afecta en nada a dicho mérito la, en parte, justificada crítica a su definición jurídica del delito habitual y a la fundamentación jurídica del aumento de pena para él, que ha hecho con gran pericia Von Lilienthal en sus *Beitraegen zur Lehre von den Kollektivdelikten*. El delincuente habitual existe, aunque no tengamos una buena definición de él. Contra Von Lilienthal, cfr. también Haelschner, op. cit., p. 551.

conceptuales, se ha mantenido hasta el día de hoy –prescindiendo de algunas escasas excepciones– al margen de la cuestión.

La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de ella. Y éste falta hasta ahora. Se trata, aunque sea de un miembro, del más importante y peligroso en aquella cadena de síntomas de enfermedades sociales, que nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y *demimondaines*, en el sentido más amplio, degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, en cuyas tropas más distinguidas reconocen filas estos delincuentes. Mientras no hayamos encarado el rufianaje bajo el prisma ético-social, es un vano intento el de encarar la delincuencia habitual como tal. Mucho tendrá que servirnos al respecto la estadística moral; mucho, en especial, su aplicación en el campo de la antropología criminal, la que aún hoy carece de un método confiable. Pero no podemos esperar hasta que tales tareas se cumplan. Y tampoco precisamos esperar.

La delincuencia habitual encuentra su expresión jurídica en las cifras estadísticas de la reincidencia. De ellas, no obstante su imperfección, que nadie niega, podemos inferir hechos valiosos; hechos que nos ofrecerían base suficiente para una intervención inmediata.

En primer lugar, el hecho de que los reincidentes constituyen la mayoría de los delincuentes, y los irrecuperables, la mayoría de los reincidentes. Apoyo estas afirmaciones, por un lado, en los cálculos de *Sichart* para Wüttemberg⁷²; por otro, en la estadística carcelaria oficial prusiana para el año que va del 1º de abril de 1880 al 1º de abril de 1881⁷³, recientemente publicada.

En los establecimientos carcelarios de “Wüttemberg⁷⁴, la relación de los reincidentes con la suma total de los condenados entre 1868-1869 y 1878-1879 subió del 34% al 48%; en la prisión para hombres de Ludwigsburg, entre 1866-1867 y 1877-1878, del 51% al 72%. Ello daría como cifra promedio para el año 1877-1878, 60%⁷⁵. De los reincidentes de la prisión de Ludwigsburg (1649, que comprenden los ingresados desde el 1º de enero de 1872 al 31 de marzo de 1880), cada uno se encontraba como promedio por quinta vez en su recinto⁷⁶.

72 *Über die Rückfaelligkeit der Verbrecher und über die Mittel zu deren Baekaempfung* (Acerca de la reincidencia de los delincuentes y de los medios para combatirla), 1881.

73 *Statistik der zum Ressort des kgl. Preuss. Ministeriums des Innern gehoerenden Straf und Gefangenanstalten pro 1: April 1880/81* (Estadística de los establecimientos penales y penitenciarios dependientes del ministerio Prusiano del interior, 1 de abril 1880/81) Berlín, 1882.

74 *Sichart*, p. 8.

75 Igual cifra en *Krohne, Zeitschrift*, I, p. 76.

76 *Sichart*, p. 11.

Cada condenado se había declarado culpable, como promedio, de 3,27 acciones punibles entre la fecha de su puesta en libertad y su ulterior reclusión⁷⁷.

