

LA PENA COMO PROTECCION JURIDICA
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 naturaleza ⁶⁶.

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. Ope-

⁶⁶ Cfr. Ihering, op. cit., págs. 50 y sigs., y 238 y sigs., y mi *Reichsstrafrecht*, págs. 3 y sig.

ra como artificial adecuación del delincuente a la sociedad,

- α) por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruístas, sociales;
- β) por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, pero coincidentes en su efecto con los motivos altruístas.

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 aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel" ⁶⁷.

Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos ⁶⁸.

A estos efectos de la ejecución penal, poco de importancia puede agregárseles. Que la pena tenga una serie de efectos reflejos, como quisiera llamarlos ⁶⁹, es claro, pero no tan significativo como para

⁶⁷ Ihering, op. cit., pág. 51.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ A este respecto, cabe hablar de los efectos de la pena sobre terceros, quienes no sufren ninguna de sus formas, que se ma-

derribar nuestra clasificación. Sólo 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 sólo 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

nifiestan, no sólo 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*.

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* dice al respecto ⁷⁰: "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 Siebart*)". El enigma, en todo caso, se resuelve a la par que el malentendido.

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 delincentes. 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 criminal ⁷¹. Sin embargo, los vacíos de tales resultados, como su inseguridad, no permiten conclusiones defi-

⁷⁰ *Zeitschrift*, I, pág. 491.

⁷¹ Cfr. los trabajos citados supra, especialmente los de Lombroso y Ferri.

nitivas 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*⁷². El combate

⁷² 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, págs. 136 y sig.; *Das Mass und der mittlere Mensch im Strafrecht (La medida y el hombre medio en el Derecho penal)* (*Zeitschrift für das Privat und öffentl. Recht der Gegenwart [Revista del Derecho Público y Privado del presente]*), vol. V, págs. 465 y sigs.); *Das Gelegenheitsverbrechen (El delito ocasional)* (*Ges. kl. Schriften*, III, págs. 55 y sigs.); *Das Mass und die Wertberechnung im Strafrechte (Medida y evaluación en Derecho penal)*, en el mismo lugar, págs. 101 y sigs., y Comunicación al Congreso penitenciario internacional de Estocolmo sobre la lucha contra la reincidencia, en el mismo lugar, págs. 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 Kollektiv-*

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 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,

delikten. El delincuente habitual existe, aunque no tengamos una buena definición de él. Contra Von Lilienthal, cfr. también Hael-schner, op. cit., pág. 551.

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 Württemberg ⁷³; por otro, en la estadística carcelaria oficial prusiana para el año que va del 1º de abril de 1880 al 1º de abril de 1881 ⁷⁴, recientemente publicada.

En los establecimientos carcelarios de Württemberg ⁷⁵, 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

⁷³ *Über die Rückfaelligkeit der Verbrecher und über die Mittel zu deren Bekämpfung* (Acerca de la reincidencia de los delincuentes y de los medios de combatirla), 1881.

⁷⁴ *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 1880/1881), Berlín, 1882.

⁷⁵ *Sichart*, pág. 8.

Ludwigsburg, entre 1866-1867 y 1877-1878, del 51% al 72%. Ello daría como cifra promedio para el año 1877-1878, 60% ⁷⁶. 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 recinto ⁷⁷. Cada condenado se había declarado culpable, como promedio, de 3,27 acciones punibles entre la fecha de su puesta en libertad y su ulterior reclusión ⁷⁸.

Según la estadística de los presos que ingresaron a los establecimientos penitenciarios de Prusia entre el 1º de abril de 1880 y el de 1887 ⁷⁹, convictos de crimen, el 76,47% ⁸⁰, 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% ⁸¹, 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

⁷⁶ Igual cifra en Krohne, *Zeitschrift*, I, pág. 76.

⁷⁷ Sichert, pág. 11.

⁷⁸ Sichert, pág. 12.

⁷⁹ *Statistik (Estadística)*, pág. 43.

⁸⁰ El porcentaje de los reincidentes en la suma total de los detenidos: 76,70 (pág. 50).

⁸¹ *Statistik*, pág. 55.

cálculos, y con arreglo a las cifras indicadas ⁸², el 82% había sido condenado más de una vez, y de ellos, el 27% seis y más veces. De los 21.357 presos reincidentes, inculpados de delitos menos graves ⁸³, 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 alto ⁸⁴, carece simplemente de sentido; y lanzarlos al contacto con el público luego de algunos años, como una fiera ⁸⁵, 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 insensa-

⁸² *Statistik*, pág. 43.

