

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 sólo 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 aceptable ⁹⁹. Al delincuente debe retribuírsele 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 sólo podemos hablar frente a un hecho concreto, y éste es inseparable de la persona del autor. Trátese de un episodio de su vida caracterológica, 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 imputación ni tampoco la retribución. Sólo a partir del hecho concreto puede ser determinada la medida de la retribución. Partiendo de estos pensamientos es como hemos 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 correspon-

⁹⁹ Cfr. también las indicaciones de Meckel, *Zeitschrift*, I, pág. 594.

dien al concepto de deliro, a la abstracción que de los hechos concretos han hecho la legislación y la ciencia ¹⁰⁰. 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 deshonestos? 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 presunta ¹⁰¹. 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

¹⁰⁰ Claramente, esta falsa conclusión, en Berner. Reprochada con frecuencia, se mantiene en todas las ediciones del *Lehrbuch* (*Tratado*).

¹⁰¹ Que las explicaciones de Von Ihering en *Zweck im Recht*, pág. 25, se hallen sólo aparentemente en contradicción con mi afirmación, me parece de una evidencia que no requiere prueba

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*¹⁰² a los adherentes a la idea de fin: "¿Por qué castigamos sólo después de que se ha delinquido?". Sí; pero, ¿por qué sano sólo a los hombres que han enfermado?, ¿por qué no curamos también a los sanos? Ambas preguntas están justificadas. Tal como nosotros llamamos sanar sólo a la actividad médica que tiende a combatir la enfermedad, así llamamos pena sólo 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 y 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 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

¹⁰² Cfr. supra, pág. 58.

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 reflejos ¹⁰³. 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

¹⁰³ Cfr. supra, pág. 112.

aquéllos ¹⁰⁴; 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 impugnabile "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.

A la investigación del delito como fenómeno éticosocial, y de la pena como función social, debe dar-

¹⁰⁴ Cfr. al respecto mi artículo *Ordnungstrafe (Pena reglamentaria)*, en el *Rechtslexikon (Diccionario jurídico)* de Von Holtendorff, 3ª ed.

se, *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. Sólo 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 imperial de la ejecución penal no nos sorprendan sin preparación.

•