

III

LA OBJETIVACION 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 voluntaria ³⁶, 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 adecua 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;

³⁶ 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)* (pág. 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* (pág. 188), está basada en la misma idea. Como paralelo con el desarrollo de la pena, cfr. lo que dice en las págs. 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.

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 sólo 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 inmediatamente 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 decisivo ³⁷. 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. Sólo 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. ³⁸.

³⁷ Sobre la historia de esta objetivación, cfr. Von Haller, *Restauration der Staatswissenschaften* (Restauración de las ciencias del Estado), II, págs. 241 y sigs.; Von Hartmann, *Phaenomenologie des sittlichen Bewusstseins* (Fenomenología de la conciencia moral), pág. 202; Laas, *Vergeltung und Zurechnung* (Represión e imputación), en los *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* (Cuadernos trimestrales de Filosofía científica), vol. V, págs. 137 y sigs.; A. Merkel, *Recht und Macht* (Derecho y poder), en el *Jahrbuch* de Schmoller, vol. V, págs. 439 y sigs., y Von Bar, *Handbuch*, I, pág. 323.

³⁸ Cfr. Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung* (Las normas y su infracción), vol. I, 1872, págs. 56 y sigs., y Jellinek, *Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe*, págs. 43 y sigs.

Esta catalogación de las normas contiene una significación sobresaliente: constituye la primera auto-limitación 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 delitos ³⁹, 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 generalidad ⁴⁰.

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

³⁹ En este punto se trata sólo 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.

⁴⁰ Piénsese en la alta traición y la traición a la patria, en la infidelidad, etc.

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 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 moderna ⁴¹.

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" ⁴². La pena primitiva constituye, por ello, la aniquilación del delincuente. Lo es en la venganza de la sangre, que encuentra su meta sólo en el efectivo agotamiento de la fuerza; lo es en la proscripción, como total segregación de la comunidad jurídica; lo

⁴¹ 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., págs. 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*, pág. 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.

⁴² Jellinek, op. cit., pág. 92

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 económica ⁴³.

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;

⁴³ Cfr. Von Bar *Handbuch*, I, pág. 317.

hace recurrir a la pena en aquellos casos en que ciertos bienes jurídicos precisan protección contra determinadas perturbaciones, y recurre 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 sólo 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 pícaros, estafadores y rufianes, que se transformaban proteicamente al mismo tiempo que mantenían inalterable su núcleo antisocial ⁴⁴. 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

⁴⁴ 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, págs. 100-101.

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 términos ⁴⁵: 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" (pág. 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 aquélla, sino sólo una de sus formas de aparecer: se trata de la recta, de la

⁴⁵ Cfr. mi *Reichsstrafrecht*, § 1.

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

Tan pronto como coloquemos en primer plano tal sentido de la pena objetivada, la autolimitación de la desafortunada violencia penal transformada en pena, se aclara qué valor tiene la objetivación también para el delincuente y precisamente para él ⁴⁶. 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 sólo en apariencia, del más íntimo núcleo, de la real esencia, no de la pena absolutamente, pero sí, desde luego, de la pena objetivada.

⁴⁶ Cfr. Ihering, pág. 543.