

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA PENA Y SUS ESPECIES

§ 2.	A.	<i>El sentido de la pena del punto de vista político-jurídico . . . . .</i>	3
§ 3.	B.	<i>El concepto de pena según el derecho alemán vigente . . . . .</i>	8
	C.	<i>Especies de penas:</i>	
§ 4.	I.	<i>Formación histórica del actual sistema penal</i>	11
§ 5.	II.	<i>Las actuales especies de pena . . . . .</i>	13
§ 6.	III.	<i>El empleo de las diversas especies de pena en las disposiciones penales . . . . .</i>	16

## DE LA PENA Y SUS ESPECIES

§ 2. A. *El sentido de la pena del punto de vista político-jurídico.*

I. La pena, como institución jurídica, es un sufrimiento, que el ordenamiento jurídico hace seguir a un determinado hecho ilícito para el autor de éste. (*Punitur postquam peccatum est*). Las llamadas *teorías jurídico-penales* investigan en qué sentido se justifica tal imposición de un sufrimiento por el Estado, desde el punto de vista de una doctrina valorativa del Derecho (*de lege ferenda*).

1. La llamada dirección clásica ve la esencia de la pena en la retribución de la ilicitud culpable. *Punitur quia peccatum est. Teoría de la retribución.*
2. Dentro de las llamadas modernas escuelas (“sociológicas”) la dirección extrema desecha absolutamente la idea de retribución y concibe la pena exclusivamente como medio para que los castigados abandonen el camino de futuras lesiones jurídicas (sea ello en el sentido de la intimidación, del mejoramiento o de la innocuización). *Punitur ne peccetur. Teoría asegurativa o preventiva.*
3. Las *teorías unificantes* (sincréticas) aspiran a una pena que en sí unifique las ideas de retribución y seguridad.

4. Finalmente, a veces se afirma que la lucha de escuelas carece de importancia práctica, en cuanto todas coinciden en que la pena está destinada a la *defensa social*.

II. Esta última concepción descansa en un error, puesto que las medidas aplicables, en cuanto a su imposición y a su forma, están regidas de modo decisivo o por la retribución o por la prevención, según el caso. No hay retribución posible contra aquel que aún no ha delinquido, aunque sea fácilmente reconocible que algo malo se propone; por el contrario, la idea asegurativa reclama una intervención también contra tales individuos (así cuando llega a descubrirse un plan delictivo por una involuntaria autotraición, por conocedores, o por pasos preparatorios que el individuo ha realizado para el hecho a cometerse). Por el contrario, para la retribución, basta el hecho cometido, aun cuando sea seguro que no amenazan nuevos hechos de parte del autor, a pesar de que en tales casos faltan los presupuestos para una intervención preventiva. Por otra parte, la retribución supone que el autor con el hecho se ha cargado con culpabilidad; en cambio, la seguridad funciona también contra el peligroso que precisamente por su incapacidad de culpa es peligroso (contra el alienado). En consecuencia, si en la retribución la gravedad de la medida aplicable está regida por la idea (de proporcionalidad) de que el autor reciba lo que por su hecho merece, a la seguridad, por el contrario, sólo le interesa disponer lo necesario para salvar el peligro, no importando que ello sea grave o leve para el individuo. Con ésto, también cambia absolutamente el espíritu de la ejecución de la medida. Muéstrase así la “defensa social” como demasiado indeterminada y demasiado teórica para que pueda ser una directriz

suficiente para las necesidades de la práctica legislativa y jurisprudencial. Considerada fundamentalmente, ella expresa sólo una meta que debe presidir todo el ordenamiento jurídico, y tórnase simple palabrería si no se define más adecuadamente el sentido *específico* de la pena (*¿qué es lo que debe defender y cómo?*).

Se estrella también contra la diversidad de los resultados prácticos toda teoría unionista que quiera partir de una medida unitaria, llamada “pena”, la cual debería tener la doble función de retribución y seguridad. ¿Con cuánto deberá “castigarse” al autor cuando su falta sea mínima, pero en cambio, su peligrosidad requiera medidas más severas? “La pena” en tal caso debería o bien elevarse, contraviniendo injustamente la idea de la retribución, o negar el principio de seguridad. Es cierto que la retribución y la seguridad pueden unirse entre sí (comp. más abajo, IV, 3), pero no de modo que de su mezcla resulte “la pena”.