⁸³ *Statistik*, pág. 55.

³⁴ Sichart calcula en cuatro mil marcos los costos de construcción de una celda (pág. 68); Krohne (*Zeitschrift*, I, pág. 66), entre cuatro mil quinientos y seis mil marcos. Cfr. al respecto Krohne, en el 10. *Vereinsbeste des Nordwestdeutschen Vereins für Gefängniswesen* (Cuaderno número 10 de la Asociación del noroeste alemán para asuntos penitenciarios).

⁸⁵ Cfr. la drástica descripción en Kraepelin, *Abschaffung des Strafmasses*, pág. 21.

tez, 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) ⁸⁶.

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

⁸⁶ 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*, pág. 103; Schwarze, *Freiheitsstrafe*, pág. 47; Sichert, op. cit., pág. 39; Krohne, *Zeitschrift*, I, págs. 81 y sigs.; Sontag, *Zeitschrift*, I, págs. 505 y sig., y Mittelstaedt, *Gegen die Freiheitsstrafen (Contra las penas privativas de libertad)*, pág. 70.

con más precisión, los siguientes serían los delitos que se podría citar al respecto ⁸⁷: hurto, alcahuetería, robo, extorsión, estafa, incendio, daños, atentados sexuales y corrupción de menores ⁸⁸. 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 párrafos 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" ⁸⁹, 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 inevitable ⁹⁰. Una pérdida obligatoria y perpetua de los derechos civiles y honoríficos debiera señalar

⁸⁷ Cfr. al respecto Von Lilienthal, op. cit., pág. 109, y Sichert, op. cit., pág. 13.

⁸⁸ Precisamente en el aumento de los delitos mencionados en último término se muestra con mayor claridad, como es sabido, el embrutecimiento de nuestras masas populares.

⁸⁹ Mittelstaedt, *Zeitschrift*, II, pág. 437.

⁹⁰ 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., pág. 501.

el carácter incondicionalmente deshonoroso de la pena. La reclusión individual sólo operaría como sanción disciplinaria, combinada con reclusión en cámara oscura y ayuno estricto ⁹¹.

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 revisora ⁹² 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.

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 co-

⁹¹ Cfr. la propuesta de Sichart, op. cit., págs. 40 y sig.

⁹² Pienso en la institución, susceptible de un vigoroso desarrollo, propuesta en el § 8 del Proyecto citado. Sobre el particular, cfr. la Exposición de motivos, pág. 24, y Willert, *Zeitschrift*, II, pág. 488.

metidos 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, sólo 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 unicelular. 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 terminar ⁹³; 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 del Estado ⁹⁴ y sostenidas financieramente por éste ⁹⁵, 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 delinquentes oca-

⁹³ Por mi parte, no haría cuestión alguna contra la proposición de aumentar el límite máximo.

⁹⁴ Es decir, del Ministerio del que dependan los establecimientos penitenciarios.

⁹⁵ 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.

sionales, es decir, aquellos para los cuales el hecho cometido constituye un episodio, un descarrío generado por influencias preponderantemente externas, en quienes, por tanto, el peligro de una frecuente repetición de 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 neutralizados ⁹⁶.

3. Estas proposiciones por lo pronto sólo deben

⁹⁶ Aquí, y en todo otro lugar, he prescindido completamente de las "contravenciones".

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 derribado ⁹⁷; ni la eliminación de la medida penal ni la eliminación de la medida judicial de la pena 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" ⁹⁸; pero, personalmente, la expresión no me merece reproche alguno. Tan sólo 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.

⁹⁷ Tan sólo debiera suprimirse la liberación condicional. Pero esta planta exótica jamás ha echado raíces en Alemania, ni, menos, dado frutos. No la extrañaremos.

⁹⁸ *Handbuch*, I, pág. 307. Asiento, satisfecho, a que las explicaciones en mi *Reichsstrafrecht* fueron formuladas de manera muy imprecisa. Pero las *kurzgefasste Lehrbuch* (*Lecciones resumidas*) no me parecieron el lugar para desarrollar proposiciones de reforma. Y quisiera rechazar expresamente la responsabilidad por E. von Hartmann.