Según la estadística de los presos que ingresaron a los establecimientos penitenciarios de Prusia entre el 1º de abril de 1880 y el de 1887⁷⁸, convictos de crimen, el 76,47%⁷⁹, había sido castigado con anterioridad por delitos más o menos graves. Del total de quienes fueron condenados en el mismo período por delito de menor gravedad, los reincidentes eran un 64,03%⁸⁰, contra 52,37 del año anterior. Conforme a ello, la cifra promedio de población reincidente para el año del 1º de abril de 1880 al de 1881 llega al 70%. De los 7.033 reclusos en presidio, según mis cálculos, y con arreglo a las cifras indicadas⁸¹, el 82% había sido condenado más de una vez, y de ellos, el 27% seis y más veces. De los 21.357 presos reincidentes, inculcados de delitos menos graves⁸², un 66% había sido condenado más de una vez, y de éstos, un 22% seis y más veces. Los promedios, por ello, llegan al 74% y 24,5%.

Las cifras hablan por sí solas. Confirman que nuestro actual tratamiento del reincidente es equivocado e insostenible; comprueban que al menos la mitad de todas las personas que anualmente pueblan nuestros establecimientos carcelarios, son delincuentes habituales irrecuperables. Pretender corregir a tal gente en presidios celulares, a un costo muy alto⁸³, carece simplemente de sentido; y lanzarlos al contacto con el público luego de algunos años, como una fiera⁸⁴ y volver a encarcelarlos y a “corregirlos” al cabo de dos años, después de que hayan vuelto a cometer tres o cuatro nuevos delitos, es más que una insensatez, y cosa distinta de una insensatez. Pero nuestro sistema penal de límites lo permite y lo exige; la “retribución” queda satisfecha y la ciencia penal está tan preocupada con la doctrina de la relación de causalidad, así como con la controversia sobre los delitos de omisión y otras cosas, que su tiempo no alcanza para ocuparse de estas bagatelas.

La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)⁸⁵.

77 Ibid, p. 12.

78 *Statistik* (Estadística) p. 43.

79 El porcentaje de los reincidentes en la suma total de los detenidos: 76,70 (p. 50).

80 *Statistik*, p. 55.

81 Ibid. p. 43.

82 Ibid. p. 55.

83 Sichart calcula en cuatro mil marcos los costos de construcción de una celda (p. 68); Krohne (*Zeitschrift*, I, p. 66), entre cuatro mil quinientos y seis mil marcos. Cfr. al respecto Krohne, en el 10. Vereinsbeftte des Nordwestdeutschen Vereins für Gefaengniswesen (Cuaderno número 10 de la Asociación del noroeste alemán para asuntos penitenciarios).

84 Cfr. La drástica descripción en Kreepelin, *Abschaffung des strafmasses*, p. 21.

85 Esta exigencia ya ha sido señalada a menudo, con mayor o menor perentoriedad. Cfr. en particular el informe de Wahlberg al Congreso penitenciario de Estocolmo; la bibliografía citada por Von Lilienthal, *Kollektivdelikte*, p. 103; Schwarze, *Freiheitsstrafe*, p. 47; Sichart, op. cit., p. 39; Krohne, *Zeitschrift*, I, pp. 81 y sigs.; Sontag, *Zeitschrift*, I, pp. 505 y sig., y Mittelstaedt, *Gegen die Freiheitsstrafen* (Contra las penas privativas de libertad), p. 70.

Antes de decidirme a proseguir con el desarrollo de esta idea, quiero constatar otro hecho. Será tarea de la estadística criminal el comprobar qué delitos son los que suelen cometerse habitualmente; en tal empeño, la antropología criminal está en condiciones de prestar servicios importantes. Pero, sobre la base de los resultados hoy disponibles, podemos trazar con alguna certeza el contorno de estos delitos. Son, en primer lugar, los delitos contra la propiedad; en segundo término, ciertos delitos contra las buenas costumbres, es decir, aquellos delitos que arrancan de los más fuertes y originarios instintos humanos. Dicho con más precisión, los siguientes serían los delitos que se podría citar al respecto⁸⁶ : hurto, alcahuetería, robo, extorsión, estafa, incendio, daños, atentados sexuales y corrupción de menores⁸⁷. Naturalmente, no queda excluida una complementación o una corrección de esta lista sobre la base de observaciones más exactas.