Las puras teorías asegurativas (defensa social sin admisión de la idea retributiva) acentúan de modo meritorio que la organización de la profilaxis del delito es una tarea importantísima del Estado. Pero ellas no pisan en modo alguno el terreno del Derecho Penal. Los avances del poder público en la esfera jurídica de los individuos en gracia a la protección que mediante aquéllos se ejerce contra las agresiones de los bienes jurídicos, ya se ejecuten por la policía o por otro órgano del Estado, tienen realmente puro carácter policial y asegurativo (de derecho administrativo). Llamarlos “penas” tampoco tiene sentido alguno, aun cuando el individuo haya cometido un delito, pues en la medida asegurativa, se trata solamente de proceder *con motivo* del hecho cometido y no se trata de una pena *para el hecho*.

III. Pena es textualmente retribución (es retribución *in malam partem*, así como “premio” lo es *in bonam partem*). La idea de retribución imprime su sello en los derechos penales existentes. Cuando en la historia jurídica universal la pena sustituyó a la venganza, no surgió en lugar de la retribución algo distinto, sino que sólo en lugar de la retribución instintiva, ilimitada y apasionada nació una retribución perfeccionada (“objetivada”).

La justificación de la retribución se encontró primeramente en que el delito reclama puramente por sí mismo una reacción. De la idea del Derecho fluye inmediatamente el postulado de la “abolición de lo ilícito”, y la pena sería precisamente tal abolición. Nada importan “el fin” y la “utilidad”. Teorías llamadas absolutas (teoría de la retribución divina, STAHL; de la retribución lógico-dialéctica, HEGEL; de la retribución estética, HERBART; de la retribución moral, KANT 1788; de una retribución específicamente jurídica, KANT 1797). Estas concepciones puramente idealistas excedían los fines que el Estado y el ordenamiento jurídico terreno han de servir. El Estado, al actuar como sujeto retribuyente, necesita una legitimación basada en adecuados principios político-realistas.

Esta concepción político-realista (social-utilitaria) correspondió, en principio, a las teorías asegurativas, que de este modo, se contrapusieron a las teorías absolutas de la retribución, como “teorías relativas”. Pero ellas cometieron el error (prescindiendo de que las medidas de seguridad no son penas, arriba II) de no saber vincular la idea de finalidad con la retribución justa.

Esta vinculación surge de considerar que el Estado, castigando lo que según su entender es ilícito, concuerda con la idea de retribución dominante en el pueblo (JORGE JELLINEK, compensación psico-social) y así conserva su

autoridad, mientras que la omisión de la pena testimoniaría desorden y menosprecio del poder público, y con ello indirectamente se pondría en peligro el ordenamiento protegido por el Estado. La retribución está siempre y necesariamente entre las facultades del Estado, toda vez que éste no puede carecer de aquélla para alcanzar el fin de su autoafirmación. *Punitur quia peccatum est, ne respublica detrimentum auctoritatis capiat*. No es del caso que la pena tenga o no el efecto de que el individuo castigado no cometa después ningún otro delito; aun no concurriendo esa eficacia, la pena cumple su fin por medio de su efecto sustentador de la autoridad (efecto de “prevención general”).

IV. En este sentido se ha afirmado cada vez más la ciencia del presente (“dirección neoclásica”).

De ahí surgen las siguientes líneas directrices para la legislación:

1. Es preciso un código penal que comprenda la pena, en el sentido corriente, como retribución de la ilicitud culpable, ello es, que la gravedad de la pena mantenga relación con la gravedad del hecho; pero que, por otra parte, se consideren impunes o se castiguen con pena menor que la merecida ciertos hechos punibles, en cuanto ello sea compatible con el mantenimiento de la autoridad del Estado.
2. Al lado de esto, la reglamentación jurídica de un sistema de medidas de seguridad contra individuos peligrosos, medidas que no se calculen vinculándolas a los presupuestos de la pena, ni proporcionando la gravedad con la cual recaen sobre el individuo a la gravedad del hecho que eventualmente haya cometido.

3. Cuando concurren las condiciones necesarias para la pena *y* la medida de seguridad (hecho cometido *y* peligrosidad), deben arbitrarse, en cuanto sea posible, medidas que basten igualmente para la función punitiva y la asegurativa; debe utilizarse la ejecución penal poniéndola a un tiempo al servicio de influencias educativas; deben evitarse aquellas penas que influyen desfavorablemente sobre el individuo, en el sentido del principio asegurador. En cuanto el principio asegurativo exija una medida más enérgica que la que consienta el principio retributivo, anexión de medidas de seguridad a la pena (p. ej., contra sujetos de voluntad débil, que por causa de su débil voluntad sólo merecen penas mínimas; pero cuya debilidad precisamente hace temer que su peligrosidad exceda el término de la condena penal).

