

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 incommovible 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 el 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 corres-

ponde 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 accentuación 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*² 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 deberé 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

² *Grundriss der Vorlesungen über deutsches Strafrecht* (Esquema de las lecciones de Derecho penal alemán), 2ª ed., 1878, pág. 94. También *Binding*, en la *Zeitschrift für Privat und öffentl. Recht* (Revista de Derecho Público y Privado), IV (1878), págs. 417 y sigs.

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 sólo necesario presupuesto de la pena. Pero esto, ¿por qué? ¿Por qué sólo 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 la realidad nos enseña lo

contrario. Pero una teoría penal que no sepa decir por qué realmente se castiga, por qué sólo 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*" ³.

Sin embargo, rápidamente se alteró la situación. Los enemigos que habían sido declarados muertos levantaron de nuevo la cabeza y desenvainaron la espada enmohecida. 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 sólo 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 sólo un motivo exterior para desencadenar las fuerzas

³ El subrayado es mío.

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" ⁴; y cumplió tal objetivo. Desde 1879, la lucha estalló a lo largo de toda la línea ⁵. 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 el Derecho penal parecía estar resuelta en favor de la primera, ahora la dirección

⁴ Sontag, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista de la ciencia conjunta del Derecho Penal)*, I (1881), pág. 481.

⁵ Se puede destacar: Von Schwarze, *Die Freiheitsstrafe (La pena privativa de libertad)*, 1880; Sichert, *Über Rückfälligkeit der Verbrecher (Acerca de la reincidencia de los delincuentes)*, 1881; Krohne, *Der gegenwärtige Stand der Gefängniswissenschaft (El estado actual de la ciencia penitenciaria)*, en la *Zeitschrift für die ges. Strafrechtswiss.*, I, págs. 53-92; Sontag, *Beitraege zur Lehre von der Strafe (Contribución a la teoría de la pena)*, ibidem, I, págs. 480-529 (aparecida también en edición separada bajo el título *Für*

realista hace nuevamente, y con mucho estruendo, su ataque" ⁶.

También fuera de Alemania se generó el movimiento. La joven *escuela antropológica* de Italia ⁷, 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,

die Freiheitsstrafen [Por las penas privativas de libertad]), y Mittelstaedt, *Für und wider die Freiheitsstrafen* (Pro y contra de las penas privativas de libertad), ibidem, II (1882), págs. 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, pág. 157), y Willert, *Das Postulat der Abschaffung des Strafmasses und die dagegen erhobenen Einwendungen* (El postulado de la eliminación de la medida de la pena y las objeciones al respecto), en *Zeitschrift*, II, págs. 473-496.

⁶ H. Meyer, *Die Gerechtigkeit im Strafrecht* (La justicia en el Derecho penal), en *Gerichtssaal* (Sala de justicia), XXXIII, págs. 101 y sigs. y 161 y sigs. (indicación del contenido, en *Zeitschrift*, I, pág. 604).

⁷ *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, págs. 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.

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 en 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) ⁸

⁸ Págs. 14 y sigs.

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 conciencia ⁹. Quisiera que estas líneas logran despejar las causas de tal malentendido.

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

⁹ Von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts* (*Manual de Derecho penal alemán*), I, 1882.

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.