La “eliminación de la peligrosidad” me la figuro de la siguiente manera. El Código penal debería determinar —en la misma forma que los parágrafos 244 y 245 del Código vigente— que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba llevaría a una reclusión por tiempo indeterminado. La pena se cumpliría en comunidad en recintos especiales (presidios). Ella consistiría en una “servidumbre penal”⁸⁸, bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo. Como sanción disciplinaria, la pena corporal sería casi inevitable⁸⁹. Una pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos debiera señalar el carácter incondicionalmente deshonoroso de la pena. La reclusión individual solo operaría como sanción disciplinaria, combinada con reclusión en cámara oscura y ayuno estricto⁹⁰.

No se precisaría perder toda esperanza de una vuelta a la sociedad. Los errores de los jueces son siempre posibles. Pero la esperanza debiera ser lejana, y la liberación, muy excepcional. Cada cinco años la Comisión revisora⁹¹ anexa al tribunal en cuya jurisdicción se haya dictado la condena, podría presentar una propuesta de liberación. Si la Sala criminal de la Corte diera lugar a esta solicitud, se procedería a entregar al condenado a los establecimientos correccionales que se mencionarán más adelante. Un mal comportamiento tendría como consecuencia el regreso al presidio.

86 Cfr. al respecto Von Lilienthal, op. cit., p. 109, y Sichart, op. cit., p. 13

87 Precisamente es el aumento de los delitos mencionados en último término se muestra con mayor claridad, como es sabido, el embrutecimiento de nuestras masas populares

88 Mittelstaedt, Zeitschrift, II, p. 437.

89 Cfr. el Proyecto del Parlamento federal para una ley alemana de ejecución penal, §38, número 10, y la exposición de motivos respectiva. Bibliografía reciente sobre la pena de azotes en Sontag, op. cit., p. 501.

90 Cfr. la propuesta de Sichart, op. cit., pp. 40 y sig.

91 Pienso en la institución susceptible de un vigoroso desarrollo, propuesta en el § 8 del proyecto citado, sobre el particular, cfr. la exposición de motivos, p. 24, y Willert, *Zeitschrift*, II, p. 488.

En lo esencial, se trataría, pues, de un obviamente significativo agravamiento y extensión de la pena por reincidencia que establece nuestro Código penal. Aquí se encontraría el punto de encuentro con cuantos, considerando como algo “históricamente dado” nuestro sistema penal de límites, se opongan por principio a toda reforma radical de éste.

SEGUNDO GRUPO: *Los que precisan de corrección.* El círculo de aquellos delitos que suelen ser cometidos de manera habitual encierra a la vez nuestro segundo grupo. Los delincuentes habituales se reclutan entre los individuos que precisan corrección, que por predisposiciones heredadas o adquiridas han llegado a la delincuencia, pero que no son aún casos perdidos sin esperanza. Las pequeñas cárceles son las principales agencias de enganche, pero los asilos para canallas, las cantinas y los burdeles les disputan tal privilegio. Estos principiantes de la carrera delictiva pueden, en numerosos casos, ser salvados. Pero ello, solo por una seria y duradera disciplina. El mínimo de la pena de privación de libertad que opera en estos casos no debiera, en general, bajar del año. No existe nada más corruptor y contradictorio que nuestra pena corta privativa de libertad contra los aprendices de la carrera de delincuente. Aquí, más que en cualquier otro caso, lleva la sociedad la parte del león en la culpa bajo la cual cede el futuro delincuente habitual.