Los proyectos alemanes y austríacos se acercan en general a este programa, mientras que el proyecto FERRI de Código penal para Italia, de 1921, se basa en puras “penas asegurativas”.

§ 3. B. *El concepto de pena según el derecho alemán vigente.*

En el sentido del actual Derecho Penal alemán, la pena es la retribución de un mal, regulada por el Estado como medio para el mantenimiento de su autoridad, por una ilicitud cometida por un hombre.

I. La pena *debe* representar para el que ha de sufrirla un *sentimiento de desagrado*. Las medidas que no tienen ese fin no son, pues, penas; aunque causen, en realidad, un dolor al sujeto en quien recaen. Y así:

1. La reparación del daño; pertenece al Derecho Civil.

A la reparación del daño pertenece también la *Busse*, comp. más abajo § 81;

2. Las llamadas medidas objetivas, aunque regularmente sean desagradables para el delincuente o un tercero, pero que logran su fin aun cuando no afectan al culpable o cuando por éste no son sentidas como un mal. Aquí deben expresamente contarse —aunque algunos casos son discutidos—: *a*) la confiscación de los llamados *instrumenta y producta sceleris* y la inutilización de escritos, etc.; *b*) la vigilancia policial; *c*) la detención correccional suplementaria; *d*) la expulsión de extranjeros del territorio del Estado; *e*) la incapacidad de declarar bajo juramento como testigo o perito, C. P., 161; *f*) la incapacidad de desempeñar cargos en ciertas ramas de la administración, C. P., 319; *g*) la publicación de una condena, en cuanto ello no se haga en beneficio de una persona privada (ver abajo, § 7, I, 1, b); *h*) la detención de terceros por multas no dependientes de su propia inculpación. De *a* á *g*, las “medidas de seguridad” son medidas preventivas; *h*, es medida financiera. Ver más abajo, § 81.

II. La pena es un mal infligido a alguien *a causa de un comportamiento antijurídico precedente*. Conceptualmente, es “antijurídico” todo aquello que es *contra jus*. Sin embargo, el actual Derecho Penal separa una serie de irregularidades a causa de su importancia mínima (p. ej., incumplimiento del deber de testimoniar en juicio, inconveniencias en las audiencias judiciales), imponiéndoles, como simples violaciones de la disciplina, simples penas disciplinarias.



III. Pena lo es solamente aquel mal que se impone *por* una violación jurídica. Por eso no caen bajo el concepto de pena aquellos males que, si bien se toman *con motivo* de una antijuridicidad, se proponen el fin de orientar en el futuro al autor en el sentido de una conducta conforme a derecho; así las medidas educativas según la Ley de tribunales de menores, §§ 5 y sigs.; por otra parte, la llamada *executio ad faciendum*, medidas coactivas para lograr el aporte de ciertos hechos individuales (p. ej., detención para prestar el juramento de manifestación en el proceso civil).

IV. En el sentido del Derecho Penal que aquí interesa, es pena sólo aquel mal que es amenazado *por el Estado*, las llamadas penas públicas. Por eso no corresponden aquí aquellas medidas semejantes, aplicadas en colectividades más restringidas, como la familia, la escuela, la iglesia, las corporaciones; ni tampoco las penas “contractuales” o convencionales, ello es, un perjuicio que alguien voluntariamente se impone por contrato para el caso de que no cumpla plenamente una obligación (ver C. C., 339 y sigs.).

V. Aquí sólo nos ocupamos de aquella pena que impone el Estado *como tal*, como titular del poder coactivo general y público, las llamadas penas criminales. Las medidas *internas* que el Estado impone en su carácter especial de amo de un servicio contra infracciones de servicio, o bien en una relación personal especial, es decir, las penas disciplinarias (penas de servicio), no son penas en nuestro sentido; pero, naturalmente, el Estado puede sancionar también las infracciones al servicio con penas criminales, *además* de hacerlo con penas disciplinarias (ver para eso C. P., 331 y sigs.).

C. LAS ESPECIES DE PENAS

§ 4. I. *Formación histórica del actual sistema penal.*

Desde el período llamado iluminista (segunda mitad del siglo XVIII) el antiguo sistema punitivo común ha sido substituído gradualmente por un sistema más humano.