Prácticamente, el asunto debiera estructurarse de la siguiente manera: En la primera y segunda comisión de alguna de las acciones penadas que se mencionan más arriba, el tribunal debe disponer la remisión a un establecimiento correccional. La sentencia llevaría consigo suspensión y no pérdida de los derechos honoríficos. La duración de la pena (que no se determinaría en la sentencia) no sería inferior a un año ni superior a cinco. El castigo comenzaría con reclusión uncelular. En el caso de buen comportamiento, el Consejo de vigilancia podría decidir un traslado a una progresiva reclusión comunitaria. Debe recurrirse al trabajo y a la educación básica como medios para fortalecer la fuerza de resistencia. La pena corporal como sanción disciplinaria quedaría en todo caso excluida. El Consejo de vigilancia podría proponer, una vez al año, al tribunal del territorio la remisión que favorezca a aquellos reclusos que aparentemente se hayan corregido. Aquel a quien se hubiera remitido la pena quedaría sometido a la vigilancia policial por un término igual al tiempo que permaneciera en reclusión. Luego de cinco años de reclusión, ella debería en todo caso terminar⁹²; la persona puesta en libertad quedaría sometida por otros cinco años a la vigilancia policial.

A fin de asegurar el éxito de estos establecimientos correccionales, debiera haber asociaciones privadas de carácter oficioso, es decir, bajo la supervigilancia

92 Por mi parte no había cuestión alguna contra la proposición de aumentar el límite máximo.

del Estado⁹³ y sostenidas financieramente por éste⁹⁴, que se preocuparan del alojamiento y del apoyo que precisen estos reclusos puestos en libertad.

EL TERCER GRUPO está compuesto, luego de los incorregibles y los que precisan, de corrección, por el gran número de aquellos que, usando una expresión breve, podemos calificar como delincuentes ocasionales, es decir, aquellos para los cuales el hecho cometido constituye un episodio, un descarnado generado, por influencias preponderantemente externas, en quienes, por tanto, el peligro de una frecuente repetición la acción punible cometida es mínima, y para quienes, por ende, carece de sentido una sistemática corrección. En tales casos, la pena debe restablecer simplemente la autoridad de la ley violada; ella debe ser intimidatoria, una advertencia, un “papel para pensar” adecuado al impulso egoísta del delincuente. Objetivamente, el campo de la pena intimidatoria abarca, pues, todos los delitos y faltas, con excepción de los ya mencionados, es decir, todos aquellos cuya comisión habitual no se halla comprobada por la estadística criminal. En general, podrían conservarse aquí las amenazas de pena de nuestro Código penal, aunque con disminución de los diversos grados que él contempla; pero, ciertamente, lo más recomendable sería una pena de privación de la libertad unitaria, que no necesariamente se deba cumplir en reclusión unicelular, con un mínimo no demasiado corto (no inferior a seis semanas) y con un máximo tampoco muy alto (diez años serían más que suficientes), y una pérdida facultativa de los derechos civiles y honorarios; junto a ella o en vez de ella podría considerarse, en un margen mayor del que tiene ahora, la pena de multa. La pena de muerte me parece superflua, toda vez que los incorregibles han quedado neutralizados⁹⁵.

3. Estas proposiciones por lo pronto solo deben aportar la prueba de que el cumplimiento del principio de la medida de la pena, exigido por la idea de fin, es perfectamente posible, y sin que sea necesario abatir los postulados fundamentales del Derecho penal vigente en los países civilizados. También el sistema del límite punitivo es reestructurado y restringido, pero no derribado⁹⁶; ni la eliminación de la medida penal ni la eliminación de la medida judicial de la penal constituyen el objetivo de mis proposiciones. En dos palabras se puede resumir lo que deba hacerse en forma indispensable e inmediata. Neutralización de los incorregibles y corrección de los corregibles. El resto es obvio. Frente a estas proposiciones, que, aunque muestren vacíos, me parecen jurídicamente comprensibles, no sé si von Bar se verá impulsado a hablar de los “acordes de una indeterminada música del futuro”⁹⁷; pero, personalmente, la expresión no me merece reproche

93 Es decir, del Ministerio del que dependen los establecimientos penitenciarios.

94 Las asociaciones privadas que no dependan sino de sí mismas, ocasionan, a mi entender, más daño que provecho. Apoyo no planificado es peor que ningún apoyo. La opinión reinante, en todo caso no parece ser la expresada.

95 Aquí, y en todo otro lugar, he prescindido completamente de las “contravenciones”.

96 Tan solo debiera suprimirse la liberación condicional. Pero esta planta exótica jamás ha echado raíces en Alemania, ni, menos, dado frutos. No la extrañaremos.

97 *Handbuch*, I, p. 307. Asiento, satisfecho, a que las explicaciones en mi *Reichsstrafrecht* fueron formuladas de manera muy imprecisa. Pero las *kurzgefasste Lehrbuch (Lecciones resumidas)* no me

alguno. Tan solo quisiera quedarme con lo esencial de esta imagen: el leitmotiv que nos salva de la melodía infinita de la negación de la negación del Derecho para conducirnos a la claridad y a la simplicidad es la idea de fin.

parecieron el lugar para desarrollar proposiciones de reforma. Y quisiera rechazar expresamente la responsabilidad por E. von Hartmann.

VI OBJETIVOS PUNTUALES

Cuando intentábamos ganar, bajo la guía de la idea de adecuación a fin, las formas y la medida de la pena de protección, hubimos de dejar de lado la pena de retribución. Volvamos ahora a ella. Si bien el principio de la igualdad de valor entre delito y pena nos parece tan indudablemente insostenible como la inutilidad de la idea de la justicia proporcional, con ello no ha quedado demostrado, en absoluto, que la pena retributiva sea ni insostenible, ni inútil. ¿Acaso sea pensable otra forma, que se demuestre aceptable, tanto teórica como prácticamente? ¿Estará esta otra forma opuesta a la adecuación a fin?

No pretendo responder decididamente a ambas cuestiones. La única forma sostenible y fructífera de la pena retributiva es la pena de protección. No se trata de nombres. Pero el contraste entre el *quia peccatum est* y el *ne peccetur* debe ser reconocido de una vez por todas en toda su vacuidad y su equivocación. Ello no vale tan solo para el principio de la pena, sino también en relación al concepto del ilícito penal, y también en relación al contenido y al ámbito de la pena. Lo primero, creo haberlo demostrado; lo segundo, es hoy en día opinión compartida; lo tercero, es fácilmente aceptable⁹⁸. Al delincuente debe retribuírse según su valor para el ordenamiento jurídico; su valor jurídico reside en la desviación del equilibrio de las fuerzas que determinan la vida estatal, en la conmoción del ordenamiento jurídico; conforme a ello, la retribución consiste en la reconstitución del equilibrio, en el aseguramiento del orden jurídico. La pena de protección es la pena retributiva. Tal es, así lo creo, también el pensamiento fundamental de todas las teorías, de todas las especulaciones metafísicas acerca de la esencia de la pena. El origen de la división de opiniones radica en una conclusión equivocada. De retribución solo podemos hablar frente a un hecho concreto, y éste es inseparable de la persona del autor. Trátese de un episodio de su vida caracterología, trátese de una expresión de su más íntima esencia, no hay delito que no sea cometido por el delincuente. Hecho y hechor no son contradictorios, como lo supone aquel fatal error jurídico, sino que el hecho es del hechor. Si no lo es por haber sido provocado, si ha sido cometido en un acto de locura, si es obra de la caprichosa casualidad, entonces no procede la impu-