1. La pena de muerte fué duramente atacada por BECCARIA en 1764 (*Dei delitti e delle pene*, varias veces traducido al alemán y últimamente por Esselborn, 1905). Desde entonces restringióse considerablemente el campo de su aplicación, y cayeron en desuso las anteriormente usuales agravaciones. Algunas legislaciones particulares (p. ej., Sajonia) suprimieron totalmente la pena de muerte.
2. Desaparecieron las penas de mutilación, como también,
3. las penas de azotes.
4. El destierro subsistió sólo contra extranjeros y sólo como medida policial, no como pena.
5. Las penas privativas de la libertad conquistan gradualmente el primer lugar entre los modernos medios penales.

Antes del año 1776 había graves inconveniencias. A las llamadas casas de corrección o de disciplina les faltaba toda orientación meditada de acuerdo a un plan; constituían el “vivero del crimen”. Desde 1776 (JOHN HOWARD, *The State of Prisons in England and Wales*) comienza la reforma de las penas privativas de la liber-

tad: mejor orientación de los institutos, separación de los detenidos según clases, organización del trabajo de los institutos.

En Norteamérica el llamado sistema penitenciario: influencia educativa sobre los condenados. Dos sistemas:

- a. El sistema Pensylvánico (Filadélfico): total y permanente aislamiento de los condenados, encierro celular;
- b. El sistema Auburniano del silencio: trabajo común diurno de los condenados, pero bajo estricta prohibición de todo trato (imposición del silencio); aislamiento total nocturno.

En Europa también se aceptó como fundamental la ejecución de las penas privativas de la libertad en aislamiento, aunque *in praxi* no se cumplía plenamente.

Gran Bretaña introdujo la novedad de colocar gradualmente al condenado en situación de mayor libertad, de modo que el paso a la libertad, una vez cumplida la pena, no sea inmediato. Sistema progresivo, llamado también sistema irlandés, después de las modificaciones en él introducidas por Walter Crofton, en Irlanda (instituto intermedio).

6. Algunos estados establecieron la deportación (“*Verschickung*”) entre las medidas penales.
7. El trabajo coactivo (pena de galeras, galeotes, etc.) es desconocido para el actual derecho como *especie de pena*. (Si bien el trabajo representa un accesorio de la pena privativa de la libertad, C. P., 15, 16, 362, I, y existen “casas de trabajo” como instituciones al servicio de la prevención, C. P., 362, III).

Excepción: Ley de introducción al C. P., 6, II, comparar Ley prusiana sobre hurto campes- tre, 14.

8. Según la actual concepción jurídica, es imposible la privación de la capacidad de tener derechos; la llamada muerte civil.

A este respecto, sólo es admisible la disminución o privación de los derechos civiles honoríficos.

9. No existe más la confiscación total de los bienes.

§ 5. II. *Las actuales especies de pena.*

I. División: Penas; *a)* contra la vida; *b)* contra la libertad; *c)* contra los bienes; *d)* contra el honor.

II. Pena de muerte (prevista para el asesinato —C. P., 211—, la clase más grave de los atentados dinamiteros —Ley contra uso de explosivos—, la clase más grave del rapto de esclavos —Ley contra el rapto de esclavos—, y diversos delitos militares —C. P. M.—) debe ejecutarse por decapitación, C. P., 13 (en el derecho penal militar, ordinariamente por fusilamiento), y ya no más públicamente, sino *intra muros*, C. de Proc. P., 454.

III. Penas contra la libertad:

1. Clases:

- a)* Reclusión (Casa de disciplina) (Zuchthaus), infamante, trabajo obligatorio y coactivo, C. P., 15 y 31.
- b)* Prisión, en sí misma no infamante, trabajo coactivo y facultativo, C. P., 16, II, III.
- c)* Detención en fortaleza, *custodia honesta*, sin coacción al trabajo, C. P., 17, IV, 20.

- d) Detención, pena leve, generalmente sin trabajo obligatorio, C. P., 18, II, véase sin embargo 362, I.
2. La casa de disciplina y la detención en fortaleza pueden imponerse por toda la vida o por un cierto tiempo; la prisión y la detención sólo por un cierto tiempo.
  3. Mínimo general: para la reclusión en casa de disciplina, 1 año, C. P., 14, II; para las restantes penas, un día, C. P., 16-18.
  4. Máximo general de las penas temporales (C. P., 14, II, 16-18): para reclusión en casa de disciplina y detención en fortaleza, 15 años; para la prisión, 5 años (ver, sin embargo, C. P. 74, III, Ley de tribunales de menores, § 9, II); para la detención, 6 semanas (ver, sin embargo, C. P., 77, II).
  5. Unidad mínima (aplicable para la determinación de las magnitudes existentes entre mínimo y máximo): para la reclusión, 1 mes; para los demás casos, 1 día, C. P., 19, II.
  6. La detención solitaria es sólo admisible en la reclusión y la prisión; importante, C. P., 22.
  7. Sobre la "liberación condicional" (provisional) (el llamado sistema de licenciamiento), ver C. P., 23-26.
  8. Penas privativas de la libertad contra menores, Ley de tribunales de menores, § 16.
  9. Servicios religiosos y dirección espiritual, Constitución, art. 141.
  10. Excepción hecha de esos detalles (6-9), la ejecución de las penas privativas de la libertad no está regulada por ley. Por el contrario, los go-