98 Cfr. también las indicaciones de Merkel *Zeitschrift*, I, p. 594.

tación ni tampoco la retribución. Solo a partir del hecho concreto puede ser determinada la medida de la retribución. Partiendo de estos pensamientos es como liemos llegado a las proposiciones formuladas más arriba. Pero la opinión prevaleciente determina la pena para un hecho sin hechor; lo cual quiere decir que sus penas corresponden al concepto de deliro, a la abstracción que de los hechos concretos han hecho la legislación y la ciencia⁹⁹. Ella se pregunta: ¿qué pena merecen el hurto, la violación, el asesinato, el falso testimonio? Debiera preguntar: ¿qué pena merecen este ladrón, este asesino, este testigo falso, este autor de abusos des-honestos? La pregunta referida es distinta de la que planteamos nosotros, y por eso la respuesta debió ser otra. Y la cuestión está mal planteada, precisamente mal planteada desde el prisma de la retribución. No es el concepto el que es castigado, sino el autor; por ello la medida de la pena retributiva no debe regirse por el concepto, sino que por el hecho del hechor. Ello parece ser una barata perogrullada; pero todavía hoy es una herejía.

La pena de protección es, por tanto, la pena retributiva bien entendida. La contradicción entre el *quia* y el *ne* es presunta¹⁰⁰. O dicho más extensamente: represión y prevención no son contrarios, ¿Nado porque me he caído al agua o para no ahogarme? ¿Tomo el remedio, porque estoy enfermo o para sanar? ¿Extendemos el cordón sanitario, porque en el país vecino domina una epidemia o para no contagiarnos? ¿Refuerzo la casa, porque puede caerse o para que no se derrumbe? Todas estas preguntas equivalen a aquella que desde hace siglos constituye la manzana de la discordia de la doctrina iusfilosófica.

La pena es prevención mediante retribución, o, como bien podríamos también expresarlo, retribución mediante prevención. Con ello está contestada asimismo la pregunta que formulara *Binding*¹⁰¹ a los adherentes a la idea de fin: “¿Por qué castigamos solo después de que se ha delinquido?”. Sí; pero, ¿por qué sano solo a los hombres que han enfermado?, ¿por qué no curamos también a los sanos? Ambas preguntas están justificadas. Tal como nosotros llamamos sanar solo a la actividad médica que tiende a combatir la enfermedad, así llamamos pena solo a la actividad estatal dañina al delincuente, ocasionada por el delito. Ello no excluye la tarea de hacer, aquí y allá, profilaxis. “¿Por qué no, en vez de punir, mejorar escuelas) policía? ¡Desde luego! Si una policía sanitaria, desarrollada a la perfección, pudiera evitar todas las enfermedades, entonces no precisaríamos de médicos. Pero tal época dorada aún no ha despuntado. Y hasta entonces, ni la mejor escuela ni la más apta policía serán capaces de exterminar el delito. “¿Por qué no agradece la sociedad a aquel delincuente que pone a la vista la inseguridad de esa sociedad?” Por la misma

99 Claramente, esta falsa conclusión, en Berner. Reprochada con frecuencia, se mantiene en todas las ediciones del *Lehrbuch (Tratado)*.

100 Que las explicaciones de Von Ihering en *Zweck im Recht*, p. 25, se hallen solo aparentemente en contradicción con mi afirmación, me parece de una evidencia que no requiere prueba.

101 Cfr. supra, p. 58.

razón por la cual el tratamiento sintomático no promueve ni estimula la fiebre, para que crezca y prospere, sino que la combate enérgicamente. “¿Cómo se justifica que el delincuente, es decir, efectivamente, un hombre, sea degradado a objeto de un experimento que favorece a otros?” Podríamos hacer alusión a que nadie considera una degradación que el enfermo de viruelas, es decir, un hombre, sea llevado, para evitar el contagio, al hospital para enfermos contagiosos, pero no nos es necesario. Y ello, porque no hemos visto la esencia y la justificación de la pena precisamente en sus efectos reflejos¹⁰². También con ello queda aclarado por qué tal experimento sea en tantos casos un fracaso. Por lo demás, en muchos casos, la penosa intervención no sirve de nada para prevenir el contagio de las epidemias y de ello no se deduce, como creen algunos, que haya que dejarse de lado toda medida preventiva. “Al fin, la teoría relativa debe arribar consecuentemente al postulado de que no en el Estado, sino en los círculos sociales amenazados, sin consideraciones de las fronteras estatales, debiera residir el derecho de castigar, mientras la realidad nos indica lo contrario”. El sentido de este postulado no me ha quedado del todo claro. Si el delito significa lesión del orden jurídico estatal, si la pena es protección del orden jurídico estatal, entonces no son los círculos sociales, sino el Estado, quien debe estar investido del poder de castigar. Esta es la necesaria conclusión de la teoría de la protección. Por lo demás, hay también ciertos círculos sociales que son titulares de un Derecho penal especial, en parte reconocido por el Estado, en parte, incluso, transferido por éste y destinado a la protección de intereses especiales de aquéllos¹⁰³; pero no es acerca de esto de lo que hemos venido hablando.

Por ello, la sentencia de condena de *Binding* contra las teorías relativas, sobre la base de estas preguntas, es impugnable “por fundamentación insuficiente”. Si la teoría absoluta no dispone de mejores armas, es preferible que se mantenga a la defensiva.

Pero el objetivo principal de mis líneas no es el de defender las prerrogativas que en el Derecho penal puedan corresponder a la idea de adecuación a fin, sino representar el punto de vista que pueda llevar a un entendimiento de los rivales. La solución no es revolución, sino reforma. A una reforma, sin embargo, debemos y podemos contribuir todos. Desde hace decenios, la ciencia del Derecho penal ha visto cómo se separan a muerte sus principales representantes. Pulverizada su fuerza en luchas estériles, envuelta en una abstracta tarea de pensamiento, no ha podido darse cuenta de lo que ocurría afuera. Creía, como antes, tener en sus manos las riendas del mando, mientras la vida había cesado, hace mucho tiempo, de preocuparse de ella. No podemos renunciar a la profundización de las abstracciones conceptuales, pero del doctrinarismo debemos prescindir.

102Cfr. supra, p. 112.

103Cfr. Al respecto mi artículo *Ordnungstrafe (Pena reglamentaria)*, en el *Rechtslexikon (Diccionario jurídico)* de Von Holtzendorff, 3a ed.

A la investigación del delito como fenómeno éticosocial, y de la pena como función social, debe darse, *dentro de nuestra ciencia*, la atención que merece. Que haya una antropología criminal, una psicología criminal, una estadística criminal, como disciplinas especiales, más o menos distantes del Derecho penal, constituye la prueba de la grave responsabilidad que pesa sobre los representantes de la ciencia del Derecho penal, pero es también la prueba de la esterilidad que sufrieron hasta ahora estas disciplinas. Solo en la acción conjunta de las mencionadas disciplinas con la ciencia del Derecho penal radica la posibilidad de un combate fecundo contra la criminalidad. A nuestra disciplina es a la que corresponde el mando en tal batalla, y a él no puede renunciar sin traicionarse a sí misma. Precisamente por ello, no puede enfrentarse a las otras disciplinas con una elegante pasividad. Los representantes de la teoría y de la práctica del Derecho penal, los profesores, los jueces, los fiscales y los oficiales de policía, ¿se hallan a la altura de su cometido?; ¿es necesaria una diversamente extensa formación teórica y práctica; ¿se precisa de una fundamental separación de la práctica penal con la práctica civil, como la que existe entre justicia y administración, exigida por la esencial diversidad de las tareas que se deben enfrentar y por los indispensables conocimientos para resolverlas? En esta oportunidad no puedo responder a tales preguntas, y aquí no es posible, siquiera, insinuar una respuesta. Lo indudable es que ni la ciencia del Derecho penal, ni la legislación penal, ni la administración de justicia penal, han estado, en lo que respecta a su gran tarea frente a la vida, a la altura de su gran misión. El reconocimiento de este hecho traza el camino de la reforma interna. Hago votos por que la inevitable revisión de nuestro Código penal y la indispensable regulación penal de la ejecución penal no nos sorprendan sin preparación.