biernos locales han establecido por vía de convenio (7 de Junio de 1923) una serie de principios para la ejecución (Boletín Oficial, 1923, parte II, pág. 623). Destacar el establecimiento de la "ejecución gradual".

11. El C. P. Militar fija como penas privativas de la libertad:
  - a. Reclusión en casa de disciplina (como en el derecho penal común).
  - b. "Penas privativas de la libertad" en el sentido técnico jurídico militar, que son: la prisión, la detención en fortaleza y el arresto. Puesto que una pena privativa de la libertad de 1 día a 6 semanas es arresto, una mayor (temporal hasta 15 años o perpetua), es prisión o detención en fortaleza. El arresto, es o arresto en la casa, o arresto leve o grave. C. P. M., 16 y sigs.

#### IV. Penas contra los bienes:

1. "Multa": su mínimo lo da el § 27 del C. P.; los máximos generales, los §§ 27, 27 a (con la reserva de las multas de cuantía ilimitada). La ley no habla de unidad mínima (§ Admisibilidad de fracciones de marco?) (Ver Ley de concursos, 63<sup>s</sup>).
2. Pérdida de cosas; C. P., 335.

#### V. Penas contra el honor:

1. Pérdida de los derechos civiles honoríficos C. P., 32 (ver también inc. 2) 33, 34 (aquí, sin embargo, C. C., 1780, 1781), 36, 37.

Generalmente facultativa; obligatoria en el perjurio, el rufianismo grave y la usura habitual y profesional.

2. Pérdida de algún derecho civil, ver C. P. 35, 37, 81, 83, 84, 87-91, 94, 95, 128, 129, 358.
3. Publicación de la sentencia condenatoria como satisfacción para la víctima, C. P., 165, 200, Ley contra la concurrencia desleal de 7 de Junio 1909, § 23, II, ver más abajo § 7, I, 1, b.

(El C. P. establecía como pena contra el honor para menores la amonestación. Ha sido suprimida por la Ley de Menores, § 9; lo que en esta ley, § 7<sup>1</sup>, se llama “adver-tencia”, es medida educativa y no pena).

§ 6. III. *El empleo de las diversas especies de pena en las disposiciones penales.*

I. Ninguna disposición penal está concebida hoy de modo que todas las especies de pena con todas las magnitudes que contienen queden a la libre disposición del juez. El C. P., 2 y (a pesar de su imprecisión verbal) la Constitución, 116, no admiten tal clase de *disposiciones penale absolutamente indeterminadas*. Por el contrario, las penas son:

- a) o bien (raramente) “*absolutamente determinadas*”: precisa especificación de la pena aplicable, excluyendo toda elección, p. ej., C. P. 211, o bien,
- b) (ordinariamente) “*relativamente determinadas*”, es decir, que el juez dispone de la facultad de elegir entre varias magnitudes de una especie de pena o entre varias especies de pena.

Las especies de pena que contienen diversas magnitudes posibles (penas privativas de la libertad, penas pecuniarias, pérdida de derechos civiles) se presentan regularmente en las leyes penales de tal manera que se sujetan a un “*marco penal*” firmemente delimitado en su máximo y en su mínimo, y éste se calcula de acuerdo al máximo y al mínimo generales de la correspondiente especie de pena (ver C. P., 14, II, 16-18, 27, 32, II), si la ley especial no prevé una mayor disminución (p. ej., C. P., 212) o un máximo menor (p. ej., C. P., 153). Es discutible si las penas que están en una especie penal sin ese marco “*circunscripto*” son conciliables, en general, con el § 2 del C. P. y el 116 de la Constitución (así las multas previstas en el § 27 “*de máximo ilimitado*”, es decir, con un marco penal no limitado hacia arriba).

II. Las penas contra el honor (arriba, § 5, V) y la pérdida de cosas (arriba, § 5, IV, 2) son *clases de penas accesorias*, es decir, que por sí mismas no pueden representar el contenido de una pretensión punitiva. Las restantes especies de penas son *especies principales* (la multa en casos dados, p. ej., C. P., 263 es “*segunda pena principal*”).